

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

CENTRO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS Y SOCIALES

ANUARIO VI

(2001-2002)

Alderete, Patricia; Aspell, Marcela; Avendaño, María C. C.; Avila Paz de Robledo, Rosa Angélica del Valle; Barbará, Jorge Edmundo; Bergoglio, María Inés; Bianciotti, Ricardo; Bisig, Elinor; Bonetto, María Susana; Borgarello, Esther Susana; Brizzio, Jacqueline E.; Centeno, Carlos Juárez; Cortés de Arabia, Ana María; Díaz de Landa, Martha; Dreyzin de Klor, Adriana S.; Drmas de Clément, Zlata; Dubrowsky, Sergio; Gonzalez, Laura A.; Laje, María Inés; Lista, Carlos Alberto; Martínez, Fabiana; Mazzalay, Víctor H.; Mercado de Sala, María Cristina; Ortega, José E.; Ortiz, Esteban Rafael; Parmigiani de Barbará, Myriam Consuelo; Parrello, Norma; Piñero, María Teresa; Plovanich de Hermida, María Cristina; Richard, Efraín Hugo; Rodríguez Brizucla, Martín; Rodríguez Ticera, Carlos A.; Saad de Bianciotti, Carla; Salas, Graciela R.; Sánchez, Mariana N.; Scarponetti, Patricia E.; Sticca, María Alejandra; Torres, Félix A.; Vago, Ingrid; Vassallo, Jaqueline; Vilanova, José Lucas; Villagra, Angel Esteban; Yanzi Ferreira, Ramón Pedro

© Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Universidad Nacional de Córdoba
Caseros 311 1° piso - Córdoba - 5000
Tel.: 4332059 Fax: 4332036
e-mail: cinvest@derecho.unc.edu.ar

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
Impreso en Argentina - Printed in Argentina

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA

Rector

Jorge Horacio GONZALEZ

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano

Ramón Pedro YANZI FERREIRA

Vicedecano

Manuel CORNET

CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES

Directora

Zlata DRNAS DE CLÉMENT

Vicedirectora

María Teresa MOUGHTY DE NORDIO

COORDINADORA ACADÉMICA POR ABOGACÍA

María Cristina MERCADO DE SALA

COORDINADORA DE EXTENSIÓN POR ABOGACÍA

Carla SAAD DE BIANCIOTTI

COORDINADORA DE EXTENSIÓN POR ESCUELAS DE
CIENCIAS DE LA INFORMACIÓN Y TRABAJO SOCIAL

Olga PAEZ

**MIEMBROS DEL COMITÉ EVALUADOR DE
PUBLICACIONES DE ESTE ANUARIO**

Ernesto ABRIL
Raúl Enrique ALTAMIRA GIGENA
Marcela ASPELL
Guillermo BARRERA BUTELER
María Inés BERGOGLIO
Daniel CARRERAS
Martha DÍAZ DE LANDA
Zlata DRNAS DE CLÉMENT
Eduardo FANZOLATO
Gonzalo FERNÁNDEZ
María Emilia LLOVERAS
María Cristina MERCADO DE SALA
Ernesto REY CARO
Efraín Hugo RICHARD
Horacio ROITMAN
Patricia SCARPONETTI
Ramón Pedro YANZI FERREYRA

AGRADECIMIENTOS:

- Comité de Asignaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C.
- Secretaría de Ciencia y Técnica de la U.N.C.
- Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales de la Provincia de Córdoba.
- Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba.



PALABRAS PRELIMINARES

La Universidad de nuestros días actúa, al mismo tiempo, en la adquisición, la difusión y la ampliación del conocimiento superior. Lo hace recibiendo a los estudiantes para su formación, habilitándolos para el ejercicio de profesión, desarrollando investigación.

Para cumplir debidamente con estos roles, la Universidad debe contar con docentes preparados, debe asegurarse la pertinencia social en términos de expectativas y necesidades de la comunidad en relación a la formación de sus egresados, debe poseer una infraestructura que le permita generar nuevos conocimientos.

Las tres labores implican una enorme responsabilidad, pero debemos reconocer que la última es el eje movilizador, impulsor, recreador de las dos primeras.

Estamos lejos de la universidad medieval, de corporaciones de maestros como la parísina o corporaciones de estudiantes como la bolognesa, pero no hemos avanzado mucho sobre la profesionalizante napoleónica. Tampoco nos hemos acercado lo suficiente a la humboldtiana cuyo lema era: *enseño lo que investigo e investigo los problemas que me plantea la vida diaria*. Sin embargo, es destacable el impulso que ha significado para nuestra Universidad y, en particular nuestra Facultad, la creciente participación de los docentes e incluso de alumnos en proyectos de investigación. Proyectos que le permiten responder a las necesidades académicas y sociales, revitalizar la capacidad intelectual del conjunto de los integrantes de la comunidad académica.

PALABRAS PRELIMINARES

Somos conscientes de la multiplicidad de enfoques y temas que abordan las diferentes investigaciones que se desarrollan en el ámbito de nuestra Facultad, y por ello, también en este Anuario, pero no desdeñamos esa situación de aparente desarticulación, por el contrario, la valoramos por entender que es reflejo del pluralismo científico-académico que enriquece nuestra democrática comunidad universitaria.

Zlata Dmas de Clément
octubre de 2002

CRÓNICA DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES

El Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (CIJS), fue creado en 1985 con el objetivo de promocionar la investigación científica en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Entre las actividades del CIJS se cuentan: el asesoramiento a los miembros de la comunidad académica en materia de presentación de proyectos de investigación en lo relacionado a aspectos epistemológicos y metodológicos; la respuesta a las necesidades de asistencia técnica de los Departamentos, Cátedras y otras áreas de la Facultad en orden a la incentivaación de la investigación; la asistencia a doctorandos, maestrandos y cursantes de las carreras de postgrado en la formulación de sus proyectos de investigación; la asistencia y desarrollo de actividades conjuntas con entidades públicas vinculadas al rol del CIJS.

El CIJS cuenta con un plantel permanente de investigadores y es sede de trabajo de numerosos proyectos de docentes-investigadores de la Facultad y de investigadores y becarios subsidiados por otros entes.

El CIJS incentiva la investigación en el sector alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales a través del **Programa de Tutorías de Investigación para Alumnos de la Facultad de Derecho*; del **Programa de Becas de Pregrado de la Facultad de Derecho*; del **Sistema de Investigadores-Asistentes Ad-Honorem*.

Entre las actividades desarrolladas durante los años 2001 y 2002 se cuentan: Seminarios sobre Simulación Internacional de Relaciones Exteriores Vía Internet (Proyecto ICONS del Departamento de Gobierno y Política de la Universidad de Maryland, USA); Seminario Interdisciplinario de Investigación Sobre los Derechos del Niño; Seminario sobre Cuestiones de Hecho y de Derecho en la Argumentación Jurídica; Seminario Taller sobre Redacción de Ponencias para su presentación en el VIII Congreso Argentino sobre Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa; Curso sobre Jurisprudencia Constitucional; Curso sobre Algunos Aspectos de la Interpretación Jurídica; Curso La Globalización y su Impacto en los Países Periféricos. Perspectiva Interdisciplinaria desde la Ciencia Política, la Economía Política; El Derecho Constitucional y la Sociología del Derecho; Curso la Ciudadanía y su Crisis; Curso sobre Estructura de Internet: Posibilidades de búsqueda de Información en el Derecho; Primer Seminario sobre Propuestas Metodológicas para abordar Derechos, Deberes y Responsabilidades Institucionales; Conferencia sobre el Control Jurisdiccional de la Potestad Disciplinaria de la Administración Penitenciaria en la Ley de Ejecución 24.660; Conferencia-Debate sobre relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno; Nuevas Perspectivas en la Unión Europea; Curso de Familia ¿Crisis o Transformación?; Seminario sobre el Régimen Legal de las Sociedades Comerciales y su posible Modificación - Delitos Societario y Sociedades Unipersonal de Responsabilidad Limitada; Curso sobre Aplicación del Método del Caso y Análisis de Jurisprudencia en Materia Constitucional; Curso Principios de Investigación en Derecho; Taller sobre Derechos, Legislación y Salud Reproductiva Adolescente en la Provincia de Córdoba; Seminario Sobre Metodología de la Investigación-Fuero Laboral; Seminario Taller de Búsqueda de Jurisprudencia (Nivel Inicial); Conferencia Sobre Derechos Humanos y la Institución Policial; Taller sobre el Funcionamiento de la Investigación penal Preparatoria del Proceso Penal de Córdoba.

La *Segundas* (2001) y *Tercera* (2002) *Jornadas sobre Experiencias en Investigación*, organizadas por el CIJS, se llevaron a cabo el 9 y 10 de Octubre de 2001 y el 8 de Octubre de 2002 respectivamente. Los Principales Objetivos han sido: *Brindar un ámbito para el intercambio y la difusión de las experiencias en materia de investigación desarrolladas en la Facultad tanto por Docentes, Investigadores, Becarios como Tutorandos; *Construir, a través de sucesivas Jornadas anuales, un nexo permanente de acercamiento del CIJS a las labores de las distintas Cátedras y viceversa;

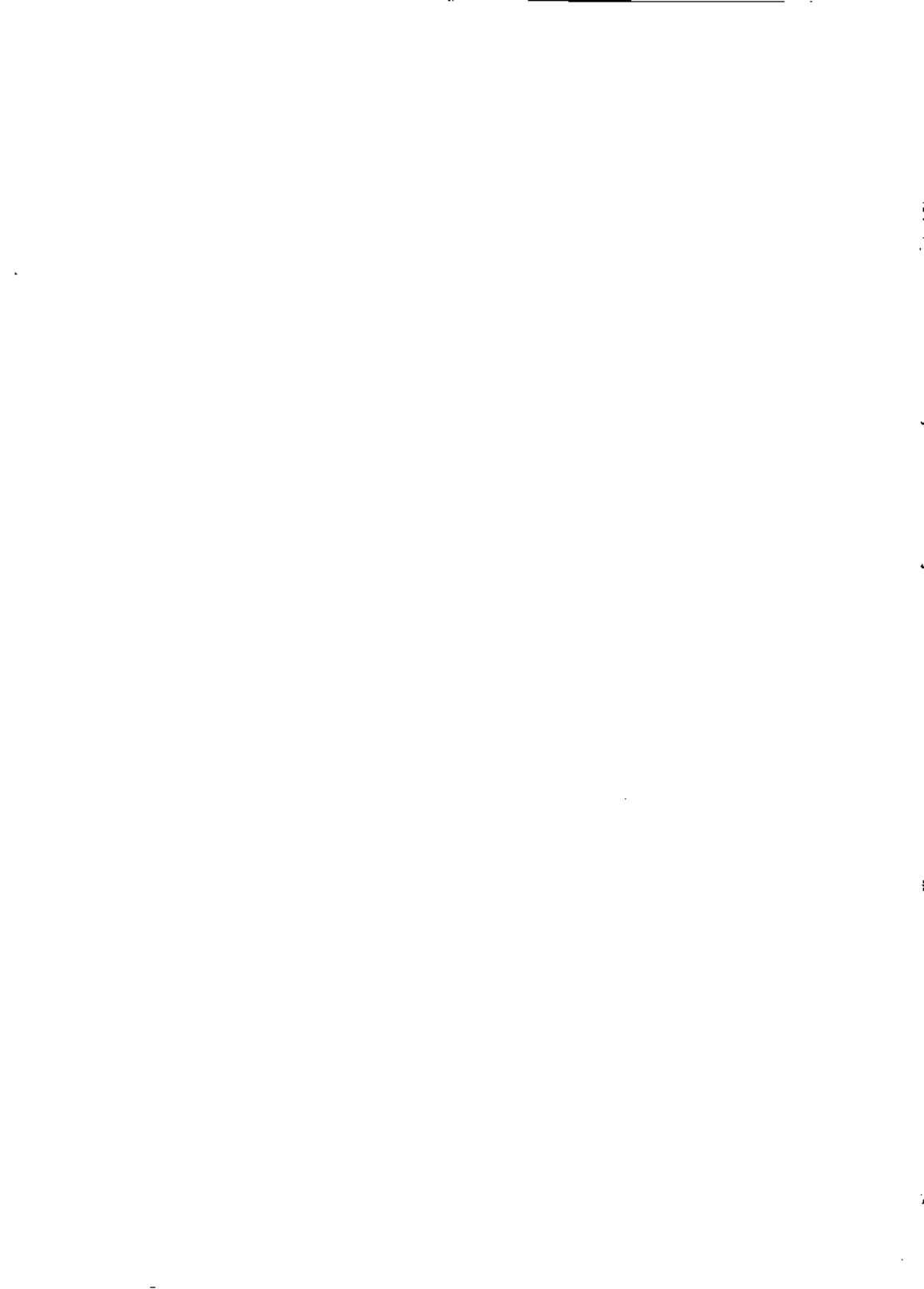
*Permitir la Integración de los frutos de las investigaciones de los Docentes de la Facultad con los de los Investigadores del CIJS; *Contribuir a la construcción del perfil del Docente-Investigador; *Obtener un *feed-back* a los fines de reorientar las labores del CIJS.

Ambas *Jornadas* contaron con una conferencia inicial, en las *segundas* disertó el Prof. Dr. Ricardo Guibourg sobre el tema "Concepto y Métodos de la Investigación acerca del Derecho: Su función en el marco de la Ciencia y el Aprendizaje" y en la *Tercera* hicieron lo propio, el Prof. Dr. Ernesto Abril y la Prof. Dra. Martha Díaz de Landa sobre el tema "Principales problemas en materia de Investigación".

Las Actividades se desarrollaron en seis comisiones: *Derecho Público, *Derecho Privado, *Estudios Básico, *Becarios, *Tutorías, *Escuelas de Ciencias de la Información y de Trabajo Social.

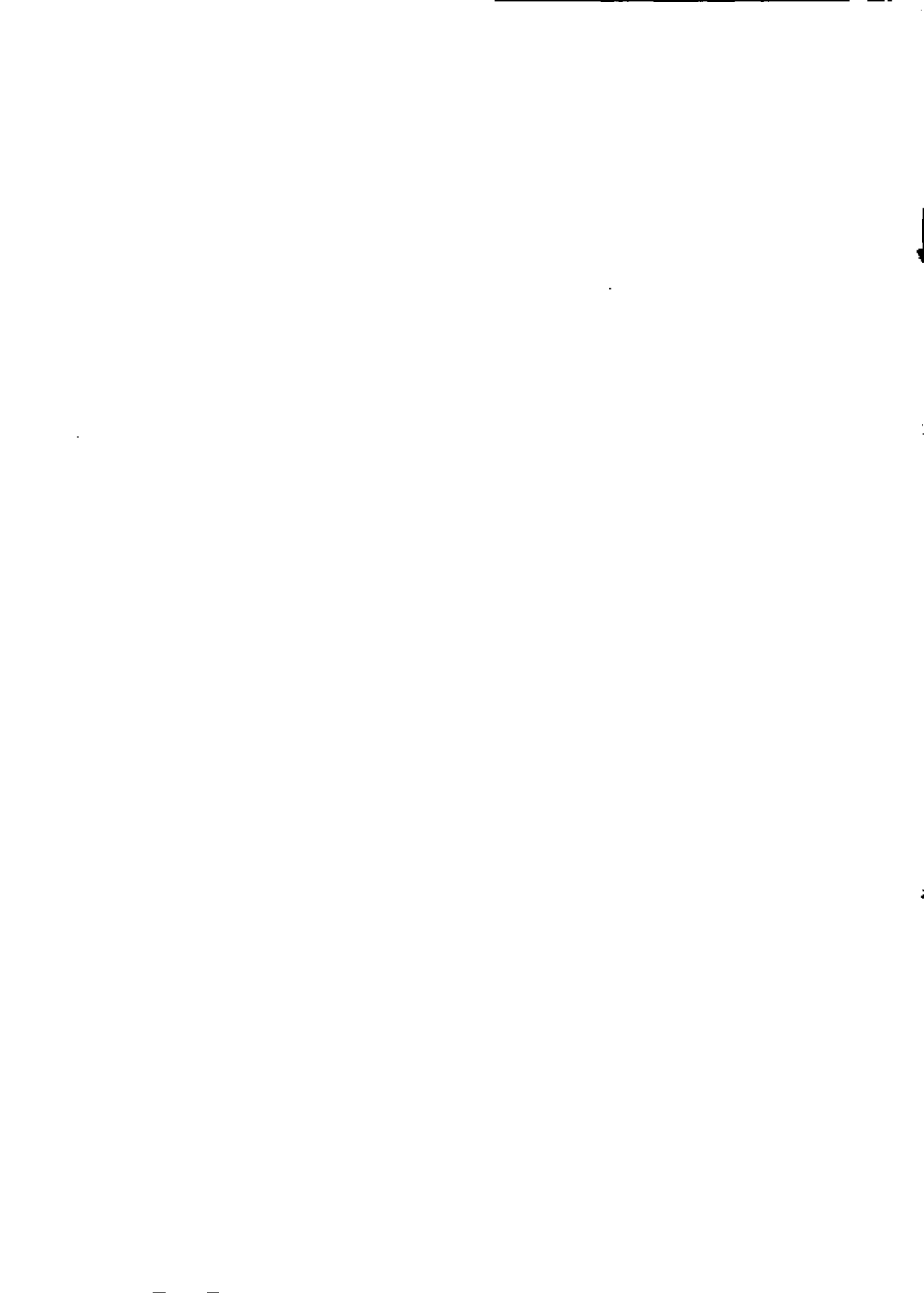
Cada Coordinador, en sesión total por Comisión de dos horas y media, efectuó una breve presentación preliminar haciendo referencia a las labores de investigación desarrolladas, en el área específica a su cargo, en el CIJS y en las distintas Cátedras (Investigaciones de docentes con proyectos de investigación radicados en el CIJS, investigaciones de docentes categorizados u otras investigaciones de conformidad a datos brindados por los mismos docentes). A Continuación, el Coordinador fue cediendo la palabra a los distintos panelistas-investigadores, cada uno de los cuales, expuso su experiencia investigativa. Tras las exposiciones se abrió el diálogo al público, el que dirigió preguntas al coordinador, a los panelistas o expresó sus propias ideas en materia de investigación y, particularmente, en lo que hace al rol que se estimaba debía cumplir el CIJS.

Es de destacar la presencia del Señor Decano, quien no sólo participó en el acto inaugural, sino también en paneles de las *Jornadas*, jerarquizando las mismas y motivando los sucesivos encuentros.



Sección I

DERECHO AMBIENTAL, COMERCIAL Y
OTRAS RAMAS DEL DERECHO



IMPOSICIÓN SELECTIVA Y/O ESPECÍFICA AL CONSUMO EN BRASIL, PARAGUAY Y URUGUAY.

**Aplicación del principio de tributación exclusiva en el tráfico
internacional.**

*por Patricia Alderete**

Resumen: Este artículo hace referencia a aquellos impuestos selectivos y/o específicos al consumo, que por su naturaleza, estructura y modalidades afectan las posibilidades competitivas de las exportaciones, al no contemplar mecanismos de devolución o recupero de los impuestos aplicados en las etapas anteriores de producción y circulación económica de los bienes exportados, provocando los denominados efectos de piramidación y acumulación.

Palabras clave: Impuestos selectivos. Impuestos específicos al consumo. Impuestos monofásicos. Impuestos plurifásicos. Efecto acumulación. Devolución. Recupero. Distorsiones.

Introducción

Existen en los países miembros del Mercosur, numerosos tributos específicos, particulares, que al no ajustarse a las características de los im-

(*) Egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. CUS-UNC. Carrera de Postgrado de Especialización Tributaria para el Mercosur finalizada, Tesina en elaboración. Universidad Nacional de Entre Ríos. UNER. Ex Becaria CONICET. Becaria INTERCAMPUS (1997). Doctorando en la Carrera de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UNC.

puestos al valor agregado afectan las posibilidades competitivas de sus respectivas exportaciones. Estos gravámenes específicos sobre ciertos bienes y servicios intermedios, como la energía eléctrica, combustibles, publicidad, etc. operan como verdaderos factores de costo de los bienes exportados, ya que no prevén mecanismos de devolución o crédito fiscal, al efectuarse la venta al exterior de los bienes finales correspondientes, provocando los denominados efectos de piramidación y acumulación. Es importante distinguir estos gravámenes de aquellos, particulares que se aplican sobre determinados bienes y servicios finales y que generalmente operan como complementarios de los impuestos generales sobre las ventas.

La imposición selectiva y/o específica al consumo comprende el grupo de gravámenes que recaen sobre determinados bienes y/o servicios. Teniendo en cuenta que los *impuestos selectivos* recaen sobre bienes y servicios del consumo final y los *específicos* se aplican sobre bienes y servicios de consumo intermedio recayendo finalmente sobre el resto de un número intermedio de bienes y servicios, un mismo impuesto, puede ser selectivo y específico a la vez (combustibles, peajes, pasajes aéreos, publicidad, etc.)¹.

Los principales **impuestos selectivos al consumo a nivel de gobierno nacional** están representados en la República Federativa de Brasil, por el **Impuesto sobre Productos Industrializados (IPI)**, en Uruguay : por el **Impuesto Específico Interno (IMESI)** y el **Impuesto a los Ingresos Brutos de las Compañías de Seguros**, en Paraguay : por el **Impuesto Selectivo al Consumo**.

Características y diferencias significativas

En los tres países en estudio, estos gravámenes se aplican en todo el territorio, con excepción de aquellos bienes que se destinan a las zonas francas.

En Paraguay y Uruguay operan en forma de impuestos monofásicos en la etapa industrial e importación, exonerando las exportaciones. La diferencia la establece Brasil, donde el IPI se aplica en forma de impuesto plurifásico, tipo impuesto al valor agregado, pero tiene efectos acumulativos porque no permite deducir el impuesto pagado por las compras. A diferencia de los impuestos selectivos de tipo monofásico, sólo pueden producirse

¹ LUKSZAN, A.J. *Imposición Selectiva y/o Específica al consumo en los países del MERCOSUR. Bibliografía del Curso de Postgrado de Especialización Tributaria para el MERCOSUR*. UNER, 1999.

efectos acumulativos cuando la exportación no la realiza directamente el fabricante obligado al pago del tributo, sino otro comerciante exportador con respecto a quien no está previsto mecanismo alguno de devolución del impuesto.

En relación al **hecho imponible** todos gravan productos importados. En Uruguay se grava la primera venta, que incluye también a importadores ocasionales como es el caso de la importación para su consumo. En Brasil y Paraguay el hecho imponible se perfecciona por la introducción del producto al país. Tratándose de productos nacionales, en Brasil, el hecho imponible se define como la *salida del establecimiento industrial, el ingreso de los productos desde las zonas francas y los retiros para el autoconsumo de los contribuyentes*. En los otros países el hecho imponible lo constituye la *venta*.

Base imponible.

Es necesario distinguir la base aplicable a las *operaciones internas* y la que se aplica a *productos importados*.

En general, la base de cálculo aplicable a bienes nacionales e importados es el precio neto o el valor de la operación obtenido por los sujetos obligados. Todos los países miembros excluyen de la base imponible el impuesto al valor agregado y no realizan deducción de los fletes y envases.

Tratándose de *productos importados, en Brasil y Paraguay se aplican sobre el valor aduanero más el impuesto a la importación*. Brasil incluye también los recargos cambiarios. Sin embargo, no se incluyen en la base imponible el propio impuesto y el impuesto al valor agregado.

Uruguay y Brasil, aplican el impuesto a la primera venta de los productos importados, en cambio Paraguay es el país que no grava la posterior venta del importador.

Es importante destacar que la base imponible del IMESI esta constituida por los valores reales (precio de venta) o los valores fictos que fije el Poder Ejecutivo, teniendo en cuenta los precios de venta corrientes al consumo. Los valores fictos, son fijados semestralmente como precios básicos y estos deben ajustarse cada dos meses por parte de la administración en la variación que se produzca en los precios de los bienes gravados. Si hay prestaciones accesorias (embalajes, acarreos, intereses, recargos etc.), estos constituirán el referido precio y quedarán sujetos al tratamiento fiscal que corresponda a la operación principal. Si surgieran reajustes por diferencias entre los importes liquidados y los efectivamente pagados, por operaciones facturadas en moneda extranjera, dichas diferencias integran el precio a los efectos del impuesto. La DGI posee facultades para fijar pre-

cios fictos cuando así sea necesario, teniendo en cuenta los precios de venta corrientes al consumo. Si surgen productos nuevos, los productores deben comunicar a la DGI el precio que hubieran fijado para que se establezca el valor ficto corriente².

En cuanto a la **extensión de la base**, la imposición selectiva al consumo en los países del Mercosur, es aplicada con diferente grado de extensión. Según el número de bienes y servicios gravados, se los clasifica como limitados, intermedios y extendidos. La extensión de las tasas aplicadas en cada país, varía. Paraguay y Uruguay presentan una cobertura comparable, resultando más limitada en el caso de Paraguay, al no gravar artículos de tocador ni lubricantes, que sí gravan los otros países, ni primas de seguros que sí son alcanzadas en Uruguay, país que tiene un sistema intermedio. No aplica el impuesto a las naftas sin plomo excluidas del IMESI a partir de setiembre de 1992, cubiertas para neumáticos, objetos suntuarios y otros bienes.

Brasil tiene un sistema tan extendido que podría considerarse como un impuesto general a los productos industrializados con escalas de tasas altamente diferenciales.

Existen diferencias significativas en la imposición y en los niveles de tasas aplicadas, así es que Brasil y Uruguay tienen un alto nivel de tasas en relación a bebidas alcohólicas y cigarrillos, mientras Paraguay mantiene menor nivel de imposición de tasas con respecto a esos productos.

Contribuyentes

En relación a los *productos nacionales*, los tres países analizados, otorgan condición de *contribuyentes a los fabricantes de los productos gravados*.

En *Brasil*, en algunos casos, esa condición tiende a extenderse también a los *establecimientos mayoristas*, e incluye además como contribuyentes equiparados a industriales o equiparados por opción, a las *sucursales y mayoristas de los establecimientos industriales y a los comerciantes que venden bienes de producción a industriales y revendedores*.

Con respecto a los *productos importados*: son considerados contribuyentes, los *importadores habituales y ocasionales*. *Brasil*, incluye expresamente a los *establecimientos minoristas de los importadores*. En cambio *Paraguay y Uruguay no distinguen si son comerciantes mayoristas o minoristas*, en los casos en que se grava la posterior venta.

² COSTA, C. Impuesto Específico Interno. Descripción global de su estructura técnica. *Bibliografía del Curso de Especialización Tributaria para el MERCOSUR. UNER. 1999.*

Exenciones

Todos los países eximen la exportación de productos gravados. *Paraguay y Uruguay, no eximen las exportaciones realizadas por no contribuyentes del impuesto, ni contemplan un sistema de acreditaciones o devoluciones.*

Zonas Francas

Dentro del Mercosur, la normativa que rige en relación a las Zonas Francas, es la Decisión 8/94 que establece que no podrán crearse nuevas zonas francas a partir de la entrada en vigencia de dicha Decisión, salvo aquellas cuya creación y funcionamiento ya estuviere en trámite parlamentario. Las zonas francas que se encuentran en funcionamiento desde hace tiempo son en Brasil- Zona de Franca de Manaus y la Amazonia Occidental, y en Argentina, el "área aduanera especial" establecida para la Isla Grande de Tierra del Fuego, las que seguirán funcionando hasta el año 2013.

Los productos importados desde el área aduanera de Tierra del Fuego que se introduzcan al territorio continental de Argentina, pueden ser eximidos de los impuestos internos, por el Poder Ejecutivo.

Si esas exenciones se otorgan, existe una clara discriminación en contra de:

- los mismos productos finales importados; y
- los mismos productos nacionales elaborados en el territorio continental.

En Brasil, en las zonas francas de Manaus y la Amazonia Central, existe una situación similar, con la diferencia que las exenciones están contenidas en el Reglamento del IPI y se encuentran vigentes³.

Los bienes *con destino* a la Amazonia Central, presentan una diferencia:

- a) se eximen los productos elaborados con materias primas agrícolas o vegetales de la región, sin exigencias de cantidad o proporción mínima de esas materias primas en los productos finales
- b) en los bienes destinados a esa zona, la exención a los productos extranjeros, es menor a la exención a los productos nacionales.

Asimismo se eximen los productos (materias primas, productos intermedios y material de embalajes) nacionales e importados, *con destino* a la industrialización en la zona franca de Manaus, pero también se eximen los que allí se industrializan y se comercializan luego en el territorio nacional.

³ LUKSZAN, A.J. Ob. Cit. pág. 25.

Uruguay equipara a las exportaciones, todos los bienes originarios del territorio aduanero general *con destino* a las zonas francas. Y son tratados como importaciones, los bienes originarios de las zonas francas *con destino* al territorio nacional. Eximiendo del impuesto, a la elaboración e importación de bienes gravados en el ámbito de las zonas francas.

El principio de imposición aplicable en el tráfico internacional

Consideramos que la armonización o coordinación de los impuestos internos sobre bienes y servicios, es necesaria a fin de eliminar distorsiones, asegurar la correcta aplicación del principio de no discriminación y el perfeccionamiento del Mercosur.

Quedan comprendidos dentro de estos impuestos:

a) los impuestos generales al consumo que se aplican de manera generalizada, con la técnica del valor agregado, los que en general son de tipo plurifásico no acumulativos

b) Los impuestos selectivos o específicos al consumo, que se aplican sólo sobre ciertos bienes y servicios, con tasas diferenciales, adoptando la forma monofásica que se aplica a nivel de productor o importador⁴.

El art. 7 del Tratado de Asunción, "*prohíbe el tratamiento discriminatorio*". Por lo que la armonización de estos impuestos, debe evitar la discriminación entre bienes nacionales e importados, no sólo de los Estados parte, sino también respecto a las importaciones de terceros países.

Una de las distorsiones más importantes es la que surge de la acumulación de impuestos internos, que se produce cuando en el comercio internacional, el país exportador de los bienes los grava y también lo hace el país importador. De manera que debe determinarse qué país retiene la potestad exclusiva de imponer este tipo de gravámenes. Es necesario entonces, elegir un principio jurisdiccional uniforme para la aplicación de estos tributos. Estos principios pueden ser: 1) *el principio de tributación exclusiva en el país de origen*. En este caso, los bienes y servicios llevan incluido en su precio los impuestos pagados en el país de origen, es decir, que no habría diferencia de tratamiento entre bienes nacionales e importados, pero para ello deberían uniformarse los criterios y niveles de los impuestos internos en todos los países. 2) *El principio de tributación exclusiva en el*

⁴ GONZÁLEZ CANO, H. Informe Preliminar sobre la Armonización tributaria en el MERCOSUR. CIET/OEA. Argentina. 1992.

país de destino, de acuerdo al cuál, los bienes o servicios intercambiados sólo tributan en el país importador. El país exportador exime de impuestos a la operación de exportación, y devuelve el total de impuestos que se hubieren pagado en otras etapas anteriores del proceso de fabricación y/o comercialización.

Con la aplicación de este principio, no hay discriminación tributaria entre productos nacionales e importados.

Los impuestos selectivos, gravan tanto a productos nacionales como importados, y en general se aplica el principio de tributación en el país de destino, gravándose las importaciones y desgravándose las exportaciones.

Los tres países, eximen de impuesto a las exportaciones, aunque éstas no siempre salen totalmente libres de impuesto.

En Brasil existen algunas distorsiones en cuanto a una dispersión de tasas que es variable según los Estados. También existen tasas variables en el Impuesto general sobre servicios (ISS) que se aplica a nivel municipal, en cambio, en Paraguay y Uruguay, la mayoría de los servicios incluyen el IVA. Estos dos países del grupo no prevén normas sobre devolución o acreditación de impuestos soportados por insumos gravados o compras de bienes, es por eso que las exportaciones no siempre salen exentas de impuesto.

En el caso de Uruguay, se produce un efecto de acumulación, al no tener normas para evitarlo, en artículos de perfumería, bebidas alcohólicas, por los alcoholes con los que se elaboran, como en el impuesto a los combustibles utilizados en la producción de energía eléctrica.

En Paraguay, se produce un efecto acumulativo de las normas del propio impuesto, por los alcoholes que se utilizan para elaborar bebidas alcohólicas y combustibles.

En Brasil, el efecto de acumulación se produce en gran cantidad de casos de bienes finales gravados y no gravados por el IPI. Se aplican normas para evitar el efecto acumulativo por las materias primas que tributaron el impuesto y fueron utilizadas en la elaboración de los productos gravados que se exporten.

Algunas consideraciones finales

En los procesos de integración, durante la etapa de transición, y hasta tanto haya una maduración total, se ha optado por la armonización o coordinación de las políticas fiscales interiores, más que por la igualación o uniformidad. Sin embargo, es importante señalar que la igualación de los tributos "indirectos" interiores, no resulta imprescindible si se aplican los correspondientes "ajustes en frontera", los que permiten eximir o devolver

los impuestos interiores del país exportador, mientras que el país importador imponga sus tributos sin discriminación con respecto al origen de los bienes, efectuando una correcta aplicación del *principio de destino*, de modo que no "se exporten impuestos". Este principio permite, la administración y manejo de las respectivas políticas fiscales internas, pero reguladas, compensadas y neutralizadas a través de los ajustes de frontera pertinentes.

Para la aplicación de los mismos, es necesario adoptar criterios comunes, tanto en relación a cuáles son los tributos interiores que serán objeto de los ajustes de frontera, como en relación a su determinación y cómputo. Así es que deberán determinarse cuáles son aquellos tributos que deben eximirse, cuáles deben reintegrarse y aquellos que deben aplicarse efectivamente.

El ajuste de frontera de las transacciones debe eximir a las exportaciones contemplando la devolución, el crédito o recupero de los impuestos indirectos aplicados en las etapas anteriores de producción y circulación económica de los bienes exportados⁵. Es importante determinar el criterio y los procedimientos necesarios para que los "ajustes de frontera", respondan a la real carga impositiva que soporta el producto a exportar. De este modo se evita el efecto acumulación, eliminando distorsiones y asegurando la aplicación del principio de no discriminación previsto en el Tratado de Asunción.

Bibliografía

AMIGO, R.O. *Los Impuestos Indirectos y los Procesos de Integración Económica*. Boletín de la DGI N° 479. Buenos Aires. 1999.

ANDEL, Norbert. Problems of government expenditure harmonization in a common market, *incluido en Shoup Carl S.(ed);Fiscal harmonization common markets*. Columbia University Press, New York.1967. Vol. 16. pp.311 y ss.

COSTA,C. Impuesto Específico Interno. Descripción global de su estructura técnica. *Bibliografía del Curso de Especialización Tributaria para el MERCOSUR*. Universidad Nacional de Entre Ríos. 1999.

DE MARCO, H.A. Imposición al consumo. Centro de Estudios Tributarios (CIET) OEA. Buenos Aires. 1999.

GONZALEZ CANO, H. *Orientaciones para la armonización de los impuestos sobre bienes y servicios en el Mercosur*. Centro de Estudios Tributarios (CIET) OEA. Buenos Aires, 1993.

⁵ Mac Donnell,S.M y Amigo, R.O. *La imposición indirecta,los incentivos a las exportaciones y los procesos de integración económica*. Incluido en Fratolocchi ,A. "Cómo exportar, cómo importar". Cap. 5. Aplicación Tributaria. S.A. Bs. As. 1997.

- "La armonización tributaria y la Integración Económica". Ed. Interoceánicas. Buenos Aires. 1994.

- "Criterios para la armonización de los impuestos internos en el MERCOSUR". *Boletín DGI N° 482. Buenos Aires. 1994*

- "Análisis de los sistemas tributarios en el MERCOSUR". *Informe Preliminar sobre la armonización tributaria. CIET/OEA. Argentina 1992.*

LUKSZAN, A.J. Imposición Selectiva al Consumo y/o Específica en los países del Mercosur. *Bibliografía del Curso de Especialización Tributaria para el MERCOSUR.* Universidad Nacional de Entre Ríos. 1999.

MAC DONELL, S.M y AMIGO, R.O. *La Imposición Indirecta, los Incentivos a las Exportaciones y los Procesos de Integración Económica.* Incluido en Fratolocchi, A. "Cómo Exportar, cómo Importar". Cap. 5. Aplicación Tributaria. S.A. Buenos Aires. 1997.

MAC DONELL, S.M. *Los Incentivos Tributarios a las Exportaciones en los Procesos de Integración.* Boletín de la DGI N° 481. Buenos Aires. 1994.



CRITERIOS CONSTITUCIONALES PARA EL CONTROL SOCIAL EN LA REGULACIÓN

*por Jorge Edmundo Barbará**

Resumen: El artículo 42 de la Constitución Nacional de la República Argentina reconoce nuevos derechos a las personas en su condición de usuarios o consumidores. Correlativamente, impone deberes a las autoridades para que dichos derechos sean protegidos. Además, la Constitución pone en cabeza del legislador la obligación de establecer determinados mecanismos

(*) Nacido en Mendoza (República Argentina). Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina. Cursó estudios de posgrado en la Universidad de Tübingen, Alemania. Actual Decano de la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba, República Argentina y Profesor Titular de la cátedra de "Historia del Pensamiento Político", de la misma Facultad. Profesor Titular de la cátedra de "Derecho Político", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina. Es Miembro de sala del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Córdoba. Ha sido Consejero Titular del Consejo de Seguridad Ciudadana. Ha sido Miembro de la Comisión Ejecutiva de la Unidad Ejecutoria para la reglamentación de la Ley 8835/00 ("Carta del Ciudadano") de la Provincia de Córdoba, República Argentina. Ha sido Vocal Director del Ente Regulador y de Control del Sistema Postal de la República Argentina (Comisión Nacional del Correo y Telégrafos) e Intervenitor de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Correo Oficial de la República Argentina. Ha sido Secretario de Gobierno de la Municipalidad de Córdoba, República Argentina.

Dirección: Botafogo 3417 Barrio Jardín Espinosa, Córdoba 5000, República Argentina. Teléfono y Fax: 54-351-494-0427 Correo electrónico: cpoldcc@linux2.uccot.edu.ar - barbaracj@arnet.com.ar

instrumentales para garantizar la efectiva vigencia de esos nuevos derechos, entre los cuales se encuentra la "necesaria participación que las asociaciones de usuarios y consumidores" deben tener en los organismos de control.

El adecuado análisis de la norma constitucional permite establecer que los derechos que en la misma se reconoce sí pertenecen al género de las libertades positivas que sólo se dejan realizar a través de la intervención del Estado y de la participación de los titulares de tales libertades en la formulación de la voluntad estatal. Por tanto, no obstante haberse incluido dicha disposición constitucional en un momento de clara cosmovisión neoliberal, en el orden de conductas que la misma prevé, se ha apartado de dicha cosmovisión, adscribiéndose a la del Estado Social de Derecho y no a la del Estado Neoliberal abstencionista.

Ello supone que el nivel de participación que el usuario o consumidor debe poseer en los órganos de control, debe necesariamente adecuarse y corresponderse con la voluntad constitucional, encontrándose viciadas las formas de participación que no se compadecen con dicho mandato. Es preciso, pues, definir los perfiles que los Entes Reguladores y de Control deben asumir para que, por un lado, sean consecuentes no sólo con el artículo 42 de la Constitución Nacional sino con todo el orden normativo que la misma sustenta, y, por otro lado, no se frustre la participación de los usuarios y consumidores porque la unilateralidad y absolutización de su participación podrían conducir hacia tal frustración.

En razón de su correspondencia con la nueva disposición constitucional, la participación reconocida a los usuarios en el Ente Regulador creado recientemente en la Provincia de Córdoba, que no encuentra parangón a nivel nacional ni tampoco en otras provincias, aparece como un modelo cuyo análisis y seguimiento resulta de trascendencia no sólo respecto del funcionamiento del Ente de que se trata, sino respecto de la suerte del proceso de reforma del Estado, que, en buena medida, está condicionado por la adecuada realización del Ente

Palabras Claves: Estado Social de Derecho - Criterios de regulación y control - Entes Reguladores - Autonomía - Captura - Participación institucional de los actores involucrados - Especialización de los Entes - Experiencia en Córdoba.

1. El Marco Constitucional Básico

El artículo 42 es enteramente nuevo en la Constitución Nacional de la República Argentina. Fue una novedad que trajo la reforma de la Constitución del año 1994.

En ese artículo 42 es posible distinguir tres órdenes normativos, a saber:

a) Se reconocen nuevos derechos que asisten a los "habitantes"¹ en su condición de consumidores o usuarios de bienes y servicios, con inde-

¹ Decimos "habitantes" toda vez que se trata del goce y ejercicio de derechos que no admiten restricción en la persona de sus titulares, en consecuencia con el Preámbulo de la Constitución y con disposiciones tales como los artículos 14 y 18 de la misma.

pendencia del carácter público o privado de quien ofrezca los bienes o servicios de cuyo uso o consumo se trate, e independientemente de la naturaleza pública, privada o comercial de los referidos bienes o servicios.

b) Asimismo, esa norma impone deberes a "las autoridades" para que esos derechos sean efectivamente protegidos, enunciando las áreas en las que debe recaer esa protección.

c) Finalmente, esa disposición delega en cabeza del legislador determinadas pautas instrumentales consideradas necesarias para el goce y ejercicio de esos derechos.

En efecto, el artículo 42 literalmente reza:

"Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

a) De manera que cuando un "habitante" del territorio argentino, o una persona, en la relación que entable consumiendo o usando un bien o un servicio, ese bien o ese servicio no sólo debe satisfacer la necesidad específica que motiva ese consumo o uso, sino que ese consumo o uso no debe causar perjuicio a su salud, a su seguridad, a sus intereses económicos.

Asimismo, la relación de consumo o uso debe ofrecerle alternativas de consumo o uso, para que ejerza su derecho a la libertad de elección. Además, las condiciones o presupuestos sobre los cuales se edifica la relación de consumo o uso deben asegurar a cada persona, derecho de trato equitativo y digno. Por lo demás, si el objeto de la relación son datos o informes referidos a las personas, la Constitución reconoce a las mismas que ninguna distorsión sobre esos datos o informes se efectúe, toda vez que el dato o informe referido a ellas debe ser adecuado y veraz. La disposición tiende, pues, a reconocer una intensidad de peso tal a los derechos de los consumidores y usuarios que no quepa duda que las partes que se vinculan,

en “*la relación de consumo*”, son ambos sujetos libres e iguales, no obstante la eventual envergadura del oferente de bienes o servicios, y no una relación entre un sujeto y un objeto. Ello permite continuar entendiendo esa relación dentro de los marcos conceptuales del principio de autonomía de la voluntad, eje estructural sobre el que se asienta la dinámica de la Sociedad Civil y de nuestro sistema normativo².

b) Pero es el caso que la Constitución no se detiene en el mero enunciado de esos derechos. Pretende que los mismos rijan efectivamente. De ahí que determine, imperativamente, que “*las autoridades*” provean a *la protección de esos derechos*. No se trata que los órganos estatales respectivos protejan paternalmente a quienes son titulares de los derechos enunciados para que gocen de los mismos. Se trata de que la Constitución, directamente, determina la responsabilidad estatal en la efectiva vigencia de esos derechos. Si leemos atentamente, la segunda parte o segundo párrafo del artículo 42, vamos a constatar que el mismo no realiza un enunciado general estableciendo la obligación de los órganos estatales de proteger los derechos de los consumidores o usuarios, y correlativamente, determinado los cursos instrumentales para que esa protección sea factible. Por el contrario, la norma efectúa una enumeración acumulativa de deberes u obligaciones de las autoridades estatales, que se entiende pertenecen al ámbito de responsabilidad estatal. Y así determina que las autoridades proveerán:

- a la *protección de esos derechos*;
- a la *educación para el consumo*;
- a la *defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de mercados*;
- al *control de los monopolios naturales y legales*;
- al (control) *de la calidad y eficiencia de los servicios públicos* y
- a la *constitución de asociaciones de consumidores y usuarios*

Ello significa que la Constitución prevé el ejercicio de un poder de policía estatal que no sólo no importa una limitación a los derechos recono-

² El artículo 1.197 del Código Civil Argentino, que reproduce la norma del artículo 1.134 del Código Civil francés de principios del Siglo XIX, determina que las convenciones efectuadas entre partes constituyen una ley para ellas. Encierra, pues, no sólo un mandamiento obligatorio para quienes suscriben un convenio respecto del cumplimiento de las obligaciones emergentes del mismo, sino una prohibición dirigida al Estado en el sentido de que se abstenga de intervenir en aquello que ha sido materia del convenio. Ciertamente que también encierra un mandamiento que requiere intervención del Estado, toda vez que aquel que no cumpla con lo pactado podrá ser obligado a ello, aún mediante la fuerza, por los órganos estatales respectivos.

cidos en la misma, respecto de quien es considerado comparativamente más débil, sino que esa **exigencia** del ejercicio del poder de policía constituye una condición necesaria para la adecuada vigencia de tales derechos³.

Ahora bien, los derechos emergentes de los dos primeros párrafos del artículo 42 de la Constitución Nacional son directamente operativos. No se necesita ningún tipo de reglamentación para que los mismos rijan efectivamente⁴. Y decimos los derechos emergentes de los *dos* primeros párrafos, porque de ambos párrafos surgen claros derechos reconocidos al usuario o consumidor. En el primer párrafo, la fuente normativa es directa. En el segundo, es elíptica. Decimos, en este último caso, que la fuente de los derechos para el usuario o consumidor es elíptica, porque si "las autoridades" *nada* hicieran en orden al efectivo cumplimiento de los deberes u obligaciones que la Constitución impone para proteger a los consumidores

³ De manera tradicional se ha entendido que el poder de policía estatal es susceptible de ser comprendido o bien en sentido amplio o bien en sentido restringido. La tesis amplia entiende por poder de policía la facultad reglamentaria estatal sobre personas y cosas tendiente al logro del bienestar general. La tesis restringida circunscribe el poder de policía a la protección de la seguridad, al moralidad y la salubridad, dejando de lado todo contenido social y económico. El primero tiene en vista el bienestar común; el segundo, el orden público. El primero ha sido propio de la doctrina constitucional norteamericana y también argentina; el segundo, de la doctrina italiana y francesa. Sin embargo de esta distinción, tanto el poder de policía en sentido amplio cuanto en sentido restringido tienen de común que ambos han supuesto la restricción del ámbito de la libertad del hombre, ambos han significado la limitación de los derechos reconocidos por la Constitución. Véase: BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Derecho Constitucional*, Tomo II, p.543 y siguientes, Ediar, Buenos Aires, 1968. Ciertamente que si el ejercicio del poder de policía impuesto por la Constitución al Estado tiene por objetivo el goce y ejercicio de derechos a quien es considerado un débil estructural, como el consumidor o el usuario, se torna necesario reconocerle a ese poder de policía, antes que una restricción a la libertad, una condición para su ejercicio. En otras palabras, si, para posicionarse como un sujeto libre frente al oferente de bienes y servicios, el consumidor o usuario requiere de la apoyatura estatal a través del ejercicio del poder de policía para ser elevado a un nivel equivalente a aquel oferente, lo que en verdad está ocurriendo es que se impone obligaciones al Estado para que coloque al usuario o consumidor en un plano de igualdad, precisamente para que pueda gozar de su libertad y de sus derechos y no para limitarlos.

⁴ En igual sentido se ha pronunciado la jurisprudencia. Véase la doctrina señalada por la Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo, Sala IV, en fallo de fecha 1998-06-23 en el caso "Youssefian Martín c/ Secretaría de Comunicaciones", en el cual estableció, entre otras interesantes consideraciones, lo siguiente: "*Los derechos de los usuarios y consumidores a la protección de sus intereses personales y económicos son operativos, en virtud de su naturaleza y de la vía judicial prevista en el artículo 43 de la Constitución Nacional. Por tanto, no dependen de su reglamentación*", Revista La Ley, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, octubre de 2000

o usuarios, a éstos les asistiría el correlativo derecho a reclamar no sólo que “*las autoridades*” cumplan con el imperativo constitucional sino también que afronte las consecuencias de ese incumplimiento.

En otras palabras, el segundo párrafo del artículo 42 la Constitución contiene una exigencia de una conducta de orden positivo que debe cumplir el Estado. Ese mandato no se deja realizar a través de una conducta negativa de la actividad estatal. No se trata aquí del campo de las libertades negativas cuya realización requiere, como correlato, un no actuar del Estado. Por el contrario, aquí nos encontramos con un tipo de derechos, o libertades positivas, cuya esencia y sustancia reclaman que el Estado *intervenga* para que las mismas se cumplan y sean gozadas.

Por tanto, si el Estado no interviene allí donde la Constitución le manda intervenir, las consecuencias gravosas de la omisión estatal (para los consumidores y usuarios) serán susceptibles de revertir bajo la forma de responsabilidad, por ejemplo, por daños y perjuicios, además de incumplir con el rol que al Estado le ha sido asignado por esa disposición.

Desde la perspectiva del usuario o consumidor, no parecería concebible que “*las autoridades*” renunciaran a ejercer las responsabilidades que les impone la Ley Constitucional y que, tal renuncia, fuera lícita.

La Constitución se apartó, pues, del modelo liberal del Estado abstencionista propio de los procesos de reforma del Estado y de las privatizaciones llevadas a cabo hasta el momento de la reforma constitucional. Por el contrario, aquí optó por la cosmovisión ideológica más propia del Estado Social de Derecho, toda vez que exige intervención estatal en asuntos de la Sociedad, como condición inherente al goce de derechos que la propia Constitución reconoce a los miembros de esa Sociedad.

c) En el marco de semejante concepción de derechos de usuarios y consumidores y de responsabilidad del Estado para el goce de esos derechos, la propia Constitución establece **los criterios** que deben observar las leyes que tengan por objeto la regulación y el control de las relaciones de consumo.

Y así, en el tercer párrafo de la disposición bajo análisis, se determina que

“La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

El **primer criterio** que este tercer párrafo supone consiste en que los mecanismos procedimentales de resolución de conflictos emergente de la relación de consumo y los marcos regulatorios de los servicios públicos nacionales, deben establecerse por “*la legislación*”, esto es, por leyes, no por decretos ni por resoluciones. Esta exigencia no surge sólo de la terminología empleado por el constituyente. Surge de la jerarquía y naturaleza de la materia a regular y de la seguridad jurídica que acompañan normas emanadas de la actividad del Poder Legislativo, sin perjuicio de la intervención que la propia Constitución asegura al Ejecutivo en el proceso de formación y sanción de toda ley.

El **segundo criterio** que creemos advertir consiste en que, tratándose de mecanismos de resolución de conflictos, la ley tenga en cuenta el valor “*eficacia*”. Aquí se debiera advertir que la prevención y solución de conflictos a través de procedimientos eficaces apunta a *todo* el escenario donde puedan aparecer conflictos emergentes de la relación de consumo, y no sólo en el ámbito de los servicios públicos. Ciertamente que elevar a nivel constitucional la necesidad de que una ley procesal sea “*eficaz*”, suscita un replanteo respecto de la manera conque tradicionalmente se ha entendido que las leyes procesales debían cumplir con la exigencia del derecho de defensa y la garantía del debido proceso con fundamento en el artículo 18 de la Constitución Nacional. Aquí debiera advertirse que la práctica ha revelado que mecanismos procesales previstos como la rápida respuesta y, por ende, “*eficaces*”, como el amparo, en un considerable número de casos, prolonga no ya por meses sino por largos años, la resolución del conflicto sometido a esa instrumentación procesal. Por tanto, si por “*eficaces*” se entiende que debe atenderse el aspecto temporal tendiendo a una solución rápida, debe tenerse en cuenta la experiencia de los medios procesales que, también previstos con ese fin, en numerosos casos lo han frustrado.

El **tercer criterio**, a su vez, admite dos niveles de exigencias. En el primer nivel se exige que se dicten, - por ley -, los marcos regulatorios de los servicios *públicos* de competencia nacional. En el segundo nivel, que esos marcos regulatorios prevean la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios, y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

No aclara la norma constitucional en qué consiste la *participación* que se impone como *necesaria*.

Resulta, pues, necesario, reflexionar sobre las gradaciones que pueda adquirir la participación de consumidores y usuarios, a fin de tener en

claro cuál es la intensidad de importancia que el legislador reconoce a usuarios y consumidores al otorgarles la "*necesaria participación*" que la Constitución manda.

La consideración que merece el usuario o consumidor es susceptible de encuadrarse en dos modelos, el "*modelo consumerista o consumista*" y el "*modelo ciudadano*" (Felder y López: 1999; Barbará: 2000).

El "*modelo consumerista o consumista*" se edifica sobre la lógica privada de acercamiento al cliente, concibiendo a los usuarios o consumidores como clientes individuales, reduciendo su espacio a temas micro en la relación de consumo.

El mercado se entiende, en este supuesto, como una materia de intereses individuales. Usuario, cliente o consumidor es quien sólo puede exigir contraprestaciones a cambio del dinero que paga. Contraprestaciones que están a cargo de operadores privados, sucesores del Estado a través de los diferentes procesos de privatización. En este modelo, la dimensión económica cobra un rol protagónico sustancial, asumiendo su mejor exponente, el mercado, un trascendente rol organizador, restando importancia a lo político o estatal como criterio de organización y convivencia social.

El "*modelo ciudadano*" parte del supuesto que el usuario o consumidor también es un ciudadano titular del derecho de acceder al uso o consumo de determinados servicios o bienes públicos, con independencia de la capacidad adquisitiva determinada por el mercado. Este modelo supone que, particularmente en el sector de servicios públicos privatizados, lo que está en juego son intereses colectivos y no meras sumatorias de intereses individuales. Y la posibilidad de que determinadas personas estén imposibilitadas de usufructuar derechos que las normas legales le reconocen no sólo tienen que ver con la eventual situación de precariedad económica que les puede afligir sino también por otras razones, como, por ejemplo, por razones geográficas, toda vez que la prestación de tales servicios en dichas zonas resultaría no rentable. Ello supone que el mercado, por sí solo, no puede garantizar un rol protagónico sustancial como organizador social sino que, por el contrario, se requiere una imprescindible regulación extraeconómica de la economía y del mercado asumiendo lo estatal y político un papel dirimente como criterio de organización y convivencia social.

Ahora bien, la participación del usuario es susceptible de gradaciones, que permiten aproximarlas a uno u otro modelo.

En efecto, tenemos la *información*, la *consulta*, la *concertación* y el *partenariat*. La *información* se vincula no sólo con la necesidad de que los usuarios no desconozcan las normas para que puedan ejercer sus derechos

y cumplir sus obligaciones sino también la exigencia de conocimiento o información sobre las condiciones de prestación y sobre la calidad de los servicios ofrecidos, estando obligado el Estado o la Administración proveer semejantes niveles de información.

La *consulta* supone que los usuarios participen a partir de la opinión que les es requerida, pero su contenido no es vinculante sino facultativo para la decisión definitiva que la Administración adopte.

La *concertación* importa ya un nivel de participación más trascendente, toda vez que significa que para la decisión que en definitiva se adopte es menester un acuerdo entre la Administración y los usuarios. Aquí se advierte el cese o fin de la discrecionalidad y unilateralidad de la decisión de la Administración.

El *partenariat* significa que los usuarios son integrativos de la formación de la voluntad estatal o decisión que se adopte de manera institucionalizada, toda vez que, precisamente porque existe institucionalización de la concertación, existe estabilidad y permanencia en el consenso de voluntades entre la Administración y los usuarios a los fines de las decisiones que se adopten. Aquí es menester prever la representación o integración de los usuarios en los organismos públicos de control y regulación.

Por tanto, y de acuerdo a la graduación de formas de participación enumeradas, la información y la consulta se aproximan al modelo consumerista o consumista; la concertación y el *partenariat*, al modelo ciudadano, toda vez que se pretende hacer del usuario un ciudadano que participa de la creación de un orden que en definitiva lo va a obligar.

En consecuencia, estamos en condiciones de afirmar que cuando el artículo 42 de la Constitución Nacional dispone que los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional deber prever "*la necesaria participación*" de asociaciones de consumidores y usuarios, el nivel de participación que se está reclamando es aquel propio del modelo ciudadano.

Ello así porque sólo ese tipo de participación se compeadece con la cosmovisión ideológica propia del Estado Social de Derecho que adoptó el Constituyente al introducir esa disposición, apartándose del modelo liberal abstencionista propio de los modelos privatizadores que caracterizaron la reforma de primera generación en Argentina.

Por lo demás, precisamente porque ese es el carácter de la participación a que se refiere la norma bajo análisis, es que la misma prevé que la participación se instrumente a través de "asociaciones" de usuarios y con-

sumidores, en razón que sólo las organizaciones respectivas pueden efectivizar no sólo la representatividad de usuarios y consumidores, sino también los requerimientos de carácter orgánico para integrar, a su vez, los organismos públicos. Esto es, es menester una previa institucionalización no estatal para poder integrar la institución estatal respectiva, y es por ello que en el mismo artículo 42 la Constitución determina que *las autoridades deben proveer a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios*.

Otro tipo de participación de los usuarios y consumidores, no estaría rigurosamente de acuerdo o "en consecuencia" con el imperativo constitucional del artículo 42. Por tanto, un marco regulatorio que no previera la participación de usuarios y consumidores, o que previera una participación diferente a la expuesta, más acorde con una participación más mezquina de usuarios y consumidores, como, por ejemplo, las modalidades de información y consulta propias del modelo consumerista o consumista, llevaría consigo el vicio de inconstitucionalidad de tal marco regulatorio, toda vez que no se habría dictado "en consecuencia" con el artículo 42 de la misma, contrariando el principio de supremacía constitucional previsto en el artículo 31 de la Constitución Nacional⁵.

Los derechos de los usuarios y consumidores previstos en el ya mencionado artículo 42 de la Constitución Nacional, reconocen en el propio constituyente, la convicción de que usuarios y consumidores son los nuevos débiles estructurales en el mundo actual. De la misma manera que en el Siglo XIX fue el trabajador aquél quien reclamaba la urgente intervención del Estado para que las relaciones contractuales que acordaba con los empleadores impidieran u obstaculizaran la explotación de aquellos por éstos, ahora la relación de consumo exige una no menor intervención estatal para impedir u obstaculizar diversas manera de aprovechamiento de los consumidores o usuarios. Así fue sostenido por los propios convencionales al momento de discutirse la disposición constitucional bajo estudio (Cabezas Cescato, 1999).

⁵ El artículo 31 de la Constitución Nacional dice: "*Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859*".

No puede existir duda acerca del tipo de actitud que del Estado exige nuestra Constitución Nacional cuando de consumidores y usuarios se trata.

2. Definición de los Entes en consecuencia con los criterios de la Constitución Nacional.

Es posible encontrar en la propia Constitución Nacional los criterios que deben informar a los marcos regulatorios de los organismos de control de servicios públicos privatizados, según hemos estado viendo hasta aquí.

Sin embargo, existe una opinión generalizada acerca de la ineficacia de marcos y entes regulatorios, en el supuesto que de los mismos se tenga conocimiento.

Existe en el ciudadano común, ausencia de conocimiento acerca de marcos o entes⁶, y los sectores especializados en el conocimiento de marcos y entes descreen de su eficacia⁷.

Cabría, entonces, preguntarse si el cumplimiento de los criterios de la Constitución en materia de organismos de control podría revertir esa situación de desconocimiento o descrédito y, en su caso, de qué manera.

Para precisar los roles y la definición de los Entes Reguladores, creo que es conveniente tener en miras el marco referencial del Estado dentro del cual se encuentran insertos y luego tratar de desagregar los componentes que les permitirán jugar un rol con sentido, tanto para los operadores privados prestadores de servicios cuanto para los usuarios de los mismos.

Si partimos del presupuesto que el Estado es autónomo respecto de los diferentes intereses que debe regular y armonizar en la Sociedad, debemos convenir que esa autonomía es relativa.

⁶ Un estudio general sobre el estado de opinión de clientes y no clientes del servicio de telecomunicaciones efectuado por la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba por encargo de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación, revelaba que, después de siete años de funcionamiento del Ente Regulador de ese sector – la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC) – establecido a consecuencia de la privatización del sector telefónico, el 84% de la población desconocía la existencia del órgano regulador.

⁷ “La incapacidad de respuesta adecuada del marco regulatorio y la impotencia de los entes reguladores fue puesta en evidencia, como ocurre siempre, por la realidad indiscutible de los hechos que asumieron forma de un prolongado apagón en uno de los puntos más poblados del país. *La gente no cree en estos instrumentos*. Pues bien, ahora la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal nos completa el cuadro crítico institucional demostrando que *los jueces tampoco creen en la eficacia de los marcos regulatorios ni de sus entes carentes de la independencia deseable...*” (Pérez Hualde, Alejandro, 1999)

"A los "gestores públicos" lo que más les preocupa es promover su propio interés, y no los intereses del capital, de ahí que sean autónomos. Su interés personal se basa primera y principalmente en ganar elecciones. Sin embargo, al ser las elecciones, cada vez más, un referendun sobre la gestión económica del gobierno, y al depender este comportamiento económico de las decisiones que toman los capitalistas respecto a la inversión y a otros factores, los "gestores públicos" impulsarán políticas que favorezcan los intereses de los capitalistas para animarles a tomar decisiones de tipo empresarial que redunden en una mejora general del comportamiento de la economía" sostiene David Marsh (1995), comentando el criterio de Fred Block sobre el comportamiento estatal.

Es claro que aquí el Estado es visto a partir de las conductas de los gobernantes cuya legitimidad se fundamenta en elecciones democráticas. Sin embargo, permite observar un marco referencial de la conducta de los mismos que, no obstante su relativa simplificación, posibilita apoyarnos en un esquema razonablemente aceptable respecto de las conductas de los gestores públicos en relación a las cuales quienes efectivicen el poder de los entes reguladores deben diferenciarse.

El principio de autonomía es también un carácter de los Entes. Claro que aquí asume peculiaridades diferenciales, porque la promoción del propio interés de los mismos no está ligado a elecciones democráticas, al menos de manera inmediata.

El artículo 42 de la Constitución Nacional contiene claras disposiciones en defensa de los derechos de los usuarios y consumidores, pero también de una economía de mercado y de la competitividad inherente a ese tipo de economía.

Es por ello que esa propia norma determina expresamente *"la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados"*, y se particulariza el *"control de los monopolios materiales y legales"*, precisamente porque estos suponen una distorsión de los mercados.

En ello la Constitución es consecuente con los derechos y garantías que protegen al sistema de libre empresa^B.

El Ente Regulador y de Control practica su actividad dentro de una trilogía de relaciones recíprocas que atrapa a tres actores: El propio Estado

* Comentando dichas premisas del artículo 42 de la Constitución Nacional, Pérez Hualde, coincidentemente, sostiene: *"Es por ello también que esta garantía debe interpretarse no sólo en defensa de consumidores y usuarios sino también de las propias empresas que se desenvuelven bajo la protección de las garantías constitucionales que reconocen los derechos fundamentales del hombre."* (Pérez Hualde, A.; 2001:2)

que asume la forma del Ente respectivo, el o los operadores privados y los usuarios de los servicios prestados por esos operadores.

Por tanto, si se pretende consecuencia con los principios que informan a nuestra Constitución, el Ente debe resguardar su autonomía respecto de los operadores privados, pero también respecto de los usuarios.

No existe contradicción en cumplir con el rol activo que impone la cosmovisión ideológica que determinó la inserción del artículo 42 cuyo correlato supone una intervención del órgano estatal en defensa del débil estructural, y el resguardo que *también* corresponde al Ente de los principios de la libertad de empresa y de los intereses de los operadores privados prestadores de servicios públicos.

Y es por todo ello que, aún cuando la norma constitucional no lo impone, es deseable que los marcos regulatorios de los servicios públicos *también* prevean la “*necesaria participación*” de los prestadores privados de servicios públicos.

La circunstancia de que esa participación en ninguna norma esté prohibida, habla a las claras de la absoluta ausencia de obstáculo legal para implementarla. En otras palabras, esa participación, aunque no esté impuesta, es plenamente legal.

Pero, además, existen otros motivos que nos determinan a sostener que ese sería el tipo de Ente acorde a las prescripciones constitucionales.

En efecto, en primer lugar, según ya dijimos, la economía de mercado a la cual adscribe nuestra Constitución supone que a los operadores privados de servicios públicos debe reconocérseles sus derechos como al resto de los habitantes de nuestro país.

En segundo lugar, negarles participación en los Entes supone, veladamente, que “participan” en el proceso decisorio del Ente, de manera no institucional. En otras palabras, subyace la aceptación tácita de prácticas de captura por parte de dichos operadores, práctica que se estima necesario compensar a través de la representación institucional que sólo se reconocería a los usuarios.

La captura del Ente por los operadores privados, que en definitiva significa que el Ente regula y controla en beneficio, ostensible o veladamente, de la o las empresa privadas prestadoras de servicios, en lugar de regular y controlar para el adecuado funcionamiento del mercado de que se trata y, en particular, de la prestación de los servicios respecto de los clientes, consumidores o usuarios, supone prácticas de *lobbies* más o menos sofisticados, pero que no están previstas por el ordenamiento normativo y cuyo “éxito” depende de los resultados de las decisiones de los Entes.

Pues bien, si se acuerda una posición institucional a los operadores privados, ciertamente que las prácticas de captura no van a desaparecer, pero se van a obstaculizar. Y ello porque se obliga a que las partes con intereses contrapuestos – operadores y usuarios –, discutan de manera transparente y en planos decisorios de jerarquía equivalente, de manera plena, sobre la base de la totalidad de las razones y fundamentos que les puedan asistir respecto de sus respectivos intereses, obligándose a que “lo oculto” se haga público y, por ende, controlable. La innegable exposición pública a que quedan sometidos particularmente los operadores privados y el propio Ente, otorgaría un control de la totalidad de la ciudadanía sobre la razonabilidad de las decisiones y los intereses que en definitiva dichas decisiones resguardan, añadiendo a la participación de los usuarios en los niveles institucionales, la posibilidad de un mejor control de la ciudadanía toda.

En definitiva, la participación de los operadores privados supondría, previsiblemente, implementar mecanismos para la mayor transparencia del control y de la regulación, impidiendo u obstaculizando las prácticas de captura.

En tercer lugar, es menester tener en cuenta que los Entes Reguladores y de Control, al decidir cuestiones referidas a prestadores y usuarios, emiten actos administrativos de alcance particular o general, configurativos de una voluntad estatal de clara naturaleza normativa. Pues bien, si a la conformación de tales actos normativos sólo concurre una sola de las partes, cuando el mismo está destinado a reglar la conducta de ambas, respecto de la restante que en manera alguna participa de la creación del acto al cual estará obligado a obedecer, existiría una innegable lesión al derecho de igualdad ante la ley. En otras palabras, la participación reconocida en los Entes sólo a los usuarios, tornará susceptible de ser descalificados por lesivos al derecho de igualdad ante la ley, y por ende inconstitucionales, aquellos actos en cuya producción participe sólo uno de los dos actores cuya conducta ese acto debe regir. A poco que se repare que una de las facultades de los Entes consiste en dirimir los conflictos existentes entre operadores privados y usuarios, se advertirá la gravedad del vicio en que pueden incurrir los Entes al emitir los actos a través de los cuales se pretende solucionar el diferendo, toda vez que sólo una de las partes involucradas en el conflicto participa en la producción de ese acto, asumiendo la facultad de juez y parte simultáneamente. El vicio de inconstitucionalidad aparecería aquí previsible.

En cuarto lugar, una representación sólo reconocida a favor de los usuarios a través de sus representantes puede dar lugar a una "captura a la inversa" que desnaturalizaría y pondría en riesgo la concreción de una legítima aspiración del débil estructural.

Ahora bien, la autonomía, del Ente no se resiente por la participación de las partes cuya conducta debe regular y controlar. Por el contrario, la participación, de operadores privados y usuarios tenderá a disminuir el riesgo de que en el Ente se reproduzca la dependencia que los gestores públicos tienen de quienes invierten capital, aún cuando dichos gestores persigan fines diferentes a los del interés de los inversores, y tenderá simultáneamente a bajar el riesgo de una "captura a la inversa" por el carácter de votantes que los usuarios y consumidores revisten. Es previsible que la participación simultánea de los sectores, si no antagónicos, al menos con intereses divergentes, compensen las influencias aproximándose a una sumatoria de base cero en el juego de fuerzas a confrontar.

Pero más grave que la dependencia inmediata de alguna de las partes involucradas, resulta la dependencia que el Ente puede experimentar de los poderes políticos. A este respecto, la circunstancia de que una ley, y no un decreto, establezca marco regulatorio y ente de control de un determinado sector, marca una pauta de independencia de los poderes políticos, pero no es suficiente.

La independencia requerirá de los requisitos previstos para la configuración personal de los órganos directivos y los empleados del Ente. De ahí la importancia que revisten las condiciones referidas a la idoneidad de las personas que cumplirán diversos roles en el Ente y los correlativos métodos de selección para cubrir los cargos, aspecto del cual ya nos hemos ocupado en trabajos previos al presente (Barbará, 1994).

Asimismo, reviste no poca trascendencia el carácter especializado del Ente.

Debe siempre tenerse presente que el carácter especializado de los Entes Regulatorios y de Control apareció impuesto por la división de trabajo resultante de las políticas privatizadoras en virtud de las cuales se produjo una separación entre las funciones reglamentarias y de control de aquellas funciones operativas o de prestación de servicios específicos en las áreas respectivas.

En razón de las políticas de privatización y desregulación se produjo una distinción básica entre los operadores de servicios, privados, y el Estado, que asumió la forma de Entes reguladores sectoriales especializados.

Se produjo, entonces, la sectorización y especialización del Estado como condición de cumplimiento de las funciones de policía inherentes a la existencia del propio Estado (Barbará, 1994).

Nos parece, entonces, que la peculiaridad de cada uno de los sectores de prestación de servicios, requiere de conocimientos técnicos específicos sobre el funcionamiento de esos servicios, así como de las propias características de configuración del mercado y de las correlativas condiciones de prestación del servicio y calidad del mismo. En otras palabras, sólo un Ente especializado estará en condiciones de brindar una mayor y más perfeccionada protección al usuario.

De ahí que tanto la autonomía cuanto la especialización del Ente aparecen como supuestos para la efectiva vigencia del artículo 42 de la Constitución Nacional.

Marcos regulatorios específicos y entes específicos para un mercado también específico se oponen naturalmente a la idea sobre Superentes o Entes Omnibus, así como a desdibujar la necesaria diferenciación entre instancias políticas e instancias especializadas.

En razón de las reflexiones expuestas creemos que la atenta lectura del dispositivo constitucional bajo análisis permite establecer criterios básicos para el diseño y funcionamiento de los Entes Reguladores y de Control susceptibles de revertir la situación de desconocimiento y de descrédito que los aflige.

Resulta pertinente insistir en que la deslegitimación de los Entes no sólo afectan a los mismos. Afecta a todo el proceso de reforma del Estado que se ha llevado adelante con sacrificios de envergadura tal que requiere de los mayores esfuerzos para que el mismo adquiera pleno sentido y no se vuelva atrás.

3. Los criterios constitucionales y la participación del usuario en el Ente Regulador de la Provincia de Córdoba.

Sin embargo de contener prescripciones específicas para los "marcos regulatorios de los servicios públicos de *competencia nacional*", las previsiones del artículo 42 de la Constitución Nacional configuran el marco normativo supremo de la República Argentina.

Esto es, las disposiciones constitucionales obligan a la Nación y a las Provincias, según sus respectivas jurisdicciones, siendo susceptible de descalificación constitucional cualquier norma que contradiga tales disposiciones.

En consecuencia, las instituciones provinciales u organismos de regulación y control nacidos al amparo de las disposiciones normativas provinciales, deben observar aquellos criterios establecidos por el artículo 42 de la Constitución Nacional, bajo riesgo de contradecir la Constitución y, por ende, encontrarse viciados de inconstitucionalidad.

Pues bien, en el transcurso del año 2000, la Provincia de Córdoba dictó tres leyes que significaron un amplio plan de reformas del Estado provincial, que oportunamente mereciera nuestra atención⁹.

En esta oportunidad nos detendremos sólo en un aspecto que consideramos de importancia decisiva en orden a los destinatarios centrales del artículo 42 de la Constitución Nacional, esto es, los consumidores y usuarios.

Ese aspecto es el referido a la participación que la ley N°8.835 les reconoce a usuarios y consumidores en el "Ente Regulador de los Servicios Públicos" (ERSeP), organismo que tiene por objeto "*la regulación de todos los servicios públicos que se presten en el territorio provincial*" (artículo 22).

En tal sentido, el artículo 26 de la ley 8.835 establece que en la integración del Directorio de ese Ente Regulador compuesto por seis miembros, uno de ellos debe ser designado a propuesta de las Asociaciones de Usuarios.

Pues bien, la decidida voluntad política de poner fin a la engorrosa, larga e indefinida discusión existente en el ámbito nacional acerca del alcance de la participación de los usuarios y consumidores en los organismos de control que la Constitución Nacional quería significar, ha quedado zanjada de manera eficaz y en el sentido de una correcta exégesis constitucional, sin perjuicio de que la integración del Directorio del Ente Regulador de la Provincia de Córdoba sea perfectible¹⁰.

⁹ En nuestra ponencia al V Congreso Internacional del CLAD, realizado en la Ciudad de Santo Domingo, República Dominicana, 24 al 27 de octubre de 2000, hicimos mención de diversas disposiciones de las leyes N° 8.835 ("Carta del Ciudadano") y N° 8.837 ("Privatizaciones – Incorporación del Capital Privado al Sector Público"), deteniéndonos a reflexionar sobre el organismo de regulación y de control – el "Ente Regulador de los Servicios Públicos" (ERSeP) – que la primera de esas leyes creó.

¹⁰ Oportunamente (Barbará: 2000), formulamos la observación consistente en que el ERSeP admita la representación de sólo uno de los actores involucrados – los usuarios – sin prever la representación de los prestadores privados, incurriéndose en los riesgos que en este trabajo, en la primera parte, se han señalado.

En efecto, no obstante el imperativo constitucional, doctrina y gestores públicos se enfrascaron en interminables reflexiones acerca de la extensión y carácter de la participación de usuarios y consumidores en los Entes Reguladores.

Los comentarios asumen la forma de reflexiones de carácter prescriptivo y por demás genéricos, sin precisar, en definitiva, cuál de los escalones de la participación de los usuarios y consumidores resulta acorde con la disposición constitucional que exige la "*necesaria participación*" de aquellos en los organismos de control y definirse en concreto por aquella con el plexo ideológico al cual la Constitución, en esa norma, adscribe.

Precisamente por la ausencia de semejante definición, ha debido ser la jurisprudencia la que ha sentado criterios básicos y definidos sobre el tipo de participación que esa norma reclama.

Como ya se dijo, la Provincia de Córdoba asumió un rol ejemplarizador al definir no sólo la necesaria participación de los usuarios en los entes reguladores, sino definió en qué consiste esa participación.

En efecto, según hemos dicho, los niveles de participación de los usuarios en Entes Reguladores pueden corresponderse al modelo consumerista o consumista y al modelo ciudadano, respectivamente.

Y así, los reclamos por fallas en los servicios, los seminarios informativos y de formación, los monitoreos de niveles de satisfacción e inclusive la consulta previa a la toma de decisión, si la misma no es vinculante sino meramente facultativa respecto de la decisión que el Ente debe asumir en cuanto ha sido materia de consulta, constituyen mecanismos de participación que se aproximan al modelo consumerista o consumista.

Por su parte, los sistemas de audiencias públicas, en la medida que condicionen acuerdos limitativos de la discrecionalidad del Ente, y la integración al Directorio de los Entes por parte de asociaciones de usuarios, constituyen niveles de participación que se adecuan al modelo ciudadano¹¹.

¹¹ En el Informe Final de su investigación sobre el tema "Participación y Control de los Servicios Públicos Privatizados", realizada conforme a la Beca de Formación de Segundo Nivel, otorgada por la Agencia Córdoba Ciencia (CONICOR), bajo nuestra dirección, el Lic. José Luis Lumbía, en el Capítulo III de ese Informe, realiza un análisis de las diversas instancias de participación de los usuarios, adecuándolas respectivamente, a los modelos consumerista y ciudadano, y constatando los diversos tipos de participación admitidos en los siguientes Entes Reguladores Nacionales: Ente Regulador de la Electricidad (ENRE), Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS), Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS), Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC) y Comisión Nacional Reguladora de Transporte (CNRT). Lumbía, J.L., Informe Final, Córdoba, 2001, página 19 y siguientes.

La integración de las asociaciones de usuarios en los Directorios de los Entes pareciera constituir la más intensa modalidad de participación de los usuarios en los Entes.

Si el modelo ciudadano representa a las instancias de participación que mejor se corresponden con una comprensión del Estado propia del Estado Social de Derecho, toda vez que supone asociar al débil estructural en la formulación de la regulación de un sector en el cual lo tiene por acto desigual posicionándolo, esto es, integrándolo en la conformación misma de la solución estatal sectorial, y si, asimismo, se ha optado por el rango más intenso de participación de los usuarios en los Entes, cual es el de integrar el Directorio mismo del órgano de control más importante que existe en la Provincia, es posible acordar que la posición asumida por el legislador en Córdoba se corresponde estrictamente con los criterios del artículo 42 de la Constitución Nacional y con el propio orden ideológico que informa a esos criterios.

Resulta, pues, un interesante caso de Ente Regulador cuyo funcionamiento debiera provocar el análisis y seguimiento, a fin de advertir la experiencia de un modelo de participación semejante.

Bibliografía

BARBARÁ, JORGE EDMUNDO: *Entes Reguladores en la Era de las Desregulaciones*, Revista La Ley, Año LVIII, N° 246, Buenos Aires, 1994.

- *Privatización y Participación: diseño institucional y control horizontal en los Entes Reguladores*, Revista Contribuciones, Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 4/2000.

- *Participación y Control Ciudadano en el Estado Post Privatizador*. Ponencia presentada en V Congreso Internacional de CLAD, realizado en Santo Domingo, República Dominicana, 2001.

BARRIONUEVO, ARTHUR y LAHERA, EUGENIO (editores): *¿Qué hay de nuevo en las regulaciones?*, Eudeba - CLAD, Buenos Aires, 1998.

BIDART CAMPOS, GERMÁN J.: *Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1968.

BRESSER PEREIRA, LUIZ CARLOS y CUNILL GRAU, NURIA (editores): *Lo público no estatal en la reforma del Estado*, Paidós, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), Buenos Aires, 1998.

BUDASSI, IVÁN F.: *Participación Ciudadana y regulación de servicios públicos: la experiencia inglesa*, Revista La Ley, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, Buenos Aires, octubre de 2000.

CABEZAS CESCATO, PAOLA A.: *Acerca del artículo 42 de la Constitución Nacional*, Revista La Ley, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, Buenos Aires, septiembre de 1999.

CAPLAN, ARIEL R.: *La visión de los usuarios sobre un fallo de la Corte*, Revista La Ley, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, Buenos Aires, diciembre de 1999.

FELDER, R. y LÓPEZ A.: *Participación de los usuarios en el control de los servicios públicos privatizados. La experiencia argentina*, Revista del CLAD, Reforma y Democracia, N° 14, Caracas, Venezuela, 1999.

CLAD, Revista del: *Reforma y Democracia*, Caracas, Venezuela, N° 19. *Gestión, Regulación y Control de Servicios Públicos*.

- Publicación de la Facultad de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2000.

LUMBIA, JOSÉ LUIS: Informe Final de la Beca de Formación de Segundo Nivel sobre el tema *Participación y Control de los Servicios Públicos Privatizados*, Agencia Córdoba Ciencia, Córdoba, 2001.

MARSH, DAVID y STOKER, GERRY (editores): *Teoría y Métodos de la Ciencia Política*, Alianza Editorial, Madrid, 1995.

PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO: *Constitución Nacional y control de los servicios públicos*, Revista La Ley, Buenos Aires, 25 de mayo de 2001.

- *Breve reflexión sobre la credibilidad de los marcos regulatorios y de los entes reguladores*, Revista La Ley, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, Buenos Aires, agosto de 1999.

SPILLER, PABLO T. y SALES, CARLOS: *Regulación de los sectores de infraestructura y energéticos en México*, ITAM - Miguel Ángel Porrúa, México, 1999.

EL PRONTO PAGO EN EL CONCURSO PREVENTIVO Y EN LA QUIEBRA

*por Ricardo Bianciotti*¹

Sumario: Se analiza el instituto del "pronto pago" en la Ley de Concursos y Quiebras 24.552, los créditos laborales comprendidos en la figura, su trámite procesal incluyendo la Resolución judicial y las costas del proceso, tanto en el Concurso Preventivo como en la Quiebra.

Palabras claves: Concurso Preventivo – Quiebra – Pronto Pago – Créditos Laborales

1. El derecho de pronto pago

Declarada la apertura del concurso preventivo, el concursado conserva la administración de su patrimonio, art.15 Ley 24.522 (LCQ), y no tiene limitación alguna para el pago de los salarios y créditos laborales que se devenguen con posterioridad. Se trata de pagos que hacen al giro normal de la actividad, y que tipifican en la categoría de los actos ordinarios de administración².

(*) Investigador por concurso del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, ex docente de Derecho Comercial III en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales- UNC; ex director de investigaciones subsidiadas por CONICET, CONICOR, SECYT-UNC. Ex Fiscal Civil y Comercial 1994/1998, actual Juez de Concursos y Sociedades N°5 del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba

¹ El autor agradece la colaboración en la búsqueda de jurisprudencia de José Antonio Di Tullio, Cecilia María Ferrero, Viviana Ledesma, Pedro Navarro y María Eugenia Pérez.

² CARCAVALLO, H. *Apuntes sobre los créditos laborales y la ley 24.522 de concursos y quiebras*, ED 166-948.

Los créditos laborales anteriores a la presentación concursal, gozan del derecho al pronto pago. Se trata de la posibilidad que ciertos créditos laborales sean percibidos, previa autorización judicial, en forma inmediata, prioritariamente con el resultado de la explotación en el concurso, sin que el acreedor tenga que esperar hasta la homologación de la propuesta de acuerdo (momento en que los acreedores privilegiados retoman sus acciones individuales), y sin necesidad de transitar el procedimiento verificadorio del art.32 I.CQ. Constituye una excepción para el trabajador frente al principio concursal de la *par conditio creditorum*.

El derecho de pronto pago con la reforma efectuada por la ley 24.522, obtuvo significativas diferencias: Se eliminó la intervención del fuero laboral, excepto en las causas derivadas de accidentes del trabajo (art.21 inc.5to. LCQ). El juez del concurso autoriza o no el pago respectivo, previa comprobación del importe de sus créditos por el Síndico, a quien se le confiere una vista por 10 días para que emita su dictamen. No es necesario, ni la obtención de sentencia en juicio laboral, ni la previa verificación del crédito en el concurso³.

Sólo puede denegarse total o parcialmente mediante resolución fundada en los siguientes supuestos: a) que los créditos no surjan de la documentación legal y contable del empleador, o b) que los créditos resulten controvertidos o c) que existan dudas sobre su origen o legitimidad o d) sospecha de connivencia dolosa entre el trabajador y el concursado. En estos casos el trabajador debe verificar su crédito conforme los procedimientos previstos en los arts. 32 y siguientes...”

Los créditos laborales tienen una tutela especial destinada a que los acreedores no se vean forzados a esperar el trámite completo del concurso para cobrar sus créditos, derecho que tiene su razón de ser en el carácter alimentario de las prestaciones adeudadas⁴, esta es la doctrina de la Corte

³ HEREDIA, D.P. *Tratado exegético de Derecho Concursal*, Tomo I, Ed. Abaco, Bs.As. 2.000, pág.438. En idéntico sentido: NEGRE DE ALONSO, L.T. *Los acreedores laborales en el proceso concursal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, p. 54/5 y 99. VAISER, L. y TRUFFAT, E. *Fuero de atracción y recurso de apelación en trámite*, nota al fallo de la CApel. Río Grande, Sala Civ. y Com. In re: Assad, G.A. c./ Electrodomésticos Aurora S.A., ED 173-563.

⁴ CSJN, in re: Complejo Textil Bernalesa S.R.L., JA, T.1986-IV, p.303 y ED 115-376.

Suprema de Justicia de la Nación; que posteriormente el Congreso Nacional consagró en cumplimiento de pactos internacionales, ("Recomendación 180 contenida en su art.6 sobre la Protección de los Créditos Laborales en caso de Insolvencia del Empleador" que complementa al convenio 173 de la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT), ratificado por ley 24.285, la cual establece que "cuando el procedimiento de insolvencia no permite asegurar el pago rápido de los créditos laborales protegidos por privilegio debe existir un procedimiento de pronto pago para que dichos créditos sean pagados sin aguardar a que concluya el procedimiento de insolvencia".

2. Conceptos comprendidos

El nuevo texto legal (art.16 LCQ) amplía la nómina de créditos beneficiados con el pronto pago, extendiéndose a todos los créditos laborales con privilegio especial o general; poniendo fin a la contradicción que existía entre su antecedente (art.17 ley 19551) que refería sólo a salarios e indemnizaciones por accidentes de trabajo que tuvieran privilegio general, con la jurisprudencia que había reconocido otros créditos fundándose en el art. 266 de la Ley de Contrato de Trabajo (derogado por la ley 24.522, art. 293).

Estas remuneraciones debidas al trabajador que gocen de privilegio especial o general; incluyen:

Remuneraciones por seis meses que cuentan con privilegio especial y general según los art.241 inc. 2 y 246 inc.1 LCQ.

Sueldo Anual Complementario en razón de su carácter remunerativo.

Indemnizaciones por accidentes de trabajo. Por la naturaleza del rubro, su "pronto pago" supondrá en la mayoría de los casos una sentencia declarativa condenatoria en sede laboral.

Indemnización sustitutiva de preaviso. Integración del mes de despido. Indemnización por antigüedad o despido sin justa causa. Indemnización por despido indirecto (justa causa).

Indemnización por extinción del Contrato de Trabajo por fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo. 247 LCT.

Indemnización por extinción del contrato por muerte del trabajador. Art.248 LCT. Indemnización por extinción del contrato por muerte del empleador. Art.249 LCT.

Indemnización por extinción del contrato por vencimiento del plazo. Art.250 LCT. Indemnización por extinción del contrato por quiebra o concurso. Art.251 LCT. Indemnización al trabajador Jubilado. Art.253 LCT. Indemnización por extinción del contrato por incapacidad o inhabilidad del trabajador. Art.254 LCT.

Existe discusión doctrinaria si las sumas adeudadas en concepto de vacaciones, sueldo anual complementario e importes derivados del fondo de desempleo quedan beneficiadas por el pronto pago ya que no se encuentran comprendidas por el art.16, párr. 2do LCQ.

Debe realizarse una interpretación sistemática de la LCQ, entendiéndose que la protección alcanza a todos los rubros que gocen de privilegio especial o general.

Aída Kemelmajer de Carlucci sostiene que "el pronto pago protege todos los créditos a los cuales se concede privilegio general y especial, por lo que, los únicos créditos que no tienen pronto pago son los intereses por más de dos años y los salarios por más de seis meses"⁵.

Este análisis fluye de los arts. 16 y 183 de la Ley 24.522 que extienden la protección a todos los rubros que gocen de privilegio especial (art. 241 inc.2, LCQ) ó de privilegio general (art. 246, inc. 1, LCQ); estos argumentos legales descriptos precedentemente y realizando una interpretación de congruencia de la ley concursal, descubren el verdadero sentido y alcance que debe darse a la cuestión debatida.

En lo que respecta a los intereses y costas judiciales de los rubros comprendidos, existe disenso en la doctrina, en cuanto a su comprensión dentro del beneficio del art.16 LCQ. Compartimos el pensamiento de Aída Kemelmajer de Carlucci⁶ que opta por otorgarles su inclusión en el beneficio, en razón de contar con privilegio general, en el caso del abogado del trabajador.

En conclusión, recordamos que son créditos con privilegio general (art. 246, inc.1 LCQ) "cualquier otro derivado de la relación laboral" y por ende gozan del pronto pago.

3. Trámite procesal

El pronto pago tiene el trámite propio y especial establecido por el art.16 LCQ; normalmente la presentación se realiza al juez en el expediente

⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA. "Primera aproximación a las modificaciones producidas al régimen de las prioridades concursales por la ley 24.552", DyE, Univ. Austral, N°4, 1995, p.300 en JUNYENT BAS, FRANCISCO, "Las cuestiones laborales en el concurso y la quiebra- Ley 24.552", Editorial Alveroni, año 1997, pág. 59.

del concurso, goza de la gratuidad del trámite laboral por imperio del art.20 LCT, por ello no debe pagar ningún tipo de tasa de justicia o aportes previsionales. La petición también puede ser realizada por la Asociación Sindical que represente a los trabajadores, instrumentando la presentación en una planilla que refleje la comprobación de cada uno de los rubros pretendidos.

De la petición debe correrse vista al síndico por diez días hábiles judiciales (arts.16 y 273, inc.2 LCQ). Las notificaciones operan según lo previsto en el art.273, inc.5 LCQ (por cédula, por nota o tácitamente).

El síndico debe comprobar el importe del crédito, es decir, que se encuentre reflejado en la contabilidad y documentación legal del empleador concursado. El síndico debe realizar las investigaciones necesarias a fin de precisar la correspondencia contable del crédito, emitiendo su dictamen respecto del origen, legitimidad y/o sospecha de connivencia dolosa entre el peticionante y el concursado.

4. Requisitos y Forma de la presentación

La petición debe contener los recaudos del art. 32 LCQ (origen del crédito, causa, privilegio y monto pretendido) adjuntando la documentación respectiva que estuviese en poder del trabajador (recibos de sueldos, certificados de trabajo, etc.) con los requisitos del art.175 del CPCC (por remisión del art. 278 LCQ) la demanda deducida por escrito expresará: 1) el nombre, domicilio real, edad y estado civil del demandante; tipo y número de documento de identidad; 2) El nombre y domicilio del demandado; 3) La cosa que se demande designada con exactitud; 4) Los hechos y el derecho en que se funde la acción y 5) la petición en términos claros y precisos.

El trabajador podrá presentarse por sí, por mandatario (carta poder, poder apud-acta, poder especial, etc.), o podrá ser representado por su Asociación Sindical (art.31, Ley 23.551).

5. Participación del deudor en el trámite

La Ley 24.522 no establece la participación del deudor en el trámite del pronto pago; entendemos que a fin de no vulnerar el derecho de defensa consagrado por el art.18 C.N. debe correrse vista al mismo. Esta intervención del deudor estaba admitida por el art.2, apart.2 del anteproyecto de la Ley de Erratas a la Ley 24.522⁷, si bien la misma no se sancionó, refleja el sentido común de lo propiciado.

⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, in re: "Cerámica Las Heras S.A."T y SS 95-792.

⁷ Antecedentes parlamentarios, La Ley, 1995, n°7, pág.498.

6. Resolución judicial

El juez puede declarar la admisibilidad o no del pronto pago, siempre por resolución fundada. No es requisito para su admisibilidad que la relación laboral subsista. Aún cuando la relación laboral se encuentre extinguida el pronto pago puede ser ordenado⁸. La decisión judicial debe ser dictada independientemente de que existan o no fondos para abonar efectivamente el crédito. *No es necesario que existan fondos disponibles en autos y afectables al pronto pago para que éste pueda disponerse. No es lo mismo el reconocimiento del derecho al pronto pago y que éste no se pueda realizar simultáneamente —o incluso nunca—. Debe evitarse la confusión entre el derecho al pronto pago y el hecho del pago⁹*; esta doctrina jurisprudencial a nuestro entender es correcta, porque la declaración del derecho debe realizarse con abstracción de la posibilidad efectiva del cobro inmediato.

7. Rechazo del pronto pago

La denegatoria del pronto pago puede ser total o parcial, y a tenor de lo dispuesto por el art. 16 LCQ, deberá estar fundada en las siguientes causales:

1) Que el crédito no surja de la documentación legal o contable del empleador (libro del art. 52 LCT, planilla de horarios y descansos art. 54 LCT, recibos de haberes, etc.). El texto parece contradecir la norma del artículo 55 de la ley 20.744, y ante normas contradictorias corresponde una hermenéutica de congruencia que haga prevalecer el *favor operari o favor debilis*, como se puntualiza en la actualidad. Por ello, entendemos que la presente hipótesis legal está correctamente interpretada; lo que debe estar cuestionado es la existencia de la relación laboral y no una mera ausencia de registración, ya que sigue vigente la presunción a favor del trabajador en caso de que el empleador no lleve el libro aludido¹⁰.

2) Que resulte controvertido o que existan dudas sobre su origen o legitimidad: la referencia a la controversia en un crédito de origen laboral puede provenir de la negación de alguno de los rubros reclamados (ej. Salarios ya pagos) ó de la negación de la existencia de relación de dependencia para con el concursado.

⁸ HEREDIA. Ob. Cit. pág. 442.

⁹ Cám. Nac. Com., sala A, 26.11.98, "Transporte Pampeano s/ quiebra s/ incidente de pronto pago por Sinsky, Marcelo J.", J.A., suplemento del 28.7.99, pág. 57.

¹⁰ JUNYENT BAS, FRANCISCO; MOLINA SANDOVAL, CARLOS. *Verificación de créditos, fuera de atracción y otras cuestiones conexas*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fé, año 2000, pág. 328.

3) Si el síndico advierte la connivencia dolosa entre el concursado y el trabajador, ello es a fin de evitar la adulteración del pasivo con el objeto de incidir sobre las mayorías para lograr la aprobación de la propuesta de acuerdo preventivo.

Alguna doctrina ha sostenido que la precedente es una enumeración taxativa de causales¹¹. Coincidimos con Heredia¹² en que debe observarse, aún cuando el art.16 dice "sólo" en los referidos casos el juez queda autorizado para decidir una denegatoria del pronto pago, igualmente el magistrado podría objetarlo si, por ejemplo, no está de acuerdo con la calificación jurídica del crédito. La resolución que pone fin a la solicitud de pronto pago es inapelable (art.273 inc.3 LCQ). Ello porque no resuelve con carácter definitivo las articulaciones de las partes. Sólo podría admitirse la apelación con relación al pronunciamiento sobre costas, ya que se produciría un gravamen irreparable de no concederse.

Los efectos de la resolución denegatoria, consisten en la necesidad de verificar el crédito controvertido, por el procedimiento del art.32 LCQ en la época tempestiva, sin pago del arancel allí fijado, o por vía del incidente de verificación tardía previsto en el art.280 y ss. con posterioridad. Si hubiere un juicio laboral iniciado con anterioridad, se atrae, se suspende y se acumula al trámite, excepto los juicios por accidentes del trabajo (art.21 inc.5to. LCQ).

8. Las costas en el pronto pago

El pedido de pronto pago no genera costas, por que se imprime un trámite solo con vistas en el expediente principal, sin otorgarse el trámite incidental controversial. La jurisprudencia comercial argumentó que la efectivización del "pronto pago" importa la ejecución material de un beneficio alimentario y no la solución de una controversia, lo cual justifica la ausencia de costas específicas¹³.

Un precedente jurisprudencial en Córdoba ha considerado que "el juez de primera instancia toma ante ausencia de norma específica —la del art.61, inc.3º, Ley 8226, para fijar emolumentos, equiparando al incidente

¹¹ NEGRE DE ALONSO, Ob. Cit. pág.114; JUNYENT BAS, Ob. Cit., pág.64.

¹² HEREDIA, Ob.cit., pág.443.

¹³ CNCom, Sala B, 10/4/89, "Greco Hnos S.A. y otros s/quiebra s/incidente por Jurado, Romualdo A." LL, 1991-C, 558, n°7319; id., 15/6/89, "Bodegas y Viñedos Talacasto S.A., s/quiebra s/incidente de pronto pago por Guise, Lucas"; CNCom, Sala D, 13/8/91, "Marshall Argentina SA", LL, 1992-B273 y DJ 1992-2-971.

de pronto pago al de la verificación tempestiva ante el Síndico por ser ambas formas de insinuarse en el pasivo; con un trámite simple de presentación y vista, marcando profundas diferencias con el concurso especial (art.61, inc.7º, LA) donde debe desplegarse una amplia actividad probatoria y, en algunos casos, hasta llegar a la liquidación específica en el propio incidente”¹⁴.

Los honorarios del letrado del trabajador que promovió juicio contra la fallida antes de la declaración de quiebra, cuyo pago está a cargo de aquella al habersele impuesto las costas, no pueden ser objeto de pronto pago pues no configuran una acreencia de naturaleza laboral¹⁵.

Alguna doctrina ha considerado que el acreedor laboral que insta un pronto pago después de vencido el plazo para la verificación, debe ser castigado con la imposición de costas¹⁶; en igual sentido, si ha habido resistencia de la concursada o de la sindicatura se ha resuelto imponer las costas a la vencida. En general, por debatirse aspectos instrumentales referidos a las formas de satisfacer las acreencias reconocidas, con frecuencia las costas son impuestas en el orden causado¹⁷; aunque la mayoría de la doctrina nacional se pronuncia a favor de que el pronto pago no genera costas¹⁸ o si se articula con posterioridad al vencimiento del plazo acordado para la insinuación respectiva, las costas del incidente respectivo deben imponerse por su orden pues el acreedor no debe considerarse tardío¹⁹.

9. Concurrencia plural

Un principio de equidad en la distribución, marca que ante la posibilidad que un conjunto de acreedores laborales pretendan el pronto pago, se

¹⁴ C2°CCCba. 26-06-00. Auto N° 251. “Espinosa, Ramón R. y otros – Incidente de verificación tardía en: Sociedad Coop. de Seguros Ltda. La Única – Liquidación Judicial por disolución forzosa”. Dr. Zinny – Dra. Montoto de Spila – Dr. Gavier Tagle.

¹⁵ C.Civ. Com. y Lab. Venado Tuerto, 1998/09/24, “Bid C. L., quiebra”, LL Litoral, 2000-914.

¹⁶ NEGRE DE ALONSO, LILIANA T. “Los acreedores laborales en el proceso concursal”, Santa Fé, Rubinzal Culzoni, 1992, 2da ed., 1996, pág.45/6.

¹⁷ CNCom, Sala C, in re “Veresit S.A. s/quiebra, s/incidente de pronto pago por Rajlevsky, Enrique Eduardo”, 08/08/97. ED, 175-329, id., Sala D, in re MARVIPLAST SA s/concurso preventivo s/incidente de pronto pago por Sanchez de Bustamante, Teodoro y otra, 20/12/96, LL 1997-C-1008, N°11677.

¹⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA. Ob. Cit., pág. 300. MAZA Y LORENTE, Ob. Cit. pág. 71/3, ed. 2000. QUINTANA FERREYRA-ALBERTI, *Concursos* Tomo III, pág. 349. JUNYENT BAS, Ob.Cit., pág. 65.

¹⁹ MAFFIA, OSVALDO. “La verificación tardía de créditos”, LL, 1981-B-1035. MARTORELL, ERNESTO, *Concurso y quiebra de la empresa. Ley 24.522. Problemática laboral*, Bs.As., Ed. Ad-Hoc, 1996, pág.186.

deje de lado el principio del derecho común que dispone que el primero en el tiempo primero en el derecho²⁰, por ello respetando el principio de la *par conditio creditorum*, deberá ordenarse una distribución a prorrata entre créditos de igual rango y preferencia.

10. Pago prioritariamente con el resultado de la explotación

La proposición normativa insertada en el segundo párrafo, in fine, del art. 16 LCQ que *el pronto pago deberá ser satisfecho "prioritariamente con el resultado de la explotación"* genera una verdadera dificultad interpretativa.

¿Que es el resultado de la explotación?. Para responder a esta pregunta debemos fijar el norte de garantizar la conservación de la empresa, esto es, que la empresa no se quede sin capital de trabajo, para ello el concursado deberá afrontar primeramente algunos gastos o egresos indispensables para la continuación del giro empresarial, coincidimos con Maza y Lorente²¹ que ellos son 1) el pago de los salarios de los dependientes devengados con posterioridad a la presentación en concurso y 2) el pago de las cargas impositivas y previsionales.

Resultaría un contrasentido asegurar al trabajador que satisfaga su crédito preconcursal con un pronto pago sobre fondos destinados al pago de las remuneraciones postconcurso, porque de pagarse se podría agravar la situación patrimonial de la concursada con el planteo de despidos indirectos y la consiguiente recarga indemnizatoria.

De igual manera el concursado debe pagar las cargas impositivas y previsionales posteriores al concurso, ya que de omitirlas y desviar fondos para satisfacer los pronto pagos agravarían su situación por las consiguientes multas y recargos más las sanciones personales y penales que pueda sufrir por la omisión de estos pagos.

Otros pagos prioritarios serán los gastos corrientes, esto es el pago de la energía (luz, gas, combustible), alquileres, proveedores posteriores al concurso.

Creemos que la expresión "resultado de la explotación" es el excedente del giro normal, es decir, deducir los costos de los ingresos.

Obviamente que no habrá que esperar la aprobación de los estados contables anuales de la concursada, no debe identificarse "resultado de la

²⁰ QUINTANA FERREYRA-ALBERTI, ob. Cit., t.III, p.350.

²¹ MAZA y LORENTE. Ob.cit., pág.62 y 63.

explotación" con dividendos²². Tal vez una solución de la cuestión sea que el síndico al contestar el traslado del pronto pago, informe también sobre el resultado de la explotación de la concursada, a los fines de una primera aproximación hacia la existencia o no de fondos con que afrontar el pronto pago²³.

11. El pronto pago en la quiebra

Al igual que el trámite previsto para el concurso preventivo, los créditos beneficiados con el pronto pago se pagarán previa petición expresa del interesado en el expediente, con vistas al fallido, garantizando su derecho de defensa (art.18 CN) y a la sindicatura, al aplicarse las normas del art.16, 2do.párr. LCQ.

El art.183 LCQ en su párrafo 2do. terminó con la discusión doctrinaria y jurisprudencial, aclarando que las deudas laborales con privilegio especial y general, se pagarán de inmediato con los primeros fondos que se recauden.

Otra diferencia con el concurso preventivo es que la normativa del concurso se refiere a *resultado de la explotación*, mientras que en la quiebra se indica que el pronto pago se abonará *con los primeros fondos que se recauden*. En opinión de Maza y Lorente²⁴, la ley dispone un mecanismo diligente. Los fondos de los que se trata no son entonces los que sobran de otros gastos de gestión o explotación. Son, ni más ni menos, los primeros que se recauden. Tan sólo se reservan, los fondos requeridos para atender créditos preferentes y, en su caso, para gastos ordinarios y extraordinarios, pero únicamente si el juez lo autoriza (art.183, párr.3ro.LCQ).

La diferencia con el concurso preventivo es la extensión a todos los rubros previstos en el art.241, inc.2 LCQ y las del art.246, inc.1 LCQ, sin las limitaciones del art.16 LCQ que acota el pronto pago sólo a: las remuneraciones debidas al trabajador, las indemnizaciones por accidente, sustitutivas del preaviso, integración del mes de despido -en su caso- y las previstas en los arts.245 a 254 LCT que gocen de privilegio especial o general.

²² CNCom, Sala E, 23/12/97, "Pinfruta SA s/concurso preventivo s/incidente de pronto pago por Ballejos, Hilario", LL,1998-C-280.

²³ LOUGE-GURFINKEL. "La conservación de la empresa. El pronto pago y el concurso preventivo", LL, 1996-C-1202. Cit por MAZA y LORENTE, Ob.cit., pág.65.

²⁴ MAZA y LORENTE. Ob.cit., pág.58.

En cambio, en la quiebra el pronto pago se extiende a las remuneraciones y subsidios familiares debidos al trabajador, vacaciones, sueldo anual complementario, los importes por fondos de desempleo y **cualquier otro derivado de la relación laboral.**

Sobre que bienes podrá ejecutar el pronto pago el acreedor laboral?. La respuesta surge con claridad del mismo art.183, 2do párr. LCQ con el producido de los bienes sobre los cuales recae el privilegio especial y, conforme el art.241, inc.2do, estos son: mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad del concursado, se encuentran en el establecimiento donde hayan prestado servicios o que sirvan para su explotación. Sólo sobre esos bienes podrá hacer efectivo su crédito y, si no existieren esos bienes, deberán subordinar la operatividad del mismo para cuando existan fondos, ó esperar la distribución que tendrá que proyectar la sindicatura de todas las acreencias preferentes o de idéntica condición, a prorrata entre ellos.



COMERCIO ELECTRÓNICO Y COMERCIO INTERNACIONAL: ALGUNAS REFLEXIONES

por Ab. Jacqueline E. Brizzio() - Ab. José E. Ortega(**)*

Sumario: I) Consideraciones preliminares. II) El impacto del e-commerce en el comercio internacional. III) Antecedentes normativos del comercio

(*) JACQUELINA ERICA BRIZZIO es Abogada (UNC); Especialista en Derecho Comunitario (Universidad de Salamanca); cursando Posgrado en Aspectos Jurídicos y Económicos del Mercosur (UNC), con entrega de tesina; Cursando maestría en relaciones internacionales, -CEA-, UNC; Adscripta Docente Facultad de Derecho UNC; co-fundadora del CEDJ-UNC; ex - integrante del Consejo de Redacción de la Revista "La Ley Córdoba"; Primer Premio de la Academia Nacional de Derecho en 1998, en coautoría con José E. Ortega; Becaria de la Universidad Nacional de Córdoba (año 2000); Distinción Académica por la participación en la Jornada de Simulación de un caso Arbitral en el marco de la CIAC (Cámara Internacional de Arbitraje Comercial), Buenos Aires, noviembre de 1999, Miembro Asociado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, septiembre 2.001.

(**) JOSÉ EMILIO ORTEGA es Abogado (UNC); Especialista en Derecho Comunitario (Universidad de Salamanca); cursando Posgrado en Políticas Públicas (Universidad Católica de Córdoba-U.Georgetown) con entrega de Tesina; Cursando maestría en Partidos Políticos, -CEA-, UNC. Docente por Concurso de la Facultad de Derecho UNC; Docente en modo presencial y a distancia de la Universidad Blas Pascal (Córdoba); Subsecretario de Relaciones Institucionales de la Universidad Nacional de Córdoba, Miembro de la Comisión de Informática del Colegio de Abogados de Córdoba; Becario Universidad Blas Pascal para la Producción de Materias a Distancia desde 1998; ex-Consultor Subsecretaría de Ambiente Municipalidad de Córdoba; ex Consultor Consejo Federal de Inversiones para el Ministerio de Gobierno de Córdoba y del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo para el Ministerio de Educación de la Nación; Primer Premio de la Academia Nacional de Derecho en 1998, en coautoría con Jacqueline E. Brizzio; Miembro Asociado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, septiembre 2.001.

electrónico. IV) Una dimensión normativa internacional: los principios de Unidroit. V) Conclusiones.

Resumen: Con la aparición del comercio electrónico, muchos entienden que estamos ante una nueva forma de comercio distinta a las ya existentes. Otros consideran que el comercio sigue siendo uno sólo, y que únicamente ha sufrido una nueva mutación en su superficie. Asimismo, el sesgo globalizante que lo caracteriza, ha llevado a algunos autores a preguntarse si el comercio electrónico es una modalidad del comercio internacional o si éste será absorbido por el comercio electrónico.

El aprovechamiento del ciberespacio, ha adquirido tal relevancia que es insoslayable un meditado análisis acerca de la conveniencia de establecer reglas básicas de funcionamiento, tarea en la que la comunidad internacional ha comenzado a avanzar. Sin embargo, ¿es posible encontrar hoy normatividad eficientemente aplicable al comercio electrónico transnacional? O en su defecto, ¿es necesario crear esa normatividad? ¿Los esfuerzos realizados por la comunidad internacional y/o los bloques comunitarios, están bien encaminados?

Los Principios de Unidroit, como una parte del derecho transnacional, pueden brindar una solución en este campo, al ser éste el más importante cuerpo de normas del derecho comercial internacional. En este sentido, una mayor precisión de sus reglas o la incorporación de otras constituirían un medio de interpretación idóneo de los contratos comerciales bajo la influencia digital.

Palabras claves:

E - commerce - Concepto amplio: actividad que se lleva a cabo por medios electrónicos que comprende el intercambio de bienes y servicios por esta misma vía, la distribución *on line* de contenido digital, como así también toda relación jurídica que se efectúe mediante instrumentos digitales.

Concepto restrictivo: transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estructurada conforme a normas técnicas convenidas a tal efecto.

Derecho Informático: disciplina que tiene por objeto de estudio la informática y sus implicancias jurídicas en los distintos campos del derecho en la sociedad moderna.

Lex mercatoria: orden jurídico distinto y desprendido de los ordenamientos nacional e internacional, cuyo contenido está conformado por principios específicamente diseñados para y por los operadores del comercio internacional. Constituye una fuente del derecho internacional privado.

Principios de Unidroit: reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales a los efectos de proporcionar una solución a un punto controvertido cuando no sea posible determinar cuál es la regla de derecho aplicable a dicho contrato. Los mismos fueron redactados en el seno del "Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado", organismo internacional de corte intergubernamental, con sede en Roma. En la sesión de mayo de 1994 el Consejo de Gobierno de UNIDROIT aprueba los *Principles of International Commercial Contracts* en un único texto original.

Estos Principios tienen como objetivo rector el de servir de modelo para la legislación a nivel nacional o internacional.

I. Consideraciones preliminares

La utilización comercial de la red Internet y su rápida aceptación por los usuarios, ha producido una verdadera revolución económica, concibiendo a la economía como un proceso cultural que trasciende el aspecto comercial.

Con la generalización del denominado "comercio electrónico", son varios los aspectos jurídicos que se encuentran directa o tangencialmente afectados o alcanzados por este fenómeno: la publicidad registral, las marcas y patentes, la oferta, la aceptación, la ejecución y la extinción de contratos comerciales, los derechos de los consumidores, el derecho aduanero, el transporte - marítimo, aéreo, terrestre e inclusive espacial -, los delitos informáticos ya tan usuales, su influencia en el derecho tributario, la responsabilidad emergente en este nuevo campo del conocimiento, etc.

Como consecuencia de su desenvolvimiento, el impacto económico por cierto es muy importante. La consultora Goldman Sachs informó que durante el año 2000 el comercio electrónico creció aproximadamente en un espectacular 40 %, y que la desaceleración económica y la inestabilidad generada a partir de los atentados del 11 de septiembre, recortaría el crecimiento a la mitad, lo que no deja de ser un índice muy superior al crecimiento de cualquier sector o rubro tradicional, en un contexto tan particularmente recesivo como el que a escala global se vive coyunturalmente.

II. El impacto del e-commerce en el comercio internacional.

En este contexto es el aspecto estrictamente mercantil el que mayor eco ha tenido en forma inmediata, puesto que las tradicionales formas de comerciar han padecido drásticas e irreversibles mutaciones, incorporándose conceptos desconocidos hasta el momento, cuya significancia económica y jurídica implica avanzar hacia nuevas concepciones técnicas contables, legislativas y jurisdiccionales, yendo desde lo estrictamente físico hacia lo virtual (vgr., en materia de domicilio o residencia, jurisdicción y ley aplicable, o lo atinente a la propiedad intelectual en formato electrónico¹, la utilización de marcas como nombres de dominio², o la noción de firma

¹ Tal como recientemente lo juzgó el Tribunal Federal del Distrito de Nueva York, en causa iniciada por la empresa Random House (Comercio y Justicia, 9 de agosto de 2001).

² Con oscilantes interpretaciones judiciales que van en contra de los criterios jurisprudenciales arbitrados de la propia OMPI.

electrónica, forma y medios de pago, métodos contables, asientos privados y públicos, la creación de nuevos medios de solución de controversias alternativos como el E-resolution.ca³, etc.).

Con la consolidación del comercio electrónico⁴, muchos entienden que estamos ante una nueva forma de comercio distinta a las ya existentes. No obstante, no son pocos los que entienden que el comercio sigue siendo único, y que merced a su impresionante capacidad de adaptación ha sufrido una nueva transformación en su superficie. Asimismo, el sesgo globalizante que lo caracteriza, ha llevado a algunos autores a preguntarse si el comercio electrónico es una modalidad del comercio internacional o si éste será absorbido por el comercio electrónico⁵. Por nuestra parte, entendemos que el comercio electrónico -por el momento-, es un nuevo perfil dentro del comercio internacional.

La doctrina define genéricamente al comercio internacional como aquél que regula las operaciones pactadas entre dos sujetos situados en distintos territorios políticos por las cuales un bien o servicio se traslada de la esfera de dominio de un sujeto hacia la esfera de dominio del otro. La operación más importante del comercio internacional es la compraventa internacional de mercaderías en la que la cosa o bien objeto del contrato se traslada cruzando una o varias fronteras políticas, previo paso por aduanas, con diversos fines. En este orden, la disciplina jurídica cuyo objeto de estudio son, en términos generales este tipo de operaciones, se denomina Derecho del Comercio Internacional.

La aparición del Derecho del Comercio Internacional es un fenómeno jurídico que ha acompasado el incremento de las relaciones originadas por la creciente fluidez del tráfico, consecuencia directa de la acción de la globalización, esfumando fronteras y acercando culturas y regímenes jurídicos diversos. Nota calificante de este derecho es su marcado carácter instrumental, en cuanto a que permite establecer los mecanismos de reglamentación, administración y gestión de la actividad mercantil, conforme a

³ E-resolution.ca is one of a group of four companies the Internet Corporation for the Assignment of Names and Numbers (ICANN) has accredited to resolve domain name disputes. It's also the only one whose services are conducted entirely online.

⁴ Al punto de que se estudia dejar el sufijo ".com" sólo y estrictamente para el rubro, dada su magnitud, llevando otro tipo de negocios por internet o actividades a extensiones tales como ".biz" (negocios), ".info" (información empresarial), etc.

⁵ CALDERÓN RODRÍGUEZ C., "El Comercio electrónico: Nueva Lex Mercatoria del Comercio Internacional.", http://vlex.com/redi/No._26_-_Septiembre_del_2000/6.

pautas jurídicas internacionalmente aceptables. Su esencia es la de ser flexible, aspecto propio del dinamismo que conlleva la realidad de la que se nutre. En este sentido sus normas se caracterizan de una naturaleza funcional, asumiendo los perfiles característicos de lo que ha dado en denominarse "Soft Law". Es ésta una modalidad del proceso normativo internacional que pretende no afectar directamente el derecho interno de los países ni su soberanía, manifestándose tanto en lo que se refiere a la forma de los instrumentos utilizados, como al contenido mismo de las disposiciones adoptadas⁶. De esta manera, el "Soft Law" es el fenómeno dominante en el derecho internacional del comercio desde sus inicios y hace ya más de cuarenta años.

Cabe señalar, que la doctrina no está conteste sobre la real ubicación del Derecho del Comercio Internacional dentro del amplio campo científico jurídico: se la considera o bien como un capítulo del Derecho Internacional Privado; o bien como una ramificación del Derecho Mercantil. También se la ha considerado desdoblada en sus aspectos públicos y privados, quedando el primero - siempre según este último enfoque - bajo los límites del Derecho Internacional Económico, mientras que el segundo de los planos se ubica dentro del Derecho Mercantil o del Derecho Internacional Privado. Desde otro costado, entra en escena también el Derecho Informático⁷, o ¿es que en realidad representa éste una suerte de mosaico, sólo organizado al efecto pedagógico o didáctico, en el que confluyen los capítulos de las diversas disciplinas jurídicas tradicionales que recogen la influencia y regulación de las nuevas tecnologías desde sus múltiples aspectos⁸?

⁶ A los fines de ilustrar este concepto señalamos a las Leyes Modelo, las cuales poseen una sistematización estándar para que puedan ser internalizadas por los países sin que ello menoscabe su soberanía y sin que los agentes pierdan su autonomía y comprensión. El llamado "Soft Law" cumple una función explicativa y posibilita la aplicación de las obligaciones comerciales dentro de variados sistemas jurídicos. En la medida en que se admitan y se pongan en práctica, estas pautas van adquiriendo uniformidad y delimitación en su esfera de regulación.

⁷ Una definición muy aceptada la caracteriza como "Aquella disciplina que tiene por objeto de estudio la informática y sus implicancias jurídicas en una sociedad moderna" JULIO NUÑEZ. Derecho Informático. Marsol Perú Editores. Lima 1996. Enrique Falcón lo define "como el conjunto de fuentes jurídicas destinadas a regular las relaciones informáticas en los distintos campos del derecho", y avanza estableciendo su carácter de ciencia, haciendo un análisis pormenorizado de su independencia legislativa, científica, docente e institucional. "El derecho informático", Jurismática N° 5/6, Año 3, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, pág. 12.

⁸ Para algunos especialistas el derecho informático es una rama autónoma del Derecho. Para otros autores, el derecho informático todavía no es autónomo, irradiando su cam-

Sea como fuere, el Comercio Internacional y las diversas ramas jurídicas que a él se vinculan de un modo u otro ya reconocen la influencia del comercio electrónico: a modo ilustrativo, en muchos países la legislación aduanera reconoce la validez jurídica de los mensajes electrónicos y permite el despacho aduanero de mercancías en forma electrónica.

Cabe señalar que desde hace tiempo se proponen reglas internacionales para el uso de la Internet⁹. El aprovechamiento del cyberspacio¹⁰, con cualquier fin, ha adquirido ya una relevancia tal que es insoslayable un meditado análisis acerca de la conveniencia de establecer reglas básicas de funcionamiento, que garanticen su acceso libre y su sana y justa utilización, tarea en la que la comunidad internacional ha comenzado a avanzar. Sin perjuicio de la necesidad de establecer este marco, ¿es posible encontrar hoy normatividad eficientemente aplicable al comercio electrónico transnacional? O en su defecto, ¿es necesario crear esa normatividad?. ¿Los esfuerzos realizados por la comunidad internacional y/o los bloques comunitarios, están bien encaminados?

po de acción en las clásicas ramas del derecho. Material sobre el tema puede encontrarse en diversos números de la *Revista Electrónica de Derecho Informático*. Véase asimismo, la opinión de ENRIQUE FALCÓN al respecto en nota anterior.

⁹ Cfr., entre otros, FORD G., CUADRA E. y ORTEGA J. E., *“Introducción al Derecho de Aeronáutico, Espacial y de las Telecomunicaciones”*, Ed. García Torralba, 1996, pág.

¹⁰ El término proviene del inglés y ha sido tomado de la novela *“Neuromancer”*, de WILLIAM GIBSON, de 1984, y se ha difundido ampliamente.- “El ‘cyberspacio’ es ‘autónomo’ en el sentido de que funciona según las reglas de un sistema autorreferente”, es decir un sistema con una organización de elementos interrelacionados de un modo autónomo y que a partir de la interacción de sus propios elementos que se reproducen a sí mismos, son funcionalmente diferenciados, y buscan una estabilidad dinámica. “Es ‘posorgánico’, ya que no está formado por átomos ni sigue las reglas de funcionamiento y localización del mundo orgánico, pues se trata de ‘bits’. Tiene una naturaleza ‘no territorial’ y comunicativa, un ‘espacio-movimiento’, en el cual todo cambia respecto de todo, es decir que el ‘espacio virtual’, no es siquiera asimilable al espacio real, porque no está fijo, no es localizable mediante pruebas empíricas como por ejemplo el tacto. Este espacio no tiene características solamente ‘pasivas’, sino ‘activas’, en el sentido de que influye sobre los demás sistemas.- Produce un efecto de ‘desterritorialización’ y ‘descentralización’, porque no hay una relación centro-periferia, no conoce órdenes ni jerarquías, y sobre todo, no hay una autoridad central. Es un espacio del anonimato, un no-lugar por la despersonalización que presenta, donde el individuo ingresa sin que interese su historia individual, sus características, y donde prolifera el simulacro de las identidades. (...) Es un ‘no-lugar-global’ en el sentido de su transnacionalidad y atemporalidad, ya que pareciera indiferente a la historia y el futuro.”. LORENZETTI, RICARDO, *“La influencia de Internet en el Derecho Privado”*, Libro Electrónico del V Congreso Internacional de Derecho Civil, Salto, Uruguay, Noviembre 2001.

Pero ante todo, ¿cuál es el significado que recoge este nuevo fenómeno del comercio electrónico o "e-commerce"? Se presentan invariablemente, tanto definiciones que desde un punto de vista amplio prometen captar el fenómeno en su complejidad, como otras que tienden a restringir el ámbito de aquéllas. Generalmente los textos legales como los conceptos ensayados hasta el momento adoptaron un cariz ambiguo y poco clarificadores en su redacción. La comunicación de la Comisión de la Unión Europea (COM.97.157) llamada "*Una iniciativa europea en materia de comercio electrónico*" lo define como el "desarrollo de actividad comercial y de transacción por vía electrónica y comprende actividades diversas: la comercialización de bienes y servicios por la vía electrónica; la distribución *on line* de contenido digital, la realización por vía electrónica y todo procedimiento de ese tipo celebrado por la administración pública"¹¹. Es así, que los conceptos más comprensivos, incluyen dentro del comercio electrónico todas las transacciones realizables tanto desde el aspecto financiero como comercial llevados a cabo electrónicamente, no solo a través de Internet, sino también por redes cerradas como el EDI - que responde a las siglas en inglés de *Electronic Data Interchange* -, la cual incluye transacciones comerciales entre empresas, intercambios de datos entre las mismas, etc., o mediante las redes de intercambio electrónico de fondos, incluyendo todas las operaciones de las tarjetas de crédito o débito. Dentro de esta concepción, el comercio electrónico hace uso de otro numeroso grupo de tecnologías, tales como el fax, los códigos de barras, las videoconferencias, etc.

Desde otro ángulo, los conceptos más restrictivos tienden a establecer precisiones respecto de la idea de "e-commerce". Se considera que se trata de una actividad que implica el uso de medios digitales para la comunicación (Internet, videotextos y otras tecnologías similares) y por la cual se intercambian bienes digitales. De esta manera, su definición estaría acotada a la actividad por medio de la cual se produce el intercambio de bienes físicos o digitales por medios electrónicos. Precizando de este concepto, se analiza que el carácter de la actividad misma puede ser o no comercial. Así,

¹¹ En tanto la Propuesta de Directiva de la CEE sobre comercio electrónico efectúa una serie de definiciones de los elementos alcanzados en su regulación, y entre otros dispone que "Vía electrónica" es "un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético;..."

se habla de "relaciones jurídicas por medios electrónicos", que abarcan tanto las relaciones de derecho público¹² como las de derecho privado¹³, siempre efectuados a través de medios digitales.

De todo ello surge, en definitiva, que la concepción de comercio electrónico se asienta sobre el medio tecnológico empleado mediante el cual se efectúa la relación jurídica.

Es necesario señalar que la protección en el ámbito del comercio electrónico recae fundamentalmente sobre bienes intangibles¹⁴ que sólo adquieren sustancia en tanto exista un marco de protección legal hasta ahora poco transparente.

III. Antecedentes normativos del comercio electrónico

Entre los instrumentos normativos de mayor trascendencia en la regulación del comercio electrónico, se destaca "The Electronic Communication Privacy Act of 1986", el cual fue uno de los esfuerzos más importantes de los Estados Unidos para contrarrestar los efectos negativos de la falta de seguridad en el traspaso de datos por la vía informática. Asimismo, mencionamos a la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional - CNUDMI en sus siglas en español y UNCITRAL en sus siglas en inglés - aprobada el 12 de junio de 1996, la cual efectúa definiciones a lo largo de su articulado respecto de los nuevos términos acuñados en el espacio virtual, entre otras precisiones; la "Uniform Electronic Transactions Act de los Estados Unidos" y la Ley de Comercio Electrónico sancionada por el Estado de California¹⁵. Finalmente, distinguimos la Directiva sobre el Consumo de Información de la Comunidad promulgada en 1997, la cual aún no ha sido armonizada entre los Estados Miembros.

No podemos dejar de señalar que la misma Cámara de Comercio Internacional ha comenzado a recopilar los usos y costumbres en las transacciones económicas internacionales. Esta tarea que se inició en junio del año 2000, tiene como finalidad recoger la costumbre y uniformizar los contratos electrónicos, dando lugar a las denominadas reglas URETS, sigla

¹² Relaciones entre Estados o entre el Estado y los particulares.

¹³ Vínculos entre empresas (business to business); entre empresas y particulares (business to consumers); entre particulares.

¹⁴ Se ha caracterizado como "nuevos intangibles" a los devenidos de la utilización de la red para efectuar transacciones: calificación del personal, marcas utilizadas, velocidad y seguridad de tráfico, calidad y cantidad de datos clasificados en sus bases, etc.

¹⁵ Instrumento que se inspira en la primeramente citada norma federal, aunque reconociendo como verdadero antecedente a la Ley Modelo de la UNCITRAL.

que responde a "Uniform Rules for Electronic Trade and Settlement". Este documento fue propuesto por el grupo de trabajo de prácticas de comercio electrónico de la Cámara de Comercio Internacional.

Debe tenerse presente que si bien se aprecian antecedentes normativos sobre esta materia, la misma se caracteriza por ser escasa y dispersa. En consecuencia, resulta inaplazable considerar la necesidad de establecer un standard jurídico de tenor internacional. La operatoria establecida mediante el uso de la Internet, escapa a todo tipo de fronteras y no existen barreras para este nuevo fenómeno transnacional. Las divergencias puestas de manifiesto tanto entre los ordenamientos existentes como por parte de la jurisprudencia - por carecer ésta de un soporte jurídico uniforme, cayendo así en un círculo vicioso -, trae aparejada inseguridad en el ámbito de las comunicaciones comerciales ¹⁶.

Frente a esta dinámica producida dentro del mundo del derecho, en su triple acepción de facultad, ley y ciencia, ¿cuál es la real dimensión que cobra el desarrollo del comercio electrónico? ¿Estamos frente a cambios meramente adjetivos, que requieren de cierto "aggiornamiento" de una proyección acotada a ciertos aspectos del comercio internacional, o nos encontramos frente a un fenómeno que provoca profundas transformaciones de carácter sustantivo, en conceptos de sólida tradición y que requiere en consecuencia de la proposición de nuevos principios que guíen esta nueva manifestación del comercio? ¿Ha muerto el clásico comercio? ¿Estamos frente a lo que la doctrina ha denominado "un cambio en los usos y costumbres

¹⁶ A modo de ejemplo, basta referirse a las dificultades para determinar, en caso de conflicto la jurisdicción aplicable. Se plantea como alternativa el llamado test de sitios activos versus pasivos, que propone determinar como jurisdicción ante un conflicto la del domicilio de los sitios "activos" - los que intentan comerciar local o globalmente -. A esta propuesta se opone una tesis eminentemente judicialista, que pretende determinar la jurisdicción sobre la base del "real efecto", asegurando a los damnificados el ejercicio de sus derechos en los tribunales locales. Ambas tesis, por el momento, aparecen como extremas y sólo son criterios que no resuelven el problema y aumentan el desconcierto.

¹⁷ Según CALDERÓN RODRÍGUEZ - autot que se apoya en FELDSTEIN DE CARDENAS, S., la *lex mercatoria* constituye "un orden jurídico distinto y desprendido de los ordenamientos nacional e internacional y cuyo contenido esta conformado por principios específicamente diseñados para y por los operadores del comercio internacional" ("*Contratos Internacionales*", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995 pág. 174. Como bien expresa el citado autor peruano, muchos de estos principios no son escritos, de ahí la importancia de la *lex mercatoria*. El desarrollo y uso de las tecnologías de la información se viene usando en forma consuetudinaria y recientemente la legislaciones nacionales se han empeñado a recoger en su ordenamiento jurídico dichos principios, usos y costumbres de la era digital.

internacionales y por qué no en la *Lex Mercatoria del Comercio Internacional*¹⁷? ¿O será necesaria a la par de aquélla una llamada *lex informática*? Una vez mensurado el desafío planteado, ¿Qué tipo de respuesta debe dar la comunidad internacional?¹⁸.

IV. Una dimensión normativa internacional: los principios de Unidroit.

A nivel internacional, el comercio se encuentra ordenado bajo directrices generales uniformes: los Principios de Unidroit¹⁹.

Cierta doctrina sostiene que un modo de salvar distancias entre los términos en que se encuentran redactados los principios de Unidroit y la nueva tecnología que nos depara el fenómeno de las transacciones por la vía electrónica, se subsana de manera suficiente, incluyendo dentro de aquel plexo una regla o norma que nos indique las soluciones de manera analógica o a través de simples remisiones a la normativa existente en la materia. Convenimos con un notable jurista, Ricardo Lorenzetti, que no se puede ni se debe tratar de solucionar la incidencia de los nuevos fenómenos en los institutos tradicionales con cláusulas abiertas que nos reenvíen a los textos legales vigentes al respecto. Así se pronuncia: "Un profesor de contratos como el autor, está tentado de escribir un libro sobre los contratos en el comercio electrónico, en el cual reproduzca toda la teoría contractual sin mayores modificaciones, con una referencia final que remita al comercio digital. Esta actitud que se utiliza frente a numerosos fenómenos, no nos

¹⁸ Las respuestas a estos cuestionamientos, aún se encuentran sumidas en profundas digresiones en la comunidad científica internacional.

¹⁹ La sigla UNIDROIT responde a la denominación en castellano de "Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado". El mismo es un organismo a nivel internacional, de corte intergubernamental, con sede en Roma. Sus orígenes se remontan al año 1926. Unidroit es ampliamente conocido por expertos en el ámbito del derecho internacional privado por su tarea de unificación en este campo, a través de convenciones y demás estudios e instrumentos legales, preparados por este Instituto a los efectos de que los mismos hagan las veces de columna vertebral del derecho en las relaciones comerciales en un amplio contexto de países alrededor del mundo. En la sesión de mayo de 1994 el Consejo de Gobierno de UNIDROIT aprueba los *Principles of International Commercial Contracts* en un único texto original. Tal como surge de su Preámbulo, "Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales". Entre otros aspectos establece que "...pueden proporcionar una solución a un punto controvertido cuando no sea posible determinar cuál es la regla de derecho aplicable a dicho contrato". Por otra parte, y finalmente se puede leer en aquél: "Estos Principios pueden servir de modelo para la legislación a nivel nacional o internacional".

²⁰ LORENZETTI, RICARDO, "Comercio electrónico. Documento. Firma digital. Contratos. Daños. Defensa del Consumidor", Editorial Abeledo Perrot, mayo del 2001, Buenos Aires, pág. 8.

pareció interesante ni útil, y por ello omitimos semejante reproducción de lo ya conocido²⁰. En función de lo citado, entendemos que, a diferencia de otras opiniones que se alzan al respecto, es conveniente una mayor precisión e innovación de las reglas ya establecidas en el marco de Unidroit y por ende no consideramos apropiada la idea arriba mencionada, pues implicaría entroncar la realidad digital, dotada de elementos nuevos y específicos que exigen precisión y acabada determinación, - elementos de por sí desconocidos y ausentes de los textos normativos anteriores a este fenómeno tecnológico -, con otra institución jurídica de antiguas raíces históricas.

Ahora bien, ¿por qué la incorporación de nuevos criterios legales en torno del fenómeno digital a los principios de Unidroit?. Los principios son directrices o enunciados amplios que gozan de un sentido de permanencia relativa ante la inagotable y expansiva ola de nuevos acontecimientos propiciados por Internet. A decir de Lorenzetti, "...se trata de normas *prima facie* sin una terminación acabada y por lo tanto, flexibles susceptibles de ser completadas"²¹. Por ello, destacamos que los mismos sean comprensivos de esta nueva manifestación tecnológica que incide en el comercio internacional. Por otra parte los principios de Unidroit por su carácter general e internacional priman en caso de duda o vacío legal ante las leyes de orden nacional. Y es en este sentido, donde mayores contribuciones pueden los mismos prestar.

Se dice que "...Un espacio sin ley aparente esconde siempre el imperio de la regulación del más fuerte"²², si atendemos a la naturaleza del comercio electrónico, es menester señalar que los principios en el ámbito de Unidroit serían una guía prometedora para aquéllos incursores de las redes electrónicas con fines comerciales.

Los principios de Unidroit deben reflejar las situaciones del mundo posmoderno, aquél que ya se encuentra dentro de las fronteras de un nuevo paradigma: el digital. Este fenómeno se ha introducido más allá de los lími-

²¹ LORENZETTI, RICARDO, ob. cit., pág. 47.

²² BRENNA, RAMÓN G., "Internet: espacio virtual sin ubicación ni ley" en <http://ecomder.com.ar> conferencia en el Primer Congreso Internacional por Internet sobre Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico, Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires, Argentina.

²³ Un dato ya bien publicitado, pero necesario a los efectos comparativos entre los diversos fenómenos tecnológicos, demuestra que la radio para contar con 50 millones de usuarios tardó 38 años; el teléfono, llevó 25 años; la computadora demoró 16 e Internet, en cambio tomó sólo 4 años para atraer tanta cantidad de usuarios.

tes imaginables, controlando las más diversas áreas de las relaciones humanas debido a la celeridad en que se produjo su inserción²³.

En consecuencia, los principios ya establecidos pueden otorgar un espacio para que las modalidades comerciales de la era informática sean recogidas en ellos, modificando los ya existentes o complementándolos mediante otras reglas.

Sin intención de efectuar un estudio acabado sobre el particular, sólo haremos mención de algunos aspectos, que a nuestro humilde entender, requieren de algún "aggiornamento".

Una de las alternativas a contemplar desde la normativa de Unidroit estriba en la regulación de la *Comunicación* enunciada por el artículo 1.9, el cual se ocupa básicamente de la contratación entre ausentes²⁴ y el momento de la perfección del contrato. El dispositivo de mención establece: "Artículo 1.9 (Comunicación)

(1) Cuando sea necesaria una comunicación, ésta se hará por cualquier medio apropiado según las circunstancias.

(2) La comunicación surtirá efectos cuando llegue a la persona a quien vaya dirigida.

(3) A los fines del inciso anterior, se considerará que una comunicación "llega" a la persona cuando le es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o en su dirección postal.

Específicamente este último apartado establece qué es lo que se considerará como "comunicación", la cual a los fines de este precepto incluye toda declaración, demanda, requerimiento o cualquier otro medio empleado para comunicar una intención. Observamos pues, que se desconoce la posibilidad de utilización de medios informáticos para el intercambio de información, hecho que se conoce bajo la sigla EDI²⁵.

Otro aspecto sobre el cual debemos reparar es el artículo 1.10 el cual establece definiciones de manera autárquica. Entre ellos, cabe destacar la que se efectúa en referencia a "tribunal" y a "escrito". De ellos se dice que "A los fines de estos Principios:

- 'Tribunal' incluye un tribunal arbitral; (...)
- 'escrito' incluye cualquier modo de comunicación que deje

²⁴ De ninguna manera a través de la transcripción de este artículo, asumimos posición alguna respecto de la calificación del contrato electrónico en el comercio internacional.

²⁵ En este sentido la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico en su artículo 2 lo define como "...la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto;...".

constancia de la información que contiene y sea susceptible de ser reproducida en forma tangible.”

Respecto del primero, señalamos que ya se conocen servicios de resolución de conflictos que escapan a los conocidos tradicionalmente. Así, ya se han constituido medios de solución de controversias *on line*²⁶. Por otra parte, mencionamos organismos tales como la OMPI quien ha instrumentado un sistema de arbitraje acelerado, el “National Arbitration Forum”. Otros sistemas creados los constituyen el “CPR Institute for Dispute Resolution”, la Asociación de Arbitraje Tecnológico (ARBITEC) de origen español, entre otros. En este sentido es que, a la par del arbitraje internacional convencional, existen nuevos focos de resolución de conflictos que utilizan la red, no contempladas de esta manera por las previsiones contenidas en el artículo 1.10.

El segundo de los elementos indicados, “el escrito”, genera otro motivo de polémica, pues cuando se hace alusión a este vocablo, el mismo generalmente se lo asocia al soporte papel. Si bien entre los principios se estipula la libertad en la forma de contratación, no surge con claridad la posibilidad de su celebración mediante el intercambio de datos realizados electrónicamente (EDI)²⁷.

Asimismo, entendemos apropiado que se conceptualice la operación mercantil mediante el elemento informático en términos flexibles²⁸. Igual-

²⁶ Véase en este sentido la nota n° 3.

²⁷ Al respecto, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico ha avanzado en este sentido, diciendo que “1) Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta.”

²⁸ Decimos que un concepto de comercio electrónico dentro de los principios de Unidroit, debe ser redactado de manera flexible, en primer lugar por la razón de ser, propia de todo principio, esto es, por la naturaleza de la que se encuentran embudidos. Por otro costado, para que una definición legal no excluya supuestos técnicos a configurarse con posterioridad.

²⁹ Debido a que entre las partes no hay proximidad, y por ende tampoco se puede tener contacto directo con el objeto que se publicita, es necesario que la publicidad por esta vía, sea efectuada atendiendo a pautas claras y precisas de las características del objeto, para evitar de esa manera algún tipo de confusión. Incluso en la misma página se puede sugerir o recomendar, en el supuesto de productos de mayor complejidad, que se solicite asesoramiento a la empresa oferente, enviando mayor información por esa misma vía o acercándole a la parte interesada por vía postal mayores detalles, para desvanecer cualquier tipo de dudas al respecto. Además, será menester determinar los aspectos legales, sobre todo respecto de las condiciones generales de contratación y la perfecta individualización del oferente.

mente, posee efectos de importancia el determinar bajo qué pautas publicitarias se debe acercar la oferta al particular²⁹; cómo se considera dicha oferta aceptada³⁰; la imputabilidad de la declaración de voluntad y la distribución de los riesgos en las declaraciones de ambas partes, ya que puede ser adulterada de diferentes maneras o enviada por terceras personas³¹; en relación con dicha imputabilidad surge la particularidad de aquella declaración emitida automáticamente por una computadora programada de tal manera que puede llevar a cabo cualquiera de las etapas de un contrato – oferta, aceptación y cumplimiento-, sin la intervención directa de los sujetos; la revocación de la oferta, dado que los tiempos en la contratación electrónica, traen aparejados problemas serios para ejercer este derecho, pues esta posibilidad se imbrica en la calificación que se le otorgue al contrato: instantáneo o discontinuo, entre presentes o ausentes³²; el lugar de

²⁹ En los contratos por adhesión, se encuentra la costumbre negocial del llamado *click-wrap agreement*. Ella supone la aceptación mediante la pulsación o clickeo en el mouse de la computadora. Por lo general antes de que se efectúe la aceptación, se despliega en la pantalla un cuadro de diálogo en donde se pueden leer los términos y condiciones generales a las que se encuentra sometido el contrato, presentando finalmente las alternativas de aceptarlo o no. Otro es el caso del *shrink-wrap agreement*, por el cual se considera que la aceptación se produce al abrir el envoltorio, - en el que se encuentran generalmente las condiciones o advertencias dirigidas al usuario -, o al usarlo. Al respecto véase BRIZZO, Claudia, "Contratación mediante clic-wrapping", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, Buenos Aires, nov-dic. 2000.

En cuanto a la aceptación de la oferta en términos generales, es necesario hacer hincapié en el Deber de Confirmación que pesa sobre el oferente, por lo que debe ser él quien confirme la recepción del mensaje de Aceptación. Así, la Directiva Europea sobre Comercio Electrónico, regula a través de su art. 11 que el prestador debe acusar recibo de la oferta.

Otra obligación es la del Deber de Seguridad, en tanto los operadores desde el momento que negocian a través de este sistema deben asegurar que desde el punto de vista técnico, el medio electrónico resulta confiable. En el ámbito nacional, el mismo se encuentra regulado en el art. 29 del Proyecto de Comercio Electrónico.

³⁰ Si bien en las reglas de UNIDROIT, se encuentra determinado que se considera aceptada la oferta cuando la manifestación de asentimiento llegue al oferente, en la contratación electrónica surge la cuestión en torno de la imputabilidad de la aceptación. La declaración es imputable al sujeto a cuya esfera de intereses pertenece la computadora desde la cual es emitida aquélla. Pero aquí surge el riesgo de que pueda intervenir otra persona en su lugar, o que el ordenador sea interferido ilegalmente, etc., y en este sentido se puede hablar de una regla que atribuya al remitente bajo qué circunstancias se considera que de dicho sujeto ha partido la declaración de voluntad.

³² Al respecto véase LORENZETTI, RICARDO L., ob. cit., pág. 191 y ss.

celebración, si el oferente no se encuentra en un lugar físico determinado, como sucediera en el supuesto de que se efectúe una transacción electrónicamente durante un viaje³³; la jurisdicción aplicable³⁴, o demás circunstancias de hecho que genere el negocio bajo el fenómeno electrónico.

Estas son algunas de las situaciones que refleja el fenómeno informático en la contratación comercial, y que pueden ser incorporadas dentro de las reglas de la llamada "lingua franca"³⁵, esto es de los Principios de Unidroit, a la hora de comerciar en el ámbito internacional.

V. Conclusiones

- La tendencia mundial nos indica que los cambios tecnológicos en el comercio internacional se producen con tanta celeridad, que la incorporación y uso de alternativas electrónicas, generalizados en los últimos años, no es privativo en modo alguno de las grandes empresas, sino que constituye un modo de celebrar y perfeccionar los negocios a nivel mundial, al alcance de cualquier operador.

- Así, dada la expansión de las redes informáticas, buena parte del comercio se concreta por carriles no convencionales.

- Esta tecnología ha igualmente incidido en el ámbito del derecho en todos sus órdenes, haciendo necesario asumir una nueva postura atento la generación de efectos jurídicos no previstos claramente.

- La característica transnacional que hace que Internet rebase cualquier tipo de fronteras es concluyente para que se arbitren medios normativos a nivel internacional.

- Una vía apropiada para regular esta materia con seria incidencia en el comercio internacional - atendiendo a su empleo corriente -³⁶, lo constituyen los Principios de Unidroit. Para ello es menester una mayor precisión

³³ Idem, pág. 192 - 198 y ss. Además, se puede consultar al respecto en AFTALION, Enrique, "Comercio internacional y competencia", LL, Supl. 18/09/2000; GONZALEZ, CÉSAR DANIEL, "Comercio Electrónico. Enfoque legal. Perspectiva Internacional", LL, Supl. 23/04/2001; CAFFERATA, FERNANDO, "Utilización de la red de internet. La jurisdicción y el derecho aplicable para solucionar conflictos", LL, Supl. 25/04/2001.

³⁴ Repárese en lo explicado más arriba, respecto del comentario efectuado al artículo 1.10 en relación al término "tribunal".

³⁵ ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL, "Los principios de Unidroit: una nueva lingua franca para la redacción de los contratos comerciales internacionales?", en "Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional" MORAN BOVI, DAVID, Coordinador, y otros autores, Editorial Aranzadi, Madrid, 1999, pág. 389.

³⁶ Idem, pág. 390.

de las reglas ya establecidas o la incorporación de otras que hagan a la resolución de casos controvertidos e igualmente constituyan un medio de interpretación de los contratos comerciales como consecuencia del fenómeno digital. En este orden de ideas, y ante la dispersión normativa, los mismos otorgarían la seguridad necesaria para operar en el ámbito internacional.

Bibliografía

- BRENNAN, Ramón G., "Internet: espacio virtual sin ubicación ni ley" en <http://ecomder.com.ar>.
- BRIZZIO, Claudia, "Contratación mediante clic-wrapping", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, Buenos Aires, nov-dic. 2000.
- CALDERON RODRÍGUEZ, "Contratos Internacionales", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- "El Comercio electrónico: Nueva Lex Mercatoria del Comercio Internacional.", http://vlex.com/redi/No._26_-_Septiembre_del_2000/6
- FALCON, Enrique, "El derecho Informático", Jurismática Nº 5/6, Año 3, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.
- FORD G., CUADRA E. y ORTEGA, J. E., "Introducción al Derecho de Aeronáutico, Espacial y de las Telecomunicaciones", Ed. García Torralba, 1996.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael, "Los principios de Unidroit: una nueva lingua franca para la redacción de los contratos comerciales internacionales?", en "Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional" MORAN BOVIO, David, Coordinador, y otros autores, Editorial Aranzadi, Madrid, 1999.
- LORENZETTI, Ricardo, "Comercio electrónico. Documento. Firma digital. Contratos. Daños. Defensa del Consumidor", Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001.
- NÚÑEZ, Julio, "Derecho Informático". Marsol Perú Editores. Lima 1996.

LA IMPORTANCIA DEL LENGUAJE EN LA TEORÍA DEL DELITO

Ana María Cortés de Arabia()*

Sumario: Para imponer una pena a un sujeto se debe estar en presencia de un ilícito. Sus elementos pueden ser estudiados in abstracto o in concreto en lo que se denomina la Teoría del delito. Se analizan en un orden secuencial y excluyente pudiendo variar según la particular posición doctrinaria del autor. También las diferentes denominaciones de sus categorías identifica la filiación a una determinada postura dogmática. Es indudable que pronunciarse por una u otra lleva a aceptar efectos acordes con ella y el lenguaje, coloquial o jurídico, cumple una función primordial para el entendimiento acabado del tema.

Palabras claves: - Lenguaje - Delito - Elementos - Denominación.

1. Introducción

En las relaciones sociales y especialmente en el Derecho, la importancia del dominio del lenguaje es indiscutible.

Elaborar, sancionar y aplicar las leyes implica el conocimiento acabado de la semántica, particularmente en el Derecho Penal donde se afectan, en la ejecución de la pena, bienes del individuo como su libertad.

En cada momento de la construcción o interpretación de un principio, de un postulado, de una disposición legal, al estudiar la Teoría del

(*) Abogada. Profesora de Derecho Penal I de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Profesora de Derecho Penal. Parte General, de la Facultad de Abogacía de la Universidad Blas Pascal. Profesora a cargo del área penal en la Carrera del Doctorado de Medicina Legal, Universidad de Murcia (España) y Universidad Blas Pascal.

delito, se comprueba la trascendencia del idioma en su manifestación y significado.

La Teoría del delito es un instrumento conceptual que se utiliza para verificar si en el caso concreto se ha dado el presupuesto exigido por la ley para que se produzca su consecuencia jurídica: pena o medida de seguridad¹.

La punibilidad de un comportamiento depende de numerosas condiciones, que en primer lugar, surgen de las exigencias del estado de derecho referidas a la legalidad de la amenaza penal; en segundo lugar, de la limitación del Derecho Penal al comportamiento reprochable y finalmente, del principio que solamente es justificable la pena que aparece político-criminalmente como ineludible².

Se compone, analíticamente, de elementos, categorías o niveles que deben sucederse secuencialmente para concluir que se ha concretado un ilícito (daño o puesta en peligro de un bien jurídico protegido).

El estudio de los elementos: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en sus aspectos positivos y negativos constituyen el contenido de esta área del derecho penal³.

No tiene sentido preguntarse por la adecuación típica si el hecho no posee las características de una acción, ni si el sujeto es culpable si no es el autor fáctico de un hecho típico y antijurídico⁴.

Tanto la Ciencia del derecho penal como la Teoría del delito, poseen una finalidad práctica que se apoya en métodos aceptados, vinculando el derecho sustantivo con el derecho procesal para la solución del caso sometido a consideración de los Tribunales.

Su valor consiste en facilitar una decisión judicial más justa a través

¹ Nuestro Derecho penal es *binarista* o *de doble vía*, en el Derecho comparado observamos, además, los sistemas *monistas*, *vicarial*, *de vía única* y *de tercera vía*. Ver "Las medidas de seguridad" (CORTÉS DE ARABIA, ANA MARIA) en *Lecciones de Derecho Penal*, LASCANO, CARLOS y OTROS, p. 537 y ss, Edit. Advocatus, Córdoba, 2000

² STRATENWERTH, GÜNTER. *Derecho Penal. Parte General, I. El hecho punible*. p. 60. Editor Fabián J. Di Plácido. Bs. As. 1999.

³ Tradicionalmente, las tres grandes áreas o Teorías de la Parte General del Derecho Penal son: a) Teoría de la Ley, b) Teoría del delito y c) Teoría de la pena.

⁴ Algunos autores establecen una sistemática diferente, comenzando el análisis con "La Tipicidad" (BACIGALUPO, ENRIQUE *Manual de derecho Penal*. Edit. Temis, Bogotá, 1996, p. 79) al referirse a "Los elementos del injusto: Tipicidad y antijuridicidad" o, con "El juicio de antijuridicidad" para luego continuar con el "Tipo de injusto" (COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 269 y ss; 279 y ss, respectivamente. Edit. Tirant lo blanch, 1996).

de la mejor comprensión del derecho positivo y también, una actitud crítica como función de política criminal actuando de *lege ferenda* para lograr el mismo fin.

2. El Lenguaje y el Derecho

El instinto gregario se concreta con la comunicación y ella no sólo es gestual sino que necesita de la palabra para completarse.

El lenguaje es el modo de comunicación de los seres racionales, cumple una función informativa (sea de proposiciones falsas o verdaderas), expresiva (para dar expansión a sentimiento o emociones) y una función directiva o imperativa. Entra en los dominios de las ciencias especulativas y empíricas como síntesis de toda la actividad humana.

En el decir de Alonso⁵:

El lenguaje griego nació con el misterio de la sonrisa arcaica y creció con el destino supranacional de la precisión dialéctica. El latín alboreó en el Mediterráneo con la ambición imperial de la fórmula jurídica y colonizadora. El castellano ensanchó su alcaidía y condado a la Península primero, más allá de las orillas del Plata, después, con predestinación espiritual mucha más ecuménica que el sueño grecolatino.

El vocablo es el sostén de la idea. Por debajo de nuestras abstracciones subsisten las imágenes verbales, inseparables de la expresión hablada o escrita.

Dar a las cosas un nombre, incluye un compromiso no sólo con la lingüística sino con toda una postura filosófica y científica⁶.

En la dogmática y en la doctrina, determinar el sentido y alcance con el cual se utilizará determinada palabra, colabora para uniformar la interpretación (operación lógico - jurídica de naturaleza sistemática) y permite la aplicación de la ley, si de ella se trata.

Debe tenderse al uso de vocablos corrientes, no dubitativos, empleando en ciertos casos, palabras y giros técnico- legales para facilitar la intelección y la subsunción.

Es así que el lenguaje identifica, muestra, aclara, limita los objetos de estudio dentro de una tesitura compartida por el sujeto que realiza la alocución y esto cobra un interés especial en el Derecho que dice como debe regularse la vida en sociedad.

⁵ ALONSO, MARTÍN. *Ciencia del lenguaje y arte del estilo*, p. 18. Editorial Aguilar, sexta edición.

⁶ Por ej.: Distinguir o identificar los vocablos: *ley* y *norma*, clasificarlas en: *normas primarias, secundarias, de valoración de determinación, etc.*

El pensamiento del legislador se expresa en su lenguaje y éste, como todo lenguaje natural no posee un significado único⁷, así aparecen sobre un mismo Código Penal diversos sistemas: causalista, finalista, funcionalista⁸, para explicarlo en un determinado momento histórico -- cultural.

El derecho utiliza términos generales, en ciertos casos indeterminados⁹ pero en esta rama, en especial, deben ser claros y precisos para permitir una interpretación *exacta*, no extensiva de responsabilidad.

El principio de *taxatividad*, propio del derecho penal, requiere que la formulación de los tipos se lleve a cabo mediante términos rígidos¹⁰, en los que la discrecionalidad del intérprete quede reducida al mínimo.

Para ello se vale de procedimientos conocidos de interpretación como el gramatical, el histórico, el telcológico, el sistemático y el progresivo que deben utilizarse respetando los principios¹¹: jerárquico, de vigencia, de unidad sistemática y dinámico o evolutivo (expresión del método progresivo). El principio de libertad interpretativa es cuestionado en el Derecho Penal, pero si su aplicación no lesiona los principios de legalidad y reserva puede usarse, ya que lo único que obliga es el texto de la ley, aunque el autor debe evitar la manipulación de los términos para hacerle decir lo que ella, ni exegética ni sistemáticamente, dice.

En el *principio jerárquico* es necesario interpretar las normas penales de forma compatible con la letra y el espíritu del texto constitucional.

⁷ Según LASCANO, CARLOS y OTROS. *Lecciones de Derecho Penal*, I, 245, mencionando a Karl Larens y a Fernando Velázquez Velásquez, "La ciencia del derecho penal es una ciencia *comprendiva* porque intenta interpretar de determinada manera su objeto de estudio - normas e institutos de derecho positivo- que se encuentra delimitado por ciertos ámbitos de validez y al cual - pese a que *varía con el tiempo*- le corresponde siempre un especial significado: es expresión o muestra de la *idea del derecho que perdura*". (El resultado nos pertenece)

⁸ El *positivismo jurídico* (desde el último tercio del siglo XIX hasta comienzo del siglo XX) el *neokantismo* (desde principios del siglo XX hasta la 2ª Guerra Mundial), el *ontologismo fenomenológico* (desde los años 30 hasta el 60) y el *funcionalismo* (en Derecho penal, desde los años 70 hasta nuestros días). MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. PPU, Barcelona 1998. p. 107/108.

⁹ Así lo consideran, entre otros, HART, H.L.A. *El concepto del derecho*, Abeledo Perrot, 1998, p. 155 y ss. DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Edit. Planeta, 1993, p. 146 y ss.

¹⁰ Se denominan términos *cerrados o rígidos* cuando contiene una referencia precisa, clara y determinada y *flexibles, abiertos, elásticos o vagos*, cuando contienen una referencia difusa e imprecisa.

¹¹ SOLER, SEBASTIÁN. *La interpretación de la ley*. Barcelona, 1962, p. 165 y ss.

El *principio de vigencia*, obliga a entender que entre dos interpretaciones del mismo precepto debe preferirse el que da contenido positivo al que se lo niega¹². Desarrollando el anterior, *el principio de unidad sistemática*, como procedimiento lógico, reconoce la validez de todos los preceptos que componen el sistema de acuerdo a su jerarquía y vinculación recíproca.

Y el *principio dinámico*, manteniéndose dentro del tenor literal de la ley, se admite para adecuarla al presente y así no perder vigencia, interpretándola a la luz del significado actual de los vocablos¹³.

Estos métodos o procedimientos deben dirigirse a desentrañar el significado de la ley a partir de su finalidad protectora de bienes jurídicos.

3. Denominación¹⁴

Denominar no es sólo poner un nombre a las cosas, sino dar sus características mínimas, útiles para identificarla y diferenciarla de otros entes semejantes. Esas notas esenciales muestran su contenido y particularidades en una apretada síntesis que luego serán ampliadas en los conceptos y en el desarrollo del tema.

De las *definiciones dogmáticas*¹⁵, elaboradas por los autores sobre el delito, surgen *los elementos*. Las variaciones en sus apelativos provienen de la propia estructura de la teoría en la cual se encuentran y articulan criterios útiles en la legitimación de la pena.

Para el análisis se puede partir de un enfoque del injusto causal, del injusto personal o de un sistema abierto, teleológico o funcional, esta evo-

¹² En casos excepcionales puede admitirse la *interpretatio abrogans* cuando disposiciones del derecho penal sean contrarias a la Constitución.

¹³ Si bien las leyes disponen para el futuro —irretroactividad de la ley penal— no pueden prever las transformaciones que se producen con el transcurso del tiempo. Con la interpretación progresiva se salvaría dicho escollo. Por ej. En los elementos normativos del tipo (culturales o científicos) se captarían los cambios en los significados de las palabras al hacer referencia a: *honestidad, insuficiencia de sus facultades mentales, alteraciones morbosas, etc.*

¹⁴ Sólo se hará referencia a las denominaciones de cada nivel del delito, su evolución y desarrollo desde las diferentes perspectivas es otra cuestión y excede el propósito de este trabajo.

¹⁵ Existen definiciones que consideran al delito como un fenómeno natural (GARÓFALO), como un hecho social (FERRI), como un ente de derecho (científica de CARRARA), en un aspecto formal, con significación dogmática en la cual se señalan sus elementos (VON LISZT, BELING, MAYER, MEZZGER, ROXIN, MIR PUIG, etc. y en nuestro país: NÚÑEZ, SOLER, FONTÁN BALESTRA, ZAFFARONI, BACIGALUPO, etc.)

lución histórica de la teoría del delito, muestra la variación de las ideas sobre el tema.

3.1. Los elementos del delito en particular.

3.1.1. Los distintos nombres de la acción

El primer elemento del delito (manifestación externa de la voluntad del hombre: comisiva u omisiva) ha sido designado, a través de los tiempos, de diferente manera: los romanos lo llamaron *imputatio facti*¹⁶ para referirse a la imputación objetiva y distinguirla de la *imputatio iuris* (imputación subjetiva). La doctrina, por su parte, ha utilizado con diversos fundamentos las expresiones: acto, conducta, acción, hecho, comportamiento, actitud y acontecimiento y la ley mantiene esa tesitura.

Al hablar de *acto o acción*¹⁷ se caracteriza un episodio concreto y perfectamente delimitado en el tiempo. *Conducta*¹⁸ y *comportamiento*¹⁹, implican un modo de ser, una forma habitual de obrar, comprende un período más amplio que hecho o acción (p. ej.: es un hombre bueno) nos muestra ese trozo de vida que revela la personalidad. *Hecho*²⁰ suele utilizarse para mencionar tanto el actuar del hombre como el hecho de la naturaleza (p. ej: la muerte producida por la caída de un rayo, una inundación, etc.). *Acontecimiento* es utilizado por Mayer²¹ quien admite delitos sin actuación de la voluntad, como los delitos de olvido.

¹⁶ El *factum* realizado también se lo confundió con el hecho de los animales o los acontecimientos de la naturaleza.

¹⁷ El primero preferido por Jimenez de Asúa (*Tratado de Derecho Penal*, III, N° 1046. Edit. Losada, S.A, 1977) y el segundo por Soler (*Derecho Penal Argentino*, I, 243 y ss. Edit. TEA, 1976).

¹⁸ Utilizada por Antolisei (*Manuale*, ed. 1949, p. 143), Ranieri (*Parte generale*, p. 167 y ss), Jimenez Huerta (*Panorama del delito*, Imprenta universitaria, México, 1950, P 7 y ss) -Mencionados por Terán Lomas, Roberto, *Derecho Penal. Parte General*, I, 253 y ss.- También la vemos en ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. (*Manual de Derecho Penal*, Edit. Ediar, 1977, ps. 271 y ss. y *Tratado de Derecho Penal*, Edit. Ediar, 1987, T III, ps. 43 y ss. respectivamente). ROXIN, CLAUDIUS, en su definición de delito utiliza las palabras: conducta y acción. *Derecho Penal. Parte General*. Edit. Civitas, Madrid, 1997, T I, p. 193

¹⁹ MEDRANO, ARMANDO. Los puntos de partida de la responsabilidad penal en la legislación argentina, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de Santa Fe*, 1962, n° 109-112, p. 135 y ss. MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal. Parte. General*. 5ª. Edición. PPU. Barcelona, 1998, p. 110, utiliza también *acción*. STRATENWERTH, GÜNTER. Ob. cit. p. 60, pero también utiliza *hecho*.

²⁰ Utilizada por Mezger (*Libro de estudio*, p. 102 y ss) y Núñez (*Derecho Penal*, I, 218 y ss), entre otros.

²¹ Citado por TERÁN LOMAS, ROBERTO. *Derecho Penal. Parte General*. T. I, 254. Edit. Astrea, 1980.

Existen razones para pronunciarse por uno u otro término aunque los autores utilizan, frecuentemente, más de uno de ellos.

Son expresiones corrientes: *acción*, *hecho* y *conducta*. La primera pone de relieve toda la fuerza que impele al autor y se muestra en el mundo exterior, pero no parece compatible con la inactividad que es otra de sus formas. Ello se soluciona considerando a la acción en sentido amplio, comprensivo del hacer y del no hacer.

El segundo salva este escollo y puede utilizarse relacionándolo con el hecho del hombre.

Este vocablo también se lo identifica con *delito* en el cual ya no es sólo un elemento del mismo sino el ilícito como unidad. Encontramos ejemplos en nuestro Código Penal:

a) Respecto a la Imputabilidad:

Art. 34. *No son punibles:*

1. *El que no haya podido en el momento del hecho...* (entiéndase delito)

b) Al hablar de la Participación criminal:

Art. 45. *Los que tomasen parte en la ejecución del hecho...* (idem)

De igual manera en el art. 46 cuando hace referencia a la participación secundaria y en el art. 47 en la limitación de la responsabilidad del cómplice y

c) En el Concurso de delitos:

Art. 54. *Cuando un hecho (delito) cayere bajo más de una sanción penal...*

De la misma forma en los arts. 55 y 56 al hablar del concurso real.

La palabra *conducta*, preferida por normativistas y finalistas, no pone de relieve que el delito, en general, es un momento concreto y determinado y los verbos contenidos en las figuras delictivas representan segmentos individualizados de conducta humana, tales como matar, defraudar, robar, etc.²², si bien existen tipos penales en los cuales aparecen estados consumativos que se prolongan en el tiempo, algunos exigiendo habitualidad.

Observamos la necesidad de un *comportamiento* para la consumación, p. ej.: en el delito de rufianería del art. 127 (considerado un Ultraje a la moralidad sexual, en los Delitos contra la integridad sexual, según Ley 25087/99); la *habitualidad* en el art. 208, 1 en el ejercicio ilegal de la medicina, (Delitos contra la Salud pública) etc.

²² Conf. TERÁN LOMAS, ROBERTO. Ob. cit. T I, 257

En nuestro Derecho positivo, tanto en la Constitución Nacional como en el Código Penal, las denominaciones señaladas se han utilizado indistintamente.

El art. 18 de la Carta Magna, se refiere a: "...ley anterior al hecho del proceso..." y el art. 19 habla de: "Las acciones privadas de los hombres...",

Y en la ley penal, encontramos, además de las ya mencionadas, reunidas en el mismo art. 34, las palabras: *hecho, acto y acciones*²³.

3.1.2. La tipicidad

La *tipicidad* (*Typizität*), como elemento del delito, el *tipo penal* o *figura delictiva*, es el dispositivo a través del cual se describe e identifica la conducta punible, son expresiones de las que el Derecho penal se vale para asegurar a los gobernados que sólo por las acciones que exactamente se adecuen a la ley podrá aplicársele una pena.

El tipo penal, concreción del principio de legalidad y de reserva²⁴, instituto eminentemente penal cuya denominación proviene del Derecho alemán, es una traducción de la expresión latina *corpus delicti*.

Su punto de partida fue la expresión *Tatbestand*, contenida en el § 59 del Código Penal Alemán de 1871 (modificado en 1975) que legisla el error; y dice:

"No son punibles los que en el momento de cometer el delito no hayan conocido las circunstancias de hecho pertenecientes al *Tatbestand* legal".

Si bien este vocablo no posee una traducción clara en nuestro idioma, surge de: *tat*: hecho y *bestehen*: consistir, de lo que se colige que es aquello en lo que el hecho consiste, es decir, lo esencial, excluyéndose todo lo referente a lo circunstancial.

Posteriormente, esta expresión fue reemplazada por *leitbild* (imagen rectora). Según Soler²⁵:

Beling distingue (en su *Die Lehre von Tatbeständen* 1930) el *Tatbestand* del *Deliktstypus* como cosas diversas, distinción insinuada por la oposición *delito.tipo* y *tipo de delito* o, como decimos ordinariamente, *figura*

²³ Código Penal, art. 34: *No son punibles: 1. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones...*

²⁴ Conf. SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal argentino*. T II, 147, Edit. TEA, 1976, el principio: *kein verbrechen ohne Tatbestand* (ningún delito sin tipo) es uno de los méritos más destacados de la obra de Beling.

²⁵ Según SOLER (ob. cit., T II, 147) nota n° 3.

delictiva. El *Tatbestand* o delito -tipo viene a ser así una abstracción, un *arquetipo*, un *esquema* (*leitbild*) que tiene la importancia de reunir en un concepto los elementos esenciales de una figura, es decir, aquellos a los cuales han de dirigirse tanto la faz objetiva como la subjetiva de la acción...

Con el normativismo²⁶ pasó de ser un elemento objetivo y valorativamente neutro a un tipo que al agregársele elementos subjetivos y valorativos, le cupo la misión de producir una estructura bipartita de delito con dos niveles de análisis: *el injusto* (acción, tipicidad y antijuridicidad) y *la culpabilidad*. Además, al relacionarlo con la antijuridicidad, evoluciona de ser un indicio de ella a contenerla, con los consiguientes efectos respecto de las causas de justificación.

Para las corrientes modernas, el tipo posee una construcción compleja, así hablamos de un tipo objetivo y un tipo subjetivo (*doloso* - tipo doloso de comisión y tipo doloso de omisión- o *culposo*).

En nuestra dogmática, tanto las palabras *tipicidad* como *tipo*, han sido aceptadas²⁷ y a lo que se le brinda mayor atención es a su importancia²⁸, características²⁹ y funciones que cumple, siendo relevante la *función de garantía*.

Es especialmente en este elemento del delito cuando el dominio del lenguaje aparece como imprescindible para no violar los derechos individuales y sociales en el momento de dictar la ley, conteniendo *definiciones vagamente genéricas* y al aplicarla inclinándose por una interpretación extensiva.

²⁶ Su autor más representativo, MEZGER, EDMUNDO, en *Derecho Penal. Parte General. Libro de estudio*, Edit. Bibliográfica Argentina, Bs. As. 1955, p. 87, distingue: *tipo de acción* (como concepto ontológico, conducta humana en el mundo de la experiencia) de *tipo del injusto* (apreciación normativa - el deber ser jurídico- de sus distintos elementos).

²⁷ SOLER, SEBASTIÁN, obra cit., T II, 145 y ss, se refiere a Los tipos penales, dentro del título genérico de "Teoría de la adecuación" luego de tratar la Culpabilidad.

²⁸ Para el *legislador* que debe utilizar los términos indispensables y claros para dar la noción de la acción punible y para el *intérprete* para quien no debe haber más acciones punibles que las que se superponen exactamente con las descriptas en los respectivos tipos penales.

²⁹ Las principales características vinculadas con su función son: a) el tipo pertenece a la ley penal, b) es lógicamente necesario, c) predominantemente limitativo y descriptivo - taxatividad y garantía-, d) selectivo en la relación de causalidad, e) colabora para distinguir tentativa de consumación, f) sirve para diferenciar autor de cómplice, etcétera.

3.1.3. La antijuridicidad

Los diferentes términos empleados para señalar este elemento del delito fueron: *antijuridicidad*, *antijuricidad*, *ilícito*, *injusto*, a cada una de ellas le asiste razones vinculadas con su significado.

Antijuridicidad, expresa la contradicción del hecho del hombre con el Derecho como una unidad sistemática. La utilizan: Soler³⁰, Núñez³¹, Antolisei³², Terán Lomas³³, Welzel³⁴, Bacigalupo³⁵, Zaffaroni³⁶, Cobo del Rosal-Vives Antón³⁷, Roxin³⁸, Mir Puig³⁹, Jakobs⁴⁰, etc.

Como se ha demostrado en las notas respectivas, autores que se encuentran en la tesitura del injusto, nombran a este elemento del delito como antijuridicidad.

Si hablamos de *antijuricidad*, lo usan por razones de eufonía, Jimenez de Asúa⁴¹, Fontán Balestra⁴², Jimenez Huerta⁴³, Del Rosal⁴⁴, etc. pero es

³⁰ Ob. cit. I, 301.

³¹ NÚÑEZ, RICARDO. *Derecho Penal*, I, 287 y ss. Edit. Lerner, 1976. *Manual de Derecho Penal*, 3ª edic. p. 185 y ss. Edit. Marcos Lerner, 1999.

³² ANTOLOSEI, *Manuale de diritto penale*. Edit. 1949, p. 101 y ss. (Mencionado por Terán Lomas, lug. y ob. cit)

³³ TERÁN LOMAS, ROBERTO. Ob. cit., I, p. 339 y ss.

³⁴ WELZEL, HANS. *Derecho penal alemán*, p. 73 y ss. Edit. Juridica de Chile, 1976, se refiere a la "Tipicidad y antijuridicidad de lo injusto penal".

³⁵ BACIGALUPO, ENRIQUE, *Manual de Derecho Penal*, Edit. Temis, 1996, p.117 y ss

³⁶ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *Manual de Derecho Penal*, 407 y ss. Edit. Ediar, 1977. *Tratado de Derecho Penal*, III, 559 y ss. Edit. Ediar, 1987.

³⁷ *Derecho Penal. Parte General*. Edic. Tirant lo blanch, 1996. p. 264 y ss.

³⁸ Al referirse a "Cuestiones fundamentales de la teoría del injusto", en ob. cit. p. 554 y ss.

³⁹ MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal. Parte General*, p. 119 y ss. PPU, Barcelona, 1996.

⁴⁰ JAKOBS, GÜNTER, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*. Edit. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 419. Si bien su teoría hace incapié en el injusto, al referirse a los "Principios de la justificación". también utiliza el vocablo *antijuridicidad* para distinguir el comportamiento justificado del antijurídico.

⁴¹ JIMENEZ DE ASÚA, LUIS. *Tratado de Derecho Penal*, III, 953 y ss. Edit. Losada S.A. 1977.

⁴² FONTÁN BALESTRA, CARLOS. *Tratado de Derecho Penal*, II, 63 y ss. Edit. Abeledo Perrot, 1970.

⁴³ JIMENEZ HUERTA, MARIANO. *La antijuridicidad*, México. Imprenta universitaria, 1952.

⁴⁴ DEL ROSAL, JUAN. *Tratado de Derecho Penal*, I, 747 y ss. (Mencionado por Terán Lomas, ob. y lug. cit)

⁴⁵ VIDAL, HUMBERTO. *Derecho Penal Argentino. Parte General*. p. 147 y ss. Edit. Advocatus, 1994.

una denominación que no muestra con la palabra, acabadamente, esa contradicción del hecho que se opone al derecho.

También es común la palabra *ilicitud* considerando que lo lícito es lo conforme a justicia y razón y lo ilícito no lo es. Pero sabemos que no todo lo legal es justo. Es preferido por Vidal⁴⁵, entre otros, empleado como sinónimo de antijuridicidad y frecuentemente para aludir al delito reemplazando el vocablo simplemente para evitar repeticiones.

La voz *injusto*, traducción del alemán *unrecht*, en sentido etimológico significa mirar a lo correcto según la conciencia, ello nos llevaría a argumentos semejantes a los expuestos en ilicitud, ya que no existe una paridad entre lo jurídico y lo justo y lo antijurídico y lo injusto. Por ejemplo: absolver al delincuente por falta de pruebas puede ser conforme a la ley y estar reñido con la justicia, de la misma manera si nos referimos a los efectos de la prescripción, de la amnistía, etc. Pero también *recht*, significa derecho y anteponiendo la partícula negativa *un* volveríamos al significado de *lo contrario al derecho*.

En el aspecto negativo de este elemento, encontramos a los permisos legales para cometer bajo ciertas circunstancias hechos penalmente típicos, llamados *causas de justificación* (causalismo y finalismo), *condiciones negativas del tipo* (normativismo y ciertos autores funcionalistas), también *tipos permisivos* o, simplemente, *la justificación*.

3.1.4. La culpabilidad

El elemento del delito eminentemente subjetivo que complementa el principio de legalidad, en el cual rige el principio *nulla poena sine culpa*⁴⁶, se llama *culpabilidad*⁴⁷.

Su esencia radica en el *reproche*⁴⁸ que se le hace al autor por la realización de un hecho típicamente antijurídico. Se funda en la idea que el

⁴⁶ Con este principio se descarta la responsabilidad objetiva, el *qui versari in re illicita* y la responsabilidad por la peligrosidad del sujeto.

⁴⁷ MIR PUIG, SANTIAGO. Ob. cit. p. 530 y ss. prefiere la expresión *imputación personal* si bien considera que desde von Liszt la doctrina dominante acogió el término "culpabilidad".

⁴⁸ MEZGER, EDMUNDO. *Libro de Estudios*. P. 200. Considera que el concepto unitario de culpabilidad jurídico-penal se encuentra en la *reprochabilidad*, y en su *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, T II, p. 7 y ss., dice "La culpabilidad es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la *reprochabilidad personal* de la conducta antijurídica". JESCHECK, HANS HEINRICH (*Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 384 y ss.) también se refiere al reproche que debe fundarse en el "poder individual" (para evitar algo), es decir, si la persona acusada estuvo en condiciones para actuar de otro

hombre es un ser libre y racional, capaz de ser motivado por las normas. De las valoraciones que surgen de las normas se deducen deberes y de su violación deviene el reproche⁴⁹.

Si bien en el Derecho romano se la denominaba *dolo* (hoy una de las especies de la culpabilidad) entre los precursores de la dogmática, observamos que Adolfo Merkel había definido la *culpabilidad* en su forma dolosa y culposa, ubicándola bajo el concepto general de determinación de la voluntad contraria al deber⁵⁰.

Esta categoría analítica del delito no ha sufrido cambios significativos en su nombre, sí en su contenido, a medida que se transformaba la concepción de acción⁵¹, ante la diferente manera de enfocar la manifestación o el contenido de la voluntad.

Además, considerar al hombre como gozando de libre albedrío o determinado, nos lleva a consecuencias disímiles⁵². Estas dos posturas extremas, en sus formas puras, no son reales, el sujeto no posee una libertad absoluta ni está totalmente determinado ya que existen factores causales condicionando el comportamiento que sólo le permiten gozar de una libertad relativa.

Desde otro punto de vista, las palabras imputabilidad, culpabilidad, responsabilidad y punibilidad, pueden parecer semejantes y en ciertos casos utilizadas como sinónimos, sin embargo no lo son.

Imputabilidad hace referencia a la capacidad del sujeto, el juicio puede realizarse *in abstracto* o *in concreto*. El poseer madurez mental, salud mental y conciencia, en grado tal que le permita en el momento del hecho comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones se puede analizar aún sin la comisión de un ilícito.

modo, de acuerdo con las exigencias jurídicas. Por su parte JAKOBS, ob. cit. p. 566 y ss., considera a la culpabilidad como *una falta de fidelidad al derecho* debiendo responder por esa infidelidad que es un concepto determinado normativamente.

⁴⁹ Para BACIGALUPO, ENRIQUE, ob. cit., p. 69, al hablar de la Teoría del delito, respecto al "sistema apoyado en la infracción de un deber ético-social, el hecho prepondera sobre el autor y la libertad del autor es el fundamento legítimante de su responsabilidad."

⁵⁰ Mencionado por NÚÑEZ, *Manual*, p. 53.

⁵¹ Si lo consideramos desde la acción: concepción causal o final y desde la culpabilidad: psicológica (positivismo jurídico) o normativa (normativismo y finalismo) basada en un juicio de reproche (con diferente contenido en uno y otro, apareciendo la exigibilidad de otra conducta y la normalidad de las circunstancias concomitantes).

⁵² Escuela clásica y positivismo criminológico - cuyos postulados ya fueron sostenidos por los presocráticos, desarrollados por Platón y Aristóteles y considerados por los filósofos modernos. (Ver VIDAL HUBERTO, ob. cit., p. 240 y ss.)

En cambio, la *culpabilidad* es un juicio *in concreto*, se es culpable de algo⁵³, no por su conducta desviada, ni por sus pensamientos, por su peligrosidad, su color, su raza etc., nuestro Derecho Penal es de acto, no de autor.

Y, por ser autor fáctico y jurídico (culpable) de un delito, un sujeto imputable será *responsable* y por lo tanto, si se dan las condiciones de punibilidad, se le podrá aplicar una *pena*.

Conclusión

Dentro de los elementos del delito, es en el tipo legal donde el lenguaje aparece en toda su importancia ya que a través de las palabras de la ley se describe la conducta punible y sus atributos.

En la Parte Especial del Código Penal, cada delito en particular, posee las características necesarias para producir el análisis en concreto del hecho del hombre, sea para condenarlo, si es adecuado al dispositivo legal o absolverlo si no existe la identidad estricta entre la experiencia y el marco normativo.

Recordando que la ley debe respetar la letra y el espíritu de la Constitución Nacional y el intérprete cumplir con las reglas básicas de la justicia, en este derecho que funciona como la *ultima ratio* dentro del control social de un Estado social y democrático de derecho, donde se privilegie la prevención y no se base únicamente en la retribución al resolver los conflictos.

Bibliografía:

ALONSO, Martín. *Ciencia del lenguaje y arte del estilo*. Edit. Aguilar, Sexta edición.

BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Edit. Temis, 1996.

COBO DEL ROSAL -VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*. Edit. Tirant lo blanch, libros. 1996.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Edit. Planeta, 1993.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Edit. Abeledo Perrot, 1970.

HART, H.L.A. *El concepto del derecho*. Abeledo Perrot, 1998.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*. Edit. Marcial Pons, Madrid, 1997.

JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Edit. Comares, Granada, 1993. Cuarta Edición, corregida y aumentada.

⁵³ El hombre es culpable por lo que hace, no por lo que es.

JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Edit. Losada, S.A. 1977.

JIMENEZ HUERTA, Mariano. *La antijuridicidad*. Imprenta universitaria. México, 1952.

LASCANO, Carlos y otros. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Edit. Advocatus, 2000.

MEDRANO, Armando. *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de Santa Fe*. 1962, 109-112.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal, Parte General. Libro de estudio*. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1955.

MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1933.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. PPU, Barcelona, 1998.

NÚÑEZ, Ricardo. *Derecho Penal Argentino. Parte General*. Edit. Lerner, 1976. *Manual de Derecho Penal*, Edit. Marcos Lerner. 1999.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Edit. Civitas, Madrid, 1997.

SOLER, Sebastián. *La interpretación de la ley*. Barcelona, 1962. *Derecho Penal Argentino*, Edit. TEA, 1976.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal. Parte General, I. El hecho punible*. Fabián J Di Plácido, Editor. Buenos Aires, 1999.

TERÁN LOMAS, Roberto. *Derecho Penal. Parte General*. Edit. Astrca, 1980.

VIDAL, Humberto. *Derecho Penal. Parte General*. Edit. Advocatus, 1994.

WELZEL, Hans, *Derecho Penal alemán*. Edit. Jurídica de Chile, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho penal*. Edit. Ediar, 1987. *Manual de Derecho penal*, Edit. Ediar, 1977.

**“DOCTRINA DE LA REAL MALICIA” Y “DEL
BALANCÍN-TEST”. SU APLICACIÓN EN MATERIA
DE INFORMACIÓN PERIODÍSTICA POR EL SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE CÓRDOBA**

por Esther Susana Borgarello() y Carlos Juárez Centeno(**)*

Resumen: El Superior Tribunal de Justicia de Córdoba ha desarrollado una importante jurisprudencia en materia de derecho de prensa durante estos últimos años (1999- 2000) en la que se advierte la aplicación de dos principios tomados del derecho comparado esto es la “doctrina de la real malicia” norteamericana y la “teoría del balancín” española, conceptos que le han permitido al aplicarlos, consolidar la libertad de prensa en esta provincia y amparar jurisprudencialmente la labor del periodismo de investigación, pilares en el desarrollo de un estilo de vida democrático y requisitos básicos para el ejercicio de las libertades y derechos de cada uno de los habitantes de esta provincia argentina.

Palabras claves: Derecho a la información -Prensa y jurisprudencia- Responsabilidad informativa.

(*) **BORGARELLO, ESTHER SUSANA:** Abogada, Lic. en Historia, Dra. En Derecho y Ciencias Sociales. Profesora de Derecho de la Información y de Historia del Derecho Argentino (UNC y UBP). Co-Directora de Proyectos de investigación en el área del Derecho de la Información. borgarello@tutopia.com.

(**) **JUÁREZ CENTENO, CARLOS A.:** Abogado. Especialista en Ciencia Política y Derecho Constitucional. Diplomado en Derechos Humanos. Director de la Maestría en Relaciones Internacionales del Centro de Estudios Avanzados de la UNC. Profesor de Ciencia Política y de Derecho Constitucional (UNC y UBP). Director de proyectos de investigación en el área del Derecho de la Información. shajua@arnet.com.ar

El derecho a la información: avances en la jurisprudencia provincial de Córdoba

La editorial del diario Clarín del 22 de agosto de 1999 expresaba que a pesar de que nuestra Constitución resguarda la libertad de prensa, por considerar que se trata de un presupuesto básico para el desenvolvimiento del orden republicano, ciertas decisiones judiciales parecen desconocerlo. Así, la mayoría de la Corte votó a favor de la petición de Carlos Saúl Menem revocando el fallo que absolvía a los periodistas de “Página 12” Horacio Verbitsky, Fernando Solowicz y Ernesto Tiffenberg¹. Con anterioridad el tribunal había fallado a favor de la secretaria de Recursos Naturales María Julia Alzogaray, y en contra de los periodistas Tomás Sanz y Andrés Cascioli, ex directivos de la revista ‘Humor’, También condenó a Tomás Sanz como ex -director de la revista “Humor” en una causa por calumnias e injurias promovida por el senador Eduardo Menem², fallo dictado en circunstancias poco claras, ya que a último momento uno de sus miembros habría cambiado su voto además de que la causa había prescrito, al momento de dictarse la sentencia.

También falló en contra en el caso de la actriz Gabriela Acher y de los responsables de un programa televisivo que utilizaron el nombre del juez Omar Cancela en un sketch humorístico. El mismo tribunal revocó una decisión judicial que declaraba prescripta una causa por injurias promovida por el ministro del Interior Carlos Corach, contra Verbitsky. Revisando en algunos casos valiosas sentencias dictadas por tribunales inferiores, el tribunal parecería inclinarse -sostiene la editorial del mencionado periódico- a trazar una línea restrictiva y lesiva de la libertad de prensa, apartada de precedentes anteriores, olvidando el más trascendente como es el de la “real malicie”, pareciendo que la justicia tiende a inclinar su balanza en favor de los funcionarios públicos. De este modo restringe la libertad de prensa y de expresión, desalienta la investigación periodística y, además dificulta el logro de la transparencia de los actos realizados por quienes ocupan cargos públicos³.

Podemos así observar, por las oscilaciones de los fallos, que nuestra jurisprudencia en materia de libertad de prensa es aún débil en lo atinente a la defensa que se le debiera otorgar a una libertad básica para el funciona-

¹ Fallos 322. C: S: J: 10 de agosto de 1999, p. 1495 y ss.

² Clarín 22 de agosto de 1999. p. 14.

³ Clarín. 22 de agosto de 1999. p. 14

miento del orden republicano. En ese contexto ambivalente hay sentencias que regocijan a los medios de comunicación como el fallo que estableció que los medios no pueden ser castigados en caso de publicar una información que perjudica a un tercero y luego se demuestra que es errónea, cuando esa información provino de las declaraciones de una fuente claramente identificada. En esa sentencia, dictada por el juez en lo Civil Miguel Prada Errecart, se resguarda la libertad de prensa y se destaca el papel protagónico de los medios en el control de la actuación de los funcionarios públicos.

Otra resolución como la dictada en favor del diario "Crónica", conforma otro importante antecedente en la preservación de la libertad de expresión, el mismo se da pocos días después de conocida la sentencia –duramente cuestionada por los medios– dictada por la Sala 1 de la Cámara Nacional en lo Civil⁴, por la cual se condenó al periodista Bernardo Neustadt y a Telefé por opiniones vertidas por una invitada en el programa "Tiempo nuevo" en 1993, las que una jueza consideró agraviantes para su persona.

Frente a las contradicciones – "corsi e ricorsi"– de los tribunales nacionales en materia de libertad de prensa en la Argentina finisecular, se sienten aires frescos protectores de la libertad de expresión en el derecho público provincial, concretamente en los tribunales de Córdoba. Así, el Superior Tribunal de Justicia de esta provincia, nos vuelve a hacer creer en la justicia y en el respeto a los principios constitucionales que consagran el derecho a la información a través de distintos casos recientemente resueltos y especialmente a los "leading-cases" "Caruso" y "Bustos".

Caso "Caruso" Doctrina de la real malicia. Principio hermenéutico: del "balancín- test".

Importancia del caso

Con los autos "Caruso" –sentencia 108 del 9 de septiembre de 1999– el Tribunal Superior de Córdoba reconoce por primera vez en la provincia la teoría de la real malicia con un agregado sumamente interesante. Previo al avocamiento concreto, el tribunal se fija en forma clara y precisa cuáles van a ser sus criterios interpretativos, de modo que se vuelve cristalino el análisis del caso. Esta aclaración hermenéutica es la primera vez que la advertimos en forma tan precisa en los tribunales argentinos. Aclara que utilizará el principio interpretativo, tomado de la jurisprudencia española,

⁴Díaz de Vivar, Elisa M. c. Neustadt, Bernardo y otros C. N. Civil Sala I.1999-12-21.LL t.2000 "A", p.305 y ss.

del “balancín- test” mencionado por primera vez en el ámbito nacional -en materia de prensa- en el caso Eduardo Menem.

Situación fáctica

La publicación con fecha 6 de septiembre de 1997 del matutino La Voz del Interior con el título “Relacionan el caso Maders con la ‘mafia’ de las videopóker”⁵, es la que dio motivo a la querrela, la misma figura en la página 15 en donde se transcribe una noticia originada en el informativo televisivo “CRONICA 10 – 2da. edición”, en la cual según el juez a quo se le agregó comentarios y calificativos que no se encontraban en el programa de televisión reproducido, y que fueron idóneos para agraviar, afectando el honor objetivo y subjetivo de Miguel Angel Caruso, refiriéndose al mismo, en forma equívoca, como un “...integrante de la mafia cordobesa de las videopóker...”

Resolución del caso por el Superior Tribunal

El Superior Tribunal comienza fundamentando sus argumentos hermenéuticos desde una postura concreta, dejando a un costado las abstracciones, así señala que:

...frente a esa forma de resolver el conflicto atendiendo a una preponderancia abstracta y general de uno de los derechos fundamentales en juego, se encuentra otra distinta. En tal sentido, el Tribunal Constitucional Español utiliza el método de interpretación de las normas jurídicas llamado “balancín-test” o teoría de valores por el cual no todos los derechos fundamentales son ilimitados sino que debe tenerse en cuenta la concurrencia de otros valores que el ordenamiento jurídico también ...que tienen en común con la presente el conflicto entre derechos o intereses de igual rango normativo, que en lugar de resolverse atendiendo a la supremacía absoluta de uno sobre otro, pondera a todos los derechos como limitados y analiza en cada caso concreto la razonabilidad de la restricción de uno por otro (...) Este distinto punto de partida, implica desestimar que siempre exista antijuridicidad en el hecho de quien publica una información injuriosa para otro, toda vez que si ninguno de estos derechos fun-

⁵ El caso Maders alude a un resonante caso que la justicia aún investiga y que surge por el asesinato del entonces Senador Provincial Regino Maders (UCR). A la fecha -octubre de 2002- pareciera haberse avanzado en la investigación.

damentales resulta ilimitado sino que por el contrario ambos son limitados, se trata de examinar si tal como fue ejercido configura un supuesto de ejercicio legítimo o regular de un derecho (C.P., 34, 4º, C.C. 1071), esto es ejercido dentro del ámbito de restricciones establecidas por el orden jurídico o bien si éste fue.⁶

Conforme a este método de interpretación el tribunal se aboca a examinar bajo qué condicionamientos la información injuriosa se mantiene dentro del ejercicio regular de la libertad de prensa y al respecto sostiene que hay estándares jurisprudenciales establecidos por la Corte Suprema de Justicia, a efectos de evitar que este derecho fundamental no resulte aniquilado por la sola potencialidad injuriosa de la noticia. Esto no implica expresar que la libertad de expresión y/o de información sea un derecho absoluto, lo cual sería inconstitucional, ya que la prensa responde por sus abusos. Fija cinco pautas que vamos analizar a continuación siguiendo el orden de la sentencia:

a) Los relacionados con la forma y fuente de la noticia.

Al respecto el tribunal sostiene que “en relación con la demarcación del ámbito constitucionalmente protegido, cabe señalar que si se trata de noticias con evidente potencialidad calumniosa o difamatoria, no implica entorpecimiento de la prensa libre la exigencia de un desenvolvimiento veraz y prudente. Ello implica adecuar la información a los datos de la realidad.” Para ello se fundamenta en los precedentes nacionales ya que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene desde el “leading-case” “Julio César Campillay v. La Razón y otros” que, cuando un órgano periodístico difunde una información que podría tener entidad difamatoria para un tercero, no asume responsabilidad en los supuestos en que omita la identidad de los presuntamente implicados, o utilice un tiempo de verbo potencial, o, por fin, propale la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente (correspondiendo señalar que el estándar aplicado en un comienzo a la responsabilidad civil, se invocó también en materia de responsabilidad penal)⁷. Es decir, que si se cumple con tales condiciones no puede el medio ser responsabilizado por la inexactitud o falsedad de lo que publica, sólo necesita acreditar la veracidad del hecho de las declaraciones del tercero, pero no la veracidad del contenido. Por el contenido de

⁶ Cfr. Sentencia N° 108 T. S. J. Cba.) de septiembre de 1999.

⁷ Fallos 308:7.Considerando 7.

la noticia será responsable el tercero que la generó, pero no quien se limitó a reproducirla en las condiciones y con los recaudos indicados.

Por las características del periodismo actual –instantaneidad, rápida caducidad de la noticia- que responde a un estadio democrático, se dificulta la comprobación cierta de la verdad de las noticias incluidas en las publicaciones. Por esto - sostiene el fallo - no se exige a los medios el deber de verificar la exactitud de una noticia, conforme la doctrina a partir del caso Campillay, por cuanto en tal situación se protegería el honor a costa del derecho a informar, derecho –éste último- fundamental para la existencia de una democracia. Conforme a esta doctrina la invocación de una fuente y la transcripción sustancialmente fiel de la noticia emanada de ella “priva de antijuridicidad a la conducta”.

b) Los relacionados con la calidad de los sujetos pasivos de la información injuriosa y del asunto de interés público involucrado en aquélla.

Para fundamentar estos estándares el Superior Tribunal Provincial acoge la teoría de la “real malicia”, generada en Estados Unidos a partir del caso “New York Times Co. v. Sullivan”, 376 U.S. 254 (1964) y adoptado en el precedente nacional “Costa c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros”, del 12/5/87. Por esta doctrina se distinguen dos clases de protección al honor de las personas: una “rigurosa” y otra “atenuada”. La primera, aplicable al ciudadano común, la segunda, a los funcionarios públicos. Esta distinción –señala el tribunal- radica en que las personas privadas son más vulnerables que los funcionarios públicos ya que éstos tienen un mayor acceso a los medios periodísticos para responder a las falsas imputaciones, mientras que los particulares necesitan una tutela más amplia contra los ataques a su reputación, ya que los funcionarios públicos se exponen voluntariamente a un mayor riesgo de sufrir perjuicio por noticias injuriosas. Por ello el funcionario agraviado, a diferencia del particular, debe probar “que la información fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con notoria despreocupación acerca de tal circunstancia”⁸. Esto se debe a que entre las libertades, la de prensa es la de mayor entidad ya que responde a un fundamento democrático y que coartarla produciría efectos más perniciosos que sus excesos. Esta doctrina se amplía luego a las figuras públicas (caso Triacca, Alberto Jorge c/ Diario La Razón y otros, Fallos 316:2417), y aún a los particulares (caso Tavares, Flavio Aristides, Fallos 315:1699),

⁸ Fallos 310:508. Considerando 13.

con la exigencia común a todos acerca de que hubiesen intervenido en cuestiones de interés público, objeto de la información o crónica. La base de esta doctrina es la preponderancia del interés general.

No incluye a aquellas noticias inexactas que involucran a figuras particulares en cuestiones particulares; ni a personas con dimensión pública en cuestiones concernientes a su vida privada que no ofendan la moral ni las buenas costumbres o cuando se vincula con un particular y el asunto carece de interés institucional.

Es importante señalar que el alto tribunal de Córdoba realiza, así mismo una crítica a la Corte Suprema -tal vez producto de ese andar oscilante de la justicia nacional- al sostener que:

No resulta claro, a nuestro ver, la ubicación sistemática de la doctrina de la real malicia en los pronunciamientos del más Alto Tribunal, esto es si la razón de la irresponsabilidad civil y penal consiste en que concurre una causa de justificación (ejercicio legítimo de un derecho, C.P., 34, 4°; C.C., 1071) o bien porque se encuentra ausente el plus subjetivo exigido. Es que, al aludir varios de los pronunciamientos a la preponderancia del derecho a la información cuando se encuentran reunidos los presupuestos del estándar, pareciera que se la sitúa como un supuesto de ejercicio regular de un derecho. Sin embargo, en varios de los mismos pronunciamientos, algunos de los Ministros expresan que la doctrina se resume en la exculpación de los periodistas acusados criminalmente o procesados civilmente por daños y perjuicios causados por informaciones falsas ("Morales Solá, Joaquín M.", voto de Boggiano y Vázquez; "Menem Eduardo c/ Tomás Sanz", voto de Boggiano) Concretamente en "Díaz, Daniel Darío c/ Editorial La Razón y otros", la mayoría de los Ministros aluden a que el estándar de la real malicia implica la adopción de un factor subjetivo de atribución agravado (Votos de Nazareno y O'Connor; Belluscio y Bossert; Boggiano, Vázquez)⁹.

En opinión del Alto Tribunal de Córdoba:

...quien publica una información relacionada con un asunto de interés institucional que tenga como destinatario a un funcionario público, a una persona pública o a un particular, sin que el querellante o demandado haya probado que obró con conocimiento de su falsedad o con notoria despreocupación de ella.

⁹ Ibidem.

obra en el ámbito constitucionalmente protegido para el ejercicio de aquel derecho fundamental que, en esas condiciones, prevalece sobre el honor. Por el contrario, la concurrencia de las situaciones subjetivas apuntadas, tornará preponderante o prevaleciente el derecho al honor, porque denotan el ejercicio abusivo del derecho a la información, toda vez que claramente contraría los fines para los que fue conferido que no es por cierto cometer delitos penales ni delitos o cuasidelitos civiles y, por tanto, no se encuentra amparado por el orden jurídico interpretado como tal, es decir como una unidad carente de contradicciones. Tal conducta antijurídica hará responsable a quien publica la noticia deshonrante o desacreditante, en la faz penal si conocía la falsedad o se la representó como posible y obró con indiferencia respecto del resultado lesivo que surja de la publicación; en la faz civil porque la real malicia supone la demostración de la culpa en concreto que se verifica ante el obrar desaprensivo".¹⁰

La tercera pauta elaborada por el superior Tribunal se refiere a:

c) La publicación y el hecho objeto de la querrela y de la condena penal y civil.

La publicación con fecha 6 de septiembre de 1997 del matutino La Voz del Interior, que dio motivo a la querrela, figura con el título "Relacionan el caso Maders con la "mafia" de las videopóker" en la página 15 en donde se transcribe una noticia originada en el informativo televisivo "CRÓNICA 10 - 2da. edición", en la cual según el juez a quo se le agregó comentarios y calificativos que no se encontraban en el programa de televisión reproducido, y que fueron idóneos para agraviar, afectando el honor objetivo y subjetivo de Miguel Angel Caruso, refiriéndose al mismo, en forma equívoca, como un "...integrante de la mafia cordobesa de las videopóker..."

En su cuarta pauta que titula: **d) La solución jurídica del caso por el juez a quo**, el alto tribunal sostiene que para el juez a quo lo publicado por el periódico no fue una transcripción fidedigna del informe difundido por Canal 10, ya que lo reproduce "pero con un agregado que, como se vio en el debate, no está incluido en ninguna parte de lo montado por televisión". Así mismo el juez a quo descartó la teoría de la real malicia porque "...no se ha debatido sobre una noticia falsa, injuriosa o calumniosa emanada de otro, que sería el canal universitario, de ratificarse la hipótesis"¹¹.

¹⁰ Cfr. Con la Sentencia que se cita.

¹¹ Ver Sentencia analizada.

La última pauta del Superior Tribunal conlleva a la solución del caso en función de los distintos fundamentos sobre los que discurre a lo largo de la sentencia y que hemos especialmente remarcado. El estándar final se titula: e) **La incorrección de la solución jurídica del caso por la prescindencia para la responsabilidad de las pautas hermenéuticas derivadas de estándares para determinar el ejercicio regular del derecho a informar.** Al efecto el Tribunal descalifica la sentencia del a quo ya que sostiene que -conforme a los fundamentos proporcionados- éste ha prescindido y aún más, ha inobservado las pautas hermenéuticas derivadas de estándares constitucionalmente admisibles por lo que ha concluido erróneamente su sentencia puesto que:

...en relación a la fuente de la noticia, que se vincula con la elaboración jurisprudencial de la Corte Suprema a partir del precedente 'Campillay' ...surge con evidencia que el juez la circunscribió a otra fuente periodística y de allí que hiciera hincapié en el 'agregado' por el periódico que no estaba en el informe televisivo. Tal limitación carece de respaldo y prescinde de computar, en relación al origen del agregado, que los términos del mismo no fueron creados por el autor de la nota bajo examen, sino que se originaron a partir de ciertos testimonios (citados al final de dicha nota) vertidos en la causa judicial en la que se investiga el asesinato del Senador Regino Maders... [La] vinculación del asesinato de Maders con integrantes de la "mafia de los videopóker" no es algo "inventado" o "creado" por el subjetivismo del autor de la nota periodística bajo examen, lo cual no está amparado por la Constitución Nacional, sino que dicha nota no hace más que reproducir fielmente una información generada a partir de otra fuente, con cita expresa y clara de la misma. Tan es así, que a raíz de esa transcripción fiel de los dichos vertidos en una causa judicial en la etapa instructoria, el a quo resolvió girar los antecedentes del caso para la investigación de la supuesta comisión del delito de violación de secretos (art. 157 C.P.) llevado a cabo por quien dio dicha información a la prensa." De lo expresado se deduce que la información se adecuó a los datos de la realidad, no se creó. Por lo que se cumple con el requisito de veracidad impuesto a partir del caso Campillay. Reconoce el tribunal que los términos de la nota son fuertes y ofensivos, pero -sostiene- "expresan una realidad: que ciertos testimonios vertidos en la causa judicial originada a raíz

del asesinato del Senador Maders vinculan este crimen con 'los (explotadores) de las máquinas de videopóker en Córdoba', y describen características de dicha explotación que son claramente demostrativas de su ilegalidad¹².

Por otra parte La Voz del Interior transmitió una información relacionada con asuntos de sumo interés público en nuestra provincia como es el asesinato del Senador Regino Maders y su posible explicación, aludiendo a la supuesta vinculación con ex policías y la explotación del juego clandestino. Por lo que la noticia tiene relevancia institucional y si bien Caruso -como señala el tribunal provincial- no es un funcionario público ni una persona pública, los precedentes nacionales han extendido la doctrina de la real malicia “a los particulares en cuestiones de interés público de relevancia institucional”.

Así, el supremo Tribunal Provincial concluye:

...que la actuación del informador se ha llevado a cabo dentro del ámbito protegido constitucionalmente respecto del ejercicio de la libertad de prensa, conforme a las pautas hermenéuticas elaboradas por el intérprete final de las normas de ese status... [por lo] que este hecho no es antijurídico, y su autor no es responsable penal ni civilmente del mismo, por implicar un ejercicio “legítimo” del derecho a informar, ínsito en la libertad de prensa....¹³

El Periodismo de Investigación: su reconocimiento en un importante fallo del Tribunal Superior de Córdoba. Caso “Bustos”.

La justicia de la provincia de Córdoba en el año 2000 ha puesto especial énfasis en el derecho a la información dando saludables aires de libertad frente a notables retrocesos de la Nación como ya lo expresáramos anteriormente. Por ello destacamos la sentencia n° 27 del Tribunal Superior de fecha veintitrés del mes de junio de dos mil, en los autos “Querrela de Jorge Valentín Bustos c/ Marcelo Soria - injurias - Recurso de Casación”¹⁴, donde se interpone un recurso de casación contra la sentencia número dieciséis, de fecha treinta de diciembre de 1998, dictada por el Juzgado Co-

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Sentencia n. 27 S.T.I. de Córdoba. 23 de junio de 2000.

reccional de Cuarta Nominación de la ciudad de Córdoba que declara a Marcelo Soria autor responsable del delito de injuria, y hace lugar a la acción resarcitoria entablada por Jorge Valentín Bustos en contra de Marcelo Soria y la Editorial La Voz del Interior S.A., a quienes condena a resarcir económicamente al actor como reparación de daño moral.

Importancia del caso

El Superior Tribunal revocó la sentencia del a quo por entender que este caso al ser "Periodismo de Investigación" debió ser analizado conforme la doctrina de la real malicia resaltando la incorrección del argumento del a quo para rechazar la aplicación al caso de esta doctrina ya que "en síntesis éste **no tuvo en cuenta que la actividad a juzgar no consistió en "periodismo informativo", sino en "periodismo de investigación"**¹⁵.

Y ello es así, es decir que estamos en presencia del denominado "Periodismo de Investigación", ya que el querrelado no se limitó a transmitir una información generada a partir de otra fuente, sino que la utilizó como premisa para así arribar a conclusiones no contenidas en la información de la fuente.

Los hechos

La publicación en el matutino la Voz del Interior de un conjunto de artículos de donde se infería que había ciertas irregularidades en el actuar de un funcionario de EPEC de nombre Mazzini Pintos en las adjudicaciones directas de trabajos del Ente Provincial a una cooperativa sindical. Situación que debe ser considerada de **interés institucional** ya que concierne a la incorrecta actuación de un funcionario público (Interventor de la empresa, Ingeniero Mazzini Pinto) y de una figura pública (el empleado de la EPEC y a la vez integrante de la Cooperativa Luz y Fuerza, Jorge V. Bustos), en el ejercicio de sus respectivos cargos (uno, como interventor de la E.P.E.C., el otro, como directivo de la Cooperativa) Tan es así que, sobre la base de los sucesos anoticiados, el Tribunal de Cuentas de la Provincia de Córdoba realizó una auditoría a la mencionada Empresa pública.

El que publica en el mencionado matutino es el periodista Marcelo Soria los artículos titulados "EPEC PAGA DOS VECES LOS MISMOS TRABAJOS", del 28 de Septiembre de 1997, "ENDEBLE DEFENSA POR CONTRATACIONES CON EPEC", del 3 de Octubre de 1997, "LUZ Y

¹⁵ La negrita es nuestra y destacamos esta frase ya que el tribunal hace una importante distinción entre "periodismo informativo" y "periodismo de investigación"

FUERZA EXPULSO A CUATRO AFILIADOS”, del 7 de Octubre de 1997; “GRITOS Y SUSURROS”, de la misma fecha que el anterior y “EN BASE A UNA INVESTIGACION DE LA VOZ DEL INTERIOR EN 1997 DIC-TAMEN DE AUDITORIA CORROBORA SERIAS IRREGULARIDADES EN EPEC” del 7 de Abril de 1998.

Resolución del caso

El alto tribunal –con relación a este caso y al avocarse al mismo – establece que:

...no debe dejar de ponderarse que entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal. La Constitución, al legislar sobre libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica. (...) Entre los estándares elaborados, con respecto al denominado “Periodismo de Investigación” resultan de interés para la cuestión que plantea el presente recurso, los relacionados con la calidad de los sujetos pasivos de la información injuriosa y del asunto de interés institucional involucrado en aquélla. (...) La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido ciertas pautas para atribuir responsabilidad por noticias potencialmente ofensivas, acogiendo la teoría de la “real malicia” (“actual malice”), generada en los Estados Unidos de Norteamérica a partir del caso “New York Times Co. v. Sullivan”, 376 U.S. 254 (1964) (...) (reproduciendo el precedente americano “Gertz vs. Robert Welch Inc.”, 418, U.S.A 323/1974)...., el funcionario agraviado, a diferencia del particular, debe probar “que la información fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con notoria despreocupación acerca de tal circunstancia)”¹⁶

Esta doctrina ya la hemos analizado en el caso “Caruso”. Para que sea aplicable debe haber interés institucional.

Se debe aclarar que se considera de “interés institucional”, cuando versa sobre: “todo aquello que es necesario o conveniente para la comunidad y la buena marcha de sus instituciones”¹⁷.

¹⁶ Ver Sentencia. Las negritas son nuestras.

¹⁷ Ibidem.

El Tribunal sostiene que en este caso “estamos en presencia del denominado “Periodismo de Investigación”, ya que el querellado no se limitó a transmitir una información generada a partir de otra fuente, sino que la utilizó como premisa para así arribar a conclusiones no contenidas en la información de la fuente.

Concretamente, señala el tribunal que:

... la conclusión que motivó la querrela de autos, es decir, la afirmación de que hubo amistad cercana a la connivencia entre Mazzini Pinto y Bustos a la hora de acordar negocios compartidos, se extrajo a partir de los siguientes hechos: a) las irregularidades detectadas en los contratos (...) Mazzini Pinto vive en Barrio Jardín, a pocos metros de la casa de los padres de Bustos; (...) el mismo Bustos admitió que cobraba en Epec un sueldo de 1.500 pesos, y que habitualmente solicitaba licencias por carpeta médica para dedicarse a su cargo en la cooperativa. Además, -según fuentes cercanas al interventor de la E.P.E.C.- el propio Mazzini Pinto, a raíz de las noticias periodísticas, firmó a su favor una licencia para evitarle inconvenientes mayores y la conclusión bajo análisis fue el comentario de varios de los empleados de la empresa eléctrica.¹⁸

Es por estas razones que el tribunal considera que este caso al ser “Periodismo de Investigación” debió ser analizado conforme la doctrina de la real malicia resaltando la incorrección del argumento del a quo para rechazar la aplicación al caso de esta doctrina ya que “en síntesis éste **no tuvo en cuenta que la actividad a juzgar no consistió en “periodismo informativo”, sino en “periodismo de investigación”**¹⁹.

Por esta razón considera el Superior Tribunal que corresponde examinar los artículos periodísticos como una unidad, y a la luz de la doctrina de la real malicia. El obrar del medio de comunicación atendiendo a los aludidos criterios jurisprudenciales de ponderación, señala, resulta justificado.

Se destaca que Bustos revestía a la época de los hechos la calidad de una figura pública, ya que era uno de los directivos de la Cooperativa sindical, siendo el vocero oficial de la misma, y hasta hacía poco tiempo había sido el secretario general del Gremio de Luz y Fuerza y al efecto gozaba de

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ver nota 15

un fácil acceso a los medios de información y así el segundo de los artículos periodísticos en cuestión se refiere a los dichos de Bustos tendientes a desmentir la información publicada en su contra, en una conferencia de prensa. Por lo que concluye el tribunal que, al tratarse de una figura pública y además con acceso concreto y demostrado a los medios de comunicación, que ha sido involucrada por una información periodística potencialmente injuriantes relativa a un asunto de claro interés institucional, “rige a su respecto el estándar de protección atenuada del honor establecido en la jurisprudencia pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”²⁰.

Por lo que el Tribunal concluye que los querellados han obrado:

*...dentro de los límites constitucionales establecidos en relación al derecho a informar, conforme a las pautas hermenéuticas elaboradas por el intérprete final de las normas de ese status. Por ello, la conducta bajo examen no resulta antijurídica, y su autor no es responsable penal ni civilmente de la misma, por implicar un ejercicio “legítimo” del derecho a informar, insito en la libertad de prensa”.*²¹

Podemos agregar, que aún más dentro del “periodismo de investigación” por ser uno de los instrumentos fundamentales en el control y perfeccionamiento del sistema democrático.

Conclusiones

Los fallos de la Justicia Nacional, en materia de libertad de expresión es bastante oscilante. A pesar que nuestra Constitución resguarda la libertad de prensa por considerar que se trata de un presupuesto básico para el desenvolvimiento del orden republicano, ciertas decisiones judiciales parecen desconocerlo. Dichas determinaciones, además de lesionar la libertad de prensa, lesionan aún más la confianza en la justicia y en su independencia

Frente a esto la Justicia de Córdoba ha desarrollado una importante jurisprudencia en materia de derecho de prensa durante estos últimos dos años (1999- 2000) en la que se advierte la aplicación de dos principios traídos del derecho comparado esto es la “doctrina de la real malicia” norteamericana y la “teoría del balancín” española, conceptos que le han permitido al aplicarlos, consolidar la libertad de expresión en esta provincia y

²⁰ Ver Sentencia.

²¹ T. S. J. de Córdoba Sentencia n. 27 . 23 de junio de 2000.

amparar jurisprudencialmente la labor del periodismo de investigación, pilares en el desarrollo de un estilo de vida democrático y requisitos básicos para el desarrollo de las libertades y derechos de cada uno de los habitantes de esta provincia argentina.

La libertad de expresión no es un derecho absoluto sino que responde por sus abusos; la justicia no cobija la impunidad, no obstante cuando ésta pondera los bienes en juicio no debe olvidarse que entre los de mayor envergadura constitucional están los relacionados con la prensa ya que sin su resguardo sólo existiría una democracia ficta y carente de los principios republicanos que hacen a su esencia. Al respecto, el Superior Tribunal apela a criterios hermenéuticos claramente expuestos desde su avocamiento a la cuestión, así el extraído de la justicia española, nos referimos al "balancín test", que permite ver con plasmada claridad los argumentos del tribunal para la dilucidación del caso judicial.

Otro de los principios interpretativos que se utiliza es la doctrina de la "real malicia". Al ser de una entidad constitucional superior, la libertad de expresión ya que hace al sistema democrático, se tutela por ello el derecho a publicar con impunidad si hay veracidad, buenos motivos y fines que lo justifiquen, aunque lo publicado afecte a funcionarios, magistrados o individuos particulares es a ese solo efecto que se aplica tal doctrina, traída del derecho comparado. La única exigencia es que el medio de comunicación no formule las noticias conociendo su falsedad o con temerario desinterés al respecto y que la misma se vincule a la noción de "interés general", es decir cuando verse sobre aquello que es necesario o conveniente para la comunidad y la buena marcha de las instituciones.

Bajo estos tres aspectos: "la teoría del balancín-test", como criterio valorativo de los derechos en juego, la aplicación de "la teoría de la real malicia" como factor de exculpación y la condición que la noticia sea de "interés general" es que la libertad de expresión se ha visto consagrada en el ámbito de la justicia provincial de Córdoba demostrando una línea de convicciones que no se advierte en los tribunales nacionales toda vez que sus fallos -los federales- no fijan normas claras, evidenciando oscilaciones que conllevan a un descrédito de la justicia nacional captada por los intereses particulares de los funcionarios de turno.



DERECHO DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

por *María Cristina Mercado de Sala*¹

Resumen: Desde la consideración del Orden Público Internacional se aborda la cuestión de las inversiones extranjeras, en función de la necesidad de contar con un marco legal adecuado, tal que resulte incentivador, para la valoración sobre viabilidad, factibilidad, y sustentabilidad de proyectos de inversión necesarios para el crecimiento de Argentina y sus relaciones dentro del Mercosur.

Palabras claves: Orden Público, Inversiones Extranjeras, Tratados Internacionales, Incentivos, Libre Mercado, MERCOSUR, Crecimiento Argentino.

Sumario: Resumen. I. Consideraciones preliminares. II. Justificación. III. Conceptualización. 1. Derecho de las Inversiones. 2. Inversión. 3. Inversión-análisis jurídico- MERCOSUR. IV. Constitución Argentina 1994. Constitución de Córdoba 1987. Ley de Inversiones Extranjeras 21382. Decreto 1853/93. V. Protección de las Inversiones Extranjeras. Condiciones de Radicación. VI. Derecho de las Inversiones Extranjeras. El Orden Público. El Orden Público Internacional. Orden Público Nacional. VII Conclusiones.

I. Consideraciones preliminares

1. La presente colaboración está integrada en lo que al área de derecho comercial se refiere, a proyectos colectivos anteriores. Efectivamente,

¹ Profesora Titular Encargada de Derecho Privado IV y Profesora Adjunta por Concurso de Derecho Comercial II-Sociedades y Seguros. Fac. de Der. y Cs.Ss. U.N.C. Docente Carrera Posgrado Especialización en el Derecho de los Negocios. Coordinadora Académica C.I.J.S. U.N.C.. Miembro Sala Der. Civil y Com. Consejo de la Magistratura de la Provincia de Córdoba.

en el proyecto denominado "Armonización de la Legislación Interna en vista del proceso de Integración del Mercosur", cuya área de derecho comercial es de autoría de la suscripta, reconocíamos que "poco tiene que ver la forma jurídica de organizar la empresa, por armonizadas que estén las legislaciones, cuando factores macroeconómicos aparecen" y que "las llamadas turbulencias de los mercados, de las cuales se da cuenta a diario, influyen ampliamente en los planes de inversiones", determinando en su caso el retiro precipitado de inversiones necesarias para el crecimiento.

2. Lo dicho, nos llevó a proponer un nuevo proyecto a partir de la "existencia de un derecho de las inversiones extranjeras, sus condiciones de radicación y reexportación en el ámbito del MERCOSUR", cuya primera etapa se continúa con la presente colaboración.

3. Los hallazgos durante la primera etapa, superaron dificultades para obtener información suficiente, ante la dispersión de la misma y la ausencia de metodología en los archivos existentes, los que aparecen como una simple recopilación de leyes y documentos no siempre cronológicamente integrados

Exceptúase de la anterior opinión el libro de publicación de Tesina a cargo del Dr. Esteban M. Ymaz Videla, que hemos consultado.² Asimismo hemos accedido por Internet a las leyes de aprobación de los Tratados³, a la Ley de Inversiones extranjeras N° 21382-Decreto Reglamentario y Ordenatorio N°1835/93, las Resoluciones 27615/00 de Superintendencia de Seguros de la Nación-Seguros-Inversiones-límites, BO7-8-00,y 2/00

² YMAZ VIDELA, ESTEBAN M., "Protección de Inversiones Extranjeras- Tratados Bilaterales - Sus efectos en las Contrataciones Administrativas", LA LEY, 1999, Arg.

³ Leyes 24.098 (Alemania); 24.099 (Suiza); 24.100 (Francia); 24.101 (Polonia); 24.112 (Italia); 24.117 (Suecia); 24.118 (España); 24.123 (Unión Belgo Luxemburguesa); 24124 (EEUU); 24125 (Canadá); 24184 (Gran Bretaña); 24248 (Egipto); 24325 (China); 24328 (Austria); 24335 (Hungria); 24340 (Turquía); 24342 (Chile); 24352 (Países Bajos); 24356 (EF.UU); 24394 (Túnez); 24395 (Armenia); 24396 (Senegal); 24397 (Dinamarca); 24401 (Bulgaria); 24456 (Rumania); 24457 (Venezuela); 24458 (Bolivia); 24459 (Ecuador); 24549 (Jamaica); 24554 (Protocolo Promoción y Protección Inversiones Provenientes Estados No partes de Mercosur); 24563 (Croacia); 24593 (Portugal); 24613 (Malasia); 24614 (Finlandia); 24680 (Perú); 24681 (Ucrania); 24682 (Corea); 24728 (Australia); 24770 (Cuba); 24771 (Israel); 24778 (Vietnam); 24814 (Indonesia); 24890 (Marruecos); 24891 (Protocolo Colonia Promoción y Protección Recíproca Inversiones Mercosur); 24971 (Panamá); 24972 (Méjico); 24983 (República Checa); 24984 (Lituania); 25023 (El Salvador); 25350 (Guatemala).-

Ministerio de Infraestructura y Vivienda-Subsecretaría de planificación de inversiones, BO18-10-00 entre otros, y a los que remitimos⁴.

4. Los cuerpos normativos anteriormente mencionados denotan voluntad de alcanzar acuerdos y firmar tratados con todos los países del mundo, desde los llamados desarrollados (Alemania, EE.UU, Gran Bretaña, Italia y España), hasta Indonesia y El Salvador entre otros, todos ellos llamados de Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones. En virtud de ellos los productos argentinos de ser competitivos, estarán en condiciones de ser ofrecidos al Mundo, coadyuvando al crecimiento y el empleo.

II. Justificación

La dura realidad económico-social, nacional, regional, continental e internacional, y los problemas de falta de crecimiento adecuado para satisfacer las necesidades de los ciudadanos, ha generado la inquietud de preocuparnos por las inversiones y en especial las extranjeras, considerando que estas últimas parecen haberse convertido en "prenda codiciada" de todos los intereses, especialmente el de los llamados Mercados Emergentes, al cual pertenecen los países del MERCOSUR, y sus vecinos asociados.

En proyecto anterior, relacionado con la armonización del derecho de los miembros del Mercosur, a partir del derecho comercial y empresario, concluí que el derecho como herramienta ordenadora de las conductas de los agentes del mercado, poco podía hacer si no tenía precisamente "conductas" a regular y éstas en lo relativo a la empresa, necesitan asimismo de una conducta subjetiva inicial que es la "voluntad de invertir" y la "inversión" objetivamente considerada. El análisis de las legislaciones de inversiones extranjeras en dichos países, y el Estatuto de la Empresa Binacional argentino brasileña, implicó concluir que el origen de las asimetrías emanaba de diferencias filosóficas, orientadoras de las diferentes Constituciones, especialmente la de Brasil de 1988, a pesar de su posterior modificación y las exigencias relativas a las obligaciones a que se somete a la inversión extranjera. Estas diferencias filosóficas influyen necesariamente en el llamado Índice de Libertad Económica.

En materia económica existe una consideración universal respecto al incentivo que representa en sí mismo la obtención de la "diferencia", entre lo arriesgado y el resultado obtenido, que en base a criterios de la accesibi-

⁴ ver: <http://www.lineajuridica.com/plugin/legis.asp?email=chskrilec@ciudad.com.ar&consulta=in...>

lidad a la inversión extranjera que ha tenido Argentina parecería haber actuado con la eficiencia y eficacia en el logro de las inversiones y el cumplimiento de otros indicadores con relación a Brasil. Sin embargo el ciudadano no percibe dicha eficiencia y/ o eficacia.

Si analizamos el criterio de accesibilidad, veremos que el mismo se mide con distinta vara según se trate del Mercado que necesita de inversiones para emerger (y como tal está en posición de debilidad) y la inversión en si misma considerada, que como tal buscará acceder al Mercado que le ofrezca mejores incentivos (posición dominante).

A la distancia en el tiempo y luego de cuatro años de recesión en nuestro país, y altísimo índice de desempleo e inactividad económica, parece una utopía la llamada Doctrina Calvo⁵, asumida por el derecho constitucional sudamericano, ej. de lo cual fue el art. 24 de la Constitución de Bolivia que expresaba: "Los ciudadanos y empresas de los países extranjeros están sujetos a las leyes bolivianas y no pueden hacer valer en ningún caso una situación especial o recurrir a la protección diplomática". Expresión auténtica de una época marcada por la politización de las inversiones, que condujeron al ejercicio de la protección diplomática, "seguido del uso de la fuerza pública".⁶

Los hechos han demostrado que las visiones de los hombres no siempre se alcanzan y ello por cuanto las mismas nunca pueden prescindir de la influencia que en su concreción, tienen el entorno en el que nos movemos, y los derechos de los demás. Si el ciudadano tiene obligaciones para con el país que lo reconoce como nacional, nunca podría pretenderse que el estado bajo cuya protección supuestamente está, renuncie a sus propios nacionales y a la protección diplomática de los mismos y de sus intereses. De hecho, a pesar de la Doctrina Calvo, oportunamente se hicieron valer los derechos de los nacionales en virtud de la "situación procesal". En opinión de tratadistas la ..."total interdependencia de los países...globalización de la economía.. y nuestra condición de deudores crónicos...escapa a nuestro poder de determinación..."⁷ y nos conduce asimismo a requerir inversiones extranjeras necesarias para promover y proveer al crecimiento.

⁵ HERDEGEN MATTHIAS, "Derecho Económico Internacional", CIEDLA, DIKE, 2a. edición 1998.

⁶ YMAZ, opus cit.pg 11

⁷ GORDILLO AGUSTÍN, "Tratado de Derecho Administrativo", 1995, Tomo I, Cap. VI, pg. 6.

En esta ocasión y sin entrar a su análisis cabe citar la Ley de Emergencia N° 25561, recientemente sancionada y el decreto 214/02, que reestructuran las obligaciones en curso de ejecución, las que quedan afectadas por el nuevo régimen cambiario y la conversión a pesos de las obligaciones de dar sumas de dinero de cualquier naturaleza u origen expresadas en monedas extranjeras existentes a la sanción de la ley 25561. Es obvio que estas normas afectan intereses tanto de nuestros connacionales como a las inversiones extranjeras en el país, a los incentivos que en su momento se tuvieron presentes para decidir la radicación de los mismos, y a las relaciones con todos los países firmantes de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones y sus nacionales.

III. Conceptualización

1. El Derecho de las Inversiones forma parte del Derecho Económico y el de las Inversiones Extranjeras del Derecho Económico Internacional.

Es premisa reconocida que los capitales van hacia donde menos restricciones encuentran, o lo que es lo mismo "donde más incentivos se les ofrecen". En el ámbito del comercio internacional existen mediciones y -entre tantos índices que manejan los expertos - se ha reconocido el llamado "Índice de Libertad Económica". El mismo se construye en base al promedio de diez indicadores institucionales considerados clave para la economía. La Inversión Extranjera es uno de tales indicadores.

La República Argentina en el año 2000 se ubicó número diecisiete en el ranking mundial en cuanto las libertades económicas que reconocía. En opinión de comentaristas económicos los procesos políticos internos durante el último semestre produjeron en Octubre 2000 el retiro de inversiones, lo que se fue pronunciando hasta llegar a la emergencia política, social y económica que a la fecha del presente (Febrero 2002) aqueja a la Argentina, devaluación y default mediante.

El informe 2001 de la Bolsa de Comercio de Córdoba⁸ da cuenta de la caída de Argentina al puesto veintinueve en el ranking Mundial de Liber-

⁸ Bolsa de Comercio de Cba., Instituto de Investigaciones Económicas: "El Balance de la Economía Argentina-un Enfoque Regional-2001", Talleres Gráficos Lencioni S.R.L., Dic. 2001. Arg. pg. 283..."Argentina sigue siendo un país de gran incertidumbre, debido a los conocidos problemas macroeconómicos y también a otros factores institucionales"...Brasil en cambio..."ocupa el puesto 93 debido a su elevado nivel de proteccionismo así como la alta intervención del gobierno y las regulaciones"...(tanto en cuanto a tarifas aduaneras como en trámites burocráticos).

tad Económica, conforme publicación y ranking elaborado por la Fundación Heritage.

Es de destacar que el texto de los Preámbulos de los Tratados celebrados por Argentina, adhiere a principios de cooperación económica internacional, orientados a establecer condiciones favorables para las inversiones y fomentar la iniciativa económica privada, en pos del desarrollo económico y la riqueza de los países partes.

A la fecha, Argentina se ha dado los instrumentos, aparentemente ha favorecido el establecimiento de las inversiones, en el Ranking de Países está mejor ubicada que Brasil en cuanto a Libertad Económica, se han hecho inversiones y sin embargo el índice de pobreza de Argentina ha aumentado, y el crecimiento se ha estancado. Ello lleva a conjeturar que Índice de Libertad Económica no es equivalente a desarrollo y riqueza de los ciudadanos. ¿Qué nos ha hecho y hace falta?⁹.

2. Inversión

La aparente simplicidad del término “inversión”, puede ser abordada en cuanto a qué se entiende o debe entenderse por tal sustantivo, desde distintos puntos de partida.

En **sentido amplio**, los autores entienden por inversión a “toda erogación destinada a incrementar o mantener los activos fijos (equipos productivos, maquinarias, obras civiles, instalaciones y demás bienes durables utilizados en el proceso productivo)”.

Usualmente además se denomina **inversión** a las “**colocaciones financieras en capital o títulos de deuda**”, que en muchos casos son en sí mismas inversiones de capitales “golondrina” que se brindan en virtud de oportunismos económicos y/o políticos.

A las adquisiciones accionarias, se las llama **inversiones directas** y son indicadores de una voluntad de permanecer relacionado durante un largo plazo a una empresa local. Éstas hacen en realidad al desarrollo de las

⁹ *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 3, Contratos Modernos, Edit. Rubinzal y Culzoni, Santa Fe. 1993. Artículo de MOSSET ITURRASPE, JORGE. “Contratos de Colaboración Empresarial”. Cita a la Constitución de Perú que incluye los siguientes artículos que sirven a la reflexión: ... 133” La ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes”....137”El Estado autoriza, registra, y supervisa la inversión extranjera directa y la transformación de tecnología foránea como complementarias de las nacionales, siempre que estimulen el empleo, la capitalización del país, la participación del capital nacional, y contribuyan al desarrollo en concordancia con los planes económicos y la política de integración”.

economías, debido a que un proceso sostenido de inversión posibilita a todas luces el crecimiento de la actividad y su posibilidad de alcanzar niveles de competitividad.

Si consideramos a la empresa como "objeto" de una inversión, debemos distinguir entre: a) la inversión interna o reinversión de ganancias producidas en razón de la propia empresa, y b) la inversión externa, proveniente de diversos financiadores de la actividad productiva de la empresa.

Tomando en consideración que "la Argentina depende de los ingresos de capitales internacionales para financiar la inversión interna"¹⁰, en este caso inversión interna se califica con referencia al país, aunque en sí misma sea externa a la empresa. Ello conduce entonces a distinguir políticamente y proponer la antinomia, inversión nacional por oposición a extranjera. Es de tener en cuenta en el caso de Argentina, el grado de penetración alcanzado entre los años 1997/99 y el hecho evidente de las fusiones y adquisiciones. El Informe de la Bolsa de Córdoba, "El Balance de la Economía Argentina 2000" pg. 328, expresamente indica: "...frente a un contexto de integración, globalización y estabilización de las reglas económicas de nuestro país, distintos grupos internacionales desembarcaron en la Argentina, de la mano de empresas locales o adquiriendo gran parte de sus paquetes accionarios"¹¹.

A nivel Tratados Internacionales, aparece una "especie de tercer género" que llamaríamos "inversión recíproca". El contexto internacional, las vicisitudes de las economías, forzaron esta expresión a partir de las diferentes experiencias.

Así en el caso de la "América llamada Latina", la interrupción de los flujos de capital y los diferentes programas adoptados en la región en la década del 80, afectaron a la ALAC. Sin embargo, se produjo a partir de ello y por influjo de las necesidades, un proyecto integracionista. Las crisis llevaron a reconocer el hecho evidente de que los Estados de la subregión serían incapaces de resolver sus problemas salvo que apelaran a la cooperación¹².

¹⁰ El Balance de la Economía Argentina. 2000. Un Enfoque Regional. Bolsa de Comercio de Córdoba. Instituto de Investigaciones Económicas. pg.325.

¹¹ opus cit. Pg 328.

¹² "El agotamiento del modelo condujo a la reorientación realista ante la percepción de que previo a la constitución de un mercado común latinoamericano es menester consolidar experiencias subregionales", en *Integración, regionalización: Idea y Realidad*. ANA I. PIAGGI-VANOSI, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Derecho y Economía. N° 21, 1999, pg 525.

A partir de tal planteo, cabe distinguir en los tratados y protocolos las "inversiones provenientes de Estados No Partes". Así los citados previamente y los celebrados en el marco del Mercosur. Las inversiones provenientes de los Estados "parte" no serían nacionales ni internas al país, pero tampoco enteramente extranjeras, por estar bajo el "paraguas" protector de Protocolos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, en general en los Tratados bilaterales, multilaterales y en el Mercosur.

3. INVERSIÓN - análisis jurídico - MERCOSUR

Corresponde bucear en los Protocolos de Colonia, qué se debe entender por "inversión" conforme a dicho marco legal, o lo que es lo mismo el concepto jurídico de inversión.

Los cuatro países firmantes del Mercosur, en el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el Mercosur, delimitan con criterio amplio el concepto de "inversión". Así, dentro del ámbito de validez material el párrafo primero del art. 1, admite el criterio amplio acordado por los cuatro países que en definitiva **considera inversión a "todo tipo de activo", en especial aquellos enunciados de manera meramente ejemplificativa, a saber: la propiedad de bienes muebles e inmuebles y otros derechos reales; las acciones, cuotas societarias y todo otro tipo de participación en sociedades; los títulos de crédito y derechos a prestaciones que tengan un valor económico; los derechos de propiedad intelectual, incluyendo derechos de autor y de propiedad industrial, tales como patentes, diseños industriales, marcas, nombres comerciales, procedimientos técnicos, know-how y valor llave, así como también las concesiones económicas de Derecho Público, conferidas conforme a la ley, incluidas aquellas para la búsqueda, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales. En el caso de los préstamos se benefician de la protección convencional cuando "estén directamente vinculados a una inversión específica"**¹³.

Ana María Moglia¹⁴, expresa que la definición a pesar de ser amplia "no es autónoma", por cuanto remite a las leyes y reglamentaciones del Estado receptor de la Inversión. Señala la autora citada, que existe diferencia entre el protocolo y los Convenios celebrados por la República Ar-

¹³ Art. 12 b Convenio constitutivo del Organismo Multilateral de Garantías de Inversiones (MIGA), presente en todos los convenio celebrados por Argentina de promoción y protección de inversiones.

¹⁴ opus cit. Las Inversiones en el Mercosur, pg 471.

gentina, que incluyen una doble remisión a la legislación del territorio en que se sitúa la inversión, ej. *Convenio celebrado con Canadá*.

Cabe en esta instancia preguntarse, qué resulta de Orden público en sí mismo, ¿la inversión? ¿cualquiera sea su origen? o ¿las acciones tendientes a la promoción y protección de las inversiones?. ¿Han distinguido las partes y por ello se otorgan protocolos distintos? ¿Se justifica la diferencia entre inversión "intrazona" e inversión "extra zona"?

Cabría agregar que: a. Debe tenerse siempre presente el origen de la inversión, el que debe en todo caso acreditarse. b. Las acciones sustanciales de promoción y protección requieren de una adecuada explicitación y diseño. c. La diferenciación entre inversiones intra y extra zona se justifica si se atiende en definitiva a los intereses de la "zona", por lo que corresponde en todo caso, y en especial a la región (subregión centro) que nos ocupa, comparar los tratados y protocolos.

Y en la competencia por establecer incentivos para lograr la radicación de inversiones, ¿cómo diferenciar el orden público internacional, el del Mercosur, y el orden público regional?. ¿Y el subregional, si llamamos así a la Región Centro a la cual pertenece Córdoba? ¿Cómo corregir funcionalmente las acciones en defensa de intereses distintos claramente identificados?

Y frente a las necesidades de crecimiento, de mantener y crear fuentes de trabajo ¿cómo incentivar?. "Tal como señalan numerosos trabajos, el crecimiento de stock de capital en una economía no sólo depende del costo de oportunidad del capital (tasa de interés), sino de las expectativas que poseen los agentes económicos sobre el futuro y la existencia de un marco legal adecuado"¹⁵.

En todo caso, toda decisión, se toma evaluando al menos otra alternativa, y las decisiones tomadas tienen en sí mismas el costo de las no tomadas. Decidir una inversión lleva insito el riesgo de la acción, y la incertidumbre del resultado. Consideremos ello, en oportunidad de establecer incentivos. "La contracción de las inversiones directas para el presente año son el reflejo de una incertidumbre de los agentes económicos y sociales nacionales"¹⁶.

El informe de la Bolsa de Córdoba año 2000 arriba citado, concluye en el capítulo de Inversiones que: "*se requiere un esfuerzo adicional para generar instrumentos de promoción de las inversiones tanto nacionales*

¹⁵ opus cit. El Balance... pg 325.

¹⁶ opus cit. El Balance... pg 329

como extranjeras. Habría que emprender un profundo análisis o estudio respecto de los incentivos vigentes, la existencia de instrumentos legales y las políticas de promoción... no existen normativas nuevas en la materia, al tiempo que muchos países y regiones han sido pioneros en la reglamentación de leyes de promoción muy interesantes, como la creación de créditos fiscales a las actividades de innovación, investigación y desarrollo, incorporación de capital tecnológico de avanzada, o la de personal especializado. Frente a la inexistencia de incentivos claros y específicos para la inversión extranjera y nacional, surge la oportunidad de que la Región Centro acuerde sus propios instrumentos y herramientas de promoción, los ponga en marcha y los promocióne conjuntamente en los mercados internacionales. El desafío de las regiones o provincias en materia de inversiones extranjeras es la coordinación de políticas de incentivos que apunten a la eliminación de costos, las mejoras de productividad, la complementación industrial y la estabilidad de las reglas de juego, se observa como política adecuada las... fusiones empresarias”¹⁷

IV. Constitución Argentina de 1994 . Constitución de Córdoba 1987. Ley de Inversiones Extranjeras N° 21382 y Decreto 1853/93.

Habiendo referido tangencialmente a las constituciones de Brasil y Perú en cuanto su tratamiento de las inversiones, cabe breve referencia a la Constitución de la República Argentina como sigue:

art. 75, inc 18, reconoce expresamente atribuciones al Congreso para: *....”Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias....promoviendo...la importación de capitales extranjeros...por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo...”.*

art.75, inc 22, reconoce la facultad del Congreso nacional de *“aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales”* disponiendo que *“Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes...”, disposiciones que validan, concuerdan y jerarquizan a los Tratados firmados.*

Asimismo la Constitución de la Provincia de Córdoba incluye como capítulo cuarto el Titulado: “Economía y Finanzas”.

¹⁷ opus cit. El Balance... año 2000 pg 330

Este capítulo formula los principios económicos que reconoce la Constitución y en especial expresa en el apartado segundo: ...*"El capital cumple una función social y se orienta al crecimiento de la economía..."*.-

Los citados preceptos constitucionales reflejan los cambios que afectaron al sistema jurídico argentino durante la última década. El Estado dejó de ser un Estado del Bienestar para pasar a ser un Estado Subsidiario, el que a luz de la realidad que refleja la coyuntura actual, no parece haber sido eficiente en el cumplimiento acabado de su rol de custodio de las garantías constitucionales.

Es innegable el valor que tiene la integración de la República, y la región al mundo, objetivo que en su momento se intentó alcanzar mediante la apertura a las inversiones extranjeras para lo que la reforma de la normativa relacionada con el régimen de las inversiones extranjeras, se consideró herramienta suficiente para dicho objetivo.

En el texto ordenado de la *Ley de Inversiones Extranjeras* y su texto aprobatorio, pueden identificarse tres principios, a saber:

"1. Establecer la igualdad de tratamiento entre los inversores locales y los inversores extranjeros (art1). Los inversores extranjeros que inviertan capitales en el país destinados a la promoción de actividades de índole económica o a la ampliación o perfeccionamiento de las existentes tendrán los mismos derechos y obligaciones que la Constitución y las leyes acuerdan a los inversores nacionales.

2. Los inversores extranjeros pueden efectuar inversiones en el país en cualquier actividad de índole económica sin necesidad de aprobación previa alguna, en iguales condiciones que los inversores nacionales (arts. 2 y 4 Dec. 1853/93), no existiendo ningún tipo de restricción o condición.

3. Los inversores extranjeros tienen el derecho de repatriar su inversión y remitir al exterior sus utilidades en cualquier momento (ar.5 Dec. 1853/93 y art. 5 texto ordenado ley de inversiones).

Estos tres principios obviamente tienen por finalidad incentivar la inversión extranjera en el país, considerada herramienta necesaria para el crecimiento económico e inserción del país en el mundo. La herramienta como tal es inocua en sí misma, en tanto la utilización de ella requiere de la necesaria ética de las acciones y conductas de los agentes y actores económicos, a fin de que los resultados obtenidos se ciñan al objetivo y crecimiento de la República y la región.

V. PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS.

Condiciones de radicación.

Cabe en este estadio, el interrogante, ¿a qué llamamos protección? ¿A la protección diplomática que ofrece el país de origen de la inversión?, o la ¿protección que ofrece el país receptor frente a las necesidades de acceder a los recursos escasos, al servicio de la suficiente actividad productiva generadora de bienestar general?. Muchos cambios se han producido desde la Doctrina Calvo. Las economías agrícolas evolucionaron (o tal vez involucionaron humanísticamente hablando), en aras del progreso. Al industrialismo siguió el “desindustrialismo”¹⁸, o el “industrialismo de los servicios”, y la bolsa tradicional compite con el Nasdaq, y así sucesivamente.

El derecho internacional ha protegido las inversiones extranjeras por las reglas del derecho extranjero, especialmente las reglas relativas al derecho de expropiación, y los estados patria han procurado proteger a la empresa inversionista de las inseguridades de los países receptores, mediante convenios de derecho internacional.

Tales protecciones tienen evidentemente un componente político, el que va siendo sustituido por el proceso arbitral para solucionar las controversias relativas a las inversiones.

Sin embargo, en la actualidad, es el interés económico del Estado receptor el que conduce además a reconocer especial protección a la inversión. Ello eleva la valorización de la inversión, como interés en sí mismo desde una simple óptica o ecuación económica, a la de un “bien escaso codiciado en la competencia del mercado”.

Se ha transitado desde banderías filosóficas que “combatían al capital” a un civilizado Estado “favorecedor y protector de inversiones”. No se habla ya tanto de “inversiones extranjeras” sino que por efecto de la globalización y los mercados ampliados, los Estados aprueban “Acuerdos para la promoción y protección de inversiones”, ya sea recíprocas, entre países de distintos bloques, recíprocas entre países de una región, o de terceros estados.

Ejemplo reciente lo constituye la **ley 25.350** sancionada 1-11-00 y promulgada de hecho el 29-11-00, que aprueba el “**Acuerdo entre Argentina y Guatemala para la promoción y protección recíproca de inversiones**”. Expresamente manifiesta:

¹⁸ BLUESTONE, BARRY y BENNETT HARRISON, “*The deindustrialization of America*”, basic Books, Library of Congress Cataloging in Publication Data, EEUU, 1982.

"II. AMBITO DE APLICACIÓN. 1. El presente acuerdo se aplicará a las inversiones efectuadas, antes o después de su entrada en vigor, por inversores de una Parte Contratante, conforme a disposiciones legales de la otra Parte Contratante, en el territorio de esta última..... III. Promoción, Admisión y protección de las inversiones. 1. Cada Parte Contratante con sujeción a su política general en el campo de las inversiones extranjeras, incentivará en su territorio las inversiones de inversores de otra Parte Contratante y las admitirá en conformidad en su legislación y reglamentación. 2. Cada Parte contratante protegerá dentro de su territorio las inversiones efectuadas de conformidad con sus leyes y reglamentaciones por los inversores de la otra Parte Contratante y no obstaculizará la administración, mantenimiento, uso, usufructo, extensión, venta y liquidación de dichas inversiones mediante medidas injustificadas o discriminatorias."

"IV. TRATAMIENTO DE LAS INVERSIONES. 1. Cada Parte Contratante garantizará un tratamiento justo y equitativo dentro de su territorio a las inversiones provenientes de inversores de la otra Parte Contratante. 2. Cada Parte Contratante, una vez que haya admitido en su territorio inversiones de inversores de la otra Parte Contratante, concederá plena protección legal a tales inversiones y les acordará un tratamiento no menos favorable que el otorgado a las inversiones de sus propios inversores nacionales o de inversores de terceros Estados..."

El anterior por citar uno ya que a la fecha fueron aprobados por el Congreso Nacional inúmeros Tratados relacionados en nota anterior.¹⁹

Si comparamos los textos de los Tratados firmados con la Doctrina Calvo, no podemos menos que concluir que en el tiempo hay derechos relativos, que dependen de las vicisitudes históricas, las transformaciones de la economía, la evolución y extensión de la cultura y las modificaciones y creaciones de las instituciones, al decir de los autores.

VI. Derecho de las Inversiones extranjeras. Orden Público. Orden público internacional-orden público del MERCOSUR-Orden público nacional.

El Orden Público. En general se conceptualiza al **Orden Público** como aquél que tiende a corregir abusos del derecho o injusticias de la

¹⁹ YMAZ VIDELA, ESTEBAN M, opus cit. pg 3.

organización social, de suerte que cumple una misión reparadora y solidarista, en cumplimiento de una voluntad integral de la sociedad que actúa como sujeto de voluntad o como persona social.

El Orden Público no es un simple límite a las acciones privadas sino que es en sí mismo un conjunto de reglas que hacen a la seguridad de la sociedad.

Si la seguridad jurídica es base fundamental de la sociedad organizada, también es y lo tenemos dicho, pilar fundamental para el comercio, conjuntamente con la buena fe, el crédito y la celeridad.

Suscribimos la consideración de que el Orden Público Internacional "actúa como correctivo funcional, que obra como una acción de defensa de todos los elementos e intereses que están involucrados en el tráfico jurídico internacional, y con especial intensidad, como una defensa de la Comunidad nacional, y su orden social y jurídico"²⁰.

Reconocemos como un dato de la realidad, que la integración conduce a la disminución, si no desaparición en muchas ocasiones, de las barreras del Orden público, "pues las características propias de la integración exigen mayor asimilación y acercamiento en las soluciones legislativas de los países miembros".

De hecho, en el caso específico del MERCOSUR, objeto de nuestra investigación, se ha dicho: "el ímpetu con el que ha sido encarado el proceso de integración que se inició con la firma del tratado de Asunción el 26 de marzo de 1991 refleja la firme voluntad que anima a los gobiernos de los cuatro Estados Partes del Mercosur de alcanzar los fines que se han propuesto"²¹. Ponemos en duda la actualidad de la expresión anterior sobre todo si tenemos en cuenta el ranking que mide el Índice de Libertad Económica en Brasil en comparación con Argentina.

En lo que a capitales se refiere debemos recordar el decreto 8/93 Mercosur C.M.C. por el que se aprueba el reglamento que garantiza la circulación de capitales entre los Estados partes del MERCOSUR (la libre circulación de bienes, servicios, capitales y demás factores de la producción es requisito esencial para la conformación del Mercado Común). Precisamente el art. 1 del anexo establece la obligación de los Estados partes de derogar las limitaciones sobre los movimientos de capital que tengan los

²⁰ Conf. AGUILAR NAVARRO, MARIANO, "Derecho Internacional Privado", vol I T II, Prate 2, Ed. Univ. Madrid, 1982, pg. 196 citado por DREYZIN DE KLOR ADRIANA, "El MERCOSUR", Ed. Zavalla, Bs.As. 1997 pg. 326

residentes en ellos. Las medidas de protección se reconocen como excepcionales y sólo cuando el movimiento de corto plazo provoque tensiones graves en los mercados de capitales.

En cumplimiento del Tratado de Asunción en 1994, independientemente de los resultados que se visualizan a la fecha, se otorgaron los siguientes instrumentos relativos a las Inversiones :

- a. Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR (Dec 11/93),
- b. Protocolo sobre Promoción de Inversiones Provenientes de Estados No Partes del MERCOSUR, y
- c. Decisión 11/94: Protocolo Promoción y protección de Inversiones.

Asimismo se firmó un Acuerdo Marco sobre Comercio e Inversiones entre el MERCOSUR y los Estados Unidos que reconoce expresamente: los beneficios del incremento de la inversión, la distorsión del comercio mediante el proteccionismo, el papel esencial de la inversión privada tanto nacional como extranjera para promover el crecimiento, crear empleos, expandir el comercio, mejorar y adquirir tecnología y aumentar el desarrollo, los beneficios que produce la inversión extranjera directa, etc.

En el contexto actual aparece como mayoritaria la tendencia que se explicita en las siguientes expresiones: *"El actual orden económico mundial tiene como finalidad la liberalización del intercambio económico internacional, mediante la reducción de los obstáculos económicos, así como de las restricciones para el ingreso a los mercados nacionales"*²². Con ello se actualizaría la expresión del Dr. Curti, en cuanto consideraba que: *"Comercio y civilización son términos equivalentes en la historia"*²³.

Es indispensable en este estado de la cuestión pronunciarse respecto a la consideración que se da a las cuestiones referidas con las Inversiones y el Derecho relacionado a ellas.

Partimos del convencimiento de que uno de los indicadores económicos que sirven para medir el grado de desarrollo de los países, es precisamente el nivel/ porcentaje de las inversiones relacionadas con las economías de cada uno de ellos, sean ellas nacionales o extranjeras.

²¹ MOGLIA ANA MARÍA, "Las Inversiones en el Mercosur", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni Editores, N° 12 pg 469. 1996. Funcionaria del Servicio Exterior de la República Argentina.

²² HERDEGEN, MATTHIAS, "Derecho Económico Internacional", *CIEDIA, DIKE*, 1998, pg.83

²³ CURTI, OLIMPO, "La libertad de Comercio", Ed. Carbonatto, Bs.As., 1957.

Desde siempre y aún más a partir del nuevo orden económico internacional, instaurado por la llamada globalización, la inversión juega un papel preponderante. Ello conduce necesariamente a los países a competir ofreciendo los mayores incentivos, para fomentar y proteger la inversión y reinversión de los recursos que naturalmente siempre serán escasos, por cuanto las necesidades humanas son infinitas.

Lo dicho, implica que en todo caso es imperativo favorecer la radicación de empresas, las inversiones directas (adquisiciones accionarias superiores al 10%, o lo que es lo mismo "sociedad vinculada", art. 33 segunda parte LS 19550) o las colocaciones financieras en capital o títulos de deuda, por cuanto el desarrollo social económico de los pueblos depende directamente de ello.

El pensador Argentino Dr. Agustín Alvarez decía: "El héroe del bienestar no es el libertador, ni el restaurador ni el regenerador, sino el fundidor Carnegie que fabrica sesenta kilómetros de rieles por día y gasta diez millones de dólares en ciudades ideales, destinadas a los obreros para mejorar la condición humana"²⁴, opinión que compartimos ampliamente. Sin embargo la realidad indica que es necesario mucho más.

VII. Conclusiones

Explicitado lo anterior, no podemos sino concluir que las cuestiones relacionadas con la "inversión" constituyen para los pueblos y los administradores de sus estados, una cuestión de Orden Público. Sin embargo, ¿cómo competir en el Mercado de Bienes ofreciendo incentivos, a las inversiones extranjeras, sin que por dicha competencia se resignen los valores y principios más caros al derecho interno consideradas las necesidades de los pueblos involucrados?

Desde nuestra óptica jurídica, y dentro de los objetivos del presente trabajo, corresponde dilucidar el establecimiento del marco legal adecuado, tal que resulte incentivador, para todo aquél que esté en situación de decidir la viabilidad y factibilidad de un proyecto de inversión, sin por ello renunciar a los principios fundacionales de nuestra propia organización nacional²⁵. Va en ello el destino de las generaciones futuras.

Todo especialmente conforme las expectativas contradictorias develadas por los medios y la obiedad de la realidad a la fecha. Así:

1.El tratado con Chile traerá inversiones millonarias en el año 2001.

²⁴ CURTI, opus cit. Pg. 31.

2. Peugeot pone condiciones para invertir (El Cronista 8-9-00).

3. Se prevé una merma en el flujo de inversiones hasta el 2003. Conforme anuncios efectuados en el año 2000.

La realidad a la fecha es lamentablemente peor, ya que los últimos acontecimientos agudizaron la crisis²⁶. Paul Krugman, considera que se trata de un: "Disaster for them and for us" y en su opinión las causas no deben ubicarse sólo en cuestiones de libertad de mercados. El autor considera que el objetivo de construir una era de prosperidad en un Hemisferio en libertad, ha sufrido una gran pérdida²⁷.

Es evidente que "los inversores adecuan sus movimientos a las noticias sobre la situación objetiva en la que desenvuelven los negocios los diferentes sectores de la economía local y se posicionan conforme al nivel de actividad". A partir de tales circunstancias entre otras, deciden o no las inversiones de mayor riesgo.

Así: Motorola eligió Córdoba por sus menores costos. (Fue el parámetro de competitividad que logró la mayor diferencia a favor de la Provincia. Le siguieron los acuerdos con el Gobierno. La evaluación final de la empresa favoreció a la Provincia por cinco puntos- Comercio y Justicia 4-12-00). 2. El Cierre de la planta Chrysler de Córdoba y el traslado de General Motors provocó pérdidas de fuentes de trabajo. Las automotrices radicadas pierden dinero y sólo emplean a 2.863 personas, de las más de 8.000 que empleaba la actividad hace cuatro años. 3. Los sectores que crecieron fueron el supermercadismo (6.300 empleos) y las telecomunicaciones (3.520). Lo anterior conforme información a Diciembre 2000. Recordemos asimismo que Libertad y Carrefour, Telecom, CTI, Telefónica,

²⁵ Según el Ministerio de Economía de la Nación, la Región Centro recibió en el período 1990-97 más de U\$S 2.800 millones en forma de inversiones directas extranjeras y más de U\$S 450 millones a través de inversiones de agentes nacionales. Esto representó un 20,5% del total nacional ingresado en dicho lapso y fueron favorecidas: 1° Córdoba, 2° Santa Fe y 3° Entre Ríos. "En los últimos años se ha producido una mayor concentración de la inversión nacional y extranjera en la provincia de Buenos Aires y Capital Federal". "La Región Centro participó con el 16% en el promedio de la década del 90". *conf.opus cit.* "El Balance de la Economía Argentina" 2000...Bolsa de Comercio de Cba. pg.325.

²⁶ Los Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras con Estados extranjeros, interpretados como medio de fomento de las inversiones extranjeras, son a su vez exigidos por los seguros de los países exportadores de inversiones, contra riesgos políticos (expropiaciones, nacionalizaciones, dificultad en las remesas de ganancias y daños por guerras), que exigen como condición de otorgamiento que el país receptor haya firmado tales Tratados.

²⁷ KRUGMAN PAUL, "Crying with Argentina", The New York Times, 01-01-02.-

Renault, Fiat entre otros, son capitales extranjeros, destacando las suspensiones en la industria automotriz de los últimos meses.

Salvo las automotrices, las demás son empresas o de servicios o de simple intermediación en la venta de productos. Los productos de fabricación "nacional" no siempre son "producto de una decisión de fabricación de origen nacional".

Conclusión final:

Las inversiones en general y las extranjeras se hicieron presentes, sin embargo las preguntas que caben son: ¿serán las actividades que desarrollan promotoras del crecimiento que hace falta para que la región salga del estancamiento?, ¿estarán las mismas al servicio de los intereses de "los habitantes del suelo argentino", la región y el hombre como fin, y no medio para alcanzar la riqueza de las naciones?

CRÍTICA DEL FUNCIONAMIENTO Y LA REFORMA DEL PROCESO PENAL DE CORDOBA

por Esteban Rafael Ortiz ()*

Resumen: Se evalúa la marcha de la nueva legislación procesal penal, revisándose algunas de las consecuencias verificadas en la aplicación de la reforma cordobesa de la ley 8123.

Entre ellas, la adecuada intermediación del Fiscal de Instrucción con la zona territorial que le compete y su comunidad, que ha sido puesta en crisis por

(*) Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, y Secretario del Juzgado de Control N°5, Primera Circunscripción del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

Master en Administración Pública, con especialidad en Gestión Administrativa Gubernamental, en el I.I.F.A.P. de la U. N. C. y Ministerio de la Función Pública de la Pcia. de Córdoba.

Docente en la cátedra "A" de Derecho Constitucional, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC y Jefe de Trabajos Prácticos en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho, UNC.

Sus trabajos de investigación se ubican en el derecho público, entre otros vinculando el derecho constitucional y político con el ejercicio de la jurisdicción penal.

Algunas de sus publicaciones en esta área son: "La condena penal fundada en la confesión policial del imputado: un punto de vista constitucional"; "Quién debe juzgar las faltas en la provincia?"; "El proceso penal en Córdoba: reforma y realidad".

Director del Proyecto de investigación "El nuevo proceso penal en Córdoba y la independencia del Poder Judicial", de la becaria de pre-grado Beatriz Calvimonte, CIJS, UNC.

hechos como los del Precinto 26. Asimismo, la rapidez y eficacia de la intervención fiscal que resulta afectada al haber asumido esta parte la totalidad de la competencia criminal, motivo por el cual debió apelarse a la continuidad de los Juzgados de Instrucción del sistema anterior por un prolongado período de tres años. Como también la constatación práctica de mantenerse la duplicidad de ciertos testimonios y actos que se reiteran a nivel del órgano típico judicial.

También se mencionan las estadísticas proporcionadas por el Exmo. Tribunal Superior de Justicia como índices que relativizan el aumento de sentencias, ya que fue al precio de la disminución del juicio oral instaurado en la Provincia a partir de 1940 que ha sido reemplazado en más de la mitad con el trámite abreviado.

Se cita la opinión de juristas que participaron en forma relevante en su formulación, y que actualmente han criticado algunos de los aspectos que hace tiempo han sido señalados, entre otros por el Suscripto, como susceptibles de urgentes modificaciones.

Así se reitera la inconveniencia de la organización verticalista y subordinada del Ministerio Público a partir de la figura del Fiscal General de la Provincia, y de las atribuciones jurisdiccionales concedidas a una de las partes del proceso, el Fiscal de Instrucción.

Se postula entonces que se restituyan al Juzgado de Control competencias típicas a esta jurisdicción como la imputación, detención y prisión preventiva, y la aplicación de postulados garantistas para la real disminución delictiva y una eficaz política criminal del estado.

Palabras Claves: Proceso Penal de la Provincia de Córdoba, Independencia del Poder Judicial, Ministerio Público, atribuciones jurisdiccionales, política criminal.

Los cambios verificados en el proceso penal de Córdoba son objeto periódicamente de evaluaciones sobre su marcha. De allí surge el presente trabajo, ante la necesidad de profundizar en este análisis, y de aportar críticas que difieren de las que se han podido recabar hasta el presente.¹

I.-Para ello, previamente conviene hacer un repaso de las principales aristas que asumió la reforma procesal en curso en esta Provincia.

La Constitución Nacional garantiza la autonomía provincial siempre y cuando se asegure en estas la administración de justicia. La justicia penal y el proceso que lleva a cabo cobra vital importancia como instrumento que en definitiva, orienta sobre la debida o no concreción de los postulados

¹ El informe anual de 1998 del Tribunal Superior de Justicia del Poder Judicial de la Pcia. de Córdoba afirma que "la nueva legislación penal y su excelente implementación operativa puesta en marcha por la Sala Penal de este Tribunal Superior, son objeto de ponderación a nivel Nacional e Internacional, constituyendo un modelo en la materia", pag.2. Este punto de vista fue sostenido en general durante las jornadas que organizara al respecto la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Pcia. de Córdoba.

garantistas constitucionales. Esta rama del poder local, su organización y las políticas que la orienten, son claves al momento de evaluar el aporte que pueden realizar en dicha tarea.

Actualmente, según el diseño previsto en la Constitución Provincial, el Código Procesal Penal y la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal, la tarea de investigación de los delitos de competencia provincial está a cargo de los Fiscales de Instrucción, con excepción de aquellos cometidos por funcionarios con privilegios constitucionales.

Los mismos tienen atribuciones de imputar, indagar y detener a los imputados, pudiendo practicar las pericias necesarias y dictarles la prisión preventiva. Deben solicitar a los Jueces de Control instituidos, las órdenes de allanamiento, de interceptación de correspondencia o intervención telefónica, así como la incomunicación de los detenidos. Asimismo, los diferentes actos de los Fiscales pueden ser controlados a pedido de parte ante los Jueces de Control, quienes resuelven también sobre los recursos de hábeas corpus, de amparo, y ablación de órganos.

La profunda modificación de este procedimiento, con el objetivo postulado de lograr eficiencia y celeridad en los procesos penales asegurando las garantías individuales, otorgó la totalidad de la investigación y resolución en primera instancia de las causas penales a los Fiscales de Instrucción, quitándoles dicha atribución a los anteriores Jueces de Instrucción, a los que solamente se les asigna esta competencia en el caso de funcionarios con privilegios constitucionales.

El sustento de dicho cambio fue instaurar decididamente el principio acusatorio en la instrucción penal, asignando las tareas de investigación para los Fiscales exclusivamente.

Sin embargo, como objetáramos oportunamente al sancionarse la ley que dió lugar a esta reforma -Nº8123, del año 1992, aunque se aplicara en totalidad a partir del 31-03-98-, con este mecanismo se reproduce la situación que se pretendía evitar. Es que la misma parte -el Fiscal de Instrucción- es quien investiga y determina la situación de restricción de la libertad del imputado al que persigue, cuando en realidad el Ministerio Público no debiera tener sino los poderes en cuanto a investigar, debiendo luego requerir dichas medidas al órgano jurisdiccional.²

² Tal como requiere actualmente las órdenes de allanamiento, de intervención telefónica, etc., debería solicitar al Juez la imputación, detención, indagatoria y prisión preventiva de los imputados, así como la realización de los actos definitivos, y que apruebe la acusación. Ver ORTIZ, ESTEBAN RAFAEL, "El proceso penal en Córdoba: reforma y realidad".

De esta forma, se ha desequilibrado el debido organigrama, aumentándose gravemente las atribuciones de una de las partes del proceso -el Fiscal-, confundiéndose en su persona las tareas de juez y parte, con el consiguiente riesgo para las garantías individuales, aún con el control que se instaura.

Un miembro del equipo que diseñó tal reforma, el Dr. Jorge Montero, el año ppdo. en las jornadas de evaluación de la vigencia del nuevo código a un año de su efectivización, observaba que se siguió ese criterio por razones de practicidad, pero que efectivamente es posible de nulidad que un fiscal ordene la detención, o meritúe y dicte la prisión preventiva de un imputado.

Esta realidad indica que el instrumento judicial instaurado para actuar en el ámbito penal, peca en su estructura básica de una incongruencia de fondo que puede afectar las garantías individuales.

Pero a más de ello, las figuras de los Fiscales de Instrucción están íntimamente vinculadas a la del Fiscal General de la Provincia, del cual dependen jerárquicamente y le están subordinados. Este funcionario preside el Ministerio Público Fiscal y es esencialmente un miembro político de este sector del Poder Judicial, que dura solamente cinco años en sus funciones, lapso que representa casi un período gubernativo.

Puede impartir directivas a sus inferiores, tal como lo hace en forma explícita -escrita-, o a través de reuniones y observaciones, en la práctica judicial. De tal forma, la independencia que debe caracterizar al órgano jurisdiccional, del cual depende en última instancia la protección de los derechos individuales, se puede ver resentida con esta organización verticalista del cuerpo fiscal. Esto podría constituir una posible deserción del adecuado rol que debe cumplir la función judicial en la consecución de los fines para los que está prevista y en relación con la seguridad y protección de las garantías individuales.

Es obvio que la independencia del poder Judicial se prevé precisamente para evitar las influencias del poder político y del conjunto de otras instituciones que pueden afectar la administración de justicia.³

en *Semanario Jurídico*, N°896, mayo de 1992, pag.130/4, ; y en AYAN, MANUEL N. y OTROS, *Estudio sobre el nuevo Código Procesal Penal de Córdoba*, Ed. Lerner, Cba., julio, 1993, pags. 147/157. La calidad de parte del Fiscal ver en ZINNY, JORGE HORACIO y OTROS, *Derecho procesal civil, teoría del proceso*, Ed. Atenea, Cba., 1997, pags.23/24, 43 y 170/1.

³ El reclamo de una justicia independiente es recurrente por parte de los especialistas, ver diario *Página 12*, "Especialistas opinan sobre el aumento de penas", 6-11-97, pag.3. Es condición básica para aumentar el grado de confiabilidad ciudadana y su debida seguridad.

II.- Entrando de lleno en la crítica del funcionamiento del nuevo procedimiento penal conviene apuntar algunas opiniones vertidas al respecto.

Se afirma que el nuevo régimen procesal ha dado buenos resultados y en general resultaría exitoso en su cometido de lograr la celeridad en la investigación y el debido resguardo de las garantías individuales.

Para corroborar o no esta consideración deben tomarse en cuenta diversos aspectos.

a) En primer lugar, cuál es la opinión de la ciudadanía, en cuanto si la misma advierte efectivamente una mejoría o no de tal situación. Hasta el momento no se conocen estudios por muestreo o encuestas que den cuenta de la postura de la opinión pública.

No obstante, puede traerse a colación y como un ejemplo, lo sucedido con una importante dependencia policial de esta ciudad -Precinto 26, ex-Seccional Diecisiete de Policía-, en la cual un grupo de vecinos denunciaron la gravísima participación del conjunto de dicha repartición en la comisión de ilícitos penales de los cuales fueron damnificados, indicando que en dicha sede se comandaba ese accionar delictivo ⁴.

Además afirmaron que las denuncias que formulaban eran retenidas sin dárseles el curso que corresponde. Como resultado de esas reclamaciones fue relevado la totalidad del personal policial su responsable incluido, y el nuevo jefe de dicha dependencia se comprometió en forma inédita a que "sería amigo de los vecinos y no de los delincuentes".

Este episodio sirve para ilustrar que en la práctica no en todos los casos ha funcionado la intermediación del Sr. Fiscal de Instrucción con la zona territorial de su incumbencia, ya que en este caso no se apreció el rol del mismo ante tamaña anormalidad planteada en este ámbito en el cual tiene íntima vinculación su accionar a través de la competencia territorial asignada en esta Capital, y estaba de por medio la debida persecución e investigación de ilícitos penales.

Ello demuestra cómo este funcionario debe relacionarse de mejor manera con la comunidad y que esta necesita tener vías de comunicación establecidas con aquellos para plantearle sus demandas y conocer los criterios y respuestas adoptadas en consonancia.

b) En segundo término, debe repararse en que la nueva atribución de funciones a los Fiscales de Instrucción, debía permitir a los mismos una rápida y directa intervención en los sucesos a investigar.

⁴ Ver programa de televisión, Canal 10, martes 28-03-00, 22 hs., y diario La Voz del Interior, 23, 24 y 25-03-00.

Sin embargo, habida cuenta del sistema estructurado a tal fin, en el que dichos funcionarios deben investigar desde los delitos de amenazas y lesiones culposas, hasta los de mayor gravedad como bandas delictivas, homicidios, etc, -ya que asumieron la totalidad de la competencia delictual- se termina por impedir la adecuada dedicación y proceder frente a las cuestiones más relevantes para la sociedad, tal como se ejemplificó precedentemente.

Claro que ello ocurre, además, porque al Fiscal de Instrucción se le asignó también la función de juzgador, ya que debe imputar, detener, tomar declaración al imputado, resolver su prisión preventiva o recuperación de libertad, y disponer la elevación a juicio de la causa o solicitar su sobreseimiento. Estas típicas tareas jurisdiccionales de amplitud semejante al de su antecesor -el Juez de Instrucción- fueron reconocidas incluso recientemente, por quien fuera el responsable de esta reforma.⁵

En este sentido, la argumentación para mantener esta modalidad no conocida en otras latitudes, es la de que no se han detectado abusos ni arbitrariedad en el uso de estas atribuciones por parte del Ministerio Público, por lo tanto deducen con un criterio de oportunidad, que puede seguir desempeñándolas.

Esta clase de razonamientos cae por su propio peso, ya que los principios que organizan el proceso penal no pueden asentarse ni estar sujetos a juicios de coyuntura, al estar en juego derechos y garantías constitucionales básicas.

c) Asimismo, dentro de este cuadro deficitario del procedimiento instaurado y la consecuencias de su aplicación, luce también otro baldón en su contra, representado por la continuidad de los juzgados de instrucción por tercer año consecutivo, los que finalmente fueron suprimidos recién a partir del 1º de junio del 2001⁶.

Si realmente se hubiera constatado la utilidad y mejora en la sustitución de los Juzgados de Instrucción por parte de las Fiscalías de Instruc-

⁵ Me refiero al Dr. José J. Cafferatta Nores, en Jornadas del "Código de Procedimiento Penal en el año 2000: ventajas, críticas y posibles reformas", 28-04-00, Córdoba. Un defensor de esta reforma directamente reconoció su error, admitiendo que el Fiscal de Instrucción se transformó en un Juez de Instrucción, ver RODRIGUEZ, MARIANO, "Renuncia a las creencias", Semanario Jurídico N°1285, 6-4-00, pag.420.

⁶ Ley 8833, publicada en Boletín Oficial de la Peía. de Cba. N°65, del 31-03-00. En Capital son seis los juzgados prorrogados en su competencia. La supresión de estos Juzgados fue decidida por el Exmo. Tribunal Superior de Justicia facultado legalmente para hacerlo, por Acuerdos Reglamentarios N°600 y 601 del 23-05-2001.

ción, no es lógico que aquellos hubieran permanecido durante tanto tiempo aún rigiendo la nueva modalidad procesal.

Este hecho por sí demuestra la falta de solución con la organización montada actualmente, al conjunto de requerimientos investigativos que obligan a que aún varios años después de instaurados los nuevos procedimientos, debiera persistir una parte importante del andamiaje anterior, desnudando la debilidad del mismo, y contradiciéndose de esta manera las conclusiones generales del buen funcionamiento del sistema actual.

d) También se manifiesta que al evitarse la duplicidad de la declaración de testigos, al tener valor por sí la prestada ante el Ayudante Fiscal, se evita reiterar estos actos en sede judicial con el ahorro de tiempo y la celeridad consecuente.

La realidad se ha encargado de disminuir en gran medida este deseo, ya que es de práctica volver a testimoniar para ampliar aspectos no dilucidados convenientemente, en especial en las causas de cierta importancia, tal como ocurría con anterioridad.

e) Se afirma también, como muestra de la eficiencia alcanzada que la cifra de Sentencias que ahora son dictadas por las Exmas.Cámaras en lo Criminal, supera la cantidad previa a la reforma.

Sin embargo, las estadísticas oficiales y públicas expresan otra situación, ya que según el informe anual del Tribunal Superior de Justicia de 1998, para las Cámaras del Crimen de esta Capital durante el año 1997 se dictaron en total ochocientos ochenta y un (881) sentencias (condenatorias y absolutorias, con y sin preso incluídas), contra ochocientas cincuenta y dos (852) correspondientes al año 1998. Recién en 1999 surge que el caudal de sentencias aumentó a la cantidad de novecientas veintitrés (923).

Sin embargo, esto último puede obedecer a una afectación del objetivo del juicio plenario y la audiencia oral que implica con control de partes. Es que el grueso de las sentencias que se esgrimen como aumento del caudal productivo de la Cámaras del Crimen, se refieren a los juicios abreviados que se solicitan a las mismas (en el año 1998 fueron el 53,52% del total de sentencias ulteriores al debate -452 sobre 852-, mientras que en el año 1997 fueron el 59,70% -526 de 881-)⁷.

⁷ Ver estadísticas del: Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Tribunal Superior de Justicia, informe anual 1998, pags.51 y 57/8, y diario Comercio y Justicia, 03-04-00, pag.13 y del 10-04-99, pag.15.

Conviene apuntar además que para el total de la Pcia. de Córdoba, de acuerdo a estadísticas del Registro Nacional de Estadísticas y Reincidencias, en 1997 se dictaron 1.470

En esta clase de juicios los imputados detenidos generalmente a fin de no esperar el largo lapso de tiempo que implica la realización de la audiencia, prefieren declararse culpables en forma anticipada, renunciando a la posibilidad del juicio previsto normalmente por la ley. Esta situación no puede favorecer la consideración positiva de estas reformas sino que, por el contrario, implican la introducción del economicismo, de la supuesta celeridad a cambio del desmerecimiento de las garantías individuales y los principios progresistas del proceso penal que trajo consigo la instauración del juicio oral en esta Provincia allá por la década del 40.⁸

III) El aspecto decisivo en el accionar judicial, su independencia, también se ha visto influido en la aplicación de las nuevas normas rituales, ya que, tal como sugerimos oportunamente, la misma se ve afectada con la organización verticalista y subordinada jerárquicamente que tipifica al Ministerio Público, siendo que su responsable está pautado en su duración por cinco años, y está cercano entonces a la autoridad de turno.

De tal forma, en causas penales de importancia, se resalta la intervención que desempeña la cabeza del Fiscal General, recibiendo directamente denuncias, dando las orientaciones de lo que sucederá con las mismas y apareciendo, en definitiva, como el responsable de este andamiaje judicial.

Si a ello le sumamos que el mismo recaba los requerimientos fiscales que se realicen en contra de funcionarios públicos y las demás previsiones antes apuntadas, aparece con claridad el desdibujamiento de la necesaria independencia judicial.⁹ Este aspecto se puede seguir periódicamente a

sentencias condenatorias, en 1998 bajaron a 1.033 y en 1999 alcanzaron a 1.207, con lo que no se puede establecer una pauta uniforme de las consecuencias cuantitativas de la reforma, ver Comercio y Justicia cit., 10-04-00, pag.15.

⁸ Para una descripción de esta política judicial economicista, ver IBAÑEZ, PERFECTO ANDRÉS, "Por un Ministerio Público dentro de la legalidad", Nueva Doctrina Penal, 1998/B, Ed. del Puerto, Bs.As., 1998, pags.435/7 y 453/4, donde afirma que la justicia negociada para evitar el juicio reconstruye el hecho en forma peor que inquisitiva, reduce extraordinariamente la eficacia de las garantías procesales y se produce la degradación objetiva del proceso penal sin siquiera la contrapartida de reducción en las estadísticas de las entradas.

⁹ Una investigación realizada recientemente, advierte sobre estos riesgos, ver CALVIMONTE, BEATRIZ, "La independencia del Poder Judicial de Córdoba y la reforma procesal penal", Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la UNC, 1999, informe final aprobado, con la dirección del autor. Asimismo, autores como FERNANDO CRUZ CASTRO, afirma: "La reforma del proceso penal...supone un Ministerio Público independiente, responsable de la acusación y de la investigación..Además de independencia y apoyo políticos,

través de causas de repercusión pública donde recurrentemente aparece como influye esta estructura piramidal en la dependencia de los funcionarios inferiores.

Conclusiones

1º) Tal como sostenemos desde 1992, deben otorgarse las atribuciones jurisdiccionales al Juzgado de Control o de Instrucción (imputación, detención, indagatoria y prisión preventiva, así como la realización de los actos definitivos y la aprobación de la acusación), fortaleciéndose efectivamente el papel del Fiscal de Instrucción en la investigación y acusación.

2º) El camino para mejorar el rendimiento y la eficacia del fuero penal pasa por las soluciones propuestas por el garantismo y el derecho penal mínimo, que asignan al sistema penal la persecución de los delitos de envergadura y de afectación personal y social relevantes, dejando las demás conductas típicas a instancias de mediación y de juzgamiento vecinal.

3º) Debe fortalecerse la independencia funcional de los Fiscales de Instrucción en su relación con el Fiscal General de la Provincia, quien deberá tener la inamovilidad propia de los demás funcionarios judiciales.

los fiscales deben contar con apoyo de agentes de investigación y de peritos (en "La investigación y persecución de la corrupción. Observaciones fundamentales sobre el rol del Ministerio Público en los sistemas penales latinoamericanos", Rev. Latinoamericana de Política Criminal, Pena y Estado, año 1, N°1, Ed. Del Puerto, Bs.As., 1995, pags.83 y 89); y PERFECTO A. IBÁÑEZ, advierte sobre la modificación de los sistemas de designación de los funcionarios judiciales para aumentar la intromisión del poder político, a través del control del Ministerio Fiscal por el Poder Ejecutivo y de reformas procesales para intensificar la presencia del Ministerio Fiscal, e implícitamente la del Poder Ejecutivo en el proceso penal (en "Estado de derecho, jurisdicción y corrupción: una reflexión desde España", *ibid*, pags. 29 y 32).



LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA(*)

por Ab. Norma Parrello(**) y Ab. Ingrid Vago(* **)

Resumen: Los derechos reproductivos resultan ser un aspecto del derecho humano básico a la salud, reconocido universalmente. Se refieren al respeto a la "salud reproductiva", definida ampliamente, no como la mera ausencia de enfermedades, sino como un estado de completo bienestar físico, mental y social.

(*) El presente trabajo es la actualización del presentado en el 1º Congreso Nacional de Sociología Jurídica. La Plata, Noviembre del 2000.

(**) Abogada. Egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. Docente auxiliar de la Cátedra "B" de Sociología Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. Ha colaborado en proyectos de investigación referidos a temas socio-jurídicos tales como: Tratamiento del aborto en la prensa escrita. Representación social del Abogado en una población ingresante al estudio del Derecho. Autoevaluación de la carrera de Abogacía. Actitudes sobre moralidad y penalización de la homosexualidad. Actualmente se desempeña, además, como integrante del Fuero Penal en el cargo de Ayudante Fiscal por concurso del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

(***) Abogada. Egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. Docente auxiliar de la Cátedra "B" de Sociología Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. Ha concluido la carrera de Adscripción en la mencionada cátedra. Ha colaborado en proyectos de investigación referidos a temas socio-jurídicos tales como: Tratamiento del aborto en la prensa escrita. Representación social del Abogado en una población ingresante al estudio del Derecho. Autoevaluación de la carrera de Abogacía. Actitudes sobre moralidad y penalización de la homosexualidad. Actualmente se desempeña, además, como integrante del Fuero Penal del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

El trabajo aborda la temática de los derechos reproductivos en cuanto están regulados por el derecho a los fines de su efectivo goce y garantía.

Para ello, en el presente artículo, analizamos los textos legales, provinciales y municipales que regulan la salud reproductiva y que fueran aprobados en nuestro país en la década del 90. Tres ejes fundamentales lo atraviesan. En primer lugar la coherencia interna, esto es la congruencia entre los objetivos explícitos que se proponen y las acciones positivas que implementan. En segundo lugar, el modo en que las normas analizadas regulan la prescripción y provisión de anticonceptivos, tema más conflictivo en el debate de las mismas. Finalmente observamos las representaciones de los sujetos destinatarios de las leyes, particularmente la imagen de individuo que subyace en ellas.

Palabras Claves: Derechos reproductivos - Salud reproductiva - Salud sexual - Planificación familiar - Procreación responsable - Métodos anticonceptivos - Legislación argentina-

Sumario: El presente artículo analiza los textos legales, provinciales y municipales, que regulan la Salud Reproductiva, y que fueran aprobados en nuestro país en la década del 90. Pretende describir la coherencia interna de las normas analizadas en cuanto a los objetivos que plantean y las acciones concretas que proponen, el tratamiento que realizan en la regulación de los métodos anticonceptivos y las representaciones de los sujetos destinatarios de las leyes, enfocando particularmente la imagen de mujer que subyace.

INTRODUCCION

1. LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS Y LA SALUD REPRODUCTIVA

El tema de los derechos reproductivos se vincula estrechamente con la "Salud Reproductiva", concepto que requiere, para su abordaje, una perspectiva fundamentalmente interdisciplinaria, ya que incluye áreas como salud, economía, política, sociología y también derecho.

La definición de salud reproductiva de la que partimos en este trabajo es la propuesta por la O.M.S. y ratificada en las Conferencias Internacionales celebradas por iniciativa de las Naciones Unidas, como El Cairo y Beijing, según la cual "**Salud Reproductiva es el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente, ausencia de enfermedades, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos**".

La salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, así como la **libertad** de decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el **derecho del hombre y de la mujer** a obtener información y a tener acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles, y aceptables de **planificación familiar** de su elección y el **derecho** a recibir servicios

adecuados de atención de salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos.

La salud reproductiva es parte de la **salud sexual**, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual¹. A su vez la salud sexual es parte esencial de la **salud general**, derecho humano fundamental sin discusiones. Pero involucra cuestiones y decisiones muy personales, a la vez que choca con barreras sociales, culturales y, especialmente, religiosas.

Si bien el tema necesita un claro enfoque de salud pública, la tarea del Derecho es importante a la hora de regular los "Derechos Reproductivos", a los fines de su efectivo goce y garantía.

El ejercicio de los derechos reproductivos implica la existencia de un individuo y en particular de una mujer autónoma y capaz de autorregularse. Este supuesto, que tiene su origen en las democracias más avanzadas de occidente y de ahí se ha expandido, especialmente con la globalización, a otras culturas y a los países menos desarrollados, choca, en estos, con fuertes resistencias culturales. Muchas de estas culturas locales están fuertemente impregnadas de una concepción heterónoma (no autónoma) de moralidad (tal es el caso de nuestro país). La concepción heterónoma se opone a la intervención humana en aspectos referidos a la vida y la reproducción. En tal sentido tiene una fuerte inspiración católica aunque quienes la detentan no son necesariamente religiosos, ya que la heteronomía religiosa en alguna medida se ha secularizado. La concepción heterónoma de la moral hace derivar los juicios morales y las decisiones de fuentes externas (Dios, las escrituras, los libros sagrados o valores externos y supraindividuales, o simplemente autoridades religiosas o civiles, o el Estado). Las necesidades y el juicio autónomo del individuo quedan relegados y pierden legitimidad como base de la toma de decisiones (Lista, 1999). El concepto de derechos reproductivos confronta esta perspectiva heterónoma de la moralidad².

¹ La Org. Panamericana de la Salud define la salud sexual y reproductiva como: "la posibilidad del ser humano de tener relaciones sexuales gratificantes y enriquecedoras, sin coerción y sin temor de infección ni de un embarazo no deseado; de poder regular la fecundidad sin riesgos de efectos desagradables, secundarios o peligrosos; de tener un embarazo y parto seguros, y de tener y criar hijos saludables".

² Confrontación que se ha tomado más aguda en relación al SIDA cuya lucha se centra fundamentalmente en el autocontrol individual ("*si él o ella no se cuidan, nadie puede cuidarlos*", este es un slogan frecuente).

El debate sobre los derechos reproductivos a nivel internacional, principalmente en las posiciones enfrentadas en la Conferencia de El Cairo, reflejan esta confrontación, concluyendo sobre la necesidad de intervención del Estado, pero para asegurar la autonomía de la voluntad individual, garantizando el derecho humano fundamental que tiene todo individuo de decidir sobre sus pautas reproductivas, coincidiendo en el imperativo de brindar la información adecuada (como parte de las acciones positivas de los Estados), para que el individuo pueda ejercer plenamente este derecho³.

La propuesta en este trabajo es descubrir las estrategias que utilizan los legisladores de nuestro país (aún cuando estas sean no explícitas) en las leyes que regulan la salud reproductiva y/o planificación familiar y en qué medida sirven estas leyes para garantizar el efectivo goce de los “derechos reproductivos”. En tal sentido intentamos averiguar cuál es la política que el estado asume ante la responsabilidad de fomentar el ejercicio de los derechos reproductivos, nos preguntamos ¿de qué manera lo hace? ¿provee fondos? ¿organiza “programas”? ¿cuán lejos va en esta tarea? ¿cumple el estado una función de tratamiento serio y a fondo del problema o solo usa la ley con fines simbólicos, es decir para declarar algunos derechos sin asegurar su cumplimiento?

2. TRATAMIENTO LEGISLATIVO DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS.

En el ámbito provincial y local el proceso legislativo de regulación de los derechos reproductivos tuvo mejor suerte que en el ámbito nacional, caracterizado por la ausencia de una ley nacional al respecto⁴. En la década del 90 se aprobaron varias leyes provinciales de salud reproductiva (con diversas denominaciones). Para la realización de este trabajo, hemos tomado siete de estas leyes provinciales (Córdoba, Mendoza, La Pampa, Neuquén,

³ Un resumen del tratamiento internacional de los derechos reproductivos y de la postura argentina en las conferencias internacionales, ver Parrello, Norma y Vago, Ingrid. Ponencias del Congreso Nacional de Sociología Jurídica U.N.L.P., 2000.-

⁴ En el año 1997 la Cámara de Diputados de la Nación dio media sanción a una ley, que en un primer momento resultaba un gran avance en el tema, pero luego (y antes de su aprobación) fue modificada quedando en una sencilla enunciación de buenas intenciones, sin establecer políticas concretas - una mera ley simbólica - que de todas maneras no fue aprobada por el Senado. Un nuevo intento tuvo lugar en el año 2001, siendo aprobado por Diputados un proyecto de ley - más completo que el anterior- pero que perdió estado parlamentario al pasar en revisión al Senado.

Jujuy, Río Negro (año 2000) y Chubut), la ley de Capital Federal y las ordenanzas municipales de la ciudad de Córdoba y Rosario. Analizamos el contenido específico de estas normas, en primer lugar, desde el punto de vista de la coherencia interna de las mismas, pero, asimismo, en relación a la congruencia entre los objetivos explícitos que se propone y las acciones positivas o servicios que implementa. En segundo lugar, analizamos el punto más conflictivo al momento de la sanción de estas leyes, los métodos anticonceptivos y cómo los legisladores resuelven este conflicto. Finalmente, observamos de qué manera las leyes hacen mención a los individuos o destinatarios de ellas. También tuvimos la ocasión de examinar la ley de la provincia de Tierra del Fuego, cuyo contenido no incorporamos en el análisis que sigue por tratarse de una ley destinada a la "regulación" de la Educación Sexual, haciendo en un artículo mención a la planificación familiar pero ubicando a la misma como una consecuencia de la educación sexual y no como objeto de regulación autónomo.

2.1. Coherencia lógica y práctica en las leyes

En el análisis de estos aspectos nos centramos en tres dimensiones de los textos legales analizados la **denominación** del cuerpo normativo que hace alusión al objeto regulado, los **objetivos** explícitos y las **acciones** que se enuncian como instrumento para el cumplimiento de dichos objetivos.

Intentamos relacionar los objetivos (generales y específicos) de las leyes analizadas con las acciones positivas que las mismas prevén. Haciendo una tipología genérica tenemos:

- a. Leyes en las que las acciones se corresponden con los objetivos (Capital Federal, La Pampa, Jujuy, Río Negro y Chubut)
- b. Leyes en las que las acciones no se corresponden con los objetivos o en las que no se prevén acciones para cumplir los objetivos (Rosario, Córdoba).
- c. Leyes en las que las acciones superan los objetivos planteados (Municipalidad de Córdoba y Mendoza)
- d. Leyes en las que las acciones no alcanzan para cumplir los objetivos planteados (Neuquén).

a) En el primer grupo, ubicamos las leyes de Capital Federal, La Pampa, Jujuy, Río Negro y Chubut. Ahora bien, el segundo paso es introducir una nueva "variable", en este caso la denominación de la ley. La de Capital Federal se llama "Ley de Salud Reproductiva y Procreación Responsable"; La Pampa: "Programa Provincial de Procreación Responsable"; Jujuy: "Programa Provincial de Maternidad y Paternidad Responsable y Pre-

vención de ETS”; Chubut: “Programa de Salud Sexual y Reproductiva” y Río Negro: “Programa Provincial de Salud Reproductiva y Sexualidad Humana”. Si relacionamos los conceptos dados, vemos que la congruencia que hemos destacado entre objetivos y acciones, se mantiene en relación al alcance del título en la ley pampeana, en la jujeña, en la de Río Negro y la de Chubut. En la Capital Federal, el título sólo habla de la salud reproductiva y procreación responsable, mientras que su primer objetivo general hace alusión a los derechos sexuales, concepto que resulta más amplio que el anterior. En este caso, el contenido de la ley supera los límites del título de la misma.

También relacionamos las leyes de estos grupos con los “recursos” que prevén para la implementación de las acciones o servicios propuestos, como una forma de medir la posibilidad de eficacia de las mismas. Así mientras las leyes de Capital Federal, Jujuy, Chubut y Río Negro, expresamente asignan determinados recursos para su aplicación, nada dice de esto la ley de La Pampa, dejando un vacío legal al respecto, resultando de esta forma más difícil el cumplimiento de los objetivos propuestos y las acciones previstas.

b) En las leyes del segundo grupo, se encuentran la ley de la Provincia de Córdoba y la ordenanza de Rosario. Ninguna de estas normas prevén expresamente acciones, solo mencionan objetivos. Representando dos claros ejemplos de leyes meramente simbólicas, sin intención real de influir o modificar comportamientos⁵. La ley provincial cordobesa se denomina “Programa de Salud Reproductiva y Sexualidad”, un signo más de su simbolismo, al hablar de un programa tan amplio, pero quedarse solo en una mera enumeración de objetivos. Por su parte la ordenanza rosarina, sólo habla de Procreación Responsable. Ninguna de las dos asigna recursos determinados para su cumplimiento.

⁵ Es de destacar el proceso legislativo cordobés. En 1978, en plena dictadura, se aprobó la ley 6222 (conocida como Ley Rezzónico), vigente hasta 1996, que establecía la prohibición de informar y administrar métodos anticonceptivos en las dependencias del Ministerio de Salud. En abril de 1996 la legislatura cordobesa aprobó la ley 8535 que derogaba esa ley, y creaba el programa de salud reproductiva y sexualidad. Pero, una semana después, fue vetada parcialmente por el Poder Ejecutivo Provincial, con diferentes argumentos de orden práctico, político, ideológico y presupuestario. Por no afectar el veto parcial la “autonomía normativa” entró en vigencia la ley que cuenta con solo cuatro artículos, que mantiene la derogación de la Ley Rezzónico y crea el Programa de Salud Reproductiva, pero nada dice de métodos anticonceptivos, ni de recursos imputados a la implementación del programa, teniendo en todo este proceso, mucha influencia la fuerte presión ejercida por la Iglesia Católica, a través del discurso desde los púlpitos y de un comunicado público que condenaba fuertemente la ley.

c) En el tercer grupo, ubicamos las leyes de Mendoza y la ordenanza municipal de Córdoba. En estas las acciones enumeradas resultan más abarcativas que los objetivos propuestos. Analizando cada una en concreto vemos que la primera se denomina Programa de Salud Reproductiva. Su primer objetivo, relacionado con el derecho de decidir de todo individuo sobre sus pautas reproductivas resulta, digamos cubierto, con varias de sus acciones. Luego enumera dos objetivos, quizás con contenido demasiado simbólico, como para ser satisfechos con unas pocas acciones dentro de un programa de salud reproductiva (proteger la vida desde la concepción y promover el desarrollo integral de la familia). Pero después las acciones continúan, y se refieren a aspectos relacionados con lo que hemos llamado "salud sexual" y "sexualidad", tema no expresamente consagrado en los objetivos, ni en el título de la ley analizada. En cuanto a la previsión de recursos, esta norma se encontraría en un lugar intermedio, si bien no asigna recursos directamente, remite a una regulación de los mismos por el Ministerio de Acción Social y Salud de la provincia, que "deberá prever los recursos en la ley de presupuesto inmediata siguiente".- La ordenanza de la ciudad de Córdoba, también enumera acciones que resultan más amplias que los objetivos propuestos, pero con una peculiaridad distintiva, todas las acciones previstas están dirigidas a los integrantes del equipo de salud (o efectores del programa en general), lo que hemos llamado, acciones "para la gente", y en ningún caso plantea acciones directamente "con la gente". El programa cordobés se denomina "Salud Reproductiva, Sexualidad y Planificación Familiar" (el título más abarcativo de las normas analizadas). Menciona dos escuetos objetivos generales: Propiciar la procreación responsable y promover la familia; y luego enumera una gran cantidad de acciones, como dijimos, dirigidas a los efectores de la ley, pero que incluyen el tema de la sexualidad no previsto expresamente en los objetivos. Al igual que el caso anterior, en el tema de los recursos remite a la reglamentación del Dpto. Ejecutivo Municipal.

d) En el último tipo de normas, ubicamos la ley de la provincia de Neuquén, que crea el Programa de Salud Sexual y Reproductiva. En este caso los objetivos planteados, guardan congruencia con el título del programa, pero al momento de formular acciones positivas, las mismas solo van dirigidas a la regulación de la contracepción (información, asesoramiento, prescripción, suministro, etc. de métodos anticonceptivos), es decir que solo se queda en un aspecto de la salud reproductiva. La norma tampoco asigna recursos precisos a los fines de la implementación del programa.

Cuadro N° 1: Distribución de los textos legales según la relación acciones-objetivos y la previsión de fuentes de recursos.

	Con recursos	Sin recursos	+ ó - recursos
Acciones = Objetivos	Capital Federal, Jujuy, Chubut y Río Negro.	La Pampa	---
Acciones ≠ Objetivos	---	Córdoba	Rosario
Acciones + que objetivos	---	---	Munic. Córdoba - Mendoza
Acciones - que objetivos	---	Neuquén	---

2.2. El Tratamiento Legislativo De La Contracepción.

Este análisis gira en torno a dos acciones contempladas por las leyes analizadas: la prescripción y la provisión de métodos anticonceptivos.

a) La prescripción.

Prescribir un método anticonceptivo es indicar un tratamiento para regular la fecundidad. Las leyes contemplan que esta prescripción va acompañada de otras acciones complementarias, que tienden al control integral de la salud de la persona, en especial en este caso, la mujer; el seguimiento del tratamiento indicado por medio de controles periódicos, anteriores y posteriores a la prescripción de algún método. El objetivo implícito en estos aspectos, pareciera ser el fomento del autocuidado de la salud integral de la persona, y no meramente una política de natalidad. Los textos legales prevén, en su mayoría, la información y asesoramiento sobre todos los métodos existentes aprobados, y en algunos casos, que la prescripción del método tiene que ser hecha de acuerdo con las creencias y valores del/la requirente, salvo indicación médica en contrario.

En cuanto a los sujetos efectores de esta acción en todos los casos son los profesionales médicos ó los integrantes del equipo de salud. Por ejemplo, las leyes provinciales de Córdoba, La Pampa, Jujuy, Río Negro y Chubut, se refieren a profesionales médicos, la ordenanza municipal cordobesa a los integrantes del equipo de salud y la ordenanza municipal de Rosario, la ley de Capital Federal y la ley mendocina, se refieren a ellos en forma más genérica como profesional actuante, profesional interviniente.

En cuanto a los métodos anticonceptivos en particular cuya prescripción se autoriza, las normas analizadas adoptan distintas soluciones.

Algunas leyes (La Pampa, Capital Federal, Rosario, Jujuy) enumeran exhaustivamente los métodos anticonceptivos autorizados, algunas de manera más amplia que otras, mientras que las de Córdoba, ciudad y provincia, Mendoza, Neuquén y Chubut se limitan a la enumeración de las características que deben cumplir los métodos autorizados. Tanto las del primer grupo como las del segundo, excepto la ley pampeana, refieren que los métodos prescriptibles deben tener el carácter de "transitorio" y "reversible" (agregando en algunos casos: "que no impliquen esterilización permanente"). Caso especial ocurrió en la Provincia de Río Negro. A principios del año 2000, un juez, autorizó a un grupo de 20 mujeres a realizarse ligadura de trompas en un Hospital Público, lo que influyó en el contenido de la ley analizada en este trabajo, aprobada por la legislatura de esa provincia en octubre de ese año, la cual regula expresamente la aplicación de métodos quirúrgicos (ligadura de trompas y vasectomía), requiriendo, el previo asesoramiento de un servicio interdisciplinario "...que asegure el estado de plena conciencia y el conocimiento de los alcances y de las consecuencias de la elección de dichos métodos de contracepción" y el consentimiento escrito del paciente mayor de edad para la aplicación del método, que podrá realizarse gratuitamente en los establecimiento médico-asistenciales públicos. La ley de la provincia de Córdoba, la de Capital Federal y Jujuy, expresamente agregan que los métodos tienen que ser "no abortivos"⁶. Finalmente la ley de la provincia de Mendoza, califica a los métodos autorizados como de carácter transitorio y reversible, pero remite a la Propuesta Normativa Perinatal, tomo IV Procreación Responsable, oportunamente aprobada por el Ministerio de Salud de la Nación, a los fines de determinar cuáles son los métodos aprobados.

Las leyes de Mendoza, Rosario, Capital Federal y La Pampa en los artículos referidos a los métodos anticonceptivos, prevén la incorporación de nuevos métodos: "previamente autorizados por el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación", "debidamente investigados y aprobados", recalcando nuevamente el carácter no abortivo, y reversible⁷.

⁶ En el caso porteño la ley aprobada en el mes de junio de este año fue modificada a los pocos días, introduciendo la expresión "No abortivo", entre las características de los métodos autorizados.

⁷ Uno de estos nuevos métodos, hoy en pleno debate médico y jurídico, es la anticoncepción de emergencia (o píldora del día después), medicamento que originó una acción de amparo iniciada en los tribunales federales de la provincia de Córdoba, por el representante de la asociación civil sin fines de lucro "Portal de Belén", en contra del labo-

b) La provisión.

La segunda acción que se relaciona con la regulación de la contracepción es la provisión de métodos anticonceptivos por parte del Estado. En las normas legales que conforman la muestra de nuestra investigación, todas, excepto la ley provincial cordobesa, mendocina y chubutense, prevén la provisión de anticonceptivos a quienes lo requieran. Esta, en general, es amplia y varias de las normas, expresamente, agregan su carácter "gratuito" (La Pampa, Jujuy, Río Negro y Municipalidad de Córdoba y Rosario). Ahora bien, algunas limitan esta provisión a personas carenciadas o que no pueden acceder económicamente por sus propios medios o pacientes que no cuenten con cobertura de obra social (Rosario, Jujuy, Río Negro), o a las posibilidades o recursos con que cuente el Estado (Municipalidad de Córdoba). El caso de La Pampa llama la atención, ya que en su art. 3 inc. d) entre los servicios que ofrece menciona la entrega de anticonceptivos, pero la misma debe ser controlada por lo que denomina "carnet de consumo", renovable anualmente, que permite la individualización de la usuaria, en donde constarán los controles de salud realizados.

2.3. Los Destinatarios de las Leyes

En general las leyes están destinadas expresamente a la población o comunidad en general. La ley porteña limita los destinatarios a la población especialmente en edad fértil, mientras que la ley pampeana habla de la población requirente.

En el tema de los Derechos Reproductivos la mujer tiene o debería tener un protagonismo especial, si bien la salud reproductiva en los términos definidos en la introducción de este trabajo se refiere al "ser humano" en general, incluyendo hombres y mujeres, las convenciones y organismos internacionales, centran su atención especialmente en la mujer. Las leyes analizadas no tienen como principales destinatarias (explícitamente) a las mujeres, sino que la alusión a los sujetos en ellas, es más abarcativa y permanentemente hacen referencia a hombres y mujeres, varones y mujeres, maternidad y paternidad responsable, cónyuges y parejas y eventualmente familias.

ratorio Gador S.A., a los fines de obligar al Ministerio de Salud de la Nación, revoque la autorización y prohíba la fabricación, distribución y comercialización del fármaco "Imediat". El Juzgado que intervino en primera instancia hizo lugar a la acción, la que fue revocada en segunda instancia por la Cámara Federal. Finalmente, la CSJN, retomó el criterio inicial y ordenó al Ministerio de Salud de la Nación, la prohibición del medicamento.-

Es dable destacar que como población de riesgo, las leyes rescatan a los jóvenes y adolescentes, como especiales destinatarios de la información sobre salud sexual y reproductiva.

Tanto la Ley de Mendoza, como la de Capital Federal dejan a salvo expresamente el respeto de la ética, creencia, valores y convicciones personales de las personas, al momento de regular sobre sus pautas reproductivas.

La Ordenanza Municipal de la ciudad de Córdoba, es la única de las normas analizadas, que está dirigida únicamente a los integrantes del equipo de salud o profesionales, estableciendo una peculiaridad ya que exime de su participación en el programa a los "profesionales de la salud y educadores que manifestaren impedimentos de conciencia o confesionales para cumplimentar los fines del programa".

Síntesis y Conclusiones

Los derechos reproductivos resultan ser un aspecto del derecho humano básico a la salud, reconocido universalmente. Se refieren al respeto a la "salud reproductiva", definida ampliamente, como lo planteamos en este trabajo, incluye el derecho de toda persona a tener acceso a la educación, información, asesoramiento y servicios necesarios para el ejercicio de una vida sexual plena, sin temor a embarazos no deseados, ni al contagio de ETS y el derecho a la planificación de la familia y el acceso a los medios necesarios para ello.

Los derechos reproductivos empezaron siendo reconocidos y garantizados por el Derecho Internacional, a través de tratados internacionales, vinculantes para los Estados que los ratifiquen, y la labor de los foros internacionales, que generan al menos, un compromiso moral para los Estados participantes. La Argentina, como ya lo dijéramos, otorgó jerarquía constitucional a algunos de estos tratados y participó en varios de estos foros. Sin embargo no ha sancionado una ley nacional que proteja y garantice la salud reproductiva. Esto en razón de la presión ejercida por algunos grupos, principalmente católicos, que se oponen a la regulación de la fecundidad y la intromisión de la persona en algo que le es ajeno, representando un ejemplo de concepción heterónoma de la moral, defendiendo a Dios o a la voluntad divina como el fundamento último de las decisiones individuales en relación a la vida, la procreación y el ejercicio de la sexualidad.

A pesar de ello, varias legislaturas provinciales y locales han tratado estos temas y avanzado, aunque con alcances diversos, en el camino de los polémicos debates que ellos generan. Resultado de los mismos son los textos legales que se analizan en este trabajo.

Debemos destacar, en este sentido, que la deficiente, compleja, inaplicable, incoherente, técnica legislativa utilizada para la regulación de la salud reproductiva, característica constante en todas las normativas, no deja de significar un avance importante, abriendo espacios de debate, generando acciones positivas y constituyéndose en una herramienta fundamental para el reconocimiento, garantía y efectivo ejercicio de los derechos reproductivos. A pesar del mero simbolismo de algunas de estas normas, las mismas implican movimiento, el primer paso, para la acción. Si bien es necesario definitivamente pasar del discurso a la acción.

Creemos que las leyes pueden generar prácticas e influir eficazmente en los comportamientos individuales. Para ello, deben contener estrategias de acciones positivas tanto para las personas destinatarias como para las propias instituciones públicas involucradas, claras y consistentes. En base a esto creemos que desde lo local existe una mayor posibilidad de llegar a los comportamientos de la población, en especial en salud reproductiva. Los programas de gobierno son una buena herramienta para el logro de esta, cuando realmente representan un compromiso político concreto y sincero.

Bibliografía:

- Conciencia Latinoamericana. Vol. X, n° 1, enero-julio 1998. La anticoncepción y las católicas. Publicación de "Católicas por el derecho a decidir".
- Documentos para Discusión del Banco Mundial: Hacia una maternidad segura. Banco Mundial. Washington D.C.
- Ley 1363 Programa Provincial de Procreación Responsable de la Provincia de La Pampa.
- Ley 2222 de la Provincia de Neuquén.
- Ley 3450 de la Provincia de Río Negro.
- Ley 384 de la Provincia de Tierra del Fuego.
- Ley 4545 de la Provincia de Chubut.
- Ley 5133 Programa Provincial de Maternidad y Paternidad Responsable y Prevención de ETS – Provincia de Jujuy.
- Ley 6433 Programa de Salud Reproductiva de la Provincia de Mendoza.
- Ley 8535 Programa de Salud Reproductiva y Sexualidad de la Provincia de Córdoba y Decreto n° 892, con sus respectivos fundamentos y debate parlamentario.-
- Ley 418 de Salud Reproductiva y Procreación Responsable (y su modificatoria ley 439) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- LISTA, Carlos: El debate sobre la despenalización del aborto. En "Segundo Taller de Investigaciones Sociales en Salud Reproductiva y Sexualidad", Bs. As., 6 y 7 de Mayo de 1996. Pág. 227 a 238.

- La Despenalización del Aborto: Actitudes y Opiniones de los Estudiantes de Derecho. Anuario I - Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, U.N.C., Argentina, 1993. Pág. 243-267.
- Los estilos de razonamiento moral y el debate sobre el aborto. Anuario II - Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, U.N.C., Argentina, 1994. Pág. 259-276.
- El discurso antiabortista: heteronomía moral y penalización. Anuario IV - Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, U.N.C., Argentina, 1999. Pág. 183-197.
- LUBERTINO, María José: Los Derechos Reproductivos en la Argentina. En "Segundo Taller de Investigaciones Sociales en Salud Reproductiva y Sexualidad", Bs. As., 6 y 7 de Mayo de 1996. Pág. 93 a 104.
- MOONS, Mónica: Menos Pobres o Salud Reproductiva. Ponencia presentada en el Congreso Alas de Sociología. Concepción, Chile, 1999.-
- Network en español. Family Health International, Vol. 17 n° 1, Otoño de 1996, Vol. 9 n° 3, Julio 1994
- Ordenanza n° 6244 – Programa de Procreación Responsable - de la Municipalidad de Rosario.
- Ordenanza n° 9479 de la Municipalidad de la Ciudad de Córdoba.
- Organización Mundial de la Salud: El logro de la salud reproductiva para todos. La función de la OMS. Documento elaborado por las Oficinas Regionales de la OMS.
- Organización Panamericana de la Salud: Salud Reproductiva: concepto e importancia. Serie Paltex para Ejecutores de Programas de Salud.
- PARRELLO, Norma y Vago, Ingrid: Intentos legislativos sobre derechos reproductivos en Argentina en la década del 90. Congreso Nacional de Sociología Jurídica. Ponencias. U.N.L.P., Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales, La Plata, 2000.-
- Proyecto de Ley sobre Creación del Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable (Cámara de Diputados de la Nación). 18 de Abril de 2001. -
- Revista Trimestral de la Asociación Argentina por la Salud Sexual y Reproductiva: Junio 2000. Año 2, n° 6.-
- ZURUTUZA, Cristina: El centro Cecilia Grierson: una experiencia piloto para la promoción de los derechos reproductivos. En "Segundo Taller de Investigaciones Sociales en Salud Reproductiva y Sexualidad", Bs. As., 6 y 7 de Mayo de 1996. Pág. 85 a 92.



DERECHO A DISPONER DEL PROPIO CUERPO

*por María Cristina Plovovich de Hermida **

Resumen: En los últimos años, en la sociedad argentina se han operado cambios culturales en cuestiones relativas al derecho a disponer del propio cuerpo que permiten sostener que se ha generado un amplio consenso en torno a algunos valores básicos. La dignidad, la libertad, la autonomía, la vida, la salud, se perciben por la mayoría de los individuos como valores dignos de protección. Pero para que estos valores tengan vigencia social es necesario articular mecanismos adecuados para preservarlos y hacerlos compatibles entre sí cuando han de concretarse en la interacción social. En el presente estudio nos proponemos reflexionar sobre este aspecto para intentar alcanzar algunas pautas de razonamiento que permitan formar criterios de decisión en estos temas.

Palabras Claves: disposición del propio cuerpo - valores básicos - dignidad - libertad - autonomía - vida - salud

En los últimos años, en la sociedad argentina se han operado cambios culturales en cuestiones relativas al derecho a disponer del propio cuerpo que permiten sostener que se ha generado un amplio consenso en torno a algunos valores básicos. La dignidad, la libertad, la autonomía, la vida, la salud, se perciben por la mayoría de los individuos como valores dignos de protección.

(*) Profesora Adjunta interina en Derecho Privado I y Derecho Civil. Docente categorizada en el Programa de Incentivos, Categoría III. Ex Secretaria Académica de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales. U.N.C.

Pero para que estos valores tengan vigencia social es necesario articular mecanismos adecuados para preservarlos y hacerlos compatibles entre sí cuando han de concretarse en la interacción social¹. En el presente estudio nos proponemos reflexionar sobre este aspecto para intentar alcanzar algunas pautas de razonamiento que permitan formar criterios de decisión en estos temas.

Estimamos necesario, de modo previo, precisar los alcances que le brindamos a los términos señalados anteriormente como valores a preservar. Al aludir a la dignidad consideramos oportuno reiterar aquí expresiones vertidas en trabajos anteriores: "a la dignidad se la suele entender como un derecho subjetivo de categoría superior a los otros derechos fundamentales o como un valor². La referencia al principio de la dignidad humana es hoy muy frecuente y los argumentos que se utilizan suelen presentarse con imprecisión, hasta el punto de correr el riesgo de convertirla en una expresión casi vacía de contenido. Si se la ubica como un derecho subjetivo fundamental de categoría superior a los otros, corresponde otorgarle un contenido preciso y distinto de los demás, asimismo debería darse un consenso doctrinario importante, lo que no siempre es posible. Algunos³ consideran que puede realizarse una clasificación en cuanto a cuáles derechos fundamentales son prioritarios a otros, pero no siempre se coincide en dicho orden; mientras que otros piensan que no es posible tal clasificación, sino que en cada caso concreto se deberá decidir y argumentar, la cuestión se torna más difícil cuando el enfrentamiento es entre derechos fundamentales⁴.

Otro riesgo es que si se considera a la dignidad como el derecho fundamental subjetivo de categoría superior y no se le otorga un contenido preciso y distinto de los demás, sino que se lo invoca como justificatorio, se

¹ Además del derecho hay otros instrumentos para asegurar valores, como son la reflexión moral, la socialización en el ámbito familiar, educativo, laboral, los medios de difusión.

² CERUTTI, MARÍA DEL CARMEN- PLOVANICH, MARÍA CRISTINA, "Identidad Personal" en *Revista de la Facultad*, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de derecho y Cs. Sociales, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1998, p. 147.

³ EKMEKDJIAN, MIGUEL ANGEL: "Jerarquía Constitucional de los derechos civiles" en LL -1985-A-847 y "De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles" en E.D. T.114-945.

⁴ En este sentido BIDART CAMPOS, GERMAN expresa: No cabe duda, pues, que lo de "igual jerarquía" de los derechos ha de entenderse referido a la igual jerarquía de las "normas" de la Constitución que reconoce derechos, pero no a la idéntica valiosidad de los derechos en sí mismos, en ¿"Hay un" orden jerárquico " en los derechos personales?, en E.D, T. 116-800.

incurre en un razonamiento circular, ya que se continua en la misma categoría: la de derechos subjetivos.

Invocar a la dignidad como un valor o como un principio no corre los riesgos expresados, pero también tiene sus problemas, todos los que surgen cada vez que se alude a principios o valores, el primero de ellos es si se trata de principios o valores jurídicos —entendemos a los que se encuentran o derivan de un sistema de derecho positivo— o extrajurídicos.

Como no es este el tema central no nos detendremos a analizar las virtudes y riesgos de cada postura, sólo expresamos en este apartado que es posible pensar —y nos inclinamos por ello— en alguna teoría moral que justifique desde fuera del sistema del derecho positivo a los derechos fundamentales. En este sentido, resulta interesante la postura de Nino⁵ quien propone tres principios morales fundamentales de los cuales se derivan los derechos básicos. Dichos principios los considera categóricos y erga omnes y son: a) de *inviolabilidad* de la persona: que prohíbe imponer sacrificios a un individuo sólo en razón de que ello beneficia a otros individuos, b) de *autonomía* de la persona: que asigna un valor intrínseco a la prosecución de planes de vida e ideales de excelencia y c) de *dignidad* de la persona, que prescribe que los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento y no en relación con otras propiedades sobre las cuales no tienen control.

A los derechos fundamentales derivados de los principios mencionados, se los puede caracterizar como derechos subjetivos morales en el sentido de adscribir a alguien el derecho moral de acceder a una situación que implica un bien de tal importancia que debe facilitarse su acceso y es moralmente erróneo impedir tal acceso. Ya en el derecho positivo cuando los derechos fundamentales encuentran protección, es posible hablar de bienes jurídicamente protegidos y de la noción de derecho subjetivo jurídico”.

En el orden legal argentino valores como la **libertad, igualdad** encuentran reconocimiento en la **Constitución Nacional**, en los arts. 15, 16, además de las disposiciones relativas a ellos incorporadas en Pactos y Tratados Internacionales, como así también en las Constituciones provinciales⁶.

⁵ NINO, CARLOS S.: *Ética y Derechos Humanos*. 2da.edición. Bs.As., Astrea, 1989, pág. 46.

⁶ La **libertad de ideas y de creencias**, se plasma en los arts. 14, 19, 33 de la Constitución Nacional. Estas normas constitucionales posibilitan que los motivos de conciencia sean considerados como relevantes para ponderarlos en cada caso respecto de otros intereses en juego.

El valor de la **autonomía**, como capacidad de tomar decisiones por uno mismo, no es más que una forma de manifestación de la libertad.

La información como presupuesto de la autonomía.

Ahora bien, para que exista autonomía debe darse un presupuesto previo: información. Para poder decidir libremente se han de conocer todos los datos que son relevantes para la decisión. Un consentimiento libre es un consentimiento informado. Sin embargo, en algunas ocasiones parece poder sostenerse que uno puede tener derecho a estar informado de algo que le concierne sin que, necesariamente, esta información conlleve la posibilidad de elegir entre diversos cursos de acción.

La ley 17.132 - de 1967- que regula el ejercicio de la medicina en el orden nacional, en el art. 19 consagra como principio el respeto a la autonomía del paciente, en lo que se refiere al tratamiento médico, con las excepciones allí previstas. Pero, téngase en cuenta que el texto legal habla sólo de *consentimiento*.

El concepto de *consentimiento informado* se incorpora con la ley de Transplantes de Órganos y Materiales Anatómicos del año 1977 (Ley N° 21.541), y se mantiene en el ordenamiento vigente sobre el tema del año 1993 (Ley N° 24.193).

En años recientes comenzó a afianzarse en nuestro país una jurisprudencia que, a los supuestos tradicionales generadores de responsabilidad médica, ha incorporado la que deriva directamente de la falta de información previa y adecuada. Se ha entendido que la falta de información - aún sin que exista mala praxis en sentido estricto- constituye fuente de responsabilidad jurídica, dado que se ha impedido al paciente hacer una libre elección entre distintas alternativas terapéuticas o en cuanto a tratarse o rehusar un tratamiento⁷.

La Constitución de la Provincia de Córdoba en el art. 4 reconoce que la "vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son inviolables", y reconoce como derechos fundamentales la "libertad religiosa y de conciencia" (Art. 5), la libertad de cultos, la igualdad de oportunidades (arts. 6 y 7). En la Sección segunda. Capítulo Primero. Derechos Personales, el Art. 18. Derechos y definiciones dispone que: "Todas las personas gozan de los derechos establecidos por la C.N. y tratados internacionales", y en el Art. 19. Derechos enumerados, inc. 1. A la vida desde la concepción, a la salud, a la integridad sicofísica y moral y a la seguridad personal.

⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, "Últimas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad médica", en JA 1994- II- 815.

Para ilustrar sobre esta tendencia recurrimos a un trabajo de Pedro F. Hofft, *Bioética y Derechos Humanos. Temas y casos*, en el cual se cita una decisión judicial que hace lugar a una demanda entablada contra un Sanatorio dependiente del Ministerio de Defensa, por parte de un paciente a quien se le había practicado una arteriografía cerebral y que a consecuencia de la misma sufre de una serie de graves trastornos como imposibilidad de hablar, de ejecutar actos voluntarios, cuadro neurológico calificado como irreversible, etc. En el proceso quedó demostrado que ni el paciente ni sus familiares próximos fueron informados de los riesgos que presentaba el estudio. El tribunal estimó que pese a no existir mala praxis el reclamo debía prosperar en razón "del riesgo del procedimiento respecto del cual el paciente no fue advertido". La demandada no pudo probar el haber informado debidamente al paciente acerca de los riesgos, agregando el tribunal que la obligación de avisar excede los estrechos límites del art. 19 de la ley 17.132...", ya que "un adulto tiene derecho de tomar por su propia cuenta aquellas concesiones que signifiquen adoptar un determinado plan de vida...", entre las que figura "...la de elegir entre detectar una enfermedad a costa de un gran riesgo o la de evitar ese riesgo y permanecer en la ignorancia...", para señalar, por último, que en este caso los médicos eligieron por el paciente" ⁸.

Resultan muy esclarecedoras las reflexiones que hace el Dr. Pedro Hofft acerca de que adoptar una determinación en base al consentimiento informado presupone la realización de un hecho voluntario, conforme el art. 897 del Código Civil, esto es actuar con discernimiento, intención y libertad, aspectos que se verían afectados si la decisión se toma sin que el sujeto pueda conocer debidamente las circunstancias fácticas que rodean a su determinación.

Hemos hablado hasta aquí del consentimiento informado, que algunos autores llaman consentimiento válido, pilar de la **autodeterminación** del paciente.

Otro aspecto que debe respetarse en esta particular materia se conoce con el nombre de **relación fiduciaria** ⁹. Debido al especial conocimiento y entrenamiento del médico y a la ignorancia habitual del enfermo en cuanto a su propia condición física, éste último acepta de buena fe todo lo que concierne a sus intereses. El médico, por consiguiente, antes de tratar

⁸ HOFFT PEDRO F. *Bioética y Derechos Humanos. Temas y casos*, Ed. Depalma, Bs.As. 1999.

⁹ Fiduciario (adj): que depende del crédito y confianza que merezca.

al enfermo tiene el deber de explicarle en forma adecuada el procedimiento que piensa utilizar y advertirle acerca de los posibles riesgos inherentes o colaterales al tratamiento, única forma de permitirle una elección inteligente en cuanto a la aceptación o el rechazo.

El elemento "conocimiento" se halla implícito en los conceptos anteriores. Es elemental considerar improbable el que uno pueda llegar a un acuerdo con lo que otro propone o desea si "no conoce" realmente lo que éste propone o desea.

Consentir deriva de "cum", con y "sentire", sentir, obviamente es sinónimo de "pensar con, pensar juntos", lo que en última instancia indicaría que en materia de "consentir" el médico y el paciente "piensan lo mismo, pero ¿pueden dos personas pensar lo mismo si una de ellas no se halla "informada"?¹⁰.

Resultan muy esclarecedoras la reflexiones que vinculadas a esta cuestión presentara la Dra. Fátima Oliveira en las IV Jornadas Latinoamericanas de Bioética: "En investigación **consentimiento libre y esclarecido** es la anuencia del sujeto de investigación o de su representante legal, libre de vicios (simulación, fraude o error), dependencia, subordinación o intimidación, después de una explicación completa y pormenorizada sobre la naturaleza de la investigación, sus objetivos, métodos, beneficios previstos, potenciales riesgos e incomodidades que ésta pueda acarrear, formulada en términos de consentimiento, autorizando su participación voluntaria"¹¹.

La explicación completa y pormenorizada sobre la naturaleza de una investigación o tratamiento significa que las informaciones deberán ser brindadas con lenguaje accesible y a la altura de la comprensión de los sujetos de que se trate. Muchas veces se plantea una brecha entre la información diagnóstica suministrada por el médico y la información captada por el enfermo. La terminología médica resulta incomprensible para el paciente,

¹⁰ Ponencia sobre la "Relación médico - paciente", presentada por Augusto León C. en el Seminario "90° Aniversario del Colegio de Abogados del Estado de Lara" sobre Responsabilidad Médica, Barquisimeto, Venezuela, Julio de 1985. en *Medicina Social. Número Extraordinario. Responsabilidad médica, civil, penal y disciplinaria de los profesionales de la salud*. Ediciones Fundaeducu. Barquisimeto, Venezuela. 1985. Pág. 257- 258.

¹¹ "O consentimento livre e esclarecido e a confidencialidade dos dados obtidos em triagem genética populacional: o caso de anemia falciforme -- questões de bioética". Ponencia presentada por Fátima OLIVEIRA en las IV Jornadas Latinoamericanas de Bioética. Organizadas por la Asociación Argentina de Bioética. Buenos Aires, 4,5, 6 y 7 de noviembre de 1998.

y numerosos médicos tienen dificultades para expresarse en un lenguaje claro, desprovisto de tecnicismos¹². El comportamiento del médico es determinante para la posterior colaboración del enfermo, la comprensión y aceptación, por parte del enfermo de las indicaciones del médico, torna más proclive la posibilidad de nuevas consultas.

En las referidas Jornadas Fátima Oliveira puso atención, desde la bioética, sobre un aspecto de la realidad que a veces no merece suficiente consideración: la distinción entre *consentimiento libre e informado y competencia para consentir*. Así, citando a Charles Culver, planteó que el consentimiento para ser válido exige tres elementos básicos: 1) recepción de información adecuada en cada caso, 2) ambiente y situación de no coacción, 3) la persona debe ser totalmente competente para consentir o rechazar el tratamiento, exámenes o similares¹³.

Distinguió entre **autonomía reducida y vulnerabilidad**. "¿Quiénes son las personas vulnerables? Son las personas que por condiciones sociales, culturales, étnicas, políticas, económicas, educacionales y de salud tienen diferencias, establecidas entre ellas y la sociedad que las rodea, transformadas en desigualdades. La desigualdad, entre otras cosas, las torna incapaces, o por lo menos, dificulta enormemente, su capacidad de expresar libremente su voluntad. La autonomía es un atributo individual, en cuanto que la vulnerabilidad puede ser individual o colectiva"¹⁴.

Creemos útil reflexionar sobre las consideraciones efectuadas ya que el respeto al valor *igualdad* así lo impone. Cualquier persona de la sociedad puede verse afectada en su salud, y mientras menor sea su formación, o su condición social o económica lo coloque en situación de desventaja frente al resto, mayores serán las dificultades que se le presenten para asumir el diagnóstico, los estudios o tratamientos. Será quien más apoyo necesite de parte de los profesionales intervinientes, el *principio de equidad* indica dar a los que menos tienen para hacer posible la *igualdad*.

Es siempre conveniente la participación de un equipo interdisciplinario preparado para abordar la ardua problemática; que no considere a la persona de modo fragmentado, por un lado su parte física, por otra su

¹² Debiera ser éste un aspecto a considerar en la formación de los profesionales de la medicina para evitar los efectos perjudiciales de la comunicación inadecuada.

¹³ CULVER, CHARLES M. *Competencia do paciente. Bioética*. SEGRE, MARCO y COHEN, CLAUDIO (org.) Edusp, SP, 1ª edición, 1995, pág. 63-73. Citado por FÁTIMA OLIVEIRA en su ponencia ante las IV Jornadas Latinoamericanas de Bioética.

¹⁴ GUIMARAES, MARÍA CAROLINA S.; NOVAES, SYLVIA CAUBY. "Vulnerables". Citadas por FÁTIMA OLIVEIRA en su ponencia ante las IV Jornadas Latinoamericanas de Bioética.

siquis, su situación familiar, económica, sino que cada uno aporte desde su disciplina y trabaje con el médico de cabecera para ayudar al paciente a afrontar el resultado y colabore con la toma de decisiones.

Por otra parte, el consentimiento no es un acto único, no se identifica con un momento, sino que tiene que ver con un proceso. Se debe tratar de lograr el compromiso del paciente, por su propia convicción y no por cuestiones puramente legales¹⁵.

Libertad de terapia.

La relación médico-paciente está regida por nuevos parámetros para cuya determinación han influenciado diversos factores científicos, sociales, jurídicos, interrelacionados entre sí. Esto se refleja en la libertad de terapia, en la eficacia del consentimiento, en la posible responsabilidad médica derivada de la actividad médico-quirúrgica.

Los avances científicos permiten que frente a una misma enfermedad puedan existir distintas alternativas de tratamientos, la decisión sobre la terapia que debe aplicarse y sobre quién decide cuál es la terapia adecuada es lo que se conoce como libertad de terapia.

Paralelamente a la evolución científica, se han producido cambios sociales que determinan el establecimiento de una nueva relación entre facultativo y paciente que pasa de una situación de jerarquía del primero a una situación de igualdad entre ambos. La posibilidad de acceso a los conocimientos de un modo más generalizado y, por otro lado, el reconocimiento legal de los derechos de los pacientes han posibilitado esta modificación: que la libertad de terapia pase de ser un derecho del facultativo a un derecho del paciente.

Además del reconocimiento de los derechos de los pacientes, se ha producido una inversión en la escala de valores en que se encontraban estos derechos. Tradicionalmente ha sido la vida el derecho fundamental por an-

¹⁵ Una cuestión que merece un tratamiento particular, que excede el propósito de las reflexiones de este trabajo, es lo referido a que la autonomía como ejercicio de la libertad justificaría que, llegado el caso, alguien pueda negarse a conocer cierta información genética (pensamos que no sólo genética). Este derecho encontraría sustento en la libertad y no en la intimidad, pues ésta lo que impide es que ciertos datos personales se den a conocer a terceros. Sin embargo, la libertad de información puede prevalecer cuando la información tiene relevancia pública y no contradice los usos sociales. ATIENZA, M., "Juridificar la Bioética. Bioética, derecho y razón práctica: Claves de razón práctica". 1996, 12, citado por FRANCISCA PUIGELAT MARTÍ en *Bioética, Derecho y Sociedad*, p.51, Coordinación de María Casado. Editorial Trotta, S.A., Madrid, 1998.

tonomasia, configurado como un derecho – deber indisponible por su titular; en la actualidad se pone en tela de juicio la supremacía de la vida sobre otros valores como son la dignidad y la libertad, y en consecuencia su indisponibilidad con carácter absoluto. Se acentúa la importancia de la calidad de vida, como expresión de esos valores.

La exigencia del consentimiento del paciente para la realización de una intervención médica y la posibilidad del rechazo, por parte de éste, es consecuencia directa de la aceptación de una cierta disponibilidad de la vida, que puede supeditarse a otros derechos como la dignidad y la libertad. El derecho a la elección de la terapia por parte del paciente puede entrar en conflicto con la libertad de terapia como derecho del facultativo, por lo que hay que buscar cuáles han de ser los criterios de solución.

Otro aspecto que afecta a los cambios jurídicos de la relación médico-paciente es el nuevo concepto de salud, se trata de proteger la salud física y síquica y no únicamente la integridad física. En muchas ocasiones la protección de la salud física en el sentido de prolongar las posibilidades de vida, pueden entrar en contradicción con la salud síquica y con el libre desarrollo de la personalidad.

Esto requiere un replanteo del concepto de salud, partiendo del concepto que entiende a la salud como bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de enfermedades (Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud).

Ello implicaría repensar los criterios de decisión adoptados en casos en que se resolvió prohibir la esterilización de la mujer insana, o no se permitió el adelantamiento del parto del feto anencefálico.

Las excepciones al derecho de elección de la terapia por parte del paciente no se basan en el derecho del facultativo a elegir la terapia sino: a) en la existencia de otros riesgos, b) en la imposibilidad del ejercicio de la libertad de terapia por parte del paciente, c) por no poder consentir válidamente. Para los casos de imposibilidad física o síquica del sujeto titular del derecho, debiera admitirse la posibilidad de ejercer esta facultad al cónyuge, hijos, parientes próximos, proponiendo como criterio a los efectos de establecer un orden de prelación el establecido por la Ley de Transplantes de Órganos, Ley 24.193, art. 21.

También debiera analizarse la conveniencia de incorporar en nuestra legislación las llamadas “disposiciones vitales” o “disposiciones o estipulaciones para la propia incapacidad”, mandato de autoprotección. No estimamos adecuada la expresión “testamento de vida” pues de lo que se trata es de la posibilidad de adoptar decisiones con efectos en vida del disponente.

En cuanto a la forma a cumplir, la disposición debiera ser un acto jurídico formal, realizado bajo la forma de instrumento público.

Podría decirse que el deber de información está limitado exclusivamente por la imposibilidad de informar –hipótesis que debiera ser resuelta conforme lo manifestado de modo precedente - o por el ejercicio del derecho del propio paciente a no ser informado. En estos supuestos la intervención médica ha de ser la mínima necesaria y el médico ha de elegir siempre la terapia dominante y menos agresiva.

El derecho a la información es un derecho fundamental puesto que su incumplimiento deja vacío de contenido a los demás, por tanto se corresponde al deber médico de informar.

El consentimiento sólo es válido si el paciente está debidamente informado, en consecuencia hay que determinar el **objeto** y alcance de la información que el facultativo debe ofrecer al paciente. El objeto es la modalidad y gravedad de la enfermedad, los peligros que conlleva y los tratamientos posibles; los efectos que para la salud tiene la aplicación de cada tratamiento y el pronóstico en el supuesto de no llevarse cabo el tratamiento. La información debe referirse también a las medidas preventivas que, en su caso, debe tomar el paciente para evitar el contagio y la propagación de la enfermedad. La información, conforme lo ya expresado, debe ser brindada en lenguaje inteligible, de acuerdo al nivel cultural del paciente a quien se está dirigiendo.

La libertad de autodeterminación del sujeto, considerado como derecho fundamental, es lo que justifica la gran importancia que actualmente se otorga al consentimiento informado. En algunas legislaciones como el en Código Penal austríaco se sanciona el tratamiento realizado sin autorización como delito contra la libertad protegiendo el derecho a la libre autodeterminación del sujeto. En España aún cuando no está contemplado de modo específico, esta conducta también puede ser entendida como delito de coacciones¹⁶.

Límites a los actos de disposición del propio cuerpo.

Estos derechos afectan a cuestiones relevantes en el campo de la disposición del propio cuerpo, pero los derechos que se reconocen no son ilimitados. Hay límites intrínsecos y extrínsecos; los intrínsecos viene mar-

¹⁶ MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, "Libertad de terapia versus consentimiento" en *Bioética, Derecho y Sociedad*, Coordinación de María Casado. Editorial Trotta, S.A., Madrid, 1998.

cados por la propia naturaleza del derecho, ir más allá de esa naturaleza sería abusar de ese derecho. Los extrínsecos lo establece el propio ordenamiento jurídico, que limita el ejercicio de estos derechos al hecho de que su uso no suponga la lesión de otro derecho.

La determinación del contenido específico de cada derecho y el de sus límites respecto a otro no es tarea simple, lo que ha sido destacado por la teoría jurídica al manifestar que las disposiciones sobre derechos son disposiciones que expresan principios. Entre estas disposiciones el conflicto está siempre latente y no puede resolverse haciendo desaparecer una de ellas, en cada caso concreto habrá que decidir cuál es el principio que prevalece. Lo que se decida en un caso puede servir, sin embargo, para configurar una norma aplicable a casos iguales al que dio lugar al establecimiento de la norma fruto de una colisión entre principios (Dworkin, 1984, 80¹⁷).

Las disposiciones constitucionales o legales acogen una pluralidad de valores que no están ordenados jerárquicamente, por ello siempre hay un **conflicto** latente entre las diversas disposiciones constitucionales. Para solucionar estos conflictos los tribunales han desarrollado **técnicas argumentativas** tendientes a **ponderar** qué disposición prevalece en caso de conflicto.

Determinar el peso que ha de darse a un principio sobre otro no es tarea simple. Compartimos la idea de que no se da una jerarquía entre las diversas disposiciones constitucionales que opere de forma automática. La solución ha de darse en cada caso. Esto no excluye que a partir de este proceso de resolución de casos pueda llegar a establecerse una cierta ordenación en la aplicación de los principios; sí pueden fijarse ciertas reglas que sirven para facilitar el mecanismo de ponderación. (Atienza, 1996, 9¹⁸). En primer lugar el tribunal determina el tipo de conflicto que se suscita en cada caso, y en segundo lugar configura reglas de prioridad. Éstas no establecen que un determinado principio siempre prevalezca sobre el otro pero sí suministran puntos de referencia para resolver el conflicto.

Así con respecto al conflicto entre el derecho a la libertad de *disposición del propio cuerpo y la vida*, conforme las últimas decisiones judiciales adoptadas en nuestro país, la regla sería: el derecho a la libre disposición del cuerpo tiene preferencia *prima facie*. La concepción de que la dig-

¹⁷ DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.

¹⁸ ATIENZA, MANUEL, "Juridificar la Bioética. Bioética, derecho y razón práctica: Claves de razón práctica", p.2-15, citado por Francesca Puigpelat Martí en *Bioéticas y valores constitucionales*, Editorial Trotta S.A., Madrid, Año 1998.

nidad y la libertad son valores supremos, permiten sostener estas resoluciones.

En opinión de Atienza el alcance de las reglas puede ser discutible y éstas pueden irse modificando con la aparición de nuevos casos. Pero pese a ello su función es importante en la medida en que su seguimiento evita que las decisiones sean un conjunto de soluciones arbitrarias y subjetivas. El seguirlas dota a las decisiones de un cierto grado de coherencia. A su vez, en la medida en la que no sólo sirven para un caso concreto sino que son utilizadas para casos futuros, permiten generar expectativas y garantizar cierta seguridad.

Estimamos imprescindible analizar estas cuestiones a la luz de los principios de la bioética: autonomía, no maleficencia, beneficencia y justicia. Históricamente la ética médica se configuró en torno a los principios de no maleficencia y el de beneficencia. Sólo en los últimos tiempos han alcanzado reconocimiento el de autonomía y el de justicia.

Estos principios no son absolutos sino *prima facie*, que en ciertos casos pueden entrar en conflicto. Ya expresamos nuestra opinión acerca de que no hay criterios que establezcan algún tipo de jerarquía entre los principios, esta concepción no admite jerarquización, sino que entendemos que todos los principios han de ser sopesados en algunas circunstancias. La relevancia de un principio sobre el otro se establece en relación al caso concreto. El balance entre principios sólo podrá verse como un proceso de justificación adecuado cuando en él se hayan aducido buenas razones. Entendemos adecuada la proposición de Atienza que aconseja seguir el modelo de la argumentación jurídica y establecer un conjunto de reglas, que se habrán construido sobre la base de la resolución de casos problemáticos. Hasta ahora estas reglas han venido fijándose por vía judicial, y nos parece este el modo más adecuado.

En cuanto a determinar cuándo un acto entra en colisión con el **orden público** es tarea harto difícil, por lo complejo que resulta determinar este concepto. Bien expresa María del Carmen Cerutti¹⁹ que: "El orden público se convierte en un principio informador de un sistema jurídico y el primer orden público es la Constitución, su alcance y sus límites son de contenido variable, hace al complejo de ideas, principios y normas con que

¹⁹ CERUTTI, MARÍA DEL CARMEN. "El orden público en el Código Civil Argentino. Algunas cuestiones relativas a su uso" en *Derecho Civil y Comercial. Cuestiones Actuales*, Edit. Advocatus, Córdoba, 1990, p.111, 112.

la sociedad—en un momento de su devenir- dirige las acciones, controla sus actos y juzga los hechos: lo justo y equitativo, la “razonabilidad” frente a lo arbitrario y discrecional”; y agrega más adelante que también son de orden público las normas relativas a la licitud o moralidad del acto o lo atinente a las buenas costumbres.

Creemos que los cambios culturales y sociales operados en cuestiones vinculadas a la disposición del propio cuerpo hacen que se pueda proponer revisar algunos criterios. Por ejemplo, el que hace a las cuestiones atinentes a la salud reproductiva en miras a un ejercicio responsable de la paternidad es un ámbito de la esfera de la intimidad de las personas, de su privacidad que no interfiere en derechos de terceros. Las referencias a los principios de la bioética, sustentan una propuesta de modificación del ordenamiento jurídico. Se evitará así la hipocresía que se observa desde la realidad, prácticas que se realizan de modo corriente en centros de salud privados no son ejercitadas en el ámbito del hospital público.

La posibilidad de reformar el orden legal vigente supone aceptar que detrás de la norma, regla o ley, hay una dimensión valorativa que les da sentido, respetando la importancia de la construcción social que permite analizar la significación que la sociedad otorga a las normas históricamente. Las reglas nos obligan a cumplirlas y a respetarlas pero no a renunciar a la participación en la innovación o modificación de las mismas.

Bibliografía:

• ATIENZA, Manuel, “Juridificar la Bioética. Bioética, derecho y razón práctica: Claves de razón práctica”, p.2-15, citado por Francesca Puigpelat Martí en *Bioéticas y valores constitucionales*, Editorial Trotta S.A., Madrid, Año 1998.

• BIDART CAMPOS, German, ¿“Hay un” orden jerárquico “ en los derechos personales?, en E.D. T. 116-800.

• CERUTTI, María del Carmen, “El orden público en el Código Civil Argentino. Algunas cuestiones relativas a su uso” en *Derecho Civil y Comercial. Cuestiones Actuales*, Edit. Advocatus, Córdoba, 1990, p.111, 112.

• CERUTTI, María del Carmen- PLOVANICH, María Cristina, “Identidad Personal” en *Revista de la Facultad*, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de derecho y Cs. Sociales, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1998, p. 147.

• CORCOY BIDASOLO Mirentxu, “Libertad de terapia versus consentimiento” en *Bioética, Derecho y Sociedad*, Coordinación de María Casado. Editorial Trotta, S.A., Madrid, 1998.

• CULVER, Charles M. *Competencia do paciente. Bioética*. SEGRE, Marco y COHEN, Claudio (org.) Edusp, SP, 1º edición, 1995, pág. 63-73. Citado por Fátima OLIVEIRA en su ponencia ante las IV Jornadas Latinoamericanas de Bioética.

DERECHO A DISPONER DEL PROPIO CUERPO

- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.
- EKMEKDJIAN, Miguel Angel: "Jerarquía Constitucional de los derechos civiles" en LL -1985-A-847 y "De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles" en E.D. T.114-945.
- GUIMARAES, María Carolina S.; NOVAES, Sylvia CAUBY. "Vulnerables". Citadas por Fátima OLIVEIRA en su ponencia ante las IV Jornadas Latinoamericanas de Bioética.
- HOFFT Pedro F. *Bioética y Derechos Humanos. Temas y casos*, Ed. Depalma, Bs.As. 1999.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Últimas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad médica", en JA 1994- II- 815.
- LEÓN, Augusto, "Relación médico - paciente" en *Medicina Social. Número Extraordinario. Responsabilidad médica, civil, penal y disciplinaria de los profesionales de la salud*. Ediciones Fundaeducó. Barquisimeto, Venezuela. 1985. Pág. 257- 258.
- NINO, Carlos S.: *Ética y Derechos Humanos*. 2da.edición, Bs.As., Astrea, 1989, pág. 46.

MEDITACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADOR DE SOCIEDAD POR INSOLVENCIA

por Efraín Hugo Richard¹

Resumen: El A. intenta acotar la operatoria de sociedades en cesación de pagos a través de la aplicación del derecho civil y del societario para responsabilizar a los administradores, aún cuando se hubiera abierto un proceso concursal respecto a la sociedad, con trámite no atraído.

Palabras Claves: Administrador – Insolvencia – Responsabilidad - Concursos

Sumario: I – CONTINUIDAD DE LA INVESTIGACION II –RESPONSABILIDAD EN DERECHO SOCIETARIO. III – ACCION INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD. 1. Daño fuera de ejercicio ordinario de la función. 2. Daño directo. 3. Patrimonio o capital insuficiente. 4. Extraconcursalidad de la acción. 5.. Daño resarcible. IV - CONCLUSION.

I – CONTINUIDAD DE LA INVESTIGACION

En el Anuario V, inmediato anterior al presente, del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad

¹ Profesor Emérito U.N.C., Investigador cat. 1 de CONEAU, Miembro de su Comité de Expertos, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba, Doctor "honoris causa" por la Universidad Nacional de Tucumán. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y Director de su Instituto de la Empresa, es Profesor de Postgrado en nuestra Universidad y en diversas universidades, y Profesor Extraordinario de la Universidad Notarial Argentina y Universidad Católica de Salta. Integra el Comité de Referato de diversas revistas especializadas, con las que colabora, richardjuris@arnet.com.ar

Nacional de Córdoba, a pág. 55 obra nuestro trabajo *Meditaciones para una investigación: ¿Es eficiente el sistema concursal? La insolvencia empresarial dentro de las relaciones de organización*, donde afrontábamos la falta de eficiencia del sistema concursal para prevenir y subsanar los efectos nocivos de la insolvencia cuando perdura en el tiempo.

Concluíamos dichas meditaciones avizorando vías no concursales de reparación, tales como las de responsabilidad previstas en el Código Civil y en la Ley de Sociedades Comerciales.

Retomamos en ese punto el ensayo.

II - RESPONSABILIDAD EN DERECHO SOCIETARIO²

No se trata de ampliar la responsabilidad de los administradores societarios en cuanto al riesgo empresarial. La Empresa debe ser autosuficiente generando, a partir de su patrimonio y el plan o directriz de desarrollo de sus actividades, los medios para su manutención económica; esto implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su destino su autodestrucción por económicamente inviable³. Por otra parte la empresa viable es la única que merece conservarse, sea por disposiciones concursales, pre concursales o extraconcursoales. La sociedad es la estructura técnica jurídica personalizante a disposición del empresario como instrumento "de organización". La organización no sólo supone la disponibilidad jurídica de órganos, de un sistema de imputación simplificante de las relaciones jurídicas con terceros y socios, sino la actuación coherente del órgano de administración asegurando el cumplimiento del "objeto social" como forma de manifestación de la empresa o empresas, con la dotación patrimonial adecuada.

Las acciones de responsabilidad, como la de imputabilidad aditiva (muchas veces denominada como de inoponibilidad de la personalidad jurídica⁴), no requieren —como las acciones revocatorias concursales o de

² Puede verse nta. posición en RICHARD, E.H. y MUIÑO, ORLANDO M. *Derecho Societario*, Ed. Astrea, Buenos Aires, pág. 543 y ss.

³ Nto. *La conservación de la empresa en las leyes de sociedades y de concursos*, con FRANCISCO QUINTANA FERREYRA, en RDCO año 1978 Pág.1373; *La conservación de la empresa*, Anales de la Academia Nacional de Derecho tomo XXV Pág.107 y ss. .

⁴ nta. comunicación sobre "las sociedades comerciales y su actuación en el mercado" al Primer congreso argentino-español de derecho mercantil, Valencia, España, 19, 20 y 21 de Septiembre de 2001, con títulos Sociedades comerciales y personalidad jurídica *Allanamiento, desestimación e inoponibilidad de la personalidad jurídica*.

extensión de la quiebra- de un presupuesto de insolvencia o de declaración de quiebra para ampliar la legitimación pasiva o autorizar la promoción de acciones especiales.

La limitación de responsabilidad de los administradores esta basada en el supuesto de un comportamiento leal.

Obviamente que esas acciones están vinculadas al derecho de daños y a la clásica teoría general de la responsabilidad que comporta, para una obligación de medios⁵.

La determinación del sujeto damnificado, legitimado para accionar por la reparación, surge de identificar a quien ha sufrido el daño o perjuicio y permite la división de las acciones de responsabilidad en social o individual. En la segunda se legitima a los accionistas y terceros individualmente, y no depende de ningún trámite previo.

Si la actuación torpe de los administradores genera perjuicio a terceros, éstos pueden promover una acción individual de responsabilidad civil, bajo los mismos presupuestos clásicos de la responsabilidad subjetiva, exigiéndose además de la infracción a la norma la concurrencia de la culpa, el daño y la relación de causalidad.

III - ACCION INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD

La ley de sociedades destina un solo artículo, el 279 LS, que establece que los accionistas y los terceros conservan siempre sus acciones individuales contra los directores. Cuando la conducta antijurídica de los administradores ha causado un daño al patrimonio personal de los accionistas y de los terceros, éstos tienen una acción individual para obtener el resarcimiento del daño sufrido⁶.

La responsabilidad surgirá cuando exista daño a los acreedores y el mismo permita legitimar a éstos activamente para reclamar a administradores societarios como legitimados pasivos. Se resolvió en un caso que se infligió un "daño directo al actor en tanto, encontrándose en cesación de pagos y en la búsqueda de medios ruinosos, lo convenció de que formaliza-

Responsabilidad de los integrantes de los órganos de administración. Responsabilidad de los controlantes" (Una propuesta metodológica).

⁵ ARAYA, MIGUEL C. *Responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima en Derechos patrimoniales* Estudios en homenaje al Profesor emérito Dr. EFRAÍN HUGO RICHARD, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2001, bajo la dirección de Laura Filippi y María Laura Juárez, página 639 tomo II, especialmente pág. 647.

⁶ ARAYA M.C. *Responsabilidad...* cit. pág. 652.

rá un préstamo a nombre de una sociedad que él manejaba discrecionalmente y sabía que carecía de toda solvencia, para quedarse con los fondos en provecho propio y en perjuicio del mutuante. De tal suerte se presenta la situación del director que induce a la concesión de crédito a una sociedad en situación real de insolvencia que es expresamente ejemplificada por Garríguez y Uría frente al tercero por lesión directa a su patrimonio⁷, siendo para el juez fundamental que haya obrado a nombre de la sociedad, ya que de lo contrario, se estaría en la órbita del art. 1109 del C.Civil, sin necesidad de acudir a la normativa societaria”⁸.

Sin la causación de un daño directo no cabría el ejercicio de la acción. Debe existir el daño directo que incida en forma inmediata sobre el patrimonio del tercero (o de un socio), señalándose como supuestos de daños directos la obtención de un crédito o aval facilitado por tercero, ocultado a éstos la situación difícil de la sociedad⁹.

1. DAÑO FUERA DEL EJERCICIO ORDINARIO DE LA FUNCION.

Ciertas posiciones “limitan las acciones individuales de responsabilidad promovibles por socios y terceros a supuestos de daños causados por los administradores fuera del ejercicio ordinario de las funciones orgánicas”, particularmente dentro de una antigua doctrina extranjera.

En Francia según una bien consolidada jurisprudencia, la responsabilidad personal de un administrador de sociedad a responsabilidad limitada frente a terceros no existe, a menos que haya cometido una culpa separable de la propia función, que le sea imputable personalmente. La Corte de Apelaciones de París, con sentencia del 10 de septiembre de 1999, consideró cometida tal culpa por el administrador de una sociedad a responsabilidad limitada que había decidido modificar la denominación, la sede y el objeto de la sociedad de la cual era socio principal y único dependiente, a fin de ocultar que la empresa que él administraba comercializaba productos

⁷ ver *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas* t. II, Madrid 1976 página 196, capítulo I nro. 2, último párrafo.

⁸ Fallo de Primera Instancia Juez Dr. Eduardo Favier Dubois (h) en “Peacan Nazar c/ Torres Astigueta” del 16 de mayo de 1995, La Ley t. 1996 C fallo n° 94379, comentado por Alberto Conil Paz “Responsabilidad de representantes sociales y quiebra”, confirmado por la CNCom Sala E 16.5.95 apoyando la doctrina el dictamen del Fiscal de Cámara, en ED t. 168 p. 496.

⁹ *Responsabilidad de los administradores – Levantamiento del velo* Dossier práctico de la redacción de la editorial Francis Lefebvre, Madrid 1998, pág. 49.

similares a aquellos realizados por una sociedad cliente, la cual había encargado a la sociedad de responsabilidad limitada el promoverlos. Consecuentemente, el administrado ha sido condenado al resarcimiento de los daños a favor de la sociedad cliente por un monto de cerca de 80M de francos. Por otro lado, la Corte de Apelación ha mantenido que, el conocimiento de clientela y la substracción de información favoreció el desarrollo del producto con las mismas características de aquel de la sociedad cliente, por lo que este acto no podía ser considerada culpa separable de la función del administrador. En esta doctrina va entrelíneas que un administrador es responsable de la culpa cometida en la administración frente a la sociedad y no de terceros; es la persona jurídica que es responsable frente a terceros, por los actos culposos cumplidos en el ámbito de una actuación dañosa de la administración. Es por esto que, en el caso comentado, al administrador ha devenido en responsable a título de culpa por su calidad de socio: la decisión de modificar la denominación, la sede y el objeto social, concretamente es decisión que comparta una modificación estatutaria, y ello es de competencia exclusiva del socio (el administrador poseía una fracción de capital que no le permitía la modificar del estatuto). Y por una culpa cometida en calidad de socio, naturalmente escindible de la función de gestión, que ha llevado a condenarlo en el caso. El caso en que existe una culpa "separable" de la función de administrador son muy raras: sólo la culpa cometida por motivos personales (perseguir el propio interés, animosidad frente a la víctima, venganza...) o de una gravedad excepcional, que exceda del normal ejercicio de la propia función, pueden comportar la responsabilidad personal del administrador¹⁰.

No es esa la estructura de la responsabilidad en el derecho privado nacional —extendido al público a través del art. 1112 C.C.—, lo único que se restringe es que el daño causado a la sociedad sea intentado ejercer por los acreedores a través de una acción individual.

Esa doctrina esta contestada indirectamente por el Dr. Eduardo Favier Dubois (h) en el fallo referido en el apartado anterior, que indica la aplicabilidad del art. 1109 C.C...

Una doctrina restrictiva semejante puede llevar a que un administrador de sociedad dañe impunemente a terceros bajo el concepto de ser el órgano de la persona jurídica societaria.

Se sostiene que "NO HAY RESPONSABILIDAD CIVIL DE ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES COMERCIALES POR ERRORES

¹⁰ Bulletin rapide de droit des affaires 15 noviembre 1999.

DE GESTION EN EL DERECHO ARGENTINO”¹¹ determinándose como riesgo empresario el error de gestión o la decisión administrativa equivocada, pero no la realizada a sabiendas o con negligencia que importaría una supuesta culpa grave o dolo si cabe tal distinción. Se subraya: “el sistema de responsabilidad civil de administradores que se adopte es una importante decisión de política legislativa. Un sistema “blando” de responsabilidad actuará como un aliciente para la actividad empresarial, pero probablemente determine un relajamiento de las reglas de responsabilidad. Por su parte, un sistema “duro” de responsabilidad actuará como un elemento moralizador del mercado...”.

En relación al derecho norteamericano, con respecto al período de preconcursabilidad, o sea de sociedad en estado de cesación de pagos cuyos administradores no abren los procedimientos concursales, la jurisprudencia ha dado un viraje a partir de 1991 sosteniendo la responsabilidad civil de esos administradores frente a los nuevos acreedores¹². En base a la “business judgement rule” “si la decisión fue tomada sin la información adecuada y disponible, ha existido una gruesa negligencia (culpa grave) del empresario por lo que deberá responder civilmente”¹³. Se expresa¹⁴ “... si en la actualidad una compañía se ve metida en líos, los consejeros pueden ser demandados a título personal.... De hecho, la mayoría de los consejeros insisten en la actualidad para que sus compañías suscriban fianzas a su favor para hacer frente a cualquier pleito que se entable contra ellos”. Puede contratarse seguro? El dolo no es asegurable, PERO PUEDE asegurar la Sociedad, en cuyo caso la Cía Aseguradora puede repetir contra el director.

La jurisprudencia belga desde fines del año 1991 extiende la quiebra al maitre de l'affaire persona síquica¹⁵, administrador o controlante.

“El desarrollo de las tareas correspondientes al ejercicio de la gerencia de una persona jurídica no significa asumir una responsabilidad personal que, como excepción, solo cabe admitir cuando se acredita una maniobra fraudulenta”¹⁶

¹¹ En comunicación de ese nombre de DOBSON, JUAN MALCOLM a pág. 101 tomo V del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Rosario, octubre 2001).

¹² VICARI, ANDREA *I doveri degli amministratori in caso de insolvenza della società nel diritto statunitense*, en Rivista delle Società 1999 p. 1244 y ss.-.

¹³ cfme. DOBSON *No hay responsabilidad...* cit. pag. 105.

¹⁴ GIBNEY, FRANK *“El milagro programado”* 2ª. Ed. Sudamericana Planeta, Buenos Aires 1987, p. 13.

¹⁵ Anales de la Facultad de Derecho de Lieja, en pág. 20-1991.

¹⁶ CNAT, Sala III, in re “Silvero, Victor Hugo y otros c/ Jowas S.R.L. y otro s/ embargo preventivo-despido”, SD60.913.

Ante doctrinas que restringen la responsabilidad del administrador frente a terceros, adquieren importancia soluciones concretas como las de la legislación española respecto a la SA y a la SRL, o la francesa e inglesa en el caso de falencia de la sociedad, e incluso el alcance del art. 173 ley 24522, calificándose de dolosa la actitud del administrador que contrae obligaciones para la sociedad a sabiendas que no podrá satisfacerlas.

2. DAÑO DIRECTO

¿Cuándo hay un daño directo?

Es un tema de causalidad dentro de la teoría general de la responsabilidad. Si se sostiene que es el administrador directamente el que debe causar el daño, y no hacerlo a través de la sociedad, no se centra adecuadamente la cuestión, que quedaría dentro de las previsiones genéricas del art. 1109 C.C.. En este aspecto parece correcto exigir el daño directo al tercero, o sea que el tercero no sufra el daño en forma refleja por el perjuicio que el administrador generó a la sociedad que administra. Esto generaría en la teoría general una acción oblicua para que el acreedor de la sociedad ejerza la acción que éste tiene contra el administrador, y que habilita el art. 173 ley 24.522 en el caso de quiebra.

El punto, dentro de la teoría general, es si la actuación del administrador de la sociedad viola el estándar del art. 59 de la ley 19.550, y de ello resulta un daño directo al tercero, aunque la conducta del administrador lo haya sido en el ejercicio de sus funciones propias. Contraer obligaciones a sabiendas de no poder cumplirlas íntegramente, recibir el precio de un auto sin girar el monto a la fábrica para que liberara su patentamiento son dos ejemplos de un daño directo por el obrar impropio de "buen hombre de negocios".

Es esclarecedora la opinión¹⁷ que se refiere a la "incidencia directa del daño sobre el patrimonio del socio o del tercero, que no sea un mero reflejo del eventual daño en el patrimonio social.... también parece producir-

¹⁷ En Estudios jurídicos en homenaje a Aurelio Menéndez Menéndez, tomo II Derecho de Sociedades, Madrid, Civitas 1996 pág. 1679, *Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y accionero por no promoción o remoción de la disolución* por Gaudencio Esteban Velasco, especialmente Pág. 1683 Responsabilidad de los administradores por daño directo. La acción Individual, transcribimos Pág. 1698 Daño Directo.

se para los nuevos acreedores de la sociedad¹⁸ surgidos a partir de la situación de crisis irreversible (cesación general de pagos o insolvencia), que se ha prolongado sin que los administradores hayan adoptado las medidas exigidas por concretos deberes legales o por la observancia del deber de diligencia en las circunstancias del caso. Sin perjuicio de la eventual lesión del patrimonio social, el daño es directo, en la medida en que la conducta ilícita del administrador (p.ej. en los supuestos de falsa información documental que sirve de base a la operación) lleva al tercero a confiar en la situación patrimonial aparente y a concluir el negocio que después resulta dañoso (véase Bonelli, Responsabilidad, p. 201, texto y nota 191). También soporta directamente el daño el acreedor en caso de que el administrador imparta la orden de no atender al vencimiento una obligación de la sociedad o impida satisfacer la prestación debida. En cambio, resulta más discutible, como ya se ha advertido, que la omisión de deberes en ocasión de la concurrencia de determinadas causas de disolución o de los presupuestos para la apertura de la quiebra provoque propiamente un daño directo en los acreedores anteriores a ese momento, que han establecido sus relaciones con la sociedad en condiciones normales y que deben en principio asumir los riesgos eventuales de crisis e insolvencia de la otra parte. Ciertamente la omisión de aquellos deberes (en particular en los supuestos de crisis irreversible) perjudica a los acreedores surgidos con anterior a ese momento....”.

Adherimos a las disquisiciones precedentes. Debe remarcarse el carácter sancionatorio del sistema legal español bajo los supuestos de incumplimiento del deber de convocatoria de la Junta General, de la solicitud de disolución judicial, en la SRL del transcurso de un año desde la adopción de un acuerdo de reducción obligatorio del capital por debajo del mínimo legal sin que haya inscrito la transformación o la disolución o el aumento de su capital. Se determina el carácter solidario de la responsabilidad con extensión a todas las deudas sociales. La nueva legislación española viene a cubrir la falta en la del año 1951 de un sistema que asegurara la disolución en presencia de una causa legítima. “Tres son las piezas que componen ese mecanismo legal: el deber de los administradores de convocar Junta General en el plazo de dos meses desde que concurra causa de disolución, la admisión expresa de la disolución judicial cuando la sociedad no proceda a acordar la disolución o la remoción de la causa, para lo cual se concede legitimación a cualquier interesado y se impone un deber de solicitud a los administradores; y la imposición a los administradores de una

¹⁸ Sigue el trabajo citado en nota anterior a pág. 1699.

sanción consistente en la responsabilidad por las obligaciones sociales, cuando incumplan cualquiera de los deberes indicados. La más llamativa de esas disposiciones es, sin duda alguna, la que sanciona a los administradores con la responsabilidad solidaria por las deudas sociales (arts. 265.2 y 5 LSA y 195.5 LSRL), algo que puede sorprender en unas sociedades en las que los socios no responden de las deudas sociales (arts. 1 LSA y 1 LSRL).¹⁹

“Con el artículo 262.5, la Ley (española) persigue la misma finalidad. Pero en lugar de quedarse pasivamente esperando a que de forma espontánea los administradores y los socios lleven a cabo las actuaciones conducentes para conseguir la disolución, el legislador del 89 da un importante paso adelante: ha configurado un recurso (la extensión de responsabilidad por deudas) para disuadir a los administradores, con una sociedad en estado de disolución entre sus manos, de que contraigan nuevos compromisos con terceras personas; pero un recurso que al propio tiempo facilita el remedio para salvaguardar los intereses de los terceros sorprendidos en su buena fe: los terceros, en caso de incumplimiento por la sociedad deudora, podrán dirigir su poder de agresión contra el patrimonio personal de los administradores a quienes se hace garantes (responsables) solidarios del buen fin de las obligaciones contraídas.”²⁰

El derecho inglés, ha fijado criterios en la Insolvency Act de 1986, pero registra antecedentes desde el año 1924. Ha generado una regla en la que la culpa grave (“Wrongful trading”) consiste en la “continuación con la actividad empresarial cuando no existían perspectivas razonables de pagar las deudas a su vencimiento”, señalándose dentro de un catálogo de culpas graves: cobro de salarios muy altos, incumplimiento de contabilidad legal, redacción defectuosa de memorias e informes, falta de entrega de mercaderías o prestación de servicios que hubieran sido pagados, ventas por valores anormales²¹.

¹⁹ La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución, por Emilio Beltrán Sánchez pág. 133, en *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Director Juan Bolás Alfonso Notario, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid 2000.

²⁰ En los mismos trabajos citados en nota anterior: Estudios en homenaje a Menéndez Menéndez p. 2481 La responsabilidad por deudas de los administradores de sociedad anónima, por Luis Suarez-Llanos Gómez, especialmente pág. 2496. Sobre la responsabilidad por no convocar a junta general o no adecuar los Estatutos Sentencia del 30 de octubre de 2000 Tribunal Supremo Sala en lo Civil p. 1687 Tribunal Constitucional Sentencias y la sentencia del 21 de diciembre de 2000 p. 169.

²¹ Cfme. Dobson *La aplicación...* cit. pág. 106.

En tales supuestos hay daño directo al patrimonio del acreedor, pues en ningún caso se previó recurso patrimonial de la sociedad para satisfacerlo, existe una relación de causalidad entre el obrar del administrador al tomar el crédito u ordenar el suministro a sabiendas del incumplimiento, amen de la infracción a normas imperativas de la ley societaria en torno a su viabilidad y liquidación.

Una doctrina judicial semejante suplirá la falta de normas en la legislación concursal para imponer la presentación temporánea en concurso al advertirse el estado de cesación de pagos de una sociedad.

En un catálogo de hechos que acreditan conducta del administrador como causa de responsabilidad se ha apuntado: no llevar ningún tipo de contabilidad, no formular el administrador ningún balance sobre la situación de la sociedad, desaparición o cesación meramente de hecho de la sociedad²², ignorancia del administrador de todo lo relativo al tráfico y giro de la sociedad que administre, galopante incremento de las deudas de la sociedad, carácter de operación arriesgada, atribuible a las compras efectuadas, tras un año o más de ejercicios contables negativos, y particularmente subrayamos la contratación o asunción de deudas a sabiendas de la situación netamente deficitaria arrastrada²³.

El incumplimiento de esos deberes fiduciarios por parte de los administradores permite imputarles responsabilidad. No es necesario que el administrador se haya enriquecido, sino que con su obrar contrario al estándar del art. 59 ley 19.550 haya causado perjuicio al acreedor social.

Los administradores deben responder de los daños que causen a la sociedad o a terceros por no actuar "con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios", que es el standard que fija el art. 59 LS²⁴, imponiendo de seguido que "Los que faltaren a sus obligaciones son responsables ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultare de su acción u omisión". Subraya Halperin que es "un criterio objetivo de comportamiento (pero no una responsabilidad objetiva, agregamos).... la

²² En DE LA INSOLVENCIA, cit. nro. *Ausencia de sede y responsabilidad de administradores (II)*. Tomo III pág. 579.

²³ El catálogo corresponde a MOYA JIMENEZ, ANTONIO *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 2ª edición revisada y actualizada, Editorial Bosch, Barcelona 1998, pág. 19.

²⁴ Sobre la inteligencia de la locución puede verse a nuestro recordado HALPERIN, ISAAC *Sociedades anónimas. Exámen crítico del dto. ley 19550*, editorial Depalma, pág. 451 y nota 293, Buenos Aires 1974.

noción de buen hombre de negocios establece una auténtica responsabilidad profesional, ya que implica capacidad técnica, experiencia, conocimientos. Para apreciarla en el caso concreto se tendrá en cuenta: a) la dimensión de la sociedad, b) su objeto, c) las funciones genéricas que incumben como director y las específicas que se le hubieran confiado, d) las circunstancias en que debió actuar (urgencia, acopio de datos, antecedentes e informaciones, etc.) y cómo cumplió su deber de diligencia”²⁵.

La escasa jurisprudencia en lo comercial es compensada por una incipiente doctrina judicial laboral. Así por ej. 1° “La responsabilidad de los administradores societarios por relación laboral no registrada²⁶, en cuanto de ello resulte perjuicio al trabajador tercero. La operatoria de relaciones de trabajo “en negro” no sólo traduce un menor costo, una ruptura a la libre competencia, sino en intentar dejar inerte al empleado en caso de concurso de la administrada. 2°. La responsabilidad por deudas contraídas a sabiendas que no podían ser satisfechas por la sociedad.

3. PATRIMONIO O CAPITAL INSUFICIENTE

La infracapitalización aparece como la genética de la insolvencia. La falta de recursos patrimoniales para satisfacer normalmente las obligaciones asumidas constituyen el escenario del problema societario que estamos analizando. Y de allí se generan efectos básicos: la imposibilidad sobreviniente para el cumplimiento del objeto social —a veces no aparece una pérdida del capital estatutario— como causal de disolución y efecto propio de la funcionalidad societaria. O la responsabilidad de los administradores sociales por no adoptar las medidas congruentes a la situación societaria, y frente a terceros por infringirles daño al contraer obligaciones con el conocimiento genético de no poder satisfacerlas. O la responsabilidad de los controlantes de derecho o de hecho por el uso desviado del recurso técnico de la sociedad con limitación de responsabilidad de los socios, el control torpe o abusivo para actuar en fraude de terceros. Son tres caras de un mismo fenómeno que tienen distintas respuestas del sistema normativo o de la jurisprudencia ante los casos planteados. Al último de los supuestos sólo nos referiremos tangencialmente, centrándonos en esta comunicación en la responsabilidad de los administradores frente a los terceros.

²⁵ HALPERIN ob. cit. pág. 452/3.

²⁶ Conforme trabajo que con ese mismo nombre comentamos fallo, publicado en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley año I n° 4, agosto de 1999 pág. 59.

Los deberes fiduciarios del administrador societario frente a terceros están mejor delineado en las legislaciones donde no existe capital fijo, por lo que el administrador debe anualmente determinar el capital necesario para afrontar la continuidad de la sociedad (insolvency test), tutelando así a potenciales nuevos acreedores.

El apartamiento de las nociones de capital social fijo, para introducir en la de capital necesario para el giro social, es una noción que debe entenderse en nuestra legislación como vinculada a las obligaciones de los administradores sociales: operar in bonis, o sea sin caer en estado de cesación de pagos. El análisis del balance anual debería ser específico en ese aspecto, pero no lo libera del continuo análisis de la situación en el control permanente de la marcha del giro social. En legislaciones como la del Código Californiano se impone la imposibilidad de distribuir utilidades, entre otros actos, sino se somete a dos exámenes las cuentas sociales: Quantitative Liquidity Test y Quantitative Solvency Test ó de un simplificado Equity Insolvency Test²⁷.

Una dotación patrimonial insuficiente implica la existencia de una causal de disolución: "imposibilidad sobreviniente en el cumplimiento del objeto social" o sea la "inviabilidad de la empresa", fundando una causal de responsabilidad de los administradores (arts.59 y 99 LS). En la inserción de la cuestión dentro de la teoría general de los administradores de sociedades, no aparecen limitaciones como las que presenta el art. 173 ley 24.522 que sólo autoriza el resarcimiento de los daños causados por las conductas descriptas en la norma, además de limitar el factor de atribución al dolo.

Los administradores de un ente personificado deben cumplir su finalidad o objeto social conforme un patrimonio suficiente disponible a tal efecto, y en caso de dificultades económicas recomponer su situación patrimonial, incluso presentándose en concurso. El capital operativo de una sociedad debe ser suficiente²⁸ para llevar adelante la actividad propia del objeto social. De resultar insuficiente, conduciría a la sociedad al estado de insolvencia o de liquidación por imposibilidad de cumplimiento del objeto, sin perjuicio de la responsabilidad que acarrearán a los socios por su incumplimiento, y de los administradores por no cumplir con sus obligaciones.

²⁷ ESCRIBANO GAMIR, ROSARIO C. *La protección de los acreedores sociales* Editorial Aranzadi, Navarra 1998, Monografía de Revista de Sociedades nº 10, pág. 44 y ss..

²⁸ "...un capital social desproporcionadamente reducido en su magnitud determinará la imposibilidad ex origine de cumplir el objeto, que debe, por esencia, ser fácticamente posible..." *Veca Constructora S.R.L.*" Fallo del Dr. Butty LL.-1980-D-pag. 464 y ss.

La no advertencia de esa insuficiencia por los administradores a los socios, perjudicando a la sociedad y a éstos generan acciones sociales de responsabilidad, que podrían ser ejercitadas oblicuamente por los acreedores sociales.

4. EXTRACONCURSALIDAD DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL

El ejercicio de esas acciones puede ser formalizada antes de la presentación en concurso, ante el juicio de quiebra o presentación en concurso, en consecuencia no de la mera demora en pagar, por los perjuicios que les genere a los acreedores la quita o espera que se les imponga en propuestas de acuerdo, aunque la misma fuera votada favorablemente. Posiblemente la prueba de la cesación de pagos, del actuar de los administradores recién se advierta claramente o pueda probarse a través de los elementos acercados al proceso concursal.

Eventualmente, de los propios términos de la presentación en concurso -aunque no fuere tardía-, del informe general del síndico o de otros elementos puede determinarse el incumplimiento de los deberes societarios del administrador y autorizar la promoción de acciones de responsabilidad individual por parte de ciertos acreedores. Ello es coherente con la política legislativa de la ley 24.522 que privilegia la autonomía de los acreedores dentro del concurso.

El derecho de los acreedores también se perfila cuando el acuerdo es incumplido y ello resulta de la falta de un plan de reordenamiento o de la falacia o irrazonabilidad de ese plan que justificó el voto favorable de los acreedores²⁹.

Estas ideas, no controvertidas en doctrina, se vinculan a que la presentación tardía por parte de los administradores sociales habrá causado daño, que los obliga frente a los acreedores -por lo menos los posteriores a cuando los administradores hayan advertido o debido advertir la insolvencia.

Conforme la noción de daño directo que hemos destacado como presupuesto de la habilitación de la acción individual de responsabilidad, la sociedad no queda desimputada.

²⁹ Cfme. nto. *El plan de empresa. Ética y responsabilidad del empresario* en Estudios en honor de Pedro J. Frías, tomo III pág. 1187 y ss. . Ediciones El Copista, Córdoba 1994. ALBERTI, EDGARDO MARCELO *Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: El plan de empresa como recaudo del concurso preventivo* a pág. 949 II tomo "DERECHOS PATRIMONIALES" Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2001, bajo la dirección de Laura Filippi y María Laura Juárez.

El ejercicio de la acción individual de responsabilidad contra los administradores societarios puede acumularse a la acción incoada contra la sociedad. Claro que si ésta se encuentra en concurso o en quiebra es aconsejable no acumularla, partiendo que la insinuación contra la misma se formalizará por la vía de la verificación de créditos.

5. DAÑOS RESARCIBLES

Si es doloso contratar con terceros a sabiendas que la sociedad que administra no podrá satisfacer la obligación contraída, la extensión de esa responsabilidad alcanza a las consecuencias remotas conforme dispone el art. 906 C.Civil. No tenemos duda sobre la configuración del dolo civil.

IV – CONCLUSIÓN

Por la limitada extensión editorial de este trabajo, omitimos referirnos al “shadow director”, a la acción de responsabilidad en la quiebra, a las acciones derivadas que resultan del reciente decreto 677/01 (aart. 73), o a la acción oblicua o subrogatoria de socios o acreedores sociales

Centramos con este comentario la referencia que hacíamos en el anterior trabajo que sirve de preludio al presente, del presupuesto de la insolvencia societaria que impone, a los terceros perjudicados, el análisis de las diversas acciones que el sistema otorga para satisfacer el daño. Esos terceros pueden analizar varias vías de acceso para extender los legitimados pasivos obligados a la reparación, aún cuando la sociedad haya abierto un juicio de concurso preventivo o de quiebra, incluso cuando medie acuerdo. Estos juicios universales de la sociedad no atraen acciones basadas en la responsabilidad específica de administradores.

Los problemas concursales -o de crisis de empresa- no pueden solucionarse siempre dentro de la legislación concursal, y la problemática de la reparación de los acreedores debe ser afrontada integrando el análisis con las normas sobre responsabilidad general contenidas en el Código Civil y las específicas de la ley societaria.

No podemos cerrar esta comunicación, por las particularidades de la crisis que asola a nuestra sociedad, sin extender a los funcionarios públicos los análisis precedentes, atendiendo al art. 1112 del Código Civil, particularmente ante el “sorpresivo” descubrimiento de la regla del “déficit 0” por los “administradores estratégicos”, diez años después y en total incongruencia de las disposiciones de la Ley de Convertibilidad, momento en el que se dejó de financiar el déficit público con “emisión monetaria”, por lo que tal

déficit debía ser financiado con deuda. El daño que a la comunidad nacional se generó y genera debería recaer sobre esos administradores.

Claro que todo es ilusorio si la reparación jurisdiccional no es oportuna, lo que implicaría volver al viejo corazón del derecho mercantil.



EL OBJETO DEL DERECHO LABORAL: LA NECESIDAD DE SU RENOVACIÓN

por Carlos A. Rodríguez Tissera()*

Resumen: En el presente trabajo se planteará la problemática actual en torno al objeto del Derecho Laboral.

Para ello analizaremos en forma sintética la evolución de esta rama del derecho desde su inicio y las variables que la condicionan en la actualidad.

Expondremos sobre el concepto de subordinación como aquella matriz empleada en forma indicativa para diferenciar una relación laboral de otra que no era considerada como tal y como, a partir de esta premisa se desarrolla la técnica del *Haz de indicios*, utilizada para dirimir por los jueces y parte de la

(*) Procurador, Abogado, Facultad de Derecho y Cs. Ss. de la UNC. Realizó la CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN MERCOSUR- ASPECTOS JURÍDICO-ECONOMICOS. Presentando la Tesina final. Ayudante de Primera con dedicación simple, de la Asignatura Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la UNC. Investigador Asistente Ad Honorem en el Proyecto Armonización de normas laborales en el MERCOSUR, dirección, Dra. Carla Saad, del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la UNC.

Recientes publicaciones:

"Consideraciones Generales Acerca de la Quiebra Extranacional"- Revista Jurídica Argentina La Ley (R.J.A.L.L.). Año LXV N°:153, 13 de Agosto de 2001. "Dimensión Social y Armonización del Derecho Laboral en el Mercosur con Referencia a la Experiencia Europea", Revista de Derecho del Mercosur. La Ley. Año 5 N°:4, agosto de 2001. "Hacia la Armonización del Derecho Laboral en el Mercosur", Revista de la Sociedad Argentina de Derecho Laboral, Año III, N°:11, Septiembre 2001.

doctrina situaciones en las se surgieran dudas sobre la naturaleza de la relación jurídica.

Por otra parte, se dará un breve pantallazo sobre el proceso de globalización y transnacionalización, variable esta, que afecta no solo al mundo jurídico, sino también al económico y social, y que por ende influye sobre el tema abordado. Por último se expondrá sobre algunas corrientes doctrinarias, planteando la necesidad de mantener la existencia del Derecho del Trabajo ya que este contiene normas protectorias que contemplan la desigualdad entre las partes de este tipo de relación jurídica desde el plano "humanista y colectivista", velando por la dignificación del trabajo humano.

Palabras Claves:

Dependencia: Es un "status" jurídico en que se encuentra el trabajador incorporado a una empresa (total o parcialmente ajena), que aporta su energía o capacidad de trabajo para alcanzar los fines de ésta, cediendo de antemano la disposición del producto final logrado.

Globalización: Desplazamiento en el tratamiento de las cuestiones sociales, económicas y políticas de lo nacional a lo internacional.

Flexibilización: En un sentido amplio constituye la sumatoria de elementos económicos, políticos y sociales dirigidos a reemplazar las rigideces del mercado laboral y de las relaciones entre el capital y el trabajo.

Fordismo: Método de organización del proceso de trabajo sustentado en la idea básica de que la productividad aumenta al segmentar el proceso de producción en una serie de tareas definidas y operaciones separadas. El sistema implica una contundente separación entre las labores de ejecución y concepción.

Sumario: I. Introducción. II. El proceso de globalización. III. Tendencia actual. IV. La necesidad de normas de protección. V. Corrientes doctrinarias. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho del Trabajo nace a través de normas de origen predominantemente estatal, las que tenían por fin limitar las facultades patronales relativas a la extensión de la jornada de trabajo, dirigiéndose hacia el vínculo obrero – patronal del sector industrial, tratando de brindarle un carácter estable, por ello es que se le da la característica de permanente, destacándose el hecho de que las prestaciones fueran a tiempo completo, dentro de una organización empresaria, debiendo la compensación remuneratoria ser suficiente para cubrir las necesidades básicas de un núcleo familiar.

En razón de lo referido, es el trabajador dependiente, el objeto de las normas de protección, considerándose a la dependencia como una exigencia fundamental de la prestación jurídico – laboral, e identificando a la

misma como la puesta a disposición de la fuerza de trabajo bajo el poder de dirección del empresario¹.

Cabe destacar, que la dependencia admite ciertas gradaciones según los distintos tipos de contratos de trabajo. Es justamente este concepto el que le permitió al Derecho Laboral deslindarse del Derecho Civil y del Derecho Comercial ya que posibilitó marcar las diferencias existentes entre este y la locación de obra, locación de servicio, sociedades entre otros².

Ahora bien, en los últimos años el Derecho del Trabajo sobrevino en insuficiente para identificar una relación laboral objeto de normas protectorias, esta insuficiencia es analizada por Alain Supiot como situada en dos niveles, el de la técnica jurídica, en el cual destaca que la idea de subordinación no basta para describir la situación de los asalariados calificados que gozan en la ejecución de su trabajo de una independencia objetiva debido a su grado de profesionalidad, y por otra parte, el nivel social, en el que la noción de subordinación nos lleva a excluir del campo del Derecho Laboral y por ende de la protección que el mismo brinda a los trabajadores, a aquellos que objetiva o subjetivamente la necesitan.

Es de advertir, que ante la insuficiencia del concepto de dependencia usado como una matriz para individualizar las relaciones laborales consideradas dignas de protección, en Europa surge lo que se conoce como la técnica del "*Haz de indicios*"³, esta fue usada por los jueces a fin de realizar juicios de asimilación o parecido o de falta de similitud, es decir parámetros de aproximación con este concepto matriz, para calificar a la rela-

¹ En ese sentido se expresó la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IV con fecha 1992/02/14, en autos "Ferreya Revol, Ramiro L. C/ Instituto de Servicios Sociales Pers. Seg. Reaseg. Cap. Ahorro y Prést. Para la Vivienda" (DT, 1992 -A, 903 - DJ 1992 -2-110) al decir: "La dependencia laboral es un "status" jurídico en que se encuentra el trabajador incorporado a una empresa (total o parcialmente ajena), que aporta su energía o capacidad de trabajo para alcanzar los fines de ésta, cediendo de antemano la disposición del producto final logrado...". Con igual orientación: T.S.J.Córdoba, Sala Laboral con fecha 1995/10/30 en autos: "Garelli, Roberto A. C/ Expreso Parmigiani S.A." (LLC, 1996-583); y C.Trab.Córdoba - Sala 7, 1997/04/02 "Robledo Evaristo c/ Sarmiento, Víctor H. y otros. LLC, 1999 - 424).

² Al respecto se expidió la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial del Trabajo y de Familia de Villa Dolores en autos "Pereyra Juan M C/ Guardia Héctor H. (1999/08/31 - LLC, 2000-733), "La subordinación no es por sí sola suficiente para tipificar la dependencia laboral, en tanto puede nutrir también de manera esencial a figuras contractuales civiles y no laborales".

³ La misma consiste para el Juez en proceder a una evaluación del conjunto de la relación de trabajo que debe calificar como por ejemplo, modalidades de remuneración, propiedad de los medios de producción, organización del tiempo de trabajo, entre otros de modo de examinar si existe un número suficiente de indicios de una relación de autoridad.

ción como comprendida dentro del campo del Derecho del Trabajo, o no. De tal modo que la dependencia se torna en variable, en la que la presencia de todas sus manifestaciones prototípicas o sólo de parte de ellas, así como la intensidad en que cada una de las mismas se exhibe en el caso concreto, marca su proximidad o distancia con la tantas veces evocada, matriz conceptual, la inclusión de cada vínculo en la familia de los dependientes no se alcanzó desde entonces sólo mediante una operación de estricta adecuación a aquella matriz, sino también mediante un juicio de asimilación, semejanza o parecido cuya instancia de corte, ha configurado siempre una opción política que los jueces (pero también los legisladores y la doctrina) se han reservado para ejercer en cada caso⁴.

II. EL PROCESO DE GLOBALIZACIÓN

No podemos dejar de realizar un brevísimo repaso al estado de las relaciones laborales en el contexto internacional, ya que en los últimos tiempos somos testigos de un proceso de transnacionalización de las relaciones de trabajo como consecuencia de múltiples factores entre los que es dable señalar la mundialización de las actividades económicas y financieras.

Así, podemos mencionar fenómenos como la creación y desarrollo de programas regionales de integración y cooperación económica o el auge y fortalecimiento de empresas multinacionales, estos procesos acarrearán diversas consecuencias entre ellas la limitación de la capacidad autónoma de los estados nacionales de fijar políticas en forma unilateral sobre el tratamiento de los mercados laborales, o sobre sus decisiones de inversión. Tal como lo define Oscar Ermida, "Globalización, es la expansión y profundización de la economía capitalista y de sus postulados teóricos"⁵ y por ello es que se daría a su entender, un desplazamiento en el tratamiento de las cuestiones sociales, económicas y políticas de lo nacional a lo internacional surgiendo la necesidad de una regulación transnacional de las relaciones laborales.

Por este motivo es que tanto los estados que conforman el Mercosur, como la Unión Europea han dado pasos importantes con respecto a la unificación de criterios en el tratamiento de las cuestiones laborales.

⁴ GOLDÉN, ADRIAN O. "El concepto de dependencia laboral y las transformaciones productivas" - *XII Jornadas Nacionales de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*- ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Setiembre 1995. Córdoba. Argentina.

⁵ ERMIDA, OSCAR. "Derechos Laborales y Comercio Internacional", *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima - Perú - Setiembre 2001.

Para reseñar sintéticamente, en la subregión encontramos que los derechos sociales fundamentales han sido objeto de consideración especial en la declaración socio-laboral del Mercosur, en donde se marcan las pautas que los estados se comprometen a respetar en sus propios regímenes legales internos. Por su parte, en la Unión Europea existe un mayor avance al crearse normas laborales de carácter supranacional⁶.

Es de destacar, que estas políticas globalizadoras no reniegan del derecho del trabajo, no lo desestiman como tal, mas bien lo renuevan en su objeto a partir de las nuevas circunstancias que las caracterizan, pero de ninguna forman lo desechan, es mas, lo toman como un instrumento útil a los fines de afianzar las relaciones de integración.

III. TENDENCIA ACTUAL

El concepto de dependencia acuñado a la luz de las modalidades productivas que imponía la fábrica, resulta insatisfactorio para enfrentar las diversas situaciones que se han ido presentando como elementos de crisis en el modo tradicional de considerar al Derecho del Trabajo, tales como el cuentapropismo, el avance del sector informal, la tercerización, el trabajo realizado a tiempo parcial en la empresa y en casa, la incrementación de políticas privatizadoras que traen como consecuencia la laborización del empleo público, la contratación de trabajadores inmigrantes en forma clandestina y a menor costo, la tendencia a la unificación del derecho privado (comercial – laboral – civil), la globalización, la flexibilización y la ineficacia practica de la normativa existente. Se trata también de las tendencias hacia la desmaterialización del trabajo y como consecuencia de ello, del tiempo del trabajo, que ya no es delimitado y susceptible de ser conocido en unidades de medida de tiempo, esto lleva a que no se pueda seguir considerando al contrato de trabajo como aquel que da origen a una obligación

⁶ Para mayor abundamiento sobre esta temática puede consultarse entre otros a: Von POTOBSKY, GERALDO, "La Declaración Sociolaboral del Mercosur", *Derecho del Trabajo*, 1999, A. DOCTRINA; LIPOVETZKY, JAIME CESAR y LIPOVETZKY, DANIEL ANDRÉS, "Mercosur, Ouro Preto, ALCA y Después..." *Derecho Laboral en la Integración Regional*", SOCIEDAD ARGENTINA DE DERECHO LABORAL, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Octubre 2000; MAESTRE CASAS, PILAR y FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P. "La Libre Circulación de Trabajadores en la Unión Europea y la pertinente regulación del Derecho Internacional Privado Comunitario". *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2000, N°:22; RODRIGUEZ TISSERA, CARLOS A.: "Dimensión Social y Armonización del Derecho Laboral en el Mercosur con Referencia a la Experiencia Europea". *Revista de Derecho del Mercosur*. La Ley. Año 5 N°:4, agosto de 2001.

de medios, sino mas bien a una obligación de resultados, lo que trae aparejado un cambio profundo en cuanto al grado de autonomía técnica y funcional del trabajador y mas aún, a un cambio en la forma en que el empleador va a ejercer su poder como tal.

Para algunos autores este planteo, en cuanto a la insuficiencia de la subordinación jurídica como elemento delimitador de la disciplina, no es mas que un replanteo de un viejo problema en el que se intenta evadir los mecanismos de protección que brinda el derecho laboral ya que el mismo nace a partir del conflicto social.

Así, el legislador desde un principio se ve obligado a estatuir normativas dirigidas a evitar la simulación, el fraude, a establecer la responsabilidad que le cabe a cada parte en el contrato, y aún a pesar de ello, siempre se dio un porcentaje de alejamiento en la aplicación de dicha normativa a la relación laboral, lo que se identifico como "trabajo en negro".

En consecuencia, "en la actualidad, con el pretexto de las exigencias de competitividad, que nadie duda que son reales, se introducen modalidades contractuales dirigidas a disfrazar las relaciones de trabajo, con un ropaje civil o mercantil, en circunstancias en que en las mismas, quien trabaja se encuentra en una situación de necesidad y de desventaja y por ello carece de poder de negociación"⁷.

Observamos, que en el derecho laboral solo se ha dado cabida a los trabajadores subordinados, restándole interés a todas las demás formas de trabajo las que eran reguladas por normas del derecho civil y comercial.

"Hoy el contrato de trabajo se debilita y es sustituido por nuevas figuras contractuales entre un prestador de servicio/trabajador y un cliente/empresa"⁸.

De lo hasta aquí expuesto, observamos que existe un acercamiento entre el trabajo asalariado y el trabajo independiente lo que hace que sea cada vez más dificultoso distinguir entre trabajadores autónomos e independientes⁹.

⁷ MURGA, ROLANDO. "Problemática actual del Contrato Individual de Trabajo. La Frontera entre el Trabajo Subordinado y el Trabajo Independiente". V *Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima. Perú, Setiembre 2001.

⁸ RASO, JUAN, "Problemática Actual del Contrato Individual de Trabajo: La Frontera entre el Trabajo Subordinado y el Trabajo Independiente". V *Congreso Regional Americano del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima. Perú, Setiembre 2001.

⁹ Al respecto se pronuncio la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Trabajo y Familia de Cruz del Eje en "Reyna, Remigio F. C/ Mollá, Héctor y/u otro (1995/05/18 - LLC,1996-951) al sostener que "...una misma prestación que desde el punto de vista externo no presenta diferencias apreciables, puede corresponder al campo del derecho laboral o

Todo este marco de situación a llevado a importante sector de la doctrina hablar de la deslaboralización¹⁰ del trabajo subordinado. Este proceso de disgregación del derecho del trabajo se manifiesta, tanto en el surgimiento de lo que se conoce como trabajos atípicos como a la mayor injerencia de la autonomía individual en la fijación de las condiciones de contratación.

Así podemos mencionar casos en que la atipicidad se da por las características del sujeto trabajador. Repetidamente se ha planteado la inexistencia del contrato de trabajo, cuando quien presta el servicio es un profesional con título universitario de las llamadas profesiones "liberales". La adquisición de un determinado grado de formación por el sujeto, no es óbice para no considerar a este un trabajador en relación de dependencia, en la medida que del análisis de los hechos surjan los elementos que nos permitan presumir la existencia del contrato de trabajo, así aunque el concepto de dependencia se debilite en alguna de sus manifestaciones, ya sea jurídica, económica o técnica, y aún no existiendo contrato expreso o no encontrándose este debidamente registrado, (si bien en estos casos es obligación del empleado requerir la misma), el no estarlo lo faculta para solicitar la aplicación del art. 23 de la Ley de Contrato de Trabajo -el que como es sabido prescinde de la voluntad de las partes para calificar la naturaleza de la relación- con la consiguiente presunción de la existencia del mismo y la inversión de la carga de la prueba¹¹.

comercial, según la relación que se dé entre los sujetos que intervienen. No toda realización de tareas a favor de otros (trabajo humano) corresponde a un trabajo de carácter subordinado dado que puede corresponder al trabajo autónomo..."

¹⁰ RODRIGUEZ PIÑERO, MIGUEL, describió un proceso al que identifico con el nombre de "huida del derecho del trabajo" ó "deslaboralización". El mismo se manifestaría en una sostenida inclinación a sustraerse a la aplicación de las normas laborales que, en algunos casos, llega incluso a alentarse desde el propio Estado. Este mismo autor registra como expresiones conspicuas del fenómeno diversas hipótesis de fraude o de evasión como el "trabajo en negro", la interposición de personas o la simulación de otras figuras contractuales, más recientemente se incorporan la generalización de formas de trabajo "atípico", ciertas manifestaciones de descentralización productiva y el creciente recurso al trabajo autónomo o independiente.

¹¹ Sobre este aspecto ver: RODRIGUEZ MANCINI, JORGE y FONTANA, BEATRIZ, en su obra "Sobre el objeto del derecho del trabajo", *Derecho del Trabajo* - 2001 - "B". Respecto a la noción del profesional liberal en relación de dependencia ver: DEVEALI, MARIO L. "Figura jurídica del abogado-empleado", en *Derecho del Trabajo*, Año 1946 (T.VI) y LIVELLARA, SILVINA MARIA. "El abogado empleado: luces y sombras de un viejo debate (a propósito de un fallo singular). *Derecho del Trabajo*, 2002-"A".

IV. LA NECESIDAD DE NORMAS DE PROTECCION

El análisis que hemos realizado del tema que nos ocupa nos lleva a plantearnos varias preguntas, ¿Estamos ante la desaparición gradual del Derecho del Trabajo?, o bien, ¿Deben abandonarse los viejos esquemas de pertenencia al Derecho Laboral e incorporar al mismo todos aquellos contratos que tengan como objeto al trabajo humano?

Como ya lo mencionamos anteriormente, a nivel mundial se viene observando un proceso de deslaboralización, en el que han influido una serie de variables las que han repercutido alejando la relación laboral de la matriz dada por el concepto de dependencia. Pero es aquí donde surge la necesidad de reelaborar el Derecho Laboral ya que no han variado las características mismas de la relación jurídica entre los sujetos contratantes, esto es, sigue siendo ilusorio el concepto de igualdad de las partes ante la necesidad del trabajador de contratar y la desigualdad de fuerzas económica entre ellos.

Por otra parte, nuestra Constitución Nacional en su art. 14 bis, primer párrafo consagra la tutela del trabajo en sus diversas formas, haciendo factible la aplicación de este mandato a las nuevas modalidades de trabajo que vienen floreciendo.

Tampoco debemos olvidarnos del aspecto tuitivo del Derecho del Trabajo. Si bien quienes bregan por la unificación del derecho laboral, comercial y civil pueden argumentar que el derecho común provee de normas de carácter protectorio que limitan la autonomía de la voluntad de las partes contratantes ante hechos que configuren un posible abuso del derecho o que imponen el orden público por sobre un convenio privado en una situación en la que debe privar el interés general (Arts. 21 y 1071 del Código Civil), no debemos olvidar que en el derecho laboral se configuran situaciones que van más allá de la protección que puedan brindar este tipo de normas del derecho común, ya que el mismo es de carácter "humanista y colectivista", por ende protege al trabajador y vela por la dignificación del trabajo humano y por su bienestar, partiendo de la premisa *que el trabajador es el más débil de la relación a diferencia del derecho civil en el que se presume la igualdad de las partes contratantes.*

Si acordamos que el fundamento del Derecho del Trabajo es tomar como típica la condición de inferioridad socioeconómica de una de las partes del contrato y que esta situación no ha sido superada, peor aún, ha sido profundizada atento a los altos índices estadísticos de desempleo en nuestro país, no quedan dudas en orden a que sigue vigente la misma relación de fuerzas entre los contratantes, lo que en su oportunidad llevó a la

implementación de una normativa proteccionista, por lo que podríamos afirmar que hoy más que nunca es necesaria la existencia de un derecho del trabajo realmente efectivo en su ordenamiento, debiendo desecharse la idea de dejar morir esta rama del derecho, más aún, pensamos que esta debe fortalecerse, renovarse y adquirir nuevas formas que le permitan cumplir con su función social.

V. CORRIENTES DOCTRINARIAS

Con respeto a la insatisfacción del modelo que imponía la fábrica en cuanto a las modalidades de producción y que estableció la clásica dicotomía entre trabajo subordinado y trabajo autónomo, surgieron varias corrientes doctrinarias, este impulso expansivo del derecho del trabajo que hoy se puede advertir en Europa, deriva de la aplicación de la técnica del "*Haz de indicio*" por los jueces y en segundo lugar por el legislador. Así algunos autores italianos, tales como: Pedrazzoli, Mengoni, Pasarelli, ponen de manifiesto la necesidad de descongestionar la noción de subordinación instituyendo un trabajo de tercer tipo, ni asalariado ni independiente, con el objeto de recomponer el concepto para lograr que este abarque las más diversas situaciones laborales, no sólo en el marco de un contrato típico, sino en todas las gamas en que pueda presentarse el trabajo.

Se ha tomado conciencia también que la antigua dicotomía entre trabajo autónomo y subordinado traía como consecuencia la total desprotección del prestador del trabajo, la que está siendo de alguna manera paliada en los ordenamientos europeos a través de la figura denominada por los italianos como "parasubordinación", estos vínculos presentan una graduación articulada del conjunto de derechos y garantías que constituyen el estándar medio de tutela asignada al trabajador protegido por el derecho del trabajo, en los que se pone acento en el carácter personal de la prestación, además de exigir que esta sea coordinada y continuada aunque no haya subordinación o dependencia económica. En el art. 409 del C.P.C. italiano, se establece que ciertas relaciones de trabajo como el socio cooperativista, el comisionista, o el arrendatario de servicios, pueden en alguno de sus efectos asimilarse a la relación de trabajo subordinado, es a partir de esta norma que se ha desarrollado la noción de trabajo continuativo, coordinado, prevalentemente personal aunque no necesariamente subordinado, ante estas nuevas modalidades se han planteado ideas para regular estas situaciones diferentes como la del "Estatuto de los trabajos" en el que se daría un tratamiento con distintos grados de protección a los trabajos, subordinados, parasubordinado y autónomo.

Dentro de éste marco, autores alemanes hacen referencia a “personas asimiladas a los trabajadores” o “casi asalariados” definidos por la sección 12ª de la ley de 1974 sobre convenidos colectivos, para señalar a quienes no prestan el trabajo en dependencia personal pero si lo hacen en situación de dependencia económica, quedando por ello sometido a alguna de las normas laborales.” Se trata de trabajadores jurídicamente independientes, pero económicamente dependientes, que necesitan una protección similar a la de los asalariados”¹², necesitan de una extensión de la protección social.

Se ha lanzado la propuesta del “contrato de actividad” el que “debería incluir un contrato de trabajo y no suplirlo”¹³. Este tipo de contrato le proporcionaría al trabajador un marco jurídico, posibilitando disminuir las diferencias existentes entre los distintos tipos de actividades que puede realizar una persona, ya sea trabajo asalariado de plena dedicación, de dedicación parcial, de duración determinada, indeterminada o de cualquier otra modalidad. Así, quienes sustentan esta posición nos proporciona algunos parámetros tales como: a) Conservación por el trabajador con una protección social homogénea al cambiar de condición. b) Celebración del contrato con una entidad calificable como red y que agruparía a empresas, instituciones de formación, colectividades territoriales y cámaras de comercio. c) El contrato duraría algunos años d) Habría compromisos recíprocos. e) El pago al trabajador sería bajo una forma de mutualización, constitutivo de un fondo común de la red, financiado por las empresas contratantes, con las sumas que actualmente se pagan para indemnizar el despido, financiar la formación o fomentar el empleo. f) No se trataría de un sistema de prestaciones universales, pagadera a todo el mundo, independientemente de su condición.

VI. CONCLUSIONES

- El Derecho del Trabajo hoy se encuentra ante un nuevo panorama mundial, muy distinto a aquel en el que se produjo su nacimiento.
- Observamos que las relaciones laborales humanas se han ido desplazando hacia otras modalidades, distintas a aquellas que marcaban el con-

¹² SIMÓN, JULIO CESAR, “Trabajo autónomo o Dependiente. Una disyuntiva inapelable?. A propósito de la ponencia de Alain Supiot en el reciente VI Congreso Europeo de Derecho del Trabajo”. *Derecho del Trabajo*. 2000.

¹³ POBERT, HUMBERTO A. “Un destino para el Derecho del Trabajo” *Derecho del Trabajo*. 1997.B.

cepto de la dependencia. La realidad ha superado estos marcos conceptuales de los que nos valíamos para diferenciar a una relación como comprendida dentro del campo del Derecho laboral y *se impone la necesidad de renovar el objeto del derecho del mismo para alcanzar con ello la representación del verdadero estado de la realidad social.*

- Sostenemos que el Derecho Laboral debe mantener su identidad e independencia, ya que es el más indicado para cumplir con la finalidad de protección y dignificación del trabajador y el trabajo, extendiendo su normativa hasta abarcar aquellas nuevas situaciones en las que se dejen entrelazar relaciones jurídicas dignas de su amparo.

- Ha nivel internacional también nos enfrentamos con nuevos horizontes ya que, las políticas económicas expansivas, los nuevos procesos de integración económica, la globalización llevan a que los estados se encuentren condicionados al momento de definir las cuestiones políticas, sociales y económicas a seguir.

- En suma, *es imprescindible que el legislador dicte normas que reflejen esta nueva realidad, e incluyan dentro de la protección aquellas relaciones, que aunque no cumplan con los requisitos exigidos por el antiguo modelo fordista, puedan identificarse como verdaderas relaciones laborales, esto, a los fines de equilibrar el estado de fuerzas de los sujetos jurídicos que la forman con el objetivo de mantener la igualdad entre ellos.*

VII. BIBLIOGRAFÍA

1. ACKERMAN, Mario E. "Un futuro para el derecho del trabajo", en *Ensayos sobre el futuro del Derecho del Trabajo*, Zavalía. Buenos Aires, 1997.p.21.

2. DEVEALI, Mario,

- "*El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias*". Ed. Astrea Buenos Aires 1983. Tomo I. pag. 179.

- "*Figura Jurídica del Abogado – Empleado*". *Derecho del Trabajo* T. VI -- 1946.

3. ERMIDA, Oscar, "*Derechos Laborales y Comercio Internacional*" V *Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima-Peru, Septiembre 2001.

4. GOLDÍN, Adrián O.

- "*Actualidad y contenido del concepto de subordinación o dependencia*", *XII Jornadas de Derechos del Trabajo y la Seguridad Social*, Córdoba (Argentina). Setiembre 1995.—"*El futuro del derecho del Trabajo, un nuevo desafío para el derecho y la equidad*". En *Ensayos sobre el futuro del derecho del trabajo*. Zavalía. Buenos Aires 1997.

EL OBJETO DEL DERECHO LABORAL: LA NECESIDAD DE SU RENOVACIÓN

5. GRISOLIA, Julio Armando, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social- Doctrina. Legislación -Jurisprudencia.*, Ediciones Depalma, 4ta. edición ampliada y actualizada. Buenos Aires, 2001.

6. LIPOVETZKY, Jaime Cesar y LIPOVETZKY, Daniel Andrés, "Mercosur, Ouro Preto, ALCA y Después..." *Derecho Laboral en la Integración Regional*, SOCIEDAD ARGENTINA DE DERECHO LABORAL, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Octubre 2000.

7. LIVELLARA, Silvina María, "El abogado empleado: luces y sombras de un viejo debate (a propósito de un fallo singular)". *Derecho del Trabajo.* - 2002.A

8. MAESTRE CASAS, Pilar y FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. "La Libre Circulación de Trabajadores en la Unión Europea y la pertinente regulación del Derecho Internacional Privado Comunitario". *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, N°:22.

9. MURGAS, Rolando, "Problemática actual del Contrato Individual de Trabajo. La Frontera entre el Trabajo Subordinado y el Trabajo Independiente". *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* Lima, Perú, Setiembre 2001.

10. PODETTI, Humberto A.: "Un destino para el derecho del trabajo". *Derecho del Trabajo 1997-"B"*.

11. RASO DELGUE, Juan.: "Hacia una teoría de los círculos". *Revista Internacional del Trabajo Derecho del trabajo, seguridad social y relaciones laborales* tomo XLI, N° 190. Montevideo 1998 pag. 583-595.

12. RODRIGUEZ TISSERA, Carlos A. "Dimensión Social y Armonización del Derecho Laboral en el Mercosur con Referencia a la Experiencia Europea", *Revista de Derecho del Mercosur.* La Ley Año 5. N°: 4. Agosto 2001.

13. RODRIGUEZ MANCINI, Jorge y FONTANA, Beatriz. "Sobre el Objeto del Derecho del Trabajo", *Derecho del Trabajo T. 2001-"B"*.

14. SIMÓN, Julio Cesar, "Trabajo autónomo o Dependiente. Una disyuntiva inapelable?. A propósito de la ponencia de Alain Supiot en el reciente VI Congreso Europeo de Derecho del Trabajo". *Derecho del Trabajo.* 2000.

15. SUPIOT, Alain, "Introducción a las Reflexiones sobre el trabajo" *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 115, n°, pag. 657-669. y / 755-760/ 689- 700.

16. VON POTOBOSKY, Geraldo, "La Declaración Sociolaboral del Mercosur", *Derecho del Trabajo*, 1999, A, Doctrina.

RESPUESTAS JURÍDICAS A LA CRISIS EMPRESARIA CON RELACIÓN A SUS TRABAJADORES

por Carla Saad de Bianciotti()¹*

Sumario: En épocas de crisis las empresas buscan alternativas para disminuir sus costos, se intenta una descripción de las opciones que la ley brinda a la crisis económica de la empresa con relación a los trabajadores dependientes.

Palabras claves: empresa – crisis – relaciones laborales – concursos y quiebras.

1. Las relaciones laborales en la crisis de la empresa.

Una empresa en curso normal, posee un conjunto de trabajadores unidos a la misma por relaciones laborales de dependencia y, a su vez, regidos por el plexo normativo laboral vigente. Esta relación de trabajo dependiente esta regida por la Ley de Contrato de Trabajo, los convenios colectivos de la empresa o la actividad que pertenecen o, en su caso, los estatutos profesionales que pudieran corresponderles (viajantes, personal

(*) Investigadora y Coordinadora de Extensión del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Docente de Taller de Jurisprudencia I de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Docente por concurso de la Cátedra de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Ciencias Económicas, UNC. Ex becaria de la Secretaría de Ciencia y Técnica de la UNC y ex becaria de perfeccionamiento de la Secretaría de Extensión de la UNC.

¹La autora agradece la colaboración en la búsqueda de jurisprudencia de José Antonio Di Tullio, Cecilia María Ferrero, Viviana Ledesma, Pedro Navarro y María Eugenia Pérez.

de la industria de la construcción, domésticos, trabajadores agrarios, jugadores de fútbol, etc.). En esta organización instrumental llamada "empresa" puede suceder que exista en la planta de trabajadores, unos cuya relación de dependencia esté reglada por la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 y modificatorias² -ya que están fuera del Convenio Colectivo que rige la actividad o el Estatuto Profesional que corresponda (viajantes, etc.)- y otros por estos últimos^{2 bis}.

Ante una crisis generalizada de la empresa, que acciones se pueden tomar a los fines de reorganizar su marcha?. Frente a la crisis, los empresarios optan por reducir costos y, entre los costos reducibles consideran la reducción de la planta de personal, así pueden planificar la suspensión o despido por causas de "falta o disminución de trabajo" que afecten a un porcentaje importante de la planta de personal, consecuencia de ello será la reducción de la masa salarial y, de cumplir los requisitos establecidos por la ley, la reducción de las indemnizaciones por despido³. Para ello, la Ley 24.013 -llamada Ley Nacional de Empleo- establece un *procedimiento preventivo de crisis* (arts. 98 a 105) previo a la toma de las medidas (suspensiones o despidos) que tiene como fin lograr que las partes lleguen a un acuerdo frente a la crisis que toma necesario tomar medidas extremas. Así, el art.98 de la Ley Nacional de Empleo, dispone que "con carácter previo a la comunicación de despidos y suspensiones por fuerza mayor, *causas económicas* o tecnológicas que afecten a más del 15% de los trabajadores de empresas de menos de 400 trabajadores, a más del 10% en empresas de entre 400 a 1.000 trabajadores, y a más del 5% en empresas de más de 1.000 trabajadores, deberá sustanciarse el procedimiento preventivo de crisis". Este Procedimiento Preventivo de Crisis es un procedimiento de corto plazo (art. 100 ley 24013)⁴, que se sustancia en nuestra ciudad por ante la Secretaría de Trabajo, del Ministerio de la Producción de la Provincia de

² Ley de Empleo 24.013, Ley 25.013, Ley 25.323, etc.

^{2bis} Ej: el personal jerárquico de empleados de comercio está fuera de CCT y los empleados categorizados están dentro del CCT.- vendedores, administrativos, maestranza, etc.

³ Si la fecha de ingreso del trabajador fue anterior al 3 de octubre de 1998 le rige la Ley de Contrato de Trabajo, la indemnización será la mitad del valor correspondiente a un despido incausado en condiciones normales (art. 247, LCT), ahora bien, si la fecha de ingreso del trabajador fue posterior al 2/10/98, rige ley 25.013, la indemnización será la reducida del art.10.

⁴ Art. 100 ley 24013: "Dentro de las cuarenta y ocho horas (48) de efectuada la presentación, el Ministerio dará traslado a la otra parte, y citará al empleador y a la asociación sindical a una primera audiencia, dentro de los cinco (5) días.

Córdoba, con intervención de la empresa y el sindicato en representación de los trabajadores⁵. Con fecha 6 de enero de 2002 se publica la Ley 25.561 de emergencia económica y los decretos 264/02 y 265/02 donde se indica que en el plazo de seis meses (luego prorrogado por seis meses más) se agrega como requisito para despedir por “falta o disminución de trabajo”, cualquiera sea el número de trabajadores afectados, siempre que no llegue al mínimo previsto para el procedimiento preventivo de crisis (Ley 24.013), la realización del procedimiento previo previsto en el Decreto 328/88⁶.

Otra medida con efectos sobre las relaciones laborales, es la presentación de la empresa en concurso preventivo ó quiebra propia, que explicitaremos a continuación.

2. Efectos del concurso preventivo sobre los contratos de trabajo.

El art.20 de la Ley 24.552 rige los efectos de la declaración de concurso preventivo en las relaciones de dependencia de una empresa. Artículo 20: “(...)

La apertura del concurso preventivo deja sin efecto los convenios colectivos vigentes por el plazo de tres años, o el de cumplimiento del acuerdo preventivo, el que fuere menor.

Durante dicho plazo las relaciones laborales se rigen por los contratos individuales y la ley de contrato de trabajo.

La concursada y la asociación sindical legitimada negociarán un convenio colectivo de crisis por el plazo del concurso preventivo, y hasta un plazo máximo de tres años.

La finalización del concurso preventivo por cualquier causa, así como su desistimiento firme impondrán la finalización del convenio colectivo de crisis que pudiere haberse acordado, recuperando su vigencia los convenios colectivos que correspondieren.

(...)”

⁵ A fin de profundizar el tema “suspensiones o despidos por falta o disminución de trabajo” y “procedimiento preventivo de crisis”, se puede consultar: ETALA, Carlos A.; “Contrato de Trabajo”, Ed. Astrea, Bs.As. 1999; RODRIGUEZ MANCINI, Jorge y otros, “Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social”, Astrea, Bs.As., 1991 (sólo P.P.C.) y GRISOLIA, Julio A.; “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social –doctrina, legislación, jurisprudencia”, Ed. Depalma, Bs. As., 2001; entre otros.

⁶ El procedimiento establecido en el Decreto 328/88 vuelve a tomar sentido como complemento del procedimiento preventivo de crisis en las empresas cuyas medidas afecten a menos del porcentaje establecido en el procedimiento preventivo de crisis.

El artículo 20 de la Ley 24.552 pone especial énfasis, al momento de tratar las relaciones devenidas del contrato de trabajo, en la vigencia o no de los convenios colectivos de trabajo.

Antes de ingresar al análisis del artículo, debemos recordar la sistemática de las convenciones colectivas de trabajo⁷.

Se define al Convenio Colectivo de Trabajo como un acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador o grupo de empleadores y una asociación profesional con personería gremial, que debe ser homologado por el Ministerio de Trabajo de la Nación para tener efecto *erga omnes*, es decir, respecto a todos lo que incluye en su ámbito de aplicación⁸. La doctrina lo ha conceptualizado como un "contrato con alma de ley" porque actúa como una ley en sentido material de origen privado, se pacta entre partes legitimadas pero rige a todos los trabajadores de la rama, actividad o empresa.

Esta convención regla condiciones propias de los trabajadores incluidos en la misma, siendo estas más beneficiosas que aquellas establecidas en la Ley de Contrato de Trabajo. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) establece que la reglamentación de las relaciones entre las partes en la convención colectiva de trabajo no es un fin en sí, sino un método para el establecimiento de condiciones de trabajo⁹.

3. La suspensión de los convenios colectivos y la vigencia de la Ley de Contrato de Trabajo.

Indica el artículo 20 LCQ que "*la apertura (no la presentación) del concurso preventivo deja sin efecto los convenios colectivos vigentes*", marca la ley una notable diferencia en cuanto al momento a partir del cual se producen los efectos de la resolución de apertura sobre el contrato de trabajo, con relación a otras afectadas por el mismo: verbigracia, los intereses se suspenden desde la fecha de presentación en concurso; se prohíbe la deducción de nuevas acciones de contenido patrimonial contra el concursado por causa o título anterior a la presentación; las deudas no dinerarias se convierten a los fines del concurso a su valor en moneda de curso legal a la fecha de presentación o en su caso del vencimiento si fuere anterior. En los contratos de trabajo, en cambio, los efectos de la resolución de apertura se

⁷ Ley 14.250. Convenciones Colectivas de Trabajo (texto reformado por Ley 25.250).

⁸ GRISOLÍA, JULIO A., Ob.Cit., pág.875.

⁹ RAMÍREZ BOSCO, LUIS; "Convenciones Colectivas de Trabajo", Ed. Astrea, Bs.As., pág.125.

producen desde la fecha del dictado de la misma, no se retrotraen a la presentación, como en los casos reseñados¹⁰.

El tiempo de suspensión de los convenios colectivos es el plazo máximo de tres años, contados a partir de la resolución de la apertura del concurso, ó del cumplimiento del acuerdo si este fuera menor.

El art. 20 LCQ literalmente expresa que los convenios colectivos serán dejados "sin efecto" para luego establecer un plazo tope, de allí que la interpretación del artículo deberá ser la "suspensión" de los efectos del convenio colectivo vigente a la época de apertura del concurso y no la caducidad del mismo.

Si se suspende la aplicación de los convenios colectivos vigentes, que instrumentos legales rigen a partir de la resolución de apertura del concurso?. El art. 20 LCQ indica que "*Durante dicho plazo las relaciones laborales se rigen por los contratos individuales y la ley de contrato de trabajo*".

Como "contrato individual" deberá entenderse aquel contrato de trabajo celebrado entre un trabajador y un empleador, en el marco de la expresión de la autonomía de sus voluntades (art. 1.198 C.C.) pero siempre con el límite del carácter de orden público de las normas laborales, por lo cual dichos contratos no podrán establecer condiciones menos favorables que éstas.

Algunos autores han expresado que: "De tal manera, aunque la ley parece decir lo contrario, necesariamente la convención colectiva de trabajo perdurará en su vigencia a través del contrato de trabajo que la atrae en sus propios términos, ya que este contrato acoge en su seno las únicas condiciones en que pudo ser pactado, que son las que impone la convención colectiva de trabajo, por lo menos hasta que se celebre convenio colectivo de crisis (art.20 LCQ)"¹¹.

No estamos de acuerdo con esta interpretación, en sentido contrario la jurisprudencia ha resuelto: "Cabe revocar la medida cautelar no innovativa mediante la cual se ordenó a la concursada "mantener los métodos y crite-

¹⁰ NEGRE DE ALONSO, LILIANA; "Contratos Laborales en la Quiebra", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 2001, pág. 66.

¹¹ Conf. SCBA, 28/2/67, DT. 1967-105; RAMIREZ BOSCO, Convenciones colectivas de trabajo, p. 161 y ss; CARCAVALLO, Algunos aspectos laborales de la nueva ley de concursos y quiebras 24.552, DT, 1996-221. También MORELLI, Los contratos de trabajo en el concurso preventivo, DT, 1999-2234. En MAZA, ALBERTO y LORENTE, JAVIER; "Créditos laborales en los concursos", Ed. Astrea, año 2000, pág.142.

rios de liquidación de salarios vigentes al momento de apertura del concurso”, ya que, el dictado de la misma -destinado a evitar que las condiciones salariales se vean alteradas por la vigencia de contratos individuales que puedan tener condiciones inferiores a las fijadas en el primigenio contrato colectivo- finca en un criterio hermenéutico del art.20 de la ley 24.522, que no corresponde a la letra y al espíritu de esta norma”¹².

En general las remuneraciones se mantienen, pero ello no implica que la concursada pueda establecer remuneraciones distintas.

A falta de contratos individuales, regirá en la empresa cuyo concurso preventivo ha sido abierto, la Ley de Trabajo (Ley 20.744 y mod., Ley Nacional de Empleo 24.013, Ley PYME 24.467, etc.).

Cabe preguntarse que sucede con la vigencia de los estatutos sectoriales, aquellos que son leyes regulatorias de determinadas actividades¹³ en relación de dependencia, ya que no surge solución a partir de la redacción del artículo 20 LCQ.

Los estatutos particulares vienen a excluir la aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo, por lo que su suspensión privaría de ley a los trabajadores que lo comprenden, en este caso no se aplicará LCT a situaciones en que no era aplicable antes, sino necesariamente continuará rigiendo el estatuto especial¹⁴. Otros autores¹⁵ sostienen la aplicabilidad de los estatutos pero por otras razones: porque el art. 20 LCQ, no se refiere a los estatutos o leyes especiales, limitándose a nombrar los convenios colectivos.

4. El Convenio Colectivo de Crisis.

El art.20 6° párrafo LCQ establece que *“La concursada y la asociación sindical legitimada negociarán un convenio colectivo de crisis por el plazo del concurso preventivo, y hasta un plazo máximo de tres años”*.

Esta subespecie del convenio colectivo tradicional, aparece enunciado en el régimen de concursos y quiebras, cuando en la Ley 14.250 de convenciones colectivas nada se decía. La reforma laboral instituida por la

¹² CNCom., sala B, setiembre 19-1996, “A.T.C. S.A. s/ concurso preventivo s/ inc. por U.T.P.B.A. s/ condiciones laborales y medida cautelar s/ inc. art. 250 C.P. (apelación concursada a la medida cautelar)

¹³ Viajantes, personal de la industria de la construcción, domésticos, trabajadores agrarios, jugadores de fútbol, etc.

¹⁴ MAZA, ALBERTO y LORENTE, JAVIER. Ob. Cit. pág.146.

¹⁵ GAMES, GEREZ Y ESPARZA, “Aspectos laborales en la nueva Ley de Concursos y Quiebras (Ley 24.552)”, Ed. Depalma, año 1996, pág. 153.

Ley 25.250, cuando trata de las convenciones colectivas de crisis en procesos concursales, solamente legisla sobre el tema de la buena fe, el Título IV, art. 14 expresa:

“(…)

5. Debe entenderse que la obligación de negociar de buena fe subsiste en los casos de procedimientos preventivos de crisis de empresa y en los procesos concursales, lo que implica:

A) (…)

B) En la negociación del convenio colectivo de crisis prevista en el artículo 20 de la ley 24.552, la empresa informará a la representación sindical de sus trabajadores acerca de las siguientes circunstancias:

a) causas de la crisis y sus repercusiones sobre el empleo;

b) situación económico-financiera de la empresa y del entorno en que se desenvuelve;

c) Propuestas de acuerdo con los acreedores;

d) rehabilitación de la actividad productiva;

e) renuncia a privilegios laborales.

(…)”.

Una situación excepcional amerita un remedio extraordinario (de ahí también que nos parezca razonable que las modificaciones sean sólo temporarias). De esta manera se busca salvaguardar un interés general (continuidad de la empresa), resignando algunos intereses particulares, en aras del mantenimiento de la fuente de trabajo en la que están interesados todos los miembros de la comunidad. Y si bien es cierto que no pueden afectarse los derechos de los trabajadores haciendo caer en ellos los resultados negativos de la explotación (principio de ajenidad del riesgo empresario), no es menos cierto que esto constituirá una simple declamación retórica si la empresa no puede subsistir en las condiciones en que se halla¹⁶.

Cuál es el objetivo de la negociación? El legislador ha querido que lo que se acuerde se refiera a las condiciones de trabajo, incluso a nuestro entender, adecuar los niveles salariales por consenso; el mensaje del Poder Ejecutivo aborda la cuestión pretendiendo brindar mayor “elasticidad en la negociación de la relación laboral, en los casos de las empresas que atraviesen por la crisis concursal”; forma de la prestación, vacaciones, feriados, interrupción de un ciclo productivo, etcétera; el objetivo, como lo venimos exponiendo, es transitar en forma conjunta el concurso preventivo y lograr

¹⁶ GAMES-GEREZ-ESPARZA. Ob.cit. pág. 156.

superar el estado de cesación de pagos, para retomar luego del vencimiento de los plazos establecidos al convenio colectivo que las partes estaban sujetas antes de la apertura del proceso, respetando el orden público laboral¹⁷.

Quiénes son las partes que intervienen en esta negociación de crisis?

Por el empleador, que en este caso es una empresa con resolución de apertura de concurso, la concursada ya que según el art.15 LQC no se encuentra desahogada ó en los casos circunstanciales del art. 17 LQC¹⁸, el administrador y el síndico ya que, según el artículo 15 LCQ, la administración de la empresa se encuentra bajo su vigilancia.

Por los trabajadores indica el artículo 20 LCQ, que será la "*asociación sindical legitimada*", estarán legitimados para la negociación, por principio de aplicación de la ley de convenios colectivos 14.250 y modificatorias, aquellas que tengan "personería gremial" otorgada por el Ministerio de Trabajo en el orden nacional.

El efecto "erga omnes" de la convención colectiva deviene del proceso de homologación, registración y publicación por parte del Ministerio de Trabajo de la Nación, en este caso la ley concursal nada dice al respecto. Maza y Lorente sostienen que el convenio colectivo de trabajo de crisis, por ser a su vez de empresa, requiere homologación. Así lo dispone el art.7° de la ley 25.250 que también establece la necesidad de su registro, publicación y depósito que requiere el art.5° de la ley 14.250 de convenios colectivos de trabajo y resulta también de la derogación del decreto 470/93 (art.34, ley 25.250). La homologación supone cumplimiento del art.4°, último párrafo, de la ley 14.250, es decir que se realicen los debidos controles de legalidad y oportunidad; sin superar éstos, la convención no registrará¹⁹.

5. La reorganización empresaria.

En el esquema concursal de la ley 24.552, los mecanismos de reorganización de la empresa (preventivos de su liquidación), se admiten en di-

¹⁷ Ref. Mensaje del Poder Ejecutivo del 12-5-94, consideraciones generales, párr. 5, en Antecedentes Parlamentarios N°7, 1995 en NEGRE DE ALONSO, LILIANA; Ob.cit. pág. 141/142.

¹⁸ Art. 17, Ley 24.552: "(...) Además, cuando el deudor contravenga lo establecido en los arts. 16 y 25 o cuando oculte bienes, omita las informaciones que el juez o el síndico requieran, incurra en falsedad en las que produzca o realice algún acto en perjuicio evidente para los acreedores, el juez puede separarlo de la administración por auto fundado y designar reemplazante. (...) El administrador debe obrar según lo dispuesto en los arts. 15 y 15 (...)".

¹⁹ MAZA, ALBERTO y LORENTE, JAVIER, "Créditos laborales en los concursos", Ob.Cit. pág. 153.

versos estadios anteriores a la consolidación de la quiebra: 1) acuerdos preconcursales, 2) acuerdos preventivos extrajudiciales, 3) acuerdos preventivos a propuesta de la deudora (en el período de exclusividad) o 4) de terceros (en los casos de salvataje o cramdown), y 5) hasta es posible convertir la quiebra –ya declarada- en concurso preventivo²⁰.

La ventaja práctica de los acuerdos preconcursales extrajudiciales es su informalidad, rapidez, economía y cierta discreción y su desventaja es que no suspenden el curso de acciones judiciales ni los intereses.

Durante el desarrollo del concurso preventivo puede intentarse una reorganización de la empresa en donde se comprometa a los trabajadores con la terminación del contrato de trabajo que los une a la empresa, vía la figura del despido. En esta línea, Junyent Bas²¹ señala que si los despidos son anteriores a la apertura del concurso, el acreedor queda atrapado en los arts. 16 y 21, inc. 5, por lo que podrá hacer valer su derecho al pronto pago o demandar la verificación de su crédito de cara a una eventual negociación concordataria. Si el despido es posterior, la deuda es posconcursal, por lo que el trabajador tendrá a su alcance todas las acciones legales correspondientes ante los jueces naturales del fuero laboral, dado que estas acreencias escapan a la vigencia del fuero de atracción concursal (art.21, incs.5 y 32 de la ley 24.552).

6. Conclusiones

La situación de “crisis económica” puede comprender a una empresa en particular, cuando se manifiesta solamente dentro de su ámbito o, como sucede actualmente, extenderse a la sociedad toda. Ambas situaciones son previstas en el conjunto de normas que constituyen “el derecho imperante”, plexo normativo que intenta diseñar estrategias tendientes a adecuar los efectos de la “crisis”. El compromiso será entonces de los operadores jurídicos, quienes tendrán que utilizar los recursos legales en un marco ético y responsable que tienda a superar las consecuencias económico-sociales para todas las partes en conflicto.

²⁰ ROULLON, ADOLFO. “Régimen de Concursos y Quiebras, Ley 24.552”, Ed. Astrea, año 1999, pág. 256.

²¹ JUNYENT BAS, FRANCISCO; “Las cuestiones laborales en el concurso y la quiebra-Ley 24.552”, Editorial Alveroni, año 1997, pág.81.



EL CONCEPTO DE PERSONA Y EL DERECHO EN LOS ALBORES DEL TERCER MILENIO

por Angel Esteban Villagra(*)

Resumen: El trabajo se propone identificar y sistematizar la problemática planteada alrededor del concepto jurídico de persona, a partir de los avances de la ciencia y la tecnología y los desarrollos de la realidad socioeconómica y cultural, en los comienzos del tercer milenio, desde la perspectiva de una visión integrada e integral del derecho.

Palabras Claves: persona, persona jurídica, derechos humanos, derecho, ciudadanía, concepto jurídico.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se propone identificar y sistematizar la problemática planteada alrededor del concepto jurídico de persona, a partir de los avances de la ciencia y la tecnología y los desarrollos de la realidad socioeconómica y cultural, en los comienzos del tercer milenio, desde la perspectiva de una visión integrada e integral del derecho, conforme a la

(*) Abogado. Profesor Adjunto de "Introducción al Derecho". y Profesor Titular por Concurso de "Derecho Usual" en la carrera de Trabajo Social, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Titular de "Introducción al Derecho" en la Universidad Blas Pascal. Publicaciones: *Elementos para una Introducción al Derecho*. Advocatus. Córdoba. 2002. ; *Introducción al Derecho. Fundamentos*. Advocatus. Córdoba. 2000; *Como buscar jurisprudencia y legislación*. Lex, Córdoba. 1993; *Introducción al Derecho. Modelo didáctico*. Universidad Provincial de La Rioja. 1993; etcétera.

metodología propuesta por Barraco Aguirre, en su derecho como integridad¹.

La idea que nos guía es tratar de fotografiar la situación actual de la cuestión, lo que en otras disciplinas se denomina formular "el estado del arte" de un tema de investigación, en este caso el concepto jurídico de persona.

II. EL CONCEPTO DE PERSONA

Uno de los instrumentos o recursos a través de los cuales pensamos nuestros conocimientos es el concepto, que constituye el pensamiento o representación intelectual de un objeto material o inmaterial, real o imaginario². La ciencia jurídica, en su tarea de conocer el derecho, elabora conceptos de diferentes niveles de abstracción o generalidad. El concepto jurídico de persona constituye uno de los llamados conceptos jurídicos "básicos o fundamentales", que son aquellos que encontramos en toda norma y en todos los ordenamientos y que se vinculan con expresiones jurídicas dotadas de un mayor nivel de abstracción. En segundo lugar, este concepto de persona se nos presenta como un concepto "primario" o "primitivo", ya que no puede ser derivado de ningún otro concepto jurídico³. Y finalmente, desde un punto de vista lógico, es uno de los conceptos denominados "intermediarios", utilizados para simplificar la expresión de los contenidos de los materiales normativos⁴.

También el legislador piensa y expresa las conductas decididas como debidas utilizando conceptos que, a veces, define en forma explícita. El concepto jurídico de persona está expresamente establecido en el artículo 30 de nuestro Código Civil: "Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones".

¹ BARRACO AGUIRRE, RODOLFO: *Lecciones de Introducción al derecho. III. El derecho como integridad*. Horacio Elias Editora Córdoba. 2da edición. Córdoba. 1993.

² FATONE, VICENTE: *Lógica e introducción a la filosofía*. Kapelusz. Buenos Aires. 1969. p. 14 y ss

³ Los conceptos jurídicos fundamentales forman un sistema que pueden tener gradaciones internas en el sentido de que alguno o algunos aparezcan como primitivos y otros como derivados. Los términos primitivos son aquellos no reductibles o derivables de ningún otro concepto, mientras que los derivados son aquellos que son definidos utilizando directa o indirectamente los primitivos. (NINO, CARLOS: *Introducción al análisis del derecho*. 2ª edición. Astrea. Buenos Aires. 1984, p. 167).

⁴ BULGYN, EUGENIO: *La naturaleza de la letra de cambio*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1961 p. 26 y ss. PECES BARBA, G. FERNANDEZ, E. y de ASIS, R.: *Curso de Teoría del Derecho*. Marcial Pons. Madrid. 1999, p. 253.

III) EL CONCEPTO ANTROPOLÓGICO Y FILOSÓFICO DE PERSONA

A) *Las notas propias del hombre*

A lo largo de la historia, se puede observar como el hombre ha ido forjando múltiples, imprecisas y muy diversas ideas sobre sí mismo⁵, en un proceso que se caracteriza por orientarse hacia una creciente exaltación de su calidad única dentro del universo conocido, en virtud de sus notas características:

a) Posee capacidad de conocimiento intelectual que le permite captar el mundo que le rodea y los fenómenos que en él se desarrollan, pero también se puede replegar introspectivamente en sí mismo para percibir los fenómenos que se desarrollan en su interioridad. Y puede luego ordenar las representaciones que logró sobre lo que es propio y ajeno, y mediante su capacidad racional establecer relaciones y deducir consecuencias. El hombre a partir de su capacidad intelectual, puede forjarse ideales y determinar y jerarquizar valores que se presentan como orientadores de sus formas de ser y de obrar.

b) También cuenta el hombre con su voluntad, que le permite, en cierta medida y por propia iniciativa, elegir entre diversas alternativas, y enderezar su labor intelectual o su obrar hacia el campo externo, en una dirección determinada⁶.

c) A lo anterior debe añadirse que el hombre trae en sí el fenómeno de su conciencia, voz interior independiente de su voluntad que aprueba y desaprueba sus decisiones libremente adoptadas. Su conciencia le permite conocer los principios generales sobre lo que es correcto o no y, en particular, de frente a cada acto le indica lo que está bien o lo que está mal en concreto⁷.

d) Otro aspecto característico que debe señalarse, es el de los fenómenos afectivos del hombre, que lo ligan y lo separan de las cosas y de las personas, mediante reacciones emocionales intransferibles, las cuales encuadran, en medida apreciable, sus intelecciones y voliciones.

e) El hombre, por fin, es también un ser capaz de progresar en un incesante y constante perfeccionamiento de sí mismo.

⁵ SCHELER, MAX: *La idea del hombre en la historia*. Editorial Pléyade. Buenos Aires. 1982, p. 9 y ss.

⁶ MARTINEZ PAZ, FERNANDO: *Introducción al derecho*. Editorial Abaco. Buenos Aires. 1982, p. 303.

Por todo ello, podemos afirmar que el hombre no está predeterminado, sino que posee capacidad de crear, modificar y aun destruir su propia vida, y que ocupa dentro del mundo, un lugar especial, absoluta e incomparablemente superior a cualquier otro ser material⁸.

B) El hombre como ser personal

A partir de ello, se atribuye al hombre esta calidad especial, única, que lo distingue de todos los demás seres vivientes, que es su "ser persona", y se afirma que todos y cada uno de los hombres son personas.

Cuando hablamos de persona, en sentido filosófico nos referimos a ese ser individual, único e irrepetible en la historia que somos cada uno de nosotros⁹.

La noción de persona connota la de totalidad o individualidad. La persona es un universo en sí, un microcosmos, que puede darse por entero por amor a otros seres que son para él lo que él es para ellos, relación cuya equivalencia es imposible encontrar en el mundo físico.

Nino enuncia tres principios respecto al hombre en cuanto persona: el de inviolabilidad, el de autonomía y el de dignidad de la persona humana¹⁰.

a) El principio de la inviolabilidad de la persona hace que no podamos imponer a los hombres, contra su voluntad, sacrificios y privaciones que no redunden en su propio beneficio. Dicho en términos kantianos no debemos tratar a otro ser humano como un mero medio, sino como un fin en sí mismo. Se opone al holismo que sostiene que el todo social tiene primacía sobre lo individual.

b) La autonomía de la persona, como principio, nos impide interferir con la elección personal de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia por parte de cada uno de los seres humanos. Se opone al perfeccionismo, que sostiene que lo bueno para uno es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida y que el Estado puede, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores.

c) Por fin, el principio de la dignidad de la persona establece que los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifesta-

⁷ Idem.

⁸ Idem

⁹ CARPINTERO, FRANCISCO: *Derecho y ontología jurídica*. Actas. Madrid. 1993, p 164.

¹⁰ NINO, CARLOS: *Ética y derechos humanos*. Paidós. Buenos Aires. 1984. Segunda Parte, p. 109-184.

ciones de consentimiento, y que éstas deben ser tomadas seriamente en consideración al momento de diseñar las instituciones sociales y en las medidas, actos y actitudes que se adopten frente a ellos. Se opone al determinismo normativo, que sostiene que no se debe tener en cuenta la voluntad de los individuos al momento de pensar las instituciones o de legislar para una comunidad.

C) La concepción de persona y el modelo de sociedad

El concepto de persona depende no sólo de la idea de hombre a la cual se adhiera, sino también de los modelos de sociedad que se adopten, que en general se definen en función del tipo de relación que se concibe entre individuo y sociedad.

En el modelo liberal, que corresponde a un modelo mecanicista de sociedad, donde lo social es el resultado de las acciones atómicas llevadas a cabo por los individuos para la consecución de los fines particulares perseguidos por cada uno de ellos, el hombre y sólo el hombre es persona, y todos los hombres son personas. La sociedad está subordinada a la realización de los fines personales de sus integrantes.

En el modelo colectivista de sociedad, correspondiente a un modelo organicista, que concibe a la sociedad como un organismo al que los individuos están subordinados igual que lo están las células a las funciones generales del cuerpo humano, la sociedad y los distintos grupos tienen una entidad propia, y los individuos están subordinados a la realización de los fines sociales.

La idea del hombre como persona va ligada fuertemente a una concepción liberal de la sociedad, y es negada en su valor axiológico por aquellos regímenes que adhieren a un modelo colectivista.

Para el marxismo el concepto de persona como sujeto de derechos subjetivos constituye un instrumento ideológico que esconde la dominación de una clase. Sin embargo, autores neomarxistas aceptan que también el reconocimiento de los derechos de la persona, a la par que un privilegio, constituye también un límite a la dominación que debe ser aprovechado mediante lo que ellos denominan un uso alternativo del derecho.

IV) EL CONCEPTO FILOSOFICO DE PERSONA Y LOS DERECHOS HUMANOS

Como se ha señalado, el hombre por ser persona tiene un valor en sí mismo, no pudiendo ser un medio para el logro de fines de otros.

Todo ser humano tiene, frente a cualquier otro, el derecho a ser respetado como persona y está obligado en el mismo sentido. Esta es la relación jurídica fundamental, base de la convivencia y de toda otra relación jurídica.

Este concepto de persona, como calidad especial del ser humano, es el utilizado generalmente para atribuir los llamados "derechos humanos". Todo hombre, por el hecho de ser persona, es titular de los derechos humanos. En el Siglo XX se produce un desarrollo progresivo, tanto desde el punto de vista cuantitativo y como desde el cualitativo de estos derechos y, así, los derechos económicos, sociales y culturales constituyen una nueva área de positivización, y se crean mecanismos internacionales de control del comportamiento estatal ante los cuales la persona goza de acción.

El mismo sujeto de los derechos humanos, el hombre, tiende a presentarse bajo dos ropajes distintos: uno individual, como persona, y otro más amplio, en tanto que participe de un concepto más vasto, el de humanidad. De esta manera, se afirma el goce de los pueblos presentes y futuros, a la paz, al desarrollo, a un medio ambiente sano, a lo que es su patrimonio común.

Los derechos humanos dejan de ser materia reservada al derecho interno de los Estados para, además, formar parte del derecho positivo internacional, al incorporarse a tratados internacionales, algunos de los cuales, en nuestro país tienen rango constitucional ¹¹. En estos tratados ser persona es sinónimo de ser hombre. Todo hombre es persona. Y los derechos humanos son atribuidos a la persona entendida como el hombre, como cada hombre, y a todos los hombres, como humanidad. ¹²

La diferenciación entre el concepto filosófico y el concepto jurídico de persona, y la referencia al concepto filosófico para adscribir los derechos humanos, es clara en el artículo 3° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, derecho vigente en nuestro país, que establece que toda persona (sentido antropológico-filosófico) tiene el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (persona en sentido jurídico).

¹¹ FERNANDEZ SEGGADO, FRANCISCO: "La dignidad de la persona humana como valor supremo del ordenamiento jurídico". En Revista "El Derecho". Buenos Aires. 26/2/1996, p. 4.

¹² GUTIERREZ POSSE, HORTENSIA: *Los derechos humanos y las garantías*. Zavalia. Buenos Aires. 1987, p. 36.

V) EL CONCEPTO DE PERSONA Y EL DE CIUDADANIA EN LA ATRIBUCION DE LOS DERECHOS HUMANOS

Ferrajoli hace un interesante análisis histórico sobre cómo, en la defensa de los derechos humanos, se ha evolucionado desde los derechos del ciudadano (en la antigüedad) a los derechos de la persona (en la modernidad) ¹³.

Todos los derechos fundamentales, con la única excepción de los derechos políticos, fueron proclamados, inicialmente en la Declaración Francesa de 1789 y luego en las sucesivas constituciones, como derechos universales reconocidos a todos en cuanto personas y no en cuanto ciudadanos.

Sin embargo, Ferrajoli denuncia como en la actualidad, sobre todo en los países europeos, existe una regresión en la extensión de los derechos humanos, con una tendencia a limitarlos, vinculándolos con el concepto de ciudadano y no de persona. De este modo la atribución de los derechos civiles y sociales quedaría circunscripta a quienes pertenecen políticamente a un país determinado y no a todos los hombres, por el mero hecho de serlo.

VII) EL CONCEPTO JURIDICO DE PERSONA

A) *La persona como sujeto del derecho*

El concepto filosófico de persona constituyó el antecedente inmediato del concepto jurídico, pero no se superpone con este último.

El derecho, como sabemos, tiene dos caras: una cara normativa y una cara relacional. La cara normativa del derecho nos muestra un conjunto de normas y principios entrelazados entre sí constituyendo un ordenamiento o sistema, que regulan las relaciones entre los hombres en sociedad. La cara relacional se conforma por las relaciones que surgen de esas normas, es decir, las relaciones jurídicas.

En realidad, las normas jurídicas vinculan hechos y sujetos. Establecen la relación entre dos hechos: el supuesto y la consecuencia jurídica, y configuran a su vez, relaciones entre los sujetos titulares de derechos, llamados sujetos activos de la relación jurídica, y los sujetos titulares de obligaciones o deberes, correlativos de aquellos, denominados sujetos pasivos. Los sujetos, activos o pasivos, de la relación jurídica son las personas.

¹³ FERRAJOLI, LUIGI: *Derechos y garantías*. Trotta. Madrid. 1999, p 97 y ss.

El hombre, y el hombre como persona, constituye sin duda el sujeto último del derecho. Sólo la conducta del hombre, de la persona humana, puede ser regulada por normas. El individuo humano y su conducta es el dato primario de lo jurídico, la materia prima, su fundamento material.

La personalidad jurídica en cuanto cualidad jurídica de ser titular o sujeto de derechos y obligaciones en una relación jurídica, es una cualidad que corresponde al hombre, pero también es reconocida o concedida traslaticiamente a ciertas organizaciones humanas, por ejemplo las sociedades, las asociaciones, las fundaciones y el propio Estado nacional, provincial y municipal.

Por esto, en el derecho se define a la persona como todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, es decir todo ente que tenga capacidad para ser sujeto de una relación jurídica.

A partir de esta definición podemos distinguir en el derecho dos clases de personas: las personas individuales y las personas colectivas o jurídicas.

B) Las personas físicas o individuales

Las personas individuales, personas de existencia visible para nuestro Código, son los seres humanos, hombres y mujeres. No siempre se atribuyó la calidad de persona jurídica a todos los hombres; en Roma, por ejemplo, sólo eran personas en forma plena los hombres que eran libres, ciudadanos romanos y cabezas de familia. Hoy ya no se discute la atribución de personalidad jurídica a todos y cada uno de los seres humanos.

La discusión hoy se ha trasladado al problema de a partir de cuándo comienza y cuándo termina la vida humana. Pero nadie duda hoy que el hombre es una persona para el derecho. Es el sujeto del derecho por excelencia.

C) Las personas jurídicas o colectivas

El hombre es un ser social y un ser cultural. En cuanto ser social, el hombre para lograr sus fines existenciales necesita agruparse con los otros hombres en forma organizada. Y en cuanto ser cultural es capaz de crear instrumentos para lograr esos fines en la forma más adecuada y eficiente.

El hombre desde siempre se asocia con los otros hombres creando organizaciones muy diversas, para la satisfacción de sus necesidades, es decir crea instituciones sociales. Estas instituciones de algún modo adquieren una entidad distinta de los miembros que las forman. Aparecen las sociedades, las asociaciones, las cooperativas, los partidos políticos, el Esta-

do nacional, provincial o municipal, las empresas o grupos empresarios, los clubes, las organizaciones no gubernamentales, etcétera.

Y estas organizaciones, o los hombres a través de ellas, establecen relaciones con otros hombres y con otras organizaciones, relaciones que son reguladas por el derecho para prevenir y resolver los posibles conflictos que aparecen entre ellos, buscando la pacificación social y la mayor satisfacción de los miembros de la sociedad.

Y en esta regulación, el derecho le atribuye a algunas de estas organizaciones humanas personalidad jurídica, es decir capacidad para ser sujeto de derechos. Por eso, en los ordenamientos jurídicos modernos encontramos, además de la persona individual, también a las personas colectivas o jurídicas, denominadas por nuestro codificador como personas de existencia ideal, entes a los cuales el derecho atribuye la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones.

La existencia de entes que no sean personas humanas, constituidos por un conjunto de personas físicas o por un conjunto de bienes, que puedan ser sujetos de derecho ha generado no pocas discusiones en la dogmática, y diversas teorías al respecto.

D) Las teorías sobre las personas colectivas o jurídicas

Las distintas teorías tratan de explicar el significado y la manera por la cual entes distintos al hombre pueden ser sujetos de derecho, es decir gozar de personalidad jurídica. Las teorías más significativas al respecto son:

a) **Teoría de la ficción.** Desarrollada por Savigny en el siglo XIX, se fundamenta en una concepción del derecho subjetivo como poder atribuido a una voluntad libre. Desde esta perspectiva, el hombre es el único ente que posee voluntad libre y, por lo tanto, que puede ser persona. En esta teoría, si bien se identifica hombre y persona, se admite, sin embargo, que el legislador puede atribuir artificialmente el carácter de titular de derechos subjetivos a otros entes. La personalidad jurídica es una cualidad conferida, un acto concesivo del poder estatal. Esta atribución del carácter de personas jurídicas a otros entes que no sean el hombre, se realiza por vía de una ficción. Las personas colectivas son entes que si bien no existen realmente, el legislador y el derecho suponen existentes (la ficción) para ciertos fines prácticos, o de conveniencia social. Las principales críticas que se le efectúan a esta teoría son la no explicación del Estado como persona jurídica, la posible arbitrariedad estatal en el reconocimiento de las personas jurídicas, y la irresponsabilidad de las personas jurídicas por los daños causados por los actos ilícitos de sus representantes y agentes.

b) **Teorías negativas o negatorias.** Surgen en la doctrina alemana¹⁴, como una reacción a la teoría de la ficción, que era la opinión generalizada en el Siglo XIX. Coinciden con ésta en la afirmación que el único sujeto es la persona humana, el hombre individual, no poseyendo la llamada "persona jurídica" ninguna existencia como fenómeno real.

La persona jurídica carece de personalidad jurídica, negando la existencia de personas jurídicas como verdaderos sujetos de derecho. Para estos autores la persona jurídica es un mero procedimiento de técnica jurídica, detrás de la cual hay una realidad que develar.

Para explicar la vinculación que hacen las normas jurídicas a las sociedades, a las asociaciones, etcétera, algunos autores afirman que la expresión "personas colectivas" hace referencia, en realidad, a bienes sin dueño que están afectados a un determinado fin; otros, en cambio, sostienen que se trata de un condominio sujeto a reglas diferentes a las del condominio ordinario. Todos estos autores coinciden en afirmar que las personas jurídicas colectivas no son más que grupos de individuos que poseen bienes o que contratan, de modo que cuando se habla de que una sociedad o asociación poseen bienes o contratan, ésta es una forma de referirse a una serie de individuos que poseen bienes o contratan. La persona jurídica es solamente un instituto particular reconocido por el derecho, una organización patrimonial: o una propiedad colectiva, o un patrimonio sin sujeto, etcétera, a los cuales el legislador les ha atribuido, por analogía, reglas de imputación de derechos y obligaciones como si fueran personas. El problema que se presenta es la explicación de a quién pertenecen los bienes de las personas colectivas. Diversas respuestas se han propuesto para este problema: la teoría del patrimonio sin sujeto (la persona jurídica es un patrimonio que no pertenece a ningún hombre sino que está destinado a un fin especial, no hay un nuevo sujeto del derecho distinto a sus titulares), de los bienes sin sujeto y de una propiedad colectiva (Planiol: la persona jurídica es un mito, lo que en realidad designa es una masa de bienes sometidos al régimen de propiedad colectiva y atribuida a una persona ficticia). Las principales consecuencias jurídicas de estas teorías son la no existencia de la persona jurídica como ente diferente de los miembros que la integran y la explicación de los bienes colectivos, bien atribuyéndolos a una propiedad colectiva, o a la realización de un fin. Las críticas que se formulan a estas teorías son las siguientes: a) La idea de un titular o sujeto del derecho subjetivo es impres-

¹⁴ Esta teoría es desarrollada por autores como Brinz, Bekker, Planiol, Duguit, etc.

cindible para su existencia. Es imposible concebir patrimonios o bienes sin sujetos, ya que de otro modo, se afirmaría la posibilidad de relaciones jurídicas entre objetos. b) Se deja sin explicación al Estado como persona jurídica, que no puede concebirse como una propiedad colectiva o como un patrimonio sin sujeto afectado a determinados fines.

c) **Teorías realistas:** Surgidas en los siglos XIX y XX, estas teorías¹⁵, sostienen que las personas colectivas son entidades que existen por derecho propio, con total independencia de los individuos que las integran, que son organismos que tienen intereses, desarrollan voliciones y ejecutan acciones que no pueden identificarse con las de ningún ser humano. La persona jurídica es una realidad social que existe tanto como el ser individual y que el derecho reconoce. Por lo tanto, la personalidad jurídica es una cualidad inferida de la realidad socioeconómica, a la cual el derecho sólo reconoce como universalidad de bienes o personas puestas al servicio de un fin común. La herencia más importante que puede asignársele a la teoría de la realidad, es la de haber permitido visualizar con claridad la posibilidad de que el sujeto puede aparecer en la vida jurídica sin la necesidad del reconocimiento por parte de la ley. La persona jurídica tiene una voluntad distinta de la propia de sus miembros y actúa por medio de sus órganos, por ejemplo la asamblea, presidencia, etc.. La reforma del artículo 43 del Código Civil adhiere a la teoría del órgano y atribuye responsabilidad por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Y también por los daños ocasionados por los actos ilícitos. Hoy se tiende a imputar responsabilidad penal a esta clase de personas sobre todo en materia previsional y tributaria.

d) **Teorías normativas.** Hans Kelsen, entre otros, sostiene que el concepto de persona es un concepto jurídico, hasta tal punto que se podría afirmar que los hombres, desde el punto de vista del derecho positivo, no son personas, sino que "tienen" persona, son portadores de derechos y de obligaciones. La unidad de esos derechos y obligaciones se "personifica" en el concepto de persona¹⁶. Tanto en el caso de las personas físicas o individuales, como en el de las personas colectivas o jurídicas los derechos y obligaciones tienen como contenido la conducta del hombre. Por ello señala Kelsen que no puede ser la referencia al hombre la diferencia entre las

¹⁵ Gierke, Jellinek, Saleilles, Hauriou, Renard, Michoud y Ferrara son los autores que adhieren a estas teorías realista de las personas jurídicas.

¹⁶ KELSEN, HANS: *Teoría pura del derecho*. Universidad autónoma de México. México. 1979, p 183.

personas individuales y las colectivas. El iusfilósofo vienés afirma entonces que la persona física o individual es el conjunto de los derechos y de las obligaciones de un individuo, o para expresarlo en forma más precisa, "el conjunto de normas jurídicas" en cuanto contengan alguna referencia a la conducta de un individuo. La persona jurídica, en cambio, es el conjunto de las normas en cuanto se refiera a cierto conjunto de conductas que aunque cumplidas por diversos individuos, que se hallan relacionados entre sí por un orden jurídico parcial comúnmente llamado estatuto¹⁷. Cuando un ordenamiento impone obligaciones o atribuye derechos a una persona colectiva, lo que se determina es el elemento material de la conducta, quedando reservado al estatuto de la persona colectiva la determinación del elemento personal, es decir que hombre cumplirá dichos derechos y obligaciones. En cambio, en el caso de la imposición de derechos y obligaciones a una persona individual, el ordenamiento externo determina tanto el elemento material, cuanto el elemento personal. Expresado de otra manera, la personalidad jurídica para Kelsen es la imputación centralizada de conductas debidas o posibles. En las personas individuales esta imputación centralizada es directa, del ordenamiento jurídico general se desprende con claridad quién es el sujeto cuya conducta es obligatoria, prohibida o permitida. En las personas colectivas la imputación de derechos y obligaciones es indirecta, para determinar quién es el sujeto obligado, facultado o autorizado se debe recurrir a un ordenamiento jurídico parcial: los estatutos de esa persona colectiva.

e) **La persona como construcción lógica.** Nino desarrolla la concepción de la persona jurídica colectiva como construcción lógica. Desde esta posición se sostiene, siguiendo a Hart, que el error de las teorías tradicionales es suponer que un término no tiene función alguna en un sistema lingüístico si no hace referencia a alguna entidad¹⁸. Se afirma la existencia de muchas palabras o términos que cumplen una efectiva función en el lenguaje ordinario y en el científico sin que tengan denotación alguna (sin que hagan referencia a ningún hecho u objeto). Estos términos son denominados teóricos o construcciones lógicas. Este tipo de palabras puede formar parte de frases significativas en sí, que si bien no pueden ser referidas a hechos observables, pueden ser traducidas a otras que sí lo sean. Por ello proponen priorizar el estudio de la función sobre el significado de las pala-

¹⁷ KELSEN, H.: op. cit., p 184.

¹⁸ NINO, CARLOS: *Introducción al análisis del derecho*. 2ª edición. Astrea. Buenos Aires. 1984, p 231.

bras. La expresión "persona jurídica" para estos autores, pertenece a esta clase de términos, por lo tanto se debe desistir de intentar definirla y, en cambio, centrar la investigación en las funciones que cumple dicha expresión en los distintos contextos en que se la utiliza, mostrando cómo las frases en que aparece, pueden traducirse en otras que hacen referencia a hechos observables.

f) Una primera conclusión. Luego de todo lo expuesto sobre las diferentes teorías que tratan de explicar la atribución de personalidad jurídica a entes distintos al hombre, debemos tener presente que el derecho es un fenómeno humano y social. No hay derecho sin hombre y sin sociedad. El derecho regula la conducta del hombre con relación a las conductas de otros hombres, es decir las conductas sociales del hombre y las relaciones intersubjetivas. En definitiva, sólo las conductas del hombre con relación a los otros hombres pueden constituir el contenido de las normas jurídicas. Sólo las conductas del hombre pueden ser prohibidas, obligadas o permitidas. Desde esta perspectiva y en último término, sólo el hombre puede ser sujeto de derechos. Sin embargo, el hombre es un ser personal y social, que necesita para realizar sus fines existenciales, de la convivencia y cooperación de los otros hombres. Y es en la vida social donde los hombres crean organizaciones para el logro de esos fines. A algunas de esas organizaciones o asociaciones, el derecho le atribuye personalidad jurídica es decir capacidad de ser sujetos de derechos. Por eso entendemos que el concepto de persona jurídica colectiva, es una creación del derecho positivo, fundada en la realidad social, en virtud de la cual las organizaciones humanas, en razón de sus fines, se encuentran revestidas de personalidad, es decir de la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones. Sin embargo, y en definitiva, aún en estas organizaciones los derechos y las obligaciones van a ser ejercidos o cumplidos por seres humanos de carne y hueso.

VIII) LAS PERSONAS FÍSICAS Y JURÍDICAS EN LOS COMIENZOS DEL NUEVO MILENIO

La problemática de la persona física y jurídica durante el desarrollo del siglo XX, estuvo lejos de encontrar respuestas suficientemente elaboradas y consolidadas en el tiempo. Por el contrario se advierte que se han abierto nuevos y profundos frentes de debates y discusión ¹⁹.

¹⁹ PALMERO, JUAN CARLOS: "Las personas físicas y jurídicas como sujetos de derechos en el fin de siglo". En Congreso internacional la persona y el derecho en el fin de siglo: "Libro de Ponencias". Santa Fe. 1996, p 353.

El vertiginoso, y por momentos contradictorio y ambivalente, desarrollo operado en el campo de las ciencias biológicas, íntimamente vinculado a los avances científicos y tecnológicos en general, ha determinado el surgimiento de numerosos interrogantes relacionados con la persona, en referencia especialmente con las fronteras mismas de la vida, con numerosas implicancias éticas y jurídicas ²⁰.

En este sentido, algunas manifestaciones de la personalidad parecían haber alcanzado una suficiente elaboración jurídica y provocaban una aplicación pacífica del derecho que las reglamentaba, hoy sin embargo, se ha producido un cambio total a ese respecto, y por el contrario se han convertido en situaciones de pleno conflicto. Ejemplos de estas situaciones son el principio de "*mater certa*" ante la posibilidad de la existencia de madres sustitutas; la determinación del momento en que se produce la muerte, y el nuevo concepto de muerte cerebral; la concepción en el seno materno, y la posibilidad de la *fecundación in vitro*, etcétera.

Aunque en menor escala también sucede el fenómeno inverso, es decir situaciones conflictivas que en la actualidad se encuentran resueltas. Ejemplos de estas situaciones lo constituyen el momento de la concepción que el derecho construya a través de dos presunciones, una máxima y otra mínima, y la posibilidad actual de establecer con una precisión casi absoluta el momento de la concepción; las dudas del nacimiento con vida, y el principio de la viabilidad para despejarla, y la comprobación técnica actual del nacimiento con vida; la dificultad de la prueba de la paternidad, y la posibilidad de los exámenes de ADN para determinarla.

Desde otra perspectiva, por ejemplo en el ámbito del derecho de daños, comienza a hablarse de "daño a la persona", en sustitución del daño moral y a plantearse un paso más adelante que es el de la protección de la individualidad como tal, es decir el de la persona, en el sentido filosófico del término. Así se comienza a concederle acción al individuo, en el ámbito de la privacidad, cuando alguien se ha apropiado de alguna ventaja suya, o ha arrojado falsa luz sobre su identidad, o viola su derecho a estar sólo, etcétera.

También en el campo del derecho ambiental se interpretan y resuelven los conflictos entre el individuo y la organización posindustrial, protegiendo al primero, es decir a la persona ²¹. Y se va más allá contraponién-

²⁰ HOOFT, PEDRO FEDERICO: *Bioética y derechos humanos*. Depalma. Buenos Aires. 1999, p. 63 y ss.

²¹ LORENZETTI, RICARDO LUIS: *Las normas fundamentales de derecho privado*. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 1995, p.392.

dose como teorías el antropocentrismo con el biocentrismo jurídico. Se transita desde concepciones donde el derecho estaba hecho para y a medida del hombre, conforme a un principio antropocéntrico, a otras, hoy mayoritarias, que sostienen el dominio responsable de la naturaleza, y que consideran valioso y merituable de tutela tanto el hombre, como la naturaleza, es decir la biosfera en su conjunto, y que se designan como antropocentrismo moderado o débil. Sin embargo no podemos ignorar la existencia de otras concepciones, biocéntricas, ligadas a aspectos filosóficos y científicos (ecología profunda) y a una expresión del holismo, que al concebir al sistema viviente como globalidad, trata de evitar el reduccionismo a sistemas individuales, como podría ser el humano, y que tratan de hacerse camino en el reconocimiento de un "derecho de la biosfera a vivir", cuyo ejercicio estaría delegado por la necesidad que tiene el ser humano de las cosas, al menos en su calidad de inquilino ²².

Así como el hombre de carne y hueso ha logrado el reconocimiento universal de su personalidad jurídica, dejando atrás muchos cercenamientos y discriminaciones, las personas colectivas, como se ha analizado, no han logrado una fórmula técnica satisfactoria de aceptación universal en el ámbito de la legislación y de la ciencia jurídica.

Dos hechos han contribuido a profundizar la crisis y el debate sobre la problemática específica de las personas jurídicas o colectivas: a) el asociacionismo moderno que ha provocado una verdadera avalancha o multiplicación por parte de la gente en el acceso, empleo o utilización de diversas figuras o manifestaciones de la personalidad colectiva, b) el surgimiento de nuevas formas asociativas hasta hace poco no conocidas,

El asociacionismo trajo una multiplicación de las especies de personas jurídicas abriendo nuevos problemas como las entidades integradas por un solo miembro, otras que se abrieron camino a contramano del derecho, como las sociedades irregulares, etc. En el campo de las sociedades comerciales y como resultado de los procesos de concentración económica, aparecen emprendimientos de segundo grado (los agrupamientos de colaboración empresarial; las uniones transitorias de empresas) en el terreno de la subordinación o de la colaboración. Y por último aparecen nuevos problemas como la teoría de la superación de la personalidad, una consecuencia de la aplicación del instituto del abuso del derecho, frente al fenómeno de las distorsiones derivadas de la limitación de la responsabilidad.

²² MORALES LAMBERTI, ALICIA: *Derecho Ambiental*. Alveroni. Córdoba. 1999, p. 12 y ss.

En la actualidad, otra problemática nueva, que ya se ha mencionado, es la que surge de la atribución de los derechos humanos, en especial en lo que se refiere los derechos de la segunda y tercera generación (los sociales, económicos, culturales, de solidaridad, ecológicos, etcétera) a sujetos que ya no son sólo el hombre, sino también ciertas organizaciones humanas como la familia, los sindicatos, los consumidores, o la humanidad toda, presente y futura.

Nuestra Constitución, por ejemplo, prevé que corresponde al Congreso el reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades indígenas preexistentes a nuestra nación, étnica y culturalmente, surgiendo de inmediato interrogantes como ¿cuándo existe una comunidad indígena?, y en su caso, ¿cuál es su estatuto?, ¿cuáles son sus representantes para el ejercicio de sus derechos y obligaciones?, entre otras muchas cuestiones a resolver.

Toda esta problemática constituye un desafío para el legislador y para el jurista que deberán encontrar las respuestas adecuadas, y para la teoría del derecho que deberá reformular sus marcos conceptuales a fin de poder contenerlas.

IX) CONCLUSIONES

a) Existen dos conceptos de persona: uno filosófico y otro jurídico, conceptos que se bien se relacionan, no se superponen.

b) El concepto filosófico de persona hace referencia al hombre en su calidad de ser humano único e irrepetible, dotado de autonomía, inviolabilidad y de una especial dignidad.

c) Este concepto filosófico de persona es utilizado como fundamento de los llamados "derechos humanos". Aunque hoy existe la tendencia a ampliar la atribución de derechos humanos a entes distintos del hombre.

d) El derecho es un fenómeno humano y social. No hay derecho sin hombre y sin sociedad. El derecho regula la conducta del hombre en relación a las conductas de otros hombres, es decir las conductas sociales del hombre y las relaciones intersubjetivas.

e) El derecho en su regulación de la conducta del hombre en sociedad, atribuye personalidad, es decir aptitud para ser titular de derechos y obligaciones al hombre individual, cuanto a ciertas organizaciones que el hombre crea para realizar sus fines.

f) Todo hombre, en cuanto persona en sentido filosófico, tiene derecho a ser persona en sentido jurídico. Este es uno de los derechos humanos que en nuestro ordenamiento tiene rango constitucional.

g) Los nuevos avances científicos y tecnológicos, sobre todo en el campo de la medicina y de la biotecnología, como el fenómeno del asociacionismo moderno hacen necesario un continuo debate alrededor de la problemática de la persona en el ámbito de las distintas ramas de la dogmática jurídica y del la teoría general del derecho.



Sección II

**DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
E INTEGRACIÓN REGIONAL**



**“ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA EN LA REGIÓN CENTRO EN
VISTA DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN DEL MERCOSUR”.**
AREA DE DERECHO PROCESAL
-ORDEN PÚBLICO Y PROCESO JUDICIAL
**¿CUÁL ES LA INCIDENCIA DEL ORDEN PÚBLICO EN LAS
MEDIDAS CAUTELARES COMO REGLA GENERAL Y EN EL
SUPUESTO DE EXCEPCIÓN DE EJECUCIÓN FISCAL?**

*por Rosa Angélica del Valle Avila Paz de Robledo**

Resumen: El Poder Judicial es uno de los tres poderes del estado democrático con gobierno federal de Argentina cuya función es la prestación de servicios de justicia a los justiciables, mediante los procesos judiciales en los que se plantean Medidas Cautelares.

Es necesaria y obvia la existencia del Orden Público en la función judicial insustituible e irremplazable.

Con la reforma de la Constitución Nacional de 1994, se presentan nuevos marcos de análisis abarcativos de los ordenamientos jurídicos provincial y nacional ya existentes, junto con los de la región Centro de Argentina y Mercosur- , en función de los regímenes legales existentes en las Medidas Cautelares.

(*) Profesora Titular de las Cátedras “A” de Teoría General del Proceso y de la “B” de Derecho Procesal Civil, y Miembro de la Comisión Ejecutiva del Area de Estudios de América Latina-A.E.A.L. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC).

Profesora Titular de la Cátedra de Derecho Procesal Civil y Laboral del Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de La Rioja (UNLAR).

El abordaje de las Medidas Cautelares, en relación al Orden Público, requiere como eje central efectuar una doble perspectiva: a) Medidas Cautelares en su esquema clásico, bajo sus presupuestos y clasificación en específicas o nominadas e innominadas; b) en sus nuevas tendencias: Tutela Anticipada, Medida Autosatisfactiva.

Analizamos como casos especiales las Medidas Cautelares que no son dispuestas por el juez o tribunal judicial: A) en materia de Ejecución Fiscal en la legislación interna: Ley Nacional Ley 25.239; B) de los tribunales arbitrales "ad hoc" en la normativa de Mercosur.

Damos Bases y Propuestas para la armonización legislativa provincial, regional y mercosureña en materia de Medidas Cautelares.

Palabras claves: proceso judicial – principios procesales- medidas cautelares- nuevas tendencias- medidas autosatisfactivas – tutela anticipada- región – Región Centro – orden público- orden público y medidas cautelares- medidas cautelares en la ejecución fiscal, ley 25.239- medidas cautelares en Mercosur- armonización legislativa provincial, regional y mercosureña

Sumario: 1. Planteamiento Preliminar. 2. El Orden Público y el Proceso Judicial: garantías y principios. 3. Los Regímenes Procesales de la Región Centro de Argentina. 4. Medidas Cautelares: esquema clásico y nuevas tendencias y el Orden Público. 4.1. Medidas Cautelares: esquema clásico. 4.2. Nuevas Tendencias: Tutela Anticipada. 4.3. Nuevas Tendencias: Medidas autosatisfactivas. 4.4. El Orden Público y las Medidas Cautelares y sus Nuevas Tendencias. 5. Modalidades de las Cautelares en la Ejecución Fiscal: Ley Nacional 25.239. 6. Medidas Cautelares en el Mercosur. 7. La armonización legislativa provincial, regional y mercosureña: Bases y propuestas.

I. Planteamiento Preliminar

La República Argentina es una democracia con gobierno federal¹, en la cual con la Reforma de la Constitución Nacional de 1994², las provincias tienen la potestad de crear 'regiones' para el desarrollo económico social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines, con conocimiento del gobierno federal³. O sea, la región – de interés en nuestro medio, desde la mitad del siglo XX- fomenta y promueve la integración interna con proyección en el desarrollo de las naciones. Precisamente, en esta perspectiva entendemos que se debe atender -como nos enseña Juan Pablo II- "el desarrollo de un humanismo verdadero que con

¹ Constitución de la Nación Argentina/1994, artículo 2.

² Constitución de la Nación Argentina/1994, artículo 124.

³ FRIJAS, PEDRO J.- "Las Provincias en 1996", *Cuaderno del Federalismo-Memoria Federal 1996*, X, pág. 16, Instituto de Federalismo-Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Ed. El Copista, abril de 1997.

sustento en los valores morales atiende a la libertad humana y a la libertad auténtica”⁴.

La región se clasifica en: *natural; *histórica; *etnico-cultural y *económica⁵. Así, el “regionalismo natural”: existe con anterioridad a la voluntad política, que lo declara, pero no lo crea. Su contracara es el “regionalismo político”, que sí resulta de un acto constitutivo⁶. En este marco de conformación “regional política”, ubicamos a la Región Centro, compuesta por las provincias de Córdoba, Santa Fé y Entre Ríos.

❖ *El Objetivo Básico, reformulado para dar respuesta a las exigencias actuales, es: Realizar -en esta investigación de medidas cautelares en la ejecución fiscal-, un diagnóstico de la situación legislativa procesal argentina actual circunscripta a la Región Centro, con miras de atender el doble ordenamiento legislativo que la rige. A) Nacional: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Y b) Códigos de Procedimiento Civil y Com. de las Provincias de Córdoba, Santa Fé y Entre Ríos*⁷.

Los Métodos adoptados fueron en: GENERAL: inductivos, deductivos y ecléticos, como también los procedimientos de análisis y síntesis. Y en cuanto, a la METODOLOGIA JURÍDICA hemos utilizado de modo particular el MÉTODO COMPARATIVO para un mejor análisis de los alcances y reformas que acarrea la Ley 25.239 en materia cautelar de las ejecuciones fiscales⁸.

Situándonos en el Área Procesal, y respecto al Orden Público, transitaremos la armonización en la Región Centro en vista del proceso de integración del Mercosur” procurando dar cabal respuesta a estos interrogantes: ¿cómo se vinculan el Proceso Judicial y el Orden Público?, ¿cuáles son los regímenes procesales de la Región Centro de Argentina?, ¿cuál es la inci-

⁴ Diccionario de Teología y Espiritualidad de Juan Pablo II, voz “Humanismo”, Punto 1436, Humanismo y Moralidad, 1ª edición Jubilem A.D.2000, Edibca Madrid, España, 1997, pág. 383 citado en nuestro trabajo con FEDERICO ROBLEDO: “La Región en nuestra organización federal” en *Cuaderno de Federalismo XV*, págs.100-101-Instituto de Fderalismo, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, abril 2002.

⁵ VERGARA, RICARDO ALBERTO -“La Región”, en *Derecho Público Provincial*, de FRIAS, Pedro J. y otros, págs. 131/132 Ed. Depalma, Buenos Aires 1985.

⁶ Cft. ROBLEDO, FEDERICO JUSTINIANGO-“La Normativa Constitucional y los Procesos de Integración”, pág. 290, *Semanario Juridico-Fallos y Doctrina*, Córdoba (R.A.) 19-03-1998, N°1182- c°78 -1998-A

⁷ Informe de Avance, 27 de septiembre de 2000.

⁸ Informe de Avance, 27 de septiembre de 2000.

dencia del Orden Público en las medidas cautelares como regla- tanto en las clásicas, como en las nuevas tendencias de Tutela Anticipada y Medida Autosatisfactiva?, asimismo y con iguales alcances, en el supuesto de excepción de Ejecución Fiscal ¿cuáles son las modalidades cautelares?, ¿cuál es el régimen de las Medidas Cautelares en el Mercosur?, y por último, ¿cuáles son las bases-propuestas de la armonización legislativa provincial, nacional, regional y mercosureña?.

2. El Orden Público y el Proceso Judicial: garantías y principios procesales

El tratamiento del ORDEN PÚBLICO y el PROCESO JUDICIAL nos exige, partir de su conceptualización jurídica, para luego relacionarlos, entre sí.

Arturo Orgaz,⁹ señala que la expresión "*orden público*", se contrapone a la de "*orden privado*". Lo que ha acarreado que algunos autores confundan "la esfera del orden público, con la esfera del orden privado". Cuando son "cosas distintas, pues no sólo en el derecho público sino en el privado, puede hallarse la legitimidad del orden público"¹⁰. Carlos Maximiliano, nos aporta la noción clásica al expresar: "La distinción entre prescripciones de orden público y de orden privado consiste en lo siguiente: en las primeras, el interés de la sociedad colectivamente considera se sobrepone a todo, la tutela del mismo constituye el fin principal del precepto obligatorio; es evidente que apenas de un modo indirecto la norma aprovecha a lo ciudadanos aislados, porque se inspira antes en el bien de la comunidad que no del individuo; y cuando el precepto es de orden privado sucede lo contrario; sólo indirectamente sirve al interés público, a la sociedad considerada en su conjunto; la protección del derecho del individuo constituye el objetivo primordial". Dicho autor, remarca que: "la distinción en abstracto del orden público y del orden privado, no es fácil". Agregando: "que el orden público comprende o se refiere a aquella categoría de intereses fundamentales y vitales de una colectividad, en tanto que el orden privado se refiere a aquella categoría de intereses no vitales y fundamentales, en que el arbitrio individual es soberano. Esta distinción permite entender en su genuino alcance el principio incorporado en nuestra ley civil"(artículo 5 del Código Civil).

⁹ Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales, vocablo Orden Público, pág. 319, Ed. Assandri, Córdoba 1956.

¹⁰ Como ejemplos, citamos a las leyes electorales, tributarias, penales que son de orden público y de derecho público. En tanto, que la ley de matrimonio civil es de orden público, aunque su aplicación incumbe al derecho privado.

En esta línea, pero poniendo énfasis en lo jurídico legal, Cabanellas¹¹ expresa: "el orden público es el conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias, donde no cabe la transigencia ni tolerancia, por afectar los principios fundamentales de una sociedad(*ejemplo: leyes que ahora prohíben la esclavitud*) o las garantías precisas de su existencia(*ejemplo: leyes penales*). Subrayando que: "en el orden civil, el orden público es el límite infranqueable por la voluntad individual"¹². Mientras, que: "en lo penal y policíaco, orden público es la quietud y la paz en la vía pública y en los demás lugares de convivencia humana, y el respeto a las autoridades constituídas".

A su vez, volviendo la mirada al "proceso judicial", - Rivas, lo define como "el desarrollo de un debate entre dos sujetos enfrentados por un conflicto, ante un tercero dotado de la función jurisdiccional y por ende capacitado para resolverlo con virtualidad de cosa juzgada"¹³. En efecto, en el Estado de Derecho el servicio de administración de justicia lo imparte el Estado a través del Poder Judicial, con la función de realizar las garantías constitucionales pilares sobre las cuales se asienta el "*debido proceso y de defensa en juicio*" (art.18 Const. Nac. /1994). Lo que implica que los particulares no deben hacerse justicia por mano propia¹⁴. Así, el "**Debido Proceso Legal**" constituye un "instrumento idóneo de tutela de la dignidad humana, supremo valor que fundamenta todos sus derechos y deberes"¹⁵.

¹¹ Diccionario de Derecho Usual- Vocablo " Orden Público", pág. 897, Ed. Talleres Gráficos Lumen-Tucumán, noviembre de 1953.

¹²Cfr. CABANELLAS...ob.cit. en Derecho Civil, art.21: en materia de la voluntad, las convenciones particulares tienen el límite de que no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público; art.502, en las obligaciones, las causas son ilícitas cuando contrarían a las leyes y al orden público; art.794, el pago es sin causa, cuando la obligación tiene una causa contraria al orden público o a las leyes y, art. 872 que establece que las personas capaces pueden renunciar a los derechos privados, pero no a los concedidos por el orden público.

¹³ "Proceso y Garantías Constitucionales", en *Homenaje Escuela Procesal de Córdoba*, t.º 2, pág. 88, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, noviembre de 1995.

¹⁴ Con carácter de excepción la ley regula los supuestos en lo que se le permite al justiciable hacerse justicia por mano propia: ejemplos: legítima defensa en penal, defensa de la posesión en civil, artículo 2470, Código Civil, etc.

¹⁵ Ver nuestro trabajo: "El Debido Proceso Legal", y Nota 6: Véase IGLÉSIA Y COMUNIDAD NACIONAL, XLII, Asamblea Plenaria, 4-9 de mayo de 1981, Conferencia Episcopal Argentina, Segunda Parte, Punto I, Sub-punto I. "Ser personal" pág. 18. Oficina del Libro, Buenos Aires 1990, que refiere: la dignidad del hombre " *en el orden natural reside en en hecho de ser persona.*

Por ese motivo, el hombre es el principio, sujeto y fin de todas las instituciones sociales". Y en materia jurídica, entre otros, Constitución de la Provincia de Córdoba/ 1987

El ilustre jurista Morello, recordando a Bidart Campos sostiene que “debido proceso legal adjetivo”(art.18 C.N.), con notas más acentuados en el juicio penal importa que: a)ningún justiciable puede ser privado de un derecho sin que se cumpla un procedimiento regular fijado por la ley; b)ese procedimiento no puede ser cualquiera sino que debe ser el debido; c) para “el debido” tiene que *dar suficiente oportunidad al justiciable para participar con utilidad en el proceso*; d) esa oportunidad requiere tener noticia fehaciente ‘o conocimiento’ de la causa y de cada uno de sus actos y etapas, poder ofrecer y producir pruebas, gozar de audiencia, ser oído”¹⁶.

Desgranamos de esta garantía procesal, su par insustituible la “**garantía de defensa**”(art. 18 CN.) que los justiciables la ejercitan en el proceso, a través, de los poderes de acción y excepción “por” y “ante” el juez que en ejercicio de la jurisdicción y con competencia, aplica el derecho en el caso concreto planteado. La “**garantía de defensa**” se plasma en esencia en el derecho constitucional fundamental de ser oído o “*garantía de tener un día en la Corte*”, “*esto es el ser escuchado por el Tribunal, o sea la posibilidad constitucional de tener audiencia en juicio, como un presupuesto esencial para la validez de la sentencia de condena*”¹⁷. Ahora bien, en el *aggiornamento* de ambas garantías pilares tenemos que el “Debido Proceso Legal Adjetivo”, exige también que la “*duración de todo proceso sea razonable*”¹⁸. Y, a su vez, la “Defensa en Juicio” se elonga para asegurar el “*acceso a la justicia*”¹⁹.

(Argentina), artículo 4, publicada en *Revista de la Facultad, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales- Universidad Nacional de Córdoba*, pág. 86, vol. 6, N° 1, Año 1998- Nueva Serie- en homenaje que la Revista de la Facultad rinde al Profesor Emérito y Ex Decano Dr. Enrique Banchio.

¹⁶ BIDART CAMPOS, GERMAN J.-*Tratado Elemental del Derecho Constitucional*, Ediar, t° 1, P.464, n° 48, citado por MORELLO AUGUSTO M. -El Proceso Justo, pág. 55, Ed. Librería Editoria Platense SRL. Buenos Aires 1994.

¹⁷ Ver nuestro trabajo: “La garantía de la Defensa en Juicio” en *XX° Aniversario del Centro de Estudios Judiciales del Superior Tribunal de Justicia del Chaco 1978-1998: Continuando hacia el Tercer Milenio*, pág. 20, Ed. Mcana &Meana Impresores-Chaco, Argentina, diciembre de 1998

¹⁸ Constitución de la Provincia de Córdoba/1987, reformada el 14-09-2001, Decreto 1980, y con vigencia partir del 10-12-2001, (Disposiciones transitorias, cláusula décimonovena) art. 39, Ley Nacional 23.054, Pacto de San José de Costa Rica, artículo 8, Garantías Judiciales.

¹⁹ Constitución de la Provincia de Córdoba /1987, reformada el 14-09-2001 y vigente a partir del 10-12-2001, (Disposiciones transitorias, cláusula décimonovena) artículo 49.

La efectiva realización de estas garantías pilares del “*debido proceso*” y “*defensa en juicio*”, se operativizan a través de los principios procesales, los cuales son cánones rectores que funcionan como base; interpretación y aplicación del proceso.

En aras de sistematizar los principios procesales, nos valemos de estos interrogantes necesarios. 1º) *¿Quién realiza la actividad procesal?*, encontramos que si la actividad recae en el juez, es: ‘**impulso procesal de oficio**’ (dictado de las medidas para mejor proveer), y si es en las partes es: ‘**impulsión**’ (demandar, etc.). 2º) *¿Cómo se hace la actividad procesal?*. Tenemos, según los diversos ordenamientos procesales el ‘**principio de legalidad**’ que establece la forma procesal de los procedimientos (juicios ordinario, ejecutivo, etc.) y de los actos procesales que los integran (demanda, prueba, sentencia, medidas cautelares, etc.). En tanto, que su polo opuesto, el “**principio de elasticidad de las formas**” establece la informalidad (ejemplo procedimiento administrativo). 3º) *¿Cuándo se hace la actividad procesal?*. La respuesta pone el acento en el tiempo del proceso-, y es el ‘**principio de preclusión**’, que “impone el orden rígido en que deben sucederse los actos, estadios y etapas procesales, máxime que una vez cumplidos, opera su clausura definitiva, siendo sólo viable seguir con el siguiente y luego el subsiguiente, pero no retroceder”²⁰. 4º) *¿Para quién se hace la actividad procesal?*. La solución la da el ‘**principio de adquisición procesal**’ que dispone que los efectos de los actos son comunes y que le pertenecen al proceso, pudiendo beneficiar o perjudicar a cualesquier parte, sin atender quien realizó el acto procesal respectivo.

En el carril coadyuvante de la “**duración razonable de las causas**” tenemos a otros principios procesales: *‘**Economía procesal**’ para conseguir la simplificación y abreviación del proceso²¹. *‘**Concentración**’ con miras a reunir toda la actividad posible en el menor número de actos, realizados no de modo aislado, sino con ‘**continuidad**’²². *‘**Eventualidad**’ que

²⁰ C.P.C.Córdoba, Ley 8465, artículo 128 y ver nuestro trabajo: “La prueba en el ámbito de sus cánones rectores y medios probatorios” en *Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba- Homenaje al Bicentenario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1791-1991*, pág.50, Ed. Advocatus, Córdoba, diciembre de 1991.

²¹ C.P.C.Córdoba, Ley 8465, artículo 178 - Acumulación de acciones, ejemplo de pluralidad de litis es demandar el desalojo por varias causales: falta de pago, vencimiento contractual, etc.

²² C.P.C.Córdoba, Ley 8465, art. 302. Continuidad del examen de los testigos. Contrario sensu, la figura del “*careo*” de los mismos, cuando se den declaraciones contradictorias, carecería de eficacia jurídica, art. 305 de dicho código.

impone que las defensas se planteen de modo conjunto, aunque luego procedan en forma sucesiva²³. * **'Celeridad'** procesal a cuyo efecto se regulan plazos con efectos sancionables, o sea plazos perentorios²⁴. Y en el eje médula de la "defensa en juicio", encontramos al **'principio de contradictorio'**, cuya acepción es: "*óigase a la otra parte, audita altera pars*"²⁵, aplicable - como regla de oro-, a lo largo del proceso judicial, con la sola excepción de las medidas cautelares, en las cuales la comunicación se difiere hasta después de su traba para asegurar su efectividad²⁶. Como cimiento necesario de todo el proceso judicial en su substractum ético, tenemos al **'principio procesal de moralidad', 'lealtad', o 'probidad'**²⁷.

En la hora actual, es imprescindible una *justicia accesible, efectiva y eficaz*. Y es en esta línea de la *efectividad* que entroncamos las MEDIDAS CAUTELARES con el fin de asegurar el resultado práctico los fallos judiciales. Ello es así porque las Medidas Cautelares tienen una finalidad 'conservatoria y anticipatoria', o sea atienden a prevenir los daños como la frustración de un derecho por el simple transcurso del tiempo.

La vinculación estrecha del orden público y el proceso judicial se da respecto: 1º) *Órgano judicial: juez o tribunal*, que integran el Poder Judicial, el cuál constituye con los otros Poderes Ejecutivo y Legislativo el 'estado de derecho'. Por ello, la jurisdicción judicial es insustituible en los ordenamientos legales internos, provincial y nacional (por mediación, negociación, arbitraje, etc.). 2º) *Procedimiento judicial*, porque las formas procesales son "indisponibles para los sujetos del proceso, en virtud que - por el 'principio de legalidad' - es la ley ritual la que establece los requisitos y plazos de los actos del proceso"²⁸. Por ello, subrayamos que los sujetos del proceso (necesarios: juez y partes o eventuales: terceros) deben cumplir

²³ C.P.C. Córdoba, Ley 8465, artículo 363. Apelación subsidiaria, interpuesta en conjunto con la reposición.

²⁴ C.P.C. Cba., Ley 8465, art. 122. Plazos fatales para el dictado de sentencia por parte de los tribunales unipersonales.

²⁵ COUTURE, EDUARDO- *Fundamentos del Derecho procesal Civil*, pág. 183, Ed. Depalma, Buenos Aires 1978.

²⁶ C.P.C. Córdoba, Ley 8465, artículo. 156 de las medidas cautelares o cualquier otra medida análoga, cuya notificación debe efectuarse después de haber sido cumplidas. Y, artículo 458. Cumplimiento. Recursos de las medidas cautelares ordenadas y cumplidas sin audiencia del contrario.

²⁷ CPC. Córdoba, Ley 8465, artículo 83. Probidad y buena fe de las partes, sus letrados y apoderados en el proceso.

²⁸ Ver nuestro trabajo: "El debido proceso legal", ob. cit. pág. 88.

las formas, porque ello implica una seguridad, lo que no obsta que los justiciables dispongan sobre su contenido juzgable (controversia o litis de intereses disponibles) cuando no se afecte el orden público²⁹.

En las *Medidas cautelares*, además de lo expresado, debe tenerse muy en cuenta que su 'demora' en producir las puede frustrarlas, ocasionando daños y perjuicios.

3. Los regímenes procesales de la Región Centro de Argentina

La creación de la Región Centro de Argentina, se realiza por el Tratado de Integración Regional entre Córdoba y Santa Fe, ocurrido el 15 de agosto de 1998³⁰.

El Tratado establece como órgano ejecutivo máximo a la Junta de Gobernadores, que se integra con los Gobernadores de las provincias miembros, cuya función es la conducción política del proceso de integración³¹. A los Ministros de esas provincias, se los asocia en el Comité Ejecutivo, como un órgano de implementación de las políticas regionales, con la facultad de proponer proyectos, fijar programas, crear subgrupos de trabajo y con las demás funciones que le delegue la Junta de Gobernadores³². En el ámbito deliberativo se instituye la Comisión Parlamentaria Conjunta, compuesta por Legisladores de cada uno de las provincias de la Región Centro "elegidos por las respectivas Cámaras legislativas, la que tienen carácter consultivo, deliberativo y de formación de propuesta"³³. También se instituye la Secretaría Administrativa como organismo de coordinación de la integración regional³⁴, cuya sede será anualmente rotativa en cada provin-

²⁹ Los justiciables no deciden sobre la forma de los actos procesales, ejemplo ¿cómo demandar?, no obstante sobre lo que sí deciden es con libertad sobre la estrategia de sus defensas y también sobre sus pretensiones litigiosas de intereses privados, ejemplo, desistir, allanarse, conciliar, etc.

³⁰ Cfr. HERNANDEZ, ANTONIO MARÍA- "El Desafío de la integración regional", en *La Ley Litoral* y en pág. 177/178, en 1º Congreso Interprovincial sobre la Región Centro-Córdoba-Santa Fe-Entre Río, Universidad Nacional de Córdoba, 6 y 7 de mayo de 1999.

El Tratado de Integración Regional, en el art. 1, fija como fin la promoción del "desarrollo económico y social- según lo indicado por el art. 124 de la Const. Nac.- y el desarrollo humano, la salud, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura de conformidad a lo estipulado en el art 125 de la referida Ley Suprema de la Nación".

³¹ Tratado de Integración Regional entre Córdoba y Santa Fe, artículo 10.

³² Tratado de Integración Regional...cit., artículo 4.

³³ Tratado de Integración Regional...cit., artículo.5.

³⁴ Tratado de Integración Regional...cit. artículo .6.

cia signataria. Esta Región Centro de Argentina, se amplía con el Acta de Integración de la Provincia de Entre Ríos al Tratado de Integración Regional, celebrado en Paraná, el 6 de abril de 1999³⁵.

En la función judicial, no está previsto un ente interjurisdiccional compatible en el territorio de la región³⁶. Esto es, a nivel regional: -no existe aún un ordenamiento judicial-. No obstante, el Foro de Tribunales Superiores y Cortes de Justicia³⁷ ha declarado en el marco de los objetivos de integración regional, que "el desarrollo de la actividad económica crea situaciones de conflicto en el ámbito civil, comercial, penal, laboral, contencioso-administrativo, tributario, que buscan solución en el Poder Judicial. De allí la necesidad de una acción conjunta que evite respuestas disímiles en las distintas provincias de la Región, pues ello crea senaciones de incoherencia y de inseguridad jurídica que es menester evitar". Con estos fines entre otras acciones, proponen: *..2) Propiciar la unificación de los códigos procesales y normas afines, con el objeto de aplicar pautas comunes. Para lo cual deberán realizarse estudios, análisis y propuestas en base a los criterios jurisprudenciales existentes en cada provincia"*.

En consecuencia, en la Región Centro de Argentina existe en el área procesal un triple ordenamiento legal provincial, nacional y mercosureño, motivo de análisis:

a) Orden Nacional:

♦ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con reforma de la Ley 25.488 con vigencia a partir del 21-05-2002.

b) Orden Provincial

♦ Código de Procedimiento Civil y Comercial de Córdoba-Ley 8465³⁸ y sus modif.

♦ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Entre Ríos-Ley 4870³⁹.

♦ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe⁴⁰.

³⁵ 1º Congreso Interprovincial sobre la Región Centro - Córdoba - Santa Fe - Entre Ríos, Universidad Nacional de Córdoba, 6 y 7 de mayo de 1999, págs.187/188.

³⁶ FRIAS, Pedro J. "La Región según la Constitución Nacional Reformada", pág.71, *Cuaderno del Federalismo-Memoria Federal 1996*, X...ob. cit.

³⁷ Con motivo de 1º Congreso Interprovincial sobre la Región Centro-Córdoba-Santa Fe-Entre Ríos...ob. cit., págs. 170/172.

³⁸ Sanción 27-4-1995; promulgación 29-V-1995; B.O.: 8-6-1995. Fe de Erratas 23-6-1995.

³⁹ Sanción y promulgación, 6-IV-1970, B.O. 15-5-1970 (Adla XXX-C-4079).

⁴⁰ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Sante Fe t.o.1997, edición al cuidado de Cristella Seró, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe 1997.

En tanto, que a nivel de legislación externa mercosureña, abarcará:

- ◆ El Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto⁴¹.
- ◆ El Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias de Mercosur⁴².

4. Medidas Cautelares: esquema clásico y nuevas tendencias y el Orden Público

4.1. Medidas Cautelares: esquema clásico

Las medidas cautelares, según Víctor de Santo⁴³ son “ las que se adoptan en un juicio o proceso, a instancia de parte o de oficio, para evitar la salida de algún bien del patrimonio del deudor, en desmedro de la garantía colectiva de los acreedores.

Los requisitos intrínsecos de admisibilidad de las medidas cautelares son tres: 1º) *Verosimilitud del derecho* (*fumus bonis iuris*) constituye prima facie y de modo manifiesto la “probabilidad de ganar el juicio”. 2º) *Peligro en la demora* (*periculum in mora*) que significa el temor grave y fundado de que la pretensión reclamada se deteriore o pierda durante el trámite del proceso. El acreditamiento de este presupuesto es simple. Nos enseñan Palacio y Alvarado Velloso⁴⁴ que este recaudo “debe juzgarse —citando a Rosenberg⁴⁵ ‘de acuerdo con el juicio objetivo de una persona razonable’, e inclusive también según Podetti ‘ derivar de hechos que puedan ser apreciados por terceros’. Lo que importa dotar a los jueces de un “arbitrio extraordinario” para resolver cada caso. 3º) *Contraautela por el sujeto acti-*

⁴¹ Ratificado por la República Argentina, por Ley 24.579, sancionada el 25-10-1995, promulgada 22-11-1995 y publicada en B.O. 27-11-1995-Adla LV-E, 5903-5906.

⁴² Nota: Suscripto en ciudad de Olivos, prov. de Buenos Aires el 18 de febrero de 2002, no introduce reformas en las cautelares. Como dato útil rescatarnos la institución de las “*Medidas Provisionales*” dictadas por el “*Tribunal Arbitral Ad Hoc*” a pedido de parte interesada en los casos en que existan presunciones fundadas de que “*el mantenimiento de la situación pueda ocasionar daños graves e irreparables a una de las partes en la controversia*”. Dichas medidas pueden ser dejadas sin efecto en cualquier momento. En el supuesto de que se planteara recurso de revisión en contra del Laudo, las “*medidas provisionales*” dispuestas se mantienen hasta “*su tratamiento en la primera reunión del Tribunal Permanente de Revisión, que deberá resolver sobre su continuidad o cese*”(art. 15 del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur).

⁴³ Diccionario de Derecho Procesal, voz: Medidas cautelares, pág. 227, Ed.Universidad, Buenos Aires 1991.

⁴⁴ Código Procesal Civil y Comercial...ob. cit. tº5, pág. 40.

⁴⁵ Tratado de Derecho Procesal Civil, trad. Romera Vera, tº III, pág. 284.

vo,- la cual al decir de Falcon⁴⁶ -, no siempre es considerado un presupuesto, sino una condición de ejecutoriedad⁴⁷. Los tres tipos de garantía, son: 1) **Caución real**, constituida por dinero o valores en el embargo. 2) **Garantía personal**, que se constituye en un aval o fianza, éstas últimas conforme a las disposiciones del art. 1998 del Código Civil para las fianzas judiciales⁴⁸. 3) **Caución juratoria**, cuyos supuestos son admitidos, aunque están bien regulados.

En el análisis de los Códigos Procesal Civil y Comercial de la Nación y de las provincias de la Región Centro de Argentina, existen estos dos sistemas legales:

- Uno, es el que sigue el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación⁴⁹, con la reciente reforma de la Ley 25.488, que *-en materia cautelar-*, no ha introducido ninguna modificación, junto con el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Entre Ríos⁵⁰ que han adoptado un '*sistema legal menos amplio de medidas cautelares*', con los tres requisitos cautelares intrínsecos referidos.

- El otro, es el adoptado por el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba⁵¹ con un *régimen legal amplio de medidas cautelares, aun cuando no regula en forma expresa la cautela de caución juratoria*. En esta línea se enrola el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe⁵², que regula la cautela de la fianza o de la caución real.

En la óptica de la índole de las cautelares reguladas, encontramos estos dos rubros: 1º) **Medidas cautelares específicas o nominadas**, porque cuentan con regulación propia, como ocurre en la ley ritual de la Provincia

⁴⁶ Gráfica Procesal, Tº IV Medidas Cautelares y Ejecuciones, pag. 17, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1982.

⁴⁷ FALCON, ENRIQUE citando a favor a PALACIO, *Manual*, N° II, n° 440; en contra Colombo, Código, II, 222; Rame, en Curso de Derecho Procesal, de Finochietto, pág. 564.

⁴⁸ La fianza letrada es prestada en los juicios, por los abogados patrocinantes y no patrocinantes en los mismos. Para ello, a la firma letrada se le asigna un valor determinado.

⁴⁹ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: Artículo 195. *Oportunidad y presupuesto*. Artículo 197. *Trámites previos*. Y, artículo. 199. *Contracautela*.

⁵⁰ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Entre Ríos: Artículo 192. *Oportunidad y presupuesto*. Artículo 194. *Trámites previos*. Y, artículo 196. *Contracautela*.

⁵¹ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba: Artículo 456. *Oportunidad y requisitos*. Artículo 457. *Trámites previos*. Artículo 459. *Contracautela*. *Responsabilidad*.

⁵² Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe: artículo 276. Y, artículo 277.

de Santa de Fe: a) Aseguramiento de pruebas⁵³; b) Aseguramiento de bienes⁵⁴, entre los cuales vale citar al embargo, secuestro, etc.; c) Protección de Personas⁵⁵, respecto de la mujer casada o de la mujer menor de edad que pretenda contraer matrimonio, y d) Depósito de cosas⁵⁶. 2º) *Medidas cautelares innominadas*⁵⁷, porque atienden los casos especiales con alcances no determinados para la protección jurisdiccional. Aquí, es a partir de las “medidas cautelares innominadas”, que actualmente se vienen gestado las nuevas tendencias de la ‘*tutela anticipada*’ y ‘*medida autosatisfactiva*’ con miras a realizar el actual “proceso urgente”. Por último, en relación al trámite de las “medidas cautelares”, remarcamos que su *concesión*⁵⁸, y *diligenciamiento*⁵⁹ -deben ser por vía judicial.

4.2. Nuevas Tendencias: Tutela Anticipada

La “tutela anticipada” –expresa Roland Arazi⁶⁰ “presupone la necesidad de satisfacer de manera urgente, total o parcialmente la pretensión que el peticionario formulara en el proceso, antes del dictado de la senten-

⁵³ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, Sección I, artículos 272 a 275.

⁵⁴ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, Sección II, artículos 276 a 290.

⁵⁵ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, Sección III, artículos 291 a 297.

⁵⁶ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, Sección IV, artículos 298 a 300.

⁵⁷ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Artículo 232- Medidas cautelares genéricas, y Artículo 233- Normas subsidiarias. Código Procesal Civil y Comercial de la Prov. de Córdoba, Medidas cautelares no enumeradas, artículo .284. Y, Código de Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Entre Ríos, Artículo 229 - Medidas cautelares genéricas, y Artículo 230- Normas subsidiarias.

⁵⁸ La concesión de las medidas cautelares la realiza el juez competente. Sin embargo, si fuera ordenada por un juez incompetente “será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones de este Capítulo, pero no prorrogará su competencia”. Artículo 196, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Y, artículo 193 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Entre Ríos.

⁵⁹ El diligenciamiento de los oficios judiciales de medidas cautelares (embargo), que contienen orden de allanamiento y auxilio de la fuerza pública, se efectúa con intervención del Oficial de Justicia, artículo 533 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, en igual sentido, Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, artículos 459 y 460; Código Procesal Civil y Comercial de la Prov. de Entre Ríos, artículo 211 y Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, artículo 214.

⁶⁰ Jurisprudencia anotada. “Tutela Anticipada”, pág. 391 en Revista de Derecho Procesal- 1º Medidas Cautelares, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires 28-07-1999.

cia definitiva, por el daño irreparable que originaría cualquier dilación". La "tutela anticipada" no se identifica con los requisitos de las medidas cautelares en su esquema clásico, por cuanto no tiende a asegurar el cumplimiento y ejecución futura de la sentencia, sino que lo anticipa con alcances parciales o totales. No obstante, tal anticipación no debe producir efectos irreparables en la sentencia definitiva. La Suprema Corte de Justicia de la Nación por vía jurisprudencial ha acogido este nuevo instituto jurídico⁶¹.

A estos fines, ponemos el acento que en la Región Centro de Argentina la "tutela anticipada" no tiene regulación legal⁶². Mientras que en el ámbito del Mercosur sí tiene recepción legislativa en Uruguay⁶³ y Brasil⁶⁴.

4.3. Nuevas Tendencias: Medidas autosatisfactivas

Las "medidas autosatisfactivas"—al decir de Peyrano⁶⁵, son "aquellas diligencias que no son cautelares pese a que solucionan cuestiones de urgencia, pero que se agotan en sí mismas satisfaciendo ya al requirente y sin generar un proceso accesorio o sirviendo de otro proceso principal que no es menester promover".

La procedencia de la "medida autosatisfactiva" exige la acreditación de estos requisitos: un estado de urgencia (*peligro en la demora*), una acentuada probabilidad de que el derecho invocado por el justiciable sea atendido en el fallo (*verosimilitud del derecho*), y por último la exigencia de la contracautela queda sujeta al arbitrio judicial. En suma, la "medida autosatisfactiva" consiste en un pedido jurisdiccional urgente no cautelar que se agota cuando se dicta sobre la misma una decisión jurisdiccional favorable⁶⁶. Sin embargo, el carácter no cautelar de la medida autosa-

⁶¹ Autos "Camacho Acosta, M. c/ Grafi Graf SRL y otros- 07-08-97, en Revista de Derecho Procesal ob. cit. págs.385 a 387.

⁶² La Tutela Anticipada se encuentra regulada en el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires de los Dres. Roland Arazí, Isidoro Eisner, Mario E. Kaminker y Augusto M. Morello, Título II, Partes, Capítulo 4 bis, arts. 65 a 67, págs. 33 y 34, Talleres Gráficos, Boletín Oficial, septiembre de 1988.

⁶³ Código General del Proceso, artículo 312.

⁶⁴ Código del Proceso Civil, artículo 273.

⁶⁵ Aspectos concretos del Proceso Urgente y de la Tutela anticipatoria. Las recientes innovaciones Brasileñas y la recepción por la Corte Suprema, en *XX° Aniversario del Centro de Estudios Judiciales del Superior Tribunal de Justicia del Chaco 1978-1998: Continuidad hacia el Tercer Milenio*, pág. 196, Ed. Meana & Meana Impresores-Chaco, Argentina, diciembre de 1998.

⁶⁶ XIX° Congreso Nacional de Derecho Procesal- Comisión Procesal Civil y Concursal. Tema 1. La reforma procesal civil. Bases, presupuestos y propuestas para un código general del proceso. Conclusiones:

tisfactiva, y su consecuente incorporación legislativa no es compartida por el ilustre jurista Lino Palacio, "porque entiende que pueden hacerse efectivas a través de medidas cautelares que la encuadra dentro de las medidas cautelares"⁶⁷ (genéricas). En su regulación legal, Peyrano⁶⁸ señala "que 'el ideario' y el 'nomen iuris' de la 'medida autosatisfactiva', han sido incorporados al Código Procesal Civil y Comercial de la Prov. de Chaco(art. 232 bis), al Código Procesal Civil y Comercial de la Prov. de La Pampa(art..305) y a la Ley 11.529 de la Provincia de Santa Fe de protección contra la violencia familiar (art.5)". En el resto del país se viene recepcionando la medida autosatisfactiva por aplicación analógica de las medidas cautelares genéricas.

4.3. El Orden Público y las Medidas Cautelares y sus Nuevas Tendencias

Las 'medidas cautelares' son sustanciadas en las causas judiciales, esto son ordenadas, sin intervención de la parte contraria. No obstante, en

...7) Resulta imperioso reformular la teoría cautelar ortodoxa, dándole así cabida legal a los procesos urgentes y a la llamada medida autosatisfactiva.

8) La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, despachable "in extremis", que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no depende de la interposición coetanea o ulterior de una pretensión principal.

9) Su dictado está sujeto a los siguientes requisitos: concurrencia de una situación de urgencia, fuerte probabilidad de que el derecho material del postulante sea atendible; quedando la exigibilidad de la contracautela sujeta al prudente arbitrio judicial.

10) Hasta tanto se regule legalmente la medida autosatisfactiva, puede fundamentarse su dictado en la potestad cautelar genérica o en una válida interpretación analógica extensiva de las disposiciones legales que expresamente disciplinan diversos supuestos que pueden calificarse como medidas autosatisfactivas. Comisión redactora: Roland Arazi. Jorge Peyrano. Juan A. Constantino. Juan Carlos Vallejos. Corrientes, 6 de agosto de 1997).

La medida autosatisfactiva carece de regulación legal específica, por lo que su dictado debe efectuarse en base a las medidas cautelares genéricas o mediante la aplicación analógica. (Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba- Ley Prov. 8465, Silencio y oscuridad. Artículo 887. En caso de silencio u oscuridad de este código, los tribunales arbitrarán la tramitación que deba observarse, de acuerdo con el espíritu que les domina, leyes análogas y los principios generales que rigen en materia de procedimientos).

⁶⁷ XX° Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Martín de los Andes, Comisión de Derecho Procesal Civil, Tema C: Procesos Urgentes-Conclusiones.

⁶⁸ Medidas Autosatisfactivas: Soluciones Urgentes No Cautelares en Proceso de Cambio-publicada en XX° Congreso Nacional de Derecho Procesal, octubre de 1999, págs. 23 y 24.

las cautelares clásicas, ello no afecta el 'orden público' en relación a la garantía de defensa en juicio, porque el justiciable afectado, con posterioridad a la notificación de la cautelar, tiene la oportunidad de: 1º) *Deducir su oposición*, a cuyo efecto, según Falcón⁶⁹ podrá: a) Pedir Mejora de Contracautela. b) Sustituir-tanto por otra medida, como por otros bienes. c) Reducir el monto de la cautelar. y, d) Pedir el levantamiento, sea por cese de circunstancias o ya sea, por ser indebida (ejemplo bienes inembargables⁷⁰). 2º) *Plantear los recursos de ley*. 3º) *Reclamar los daños y perjuicios por la responsabilidad existente por el abuso o exceso de la cautelar*⁷¹.

En cuanto a la 'tutela anticipada' el afectado podrá ser oído antes de su ordenamiento y, a posteriori, de su traba, objetarlas por vía recursiva. En la "medida autosatisfactiva", la situación se repite, claro que en este caso, el afectado también podrá promover un juicio sumario de oposición.

Las dificultades relacionadas con el orden público, podrían suscitarse en: - los casos que las medidas cautelares sean de diferentes provincias o nación, en función de la Región Centro de Argentina-. Sin embargo, esta situación cuenta con amparo legal, por aplicación de la Ley 22.172, Ley Convenio sobre Comunicaciones entre Tribunales de distinta jurisdicción territorial celebrado con la Provincia de Santa Fe⁷², con vigencia en el país.

⁶⁹ Cfr. Gráfica Procesal., ob. cit. págs. 27 a 30.

⁷⁰ Los bienes inembargables son los bienes indispensables (ropa, muebles) del demandado y su familia, útiles de trabajos, pensiones y alimentos, usufructos que tuvieren los padres sobre bienes de sus hijos, en la medida que sean necesarios para el sostenimiento familiar sepulcros, bienes del culto y los demás expresamente exceptuados en otras leyes, art. 542 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. En esta misma línea, pero ampliando a los bienes y rentas de la provincia y de los municipios afectados a un servicio de uso público y hasta el 25 % de los honorarios profesionales, artículo 469 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe. Y por último, con un alcance menos amplio las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, art. 219 y el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Entre Ríos, artículo 216.

⁷¹ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba., art. 459; Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, artículo 208, Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Entre Ríos, artículo 205.

⁷² La Ley 22.172, fue sancionada 25-02-1980; publicada en B.O. 29-02-1980 y con adhesión de las provincias signatarias de la Región Centro, Córdoba, por Ley 6425 y Entre Ríos, por Ley 6567.

El oficio ley 22.172, no requiere legalización(art.3) y es librado por el tribunal oficiante al tribunal oficiado(art.4), salvo cuando se trate de inscripción en los registros, en los que no es necesaria la comunicación por oficio al tribunal local(art.7). Como otro dato útil, citamos que el Tribunal Superior de Justicia de Cba., en pleno declaró la incompetencia de los tribunales provinciales para diligenciar los Oficios Ley 22.172 librados por otros

Es decir, esta normativa única rige con alcance general, lo que simplifica la comunicación procesal externa de las causas judiciales (entre otras, por medidas cautelares), sin ninguna afectación del orden público.

5. Modalidades de las Cautelares en la Ejecución Fiscal

En materia de Ejecución Fiscal, el ámbito de las medidas cautelares ha sufrido cambios, como consecuencia de nueva reforma impositiva, Ley Nacional 25.239⁷³. Así, se han introducido modificaciones a los arts. 92 y ss. de la Ley 11.683 (t.o.1998), con la salvedad de seguir considerando que “el cobro judicial de los tributos, pagos a cuenta, anticipos accesorios, actualizaciones, multas ejecutoriadas, intereses u otras cargas cuya aplicación, fiscalización o percepción esté a cargo de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS se hará por la vía de la ejecución fiscal establecida en la presente ley”⁷⁴. Lo que importa que con las modificaciones de esta ley, continúa rigiendo el Código de Procesal Civil y Comercial de la Nación, que en la vía ejecutiva, contiene la regulación del ejecutivo general⁷⁵ y de las ejecuciones especiales, dentro de las cuales se encuentra la ejecución fiscal⁷⁶.

Vale rescatar, entre las modificaciones introducidas por la Ley Nacional 25.239, que el “nuevo procedimiento asigna al abogado apoderado del organismo, al que denomina “Agente Fiscal”, la realización de distintas actuaciones procesales con el objeto de acelerar la tramitación del juicio y optimizar las acciones de efectividad y recupero de la deuda reclamada”⁷⁷.

Ahora bien, en el marco de la Ley Nacional 25.239 ¿cuál es la incidencia de las modificaciones en las medidas cautelares de la ejecución fiscal?. Es muy significativa, porque ahora la Administración Federal de

magistrados de otras jurisdicciones para liberar fondos del “corralito” y ordenó devolverlos “por conducto de los Superiores Tribunales y a los efectos que hubiere lugar”, en Diario Jurídico de Córdoba, 23-04-2002. Año 1, N°12, pág. 1

⁷³ Sancionada: 29.12.1999, promulgada : 30.12.1999 y publicada en B.O. 31-12-1999

⁷⁴ Ley Nacional 25.239, artículo 92.

⁷⁵ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Título 2. Juicio Ejecutivo: artículos 520 a 538 bis y Cumplimiento de la Sentencia de Remate: artículos 559 a 594.

⁷⁶ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Sección Cuarta: Ejecución Fiscal: artículos 604 y 605.

⁷⁷ DGI- Instrucción General N° 2/2000 (DI CJUD)-Asunto: Procedimiento. Artículo 92 y sgs. Ley 11863 (t.o. en 1998). Modificaciones introducidas por Ley 25.239.Pautas operativas.

Ingresos Públicos, a través, de su representante el 'agente fiscal' está facultada a decretar bajo su firma las medidas cautelares, controlando su diligenciamiento y efectiva traba⁷⁸, sin control judicial previo sobre las mismas. Sin embargo, el único límite legal impuesto, para la provisión de una cautelar, es que debe requerirse la orden del juez competente, cuando se trate de supuestos de desapoderamiento físico o allanamiento de domicilios⁷⁹.

En suma, esto implica que ya no es el juez natural causa, quien va a resolver la "razonabilidad, oportunidad y procedencia" de la cautelar a trabarse, sino la que decide es una de las dos partes de la ejecución fiscal, en este caso, la más fuerte de ambos.

En consecuencia, este nuevo panorama legal específico de la Ley Nacional 25.239 sobre medidas cautelares en la ejecución fiscal, resulta peligroso porque difiere la observancia del principio de igualdad, de las garantías de defensa en juicio y debido proceso, (afectando) la división de poderes porque "un órgano del poder ejecutivo se irroga facultades judiciales" y del derecho de propiedad de los contribuyentes. En otro costado, bien vale hacer hincapié que la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene que "*el régimen de medidas cautelares suspensivas en materia de reclamos y cobros fiscales debe ser examinado con particular estrictez*"⁸⁰, es decir, "*que la configuración de los factores dañosos- evasión o extensa demora en el cumplimiento de las obligaciones tributarias-debe responder*

⁷⁸ Art. 92.... "La ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS por intermedio del agente fiscal podrá decretar el embargo de cuentas bancarias, fondos y valores depositados en entidades financieras, o de bienes de cualquier tipo o naturaleza, inhabilitaciones generales de bienes y adoptar otras medidas cautelares tendientes a garantizar el recupero de la deuda en ejecución. Asimismo podrá controlar su diligenciamiento y efectiva traba. En cualquier estado de la ejecución podrá disponer el embargo general de los fondos y valores de cualquier naturaleza que los depositados tengan depositados en las entidades financieras regidas por la ley 21.526. Dentro de los quince (15) días de notificadas de la medida, dichas entidades deberán informar a la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS acerca de los fondos y valores que resulten embargados, no rigiendo a tales fines el secreto que establece el art. 39 de la ley 21.526.

...Si las medidas cautelares recayeran sobre bienes registrables o sobre cuentas bancarias del deudor, la anotación de las mismas se practicará por oficio expedido por el agente fiscal

⁷⁹ Ley 25.239, artículo 92... "Para los casos en que se requiera desapoderamiento físico o allanamiento de domicilios deberá requerir la orden respectiva del juez competente"....

⁸⁰ C.S.J.N. 9-12-93, Massalin Particulares S.A. v/Dirección General Impositiva- Jurisp.Argentina A 1995-IV-Síntesis

a una mínima demostración”⁸¹. Ahora bien, en lo que hace al diligenciamiento de las cautelares de la Ley Nacional 25.239 se han producido dificultades y observaciones por parte de los Registros de la Propiedad de Inmueble o Automotor, y en alguna medida también por parte de los gerentes de las entidades bancarias, motivados en que los oficios de medidas cautelares presentados por los agentes fiscales de la Administración Federal de Ingresos, no contenían la transcripción del decreto judicial que lo ordena, ni tampoco tenían la firma del juez o secretario⁸². Sino únicamente del ‘agente fiscal’ (no judicial). Ello es así, porque el diligenciamiento de los mandamientos de ejecución y embargo y las notificaciones estará a cargo de la **Administración General de Ingresos Públicos**, la que a esos efectos designará “oficiales de justicia ad hoc”⁸³. Para esta aplicación la D.G.I. ha dictado su reglamentación interna⁸⁴.

Como dato útil complementario, del procedimiento de ejecución fiscal, señalamos que Córdoba, en su actual ley ritual, N° 8465, ha derogado la vía ejecutiva especial del “juicio de apremio”, por lo que se aplica el “juicio ejecutivo”. Mientras, que en Santa Fe, sí se regula el “juicio de apremio”, y también la Nación tiene la “ejecución fiscal”.

6. Medidas Cautelares en el Mercosur

La normativa mercosureña en medidas cautelares consiste en el Protocolo de Medidas Cautelares suscripto en Ouro Preto/1994 y el Acuerdo complementario al Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto aprobado por la XIII Reunión del CMC (Montevideo, Uruguay, 15-12-1997), el cual en procura de simplificar la aplicación del respectivo Protocolo, establece la adopción de formularios comunes para los exhortos⁸⁵. Es útil decir que la aplicación de este Protocolo de Medidas Cautelares no restringirá “la aplicación de disposiciones más favorables para la cooperación contenidas en otras convenciones sobre medidas cautelares en vigor con carácter bilateral o multilateral entre los Estados Partes”⁸⁶. Ello autoriza entre otras,

⁸¹ C.S.J.N. 27-04-93-Video Cable Comunicación S.A. v. Instituto Nac. de Cinematografía-Jurisprudencia Argentina 1995-III-Síntesis.

⁸² MORAHAN, FABIAN: “El cobro...” ob. cit. pág. 2

⁸³ Ley Nacional 25.239, artículo 95.

⁸⁴ Instrucción General N° 2/ 2000(DI C.JUD), ob. cit. puntos e) Medidas Cautelares; f) Notificación de Medidas Cautelares preventivas y g) Levantamiento y/ o sustitución de medidas cautelares.

⁸⁵ Cfr. PEVRANO, JORGE “Las medidas Cautelares en el ámbito del Mercosur”, ob. cit. pág.- 322.

⁸⁶ Ley 24.579, artículo 26

a la aplicación de la CIDIP II- Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares –Ley 22.921⁸⁷.

El Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto regula su ‘objeto’, estableciendo que las mismas podrán ser pedidas en procesos ordinarios, ejecutivos, especiales o extraordinarios, de naturaleza civil, comercial, laboral y en proceso penales respecto a la reparación civil (art. 2) y tanto como cautelares preparatorias, incidentales y para asegurar las ejecuciones de sentencia (art.3). Establece el ‘**ámbito de aplicación**’ (art. 4). Fija la ‘**ley aplicable**’: - regulando la admisibilidad de la medida cautelar por las leyes del Estado requirente (art.5) y la ejecución y su contracautela, como sus modificaciones cautelares, por las leyes del Estado requerido (arts. 6,7 y 8). Regula lo relativo a la ‘**autonomía de la cooperación cautelar**’, en razón de que no constituirá “el compromiso de reconocimiento o ejecución de la sentencia definitiva” dictada en la causa principal (art. 10), y a las ‘medidas cautelares para la custodia de los menores’, pudiendo el juez del Estado requerido limitar el alcance de la medida a su territorio, hasta que medie resolución definitiva del juez de la causa principal (art.12). Establece la ‘**cooperación interna**’, de tal modo que si la autoridad judicial se declara incompetente para diligenciar la rogatoria, remitirá a la misma, con todos los documentos a la autoridad jurisdiccional competente de su Estado (art.16).

Esta normativa específica del ‘**Orden Público**’ es importante porque esta faculta a la autoridad jurisdiccional del Estado requerido para que rehuse el cumplimiento de una carta rogatoria de medidas cautelares, si resulta “manifiestamente contraria a su orden público”(art. 17). En nuestra opinión, si bien estos alcances expresos son para el cumplimiento de las cautelares, entendemos que también abarcan la legalidad del libramiento de las cautelares, por la autoridad jurisdiccional del Estado requirente.

Las “*medidas cautelares*” pueden ser también dictadas por tribunales arbitrales. En Mercosur, lo son también dentro del sistema instituido de “*arbitraje ad hoc*”. En este caso, Dreysin de Klor⁸⁸ señala que “su instrumentación se prevé mediante un laudo provisional o un interlocutorio. El CMC aprobó sobre la materia la Decisión N° 27/94. Es importante la referencia en razón que la norma del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Inter-

⁸⁷ Sancionada y promulgada: 01-12-1983

⁸⁸ “El acuerdo sobre arbitraje comercial internacional. Nuevo instrumento jurídico del Mercosur, en Jornadas sobre Derecho del Mercosur: Un modelo de integración paralelo”-Donostia, pág. 89 y 90, año 1999.

nacional remite a lo establecido en el Protocolo signado para que, a la hora de solicitar la traba de una medida cautelar se respete lo dispuesto en él y se otorgue participación a las respectivas Autoridades Centrales". Por ello, Peyrano plantea: "¿Podría por ejemplo aplicarse el PMC para requerir cooperación judicial internacional para concretar una medida autosatisfactiva, que stricto sensu no es una diligencia cautelar a pesar de su afinidad con ella?". A favor, hay algunos apoyos, más sí el derecho interno no regula esa medida, "corresponde no acceder al requerimiento"⁸⁹.

7. La armonización legislativa provincial, regional y mercosureña en materia de medidas cautelares: Bases y propuestas.

Las bases-propuestas de armonización legislativa en las medidas cautelares, son:

1. Las medidas cautelares, como regla deberán ser ordenadas -- a nivel interno y regional en sede judicial, mientras que a nivel mercosureño lo serán por arbitraje⁹⁰.
2. Las medidas cautelares, como regla deberán ser cumplidas --a nivel interno, regional y mercosureño-- por vía judicial, con y sin intervención de oficiales de justicia.
3. Las medidas cautelares en la ejecución fiscal, Ley 25.239, conforma en el ámbito nacional un supuesto particular y específico, no sujeto a armonización mercosureña.
4. La armonización legislativa procesal de la Región Centro de Argentina deberá realizarse en torno a las garantías y principios procesales fundamentales.

⁸⁹ "Las medidas cautelares en el Mercosur." ob. cit. pág. 329 y Notas 99 y 100 de la misma pág. 329.

⁹⁰ Acorde al régimen de Solución de Controversias fijado en Tratado de Asunción/1991, - Ley 23.981, Protocolo de Brasilia de Solución de Controversias/1991, - Ley 24.102 y el Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la estructura del Mercosur, Ouro Preto/1994, - Ley 24.560 con las reformas del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversia en el Mercosur, del 18 de febrero de 2002 entre las cuales vale referir como novedoso la institución del "Tribunal Permanente de Revisión" con una doble competencia arbitral: a) *derivada*, en el recurso de revisión que las partes pueden deducir en contra del laudo de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc (artículos 17-22) y b) *originaria*, en cuanto se prevé el acceso directo y en única instancia al referido tribunal cuando las partes así lo acuerden expresamente. Además, en supuesto se establece que "los laudos del Tribunal Arbitral Permanente de Revisión sean obligatorios para los Estados partes en la controversia a partir de la recepción de la respectiva notificación, no estarán sujetos a recurso de revisión y tendrán con relación a las partes fuerza de cosa juzgada" (artículo 23).

5. Como otra vía de integración regional, es necesario que apoyemos la labor de los Tribunales Superiores y Cortes de la la Región Centro.

6. En los procesos de integración - caso Mercosur- es imprescindible el reconocimiento de los estados partes. Por ello, Peyrano, citando a Telechea Bergman⁹¹ sostiene que: la **“excepción de orden público”** en general, y también en lo que atañe a su aplicación en las medidas cautelares “ debe ser interpretada de manera restrictiva a efectos de que invocaciones abusivas de la misma no se traduzcan en graves trabas a la adecuada regulación de las relaciones privadas internacionales entre los Estados partes o en inmotivadas causas de denegación de prestación de auxilio internacional”. En el costado comunitario, remarcamos los alcances amplios del ‘reconocimiento’ en medidas provisionales y cautelares⁹².

7. En el Orden Público aplicable al procedimiento y también a las medidas cautelares, establecemos sus límites consistentes en la conculcación de los principios fundamentales o a los derechos y a las libertades individuales garantizadas por la propia Constitución del Estado.

⁹¹ Las medidas cautelares en el ámbito del Mercosur, ob. cit. pág. 315, texto y nota 19.

⁹² Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia Civil y Mercantil, celebrado en Lugano el 16-09-1988, establece:

Artículo 24. Podrán solicitar medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado contratante a las autoridades judiciales de dicho Estado, incluso sí, en virtud del presente Convenio, un tribunal de otro Estado contratante fuere competente para conocer el fondo.

El citado Convenio se encuentra en Derecho Procesal Civil Europeo-Convenio y otras normas procesales de origen comunitario europeo en material civil y mercantil, anotados. Informes oficiales de los convenios., pág. 337 a 338, Edición preparada por MIGUEL VIRGÓS SORIANO Y FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFERÉZ- Legislación, Código Sectorial, Madrid 1996.

El citado Convenio fue celebrado entre los Estados miembros de la Comunidad Europea y los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Cambio, se basa en principios idénticos al Convenio de Bruselas de 1968.

EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL EN EL ÁREA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

por Adriana S. Dreyzin de Klor¹

Resumen: Existen situaciones en que las reglas jurídicas que normalmente resultan aplicables para solucionar un supuesto planteado ante los tribunales de un Estado diferente al que dichas reglas pertenecen, resultan excluidas por motivos especiales. Cuando tal exclusión responde al hecho de que estas normas violentarían la legislación del foro o algún principio fundamental del derecho local, se acude a la excepción de orden público para justificar la no aplicación de la norma en cuestión. Ello se debe a que el orden público actúa como correctivo funcional, obrando en defensa de los elementos e intereses involucrados en el tráfico jurídico internacional y principalmente, como protección de la comunidad nacional, de su orden social y legal.

¹ Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora titular de Derecho Internacional Privado. Profesora de Derecho de la Integración y DI Privado en Postgrados de Universidades Nacionales (Austral, Rosario, La Rioja, Mendoza, etc.) y extranjeras (Universidad Complutense de Madrid, Universidad del País Vasco, Universidad de Alicante, Universidad Federal de Santa Catarina, Universidad Milton Campus, Belo Horizonte, Brasil, entre otras) Secretaria de ECSA (European Community Studies Association) para América Latina: Profesora invitada por el College des Hautes Etudes Europeennes "Miguel Servet", para dictar clases en el Diplomado en Derecho Comunitario y de Integración Regional en Asunción, Paraguay, Santiago, Chile. Autora de libros sobre Derecho Internacional Privado y Derecho del MERCOSUR, colaboradora en revistas y diarios jurídicos con artículos sobre temas de las materias de su especialidad. Directora de la Sección Derecho Comunitario de la Revista de Derecho Privado y Comunitario, Editor: Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

El instituto debe emplearse de manera excepcional, hecho que es aceptado en la actualidad, al considerar la excepción como "un conjunto de principios" siendo su aplicación "a posteriori"

En orden a los procesos de asociación económica, debe tenerse presente que el derecho no debe poner vallas a la integración sino contribuir a generar los principios orientadores del esquema regional que conduzcan al logro de sus propósitos que aparecen enunciados en los tratados fundacionales.

Palabras Claves:

Garantías - Mobiliarias - Comercio Internacional - CIDIP

1. El orden público internacional

El orden público internacional constituye una de las instituciones que más problemas ha generado a los juristas y doctrinarios del derecho internacional privado a la hora de querer elaborar un concepto que lo contenga². Por ello nos limitaremos a exponer aquellos aspectos que simplifican abordar el instituto en la asociación regional.

Con el afán de situar el problema, digamos que en ciertos casos una regla jurídica extranjera normalmente aplicable es excluida por motivos especiales. Esta actitud es fruto de considerar que su aplicación acarrearía un resultado contradictorio o inconsistente³ con algún principio fundamental de la ley del foro.

Los ordenamientos jurídicos nacionales contienen principios propios que son precisamente los que le dan solidez y autonomía. Actúan como fuente supletoria en caso de ausencia de normas e integran el derecho; informan e inspiran al legislador, orientan al juez y al intérprete y fundamentan el orden jurídico. En suma, son la esencia de los respectivos derechos.

El orden público actúa como correctivo funcional que obra como una acción de defensa de todos los elementos e intereses que están involucrados en el tráfico jurídico internacional y, con especial intensidad, como una defensa de la comunidad nacional, de su orden social y jurídico⁴.

² La noción de orden público internacional puede verse, entre otros, en: GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho Internacional Privado - Derecho de la tolerancia*. 5^o Ed. Depalma. Buenos Aires. 1985, ps.148-167. AGUILAR NAVARRO, MARIANO; *Derecho Internacional Privado*. Vol.1, t^o.II. Parte segunda. Madrid. 1982, ps. 189-235. PÉREZ NIETO, LEONEL; *Derecho Internacional Privado*. 5^o Ed. México. 1991, ps. 271-275. RUIZ DÍAZ LABRANO, ROBERTO, *Derecho Internacional Privado*. La aplicación de las leyes extranjeras y su efecto frente al Derecho; Ed. Intercontinental. Asunción. 1992, ps. 364-365.

³ Ver WOLFF, MARTIN. *Derecho Internacional Privado*. Traducción de Antonio Marín López. Ed. Bosch. Barcelona. 1958, p. 162.

⁴ Conf. AGUILAR NAVARRO, MARIANO, ob. cit., p. 196.

El carácter excepcional y funcional de la institución es hoy ampliamente aceptado por lo que consideramos un acierto que actualmente no se discuta si consiste en *disposiciones*⁵ o si se trata de *principios*; la calidad restrictiva de la defensa nos dirige derechamente a la consideración del orden público internacional como "*conjunto de principios*" siendo su aplicación a posteriori⁶. En esta posición, se admite el derecho extranjero de manera directa - aplicación por el juez argentino - y por vía indirecta - al reconocerse y/o ejecutarse en nuestro país la sentencia extranjera con fundamento en el derecho foráneo⁷.

Por el contrario, la referencia a las disposiciones es siempre apriorística lo que puede dar lugar, si se estimara que son exhaustivas, a la eliminación del derecho extranjero⁸.

En el ámbito del derecho privado ha cobrado una dimensión cada vez mayor la autonomía de la voluntad, desplazando normas imperativas de los ordenamientos internos que pasan a tener vigencia subsidiaria. En virtud de ello, se achica el espacio para la aplicación de esta defensa; la misma regulación del instituto lo demuestra desde que las últimas convenciones han previsto su empleo ante la **manifiesta** contraposición con los principios en que se sustenta la legislación interna⁹.

⁵ Ver: DREYZIN DE KLOR, ADRIANA y URIONDO DE MARTINOLI, AMALIA. *Parte General del Derecho Internacional Privado en las Convenciones Interamericanas*. Editorial Advocatus. Córdoba. 1991, p. 86.

⁶ Es preciso recordar que la excepción en comentario, puede funcionar de dos modos distintos: a priori, esto es cuando antes de consultar el derecho extranjero que la norma del foro declara aplicable, éste es descartado por el derecho propio, o a posteriori. En este caso, se procede a consultar el derecho extranjero, quedando descartado sólo en la medida que su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación.

⁷ Ver GOLDSCHMIDT, WERNER; "*Los tres supuestos de la jurisdicción internacional directa e indirecta*". Rev. Prudentia Iuris. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Santa María de los Buenos Aires. Agosto, 1980, págs. 9 a 26.

⁸ En igual sentido se expidió la Recomendación de la Sección de Derecho Internacional Privado aprobada por el Plenario del II Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional realizado en Tucumán-Argentina, 1971.

⁹ Un ejemplo de esta posición puede verse en las Convenciones Interamericanas Especializadas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP) Así, la Convención sobre Normas Generales aprobada en la CIDIP II (Montevideo, 1979) en su art. 5° establece: "La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considerare *manifiestamente* contraria a los principios de su orden público".

2. El orden público internacional y el derecho internacional privado institucional

El ámbito espacial del derecho internacional privado institucional está constituido por el territorio de los cuatro Estados Parte. Esta fuente jurídica se aplica intrazona. Ello significa la posibilidad de oponer la excepción de orden público internacional entre los países que conforman la asociación subregional.

La integración conduce a disminuir las barreras del orden público, pues las características propias de los procesos de integración exigen mayor asimilación y acercamiento en las soluciones legislativas de los países miembros.

En orden al derecho internacional privado se requiere mayor autonomía de las partes en lo que se refiere a la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable. La cooperación jurídica internacional debe facilitarse brindando mayores posibilidades de auxilio procesal y simplificando el reconocimiento y la ejecución extraterritorial de los pronunciamientos judiciales, administrativos y arbitrales.

Los obstáculos que se interponen en el camino hacia tal propósito deben ser paulatinamente salvados; en esta dirección no creemos aventurado emprender la tarea de identificar, en cuanto sea posible, algunos de los principios sobre los que se sustenta la integración regional.

3. El orden público del Mercosur

La legislación interna de los países asociados está construida sobre ciertos principios que impregnan ideológicamente los respectivos ordenamientos, estructurando, en alguna medida, equivalentes políticas legislativas en el ámbito integrado. Una lectura de las normas constitucionales o los códigos civiles nos permite entrever estos principios que orientan e inspiran las respectivas legislaciones¹⁰.

¹⁰ En el Informe que la Comisión de Codificación de 1867 - Comisión de Códigos - elevara al Excmo. Señor Presidente de la República Oriental del Uruguay, en la cual se enuncia los lineamientos generales que se siguieron en la elaboración del Código Civil, surge nitidamente la recepción de los principios expresados supra, como orientadores de las normas. Véase Código Civil de la República Oriental del Uruguay, anotado y concordado por EUGENIO CAFARO y SANTIAGO CARNELLI, Tomo I, Séptima Edición, F.C.U. Montevideo, 1992, Ps. XIV-XXVIII. Brasil, por su parte, también recoge numerosos principios, lo que puede consultarse a lo largo del Código Civil, (Lei Nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916) y especialmente en la Ley Introdutoria (Decreto Lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942). Ver LEGISLAÇÃO BRASILEIRA, Código Civil, Ed. Saraiva, Sao Paulo, Brasil, 1992. El

La pregunta que procede seguidamente es ¿cuál es el criterio para determinar qué se entiende por orden público subregional o, lo que es lo mismo, qué es el orden público del Mercosur? ¿Consiste éste en una sumatoria de los principios que inspiran y orientan cada legislación nacional?

En los procesos de integración, el orden público internacional de cada Estado, se amplía trascendiendo las fronteras locales al proyectarse en el orden público subregional. Para evitar problemas en los resultados no sólo se tienen en cuenta las disposiciones imperativas propias, sino debe estarse también a las extranjeras¹¹.

3.1 Los principios de la integración subregional

¿Cuáles son los principios comunes que sustentan las legislaciones de los Estados Parte del Mercosur y por tanto dan base al orden público subregional?

Indagar acerca de los principios coincidentes de las legislaciones comprometidas tiene como objetivo determinar lo que podríamos considerar como un mínimo común denominador sobre el cual asentar el ordenamiento subregional.

Los principios generales del derecho entendidos como principios comunes al conjunto de los sistemas jurídicos nacionales e internacionales, como verdades jurídicas universales,¹² son plausibles de conformar la base que imaginamos. Sin embargo, este axioma presenta una dificultad en cuanto a su identificación. La propuesta pasa a ser muy general porque los principios son generales, si bien, desde luego, subyacentes y anteriores al ordenamiento jurídico positivo en cuanto lo informan y configuran ya que el dere-

Código Civil Paraguayo (Ley N° 1.183), además de los artículos específicos que recogen valores fundamentales, recepta una serie de principios en su Título Preliminar: De las Disposiciones Generales, que consta de veintisiete artículos. Ver Colección: Legislación Paraguaya Edición 1992, actualizada. Código Civil Paraguayo. Ed. Intercontinental. Asunción, Paraguay.

¹¹ CONF. CIURO CALDANI, MIGUEL A. "Comprensión básica de las tendencias del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo y de la jurisdicción internacional". Revista Investigación y Docencia. U.N. Rosario N° 24. F.I.J. 1994, p. 18.

¹² CONF. MARTINEZ PAZ, FERNANDO. El jurista define los principios generales del derecho como los principios filosóficos que expresan el elemento constante y permanente del derecho, el fundamento de toda legislación positiva. Introducción al Derecho. Ed. Abaco de R. Depalma. Buenos Aires, 1991, p. 392.

cho debe tener siempre un contenido justo. Con ellos tocamos esa línea trascendente y fundacional existente en toda disciplina jurídica, pues los principios generales recogen la invocación a la justicia, la presencia del derecho natural, el espíritu que debe informar al derecho y en el supuesto que nos convoca, al derecho de la integración del cual el derecho internacional privado institucional forma parte. Es en los principios generales donde puede estimarse que se registra la dimensión de "universalidad", sin la cual no existe derecho internacional privado viable.¹³

Ahora bien, los principios pueden ser inmediatos o mediatos. Los primeros son aquellos que expresan de un modo directo los fundamentos y los valores esenciales y connaturales a toda forma de convivencia ordenada al bien común y a satisfacer los fines existenciales de los hombres en sociedad.

En tanto que son principios mediatos - subordinados y armonizados con los anteriores - aquellos que se concretan y objetivan históricamente en una determinada civilización o en la experiencia jurídica de las distintas comunidades.

Del carácter inmediato o mediato de los principios generales del derecho surge su mayor o menor grado de generalidad, de manera tal que existen principios que fundan todo el ordenamiento jurídico, mientras que otros lo hacen con los ordenamientos particulares¹⁴.

De acuerdo a sus caracteres y funciones los principios generales del derecho abarcan los conceptos básicos y los preceptos fundamentales que inspiran la conciencia y el sentido jurídicos; *informan los complejos normativos que regulan los distintos ámbitos jurídicos*; definen el carácter de un estado determinado y de sus instituciones; por comprender los aspectos de la problemática jurídica son aplicables y rigen en las distintas esferas de la vida social, pues **la parte vital del derecho no reside en las normas, sino en los principios**; son imprescindibles, en consecuencia para construir un sistema jurídico justo.

Ahora bien, el orden público es un concepto esencialmente variable que adquiere diferentes contenidos y extensiones frente a cada derecho regional. Si el orden público existe en el linde de lo específico - social de

¹³ AGUILAR NAVARRO, MARIANO. *Derecho Internacional Privado*, vol. 1, tº. 1, Introducción y fuentes. Sección de Publicaciones. Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Madrid. 1982, p. 443-444.

¹⁴ CONF. MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO. *Ob. cit.* p.393.

¹⁵ ALFONSIN, QUINTÍN. *El orden público*. Ed. Peña. Montevideo. 1940, p. 309.

cada Estado,¹⁵ es natural que varíe si de lo que se trata es de lo específico - social de un emprendimiento de las características del Mercosur. Su versatilidad hace a la propia existencia de la noción. Pero, los caracteres de los principios generales del derecho ¿varían de acuerdo al ámbito de producción normativa? Un breve repaso de ellos nos acercará a satisfacer la inquietud.

En el fenómeno de la integración y en la irrefrenable carrera de cooperación que se ha desatado entre los Estados asociados, que palpita en los innumerables encuentros y documentos signados en los últimos tiempos, los principios generales del derecho asumen un rol de significativa trascendencia. El conocimiento y ejercicio del derecho debe estar inspirado en los principios éticos y deontológicos que son los que dan categoría a las decisiones jurídicas, pues es una verdad irrefutable que el derecho es para la vida y no la vida para el derecho.

El Tratado de Asunción respetuoso de los mismos, recepta, aunque de forma subliminal, esta tesis al prever que los Estados Partes asumen el compromiso de "...armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes...."¹⁶. Los diferentes Subgrupos de Trabajo, en cumplimiento de los dispuesto fijaron entre sus objetivos lograr la armonización de los institutos jurídicos, cobrando fundamental importancia la variable social¹⁷ que tan cara resulta al respeto de los principios básicos enunciados en estos procesos.

En nuestro país, así como en cada uno de los países miembros, cada disciplina jurídica posee sus propios principios que la caracterizan de modo tal que puede afirmarse que existen y conviven principios propios que son precisamente los que les dan esa solidez y autonomía. Estos principios no son sólo los generales del derecho, sino también aquellos que singularizan el derecho civil, comercial, laboral, administrativo, penal, etc. Inclusive

¹⁶ Cabe traer a colación la diferencia que existe entre la armonización y la unificación como estadios a transitar según el grado de integración. En una unión continental, como es la Unión Europea, la tendencia es hacia la unificación; mientras que la asociación económica, se satisface con la armonización de las legislaciones internas.

¹⁷ En este orden de ideas podemos citar como ejemplo lo que ocurre en el campo del derecho laboral. Como bien afirma KROTOSCHIN, no es sólo materia jurídico técnica, sino un factor de proyección sustancial sobre la economía. Los planes económicos difícilmente pueden prescindir de la conexión con las relaciones laborales y los procesos de integración deben extenderse necesariamente, del sector económico al sector laboral, tendiendo a la armonización y coordinación de las legislaciones de los Estados que hubiesen decidido unir sus esfuerzos para lograr el progreso común. Aut.cit. "Derecho del Trabajo e Integración Latinoamericana". Tº. 123. Sec. Doctrina.

hasta se anteponen a los principios generales cuando entre ellos exista oposición; informan las normas e inspiran las soluciones para la aprobación de nuevas normas a la vez que orientan la interpretación de éstas¹⁸.

En este sentido es importante tener presente que el principio es algo más que una norma; ésta se refiere a una determinada conducta; el principio es más general ya que inspira, interpreta y hasta puede llegar a suplir la norma¹⁹.

A modo ejemplificativo, es válido mencionar el **principio de equidad** que refleja el equilibrio de la justicia distributiva de conformidad a las circunstancias particulares de cada caso, tratando de atemperar el rigor de la letra fría de la norma; el **principio de buena fe**, que se traduce en el deber de lealtad, fidelidad y corrección, recogido en todos nuestros códigos y en tantas leyes y, sin embargo, muchas veces es el gran desconocido y en no pocas ocasiones, maltratado;²⁰ el **principio de primacía de la realidad**, donde la verdad de los hechos prima sobre la apariencia; el **principio de no discriminación**, conocido también como principio de igualdad, de raigambre constitucional; no admite que se otorgue un trato desigual por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religión, política gremial, o edad; los **principios de humanidad y dignificación del ser humano**, receptados universalmente en tratados y convenios internacionales.

En los tiempos que nos toca vivir corresponde a los juristas, no sólo la responsabilidad de poner sus conocimientos y reflexiones al servicio y en el logro de la más pacífica y justa convivencia, sino que también cuidar y hasta diría mimar, todos estos principios inspirados en una ética social que son siempre ejemplificadores y opuestos al egoísmo que tanto se hace notar en la sociedad necesitada de una verdadera solidaridad.

¹⁸ Nos pronunciamos en este sentido en la ponencia sobre "Protocolo de Las Leñas en relación al Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en el ámbito del Mercosur", que presentamos en coautoría con SARACHO CORNET, TERESITA, al Congreso de la A.A.D.I., celebrado en La Rioja, en mayo de 1995.

¹⁹ PLA RODRIGUEZ, AMÉRICO. "Los principios del Derecho del Trabajo". Depalma. Buenos Aires. 1978. Citado en la comunicación "Validez y ejecutabilidad extraterritorial de las sentencias", elaborada por quien suscribe en coautoría con SARACHO CORNET, TERESITA, presentada en el Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en el Mercosur, organizado por la Universidad del Museo Social Argentino. Buenos Aires, 8 al 10 de junio de 1994.

²⁰ SAN ROMAN MORENO, JOSÉ R., en Prólogo a "El nuevo derecho de las sociedades de capital". Ed. Trivium, Madrid, 1989, p. 4, en referencia a los principios recogidos por la reforma constitucional española de 1979.

El orden público internacional obliga a tener presente que el derecho de la integración significa un nuevo orden jurídico con nuevos puntos de vista valorativos. Al decir de Ciuro Caldani "En el derecho comunitario bajo el amparo del poder y la previsibilidad, se produce un campo mayor para el juego de la cooperación y de la solidaridad y de la formación de este derecho, significa que entre las unidades que se integran haya una fuerte ejemplaridad, un fuerte sentido de valores compartidos, superior al de la mera internacionalidad..."²¹.

Sin embargo, no causará asombro destacar *la utilidad* como el valor que tiñe en un todo, el derecho de la integración. Teniendo en cuenta el papel protagónico que asume la utilidad, es primordial guardar especial cuidado en que no se arrogue el material estimativo que corresponde a otros valores como la justicia, además de poner especial énfasis en que no se subvierta contra el valor humanidad.

En definitiva, son los ciudadanos del Mercosur quienes deben decidir los valores sobre los cuales se construya el sistema; si el esquema regional se ha de inspirar sobre los valores orden, seguridad, previsibilidad, logrando un ordenamiento sólido y coherente, o si ha de basarse principalmente en el valor utilidad. De pronunciarse por la utilidad, el ordenamiento se caracterizará por ser menos rígido y más mutable, pero tendrá los riesgos señalados.

Si una aserción no deja espacio para el debate, es justamente, la necesidad de lograr que el régimen de la integración sea justo y humanista²².

3.2 Los principios del nuevo orden económico internacional.

En estrecha relación con lo precedentemente apuntado es necesario registrar la aparición en escena del gran personaje de este tiempo, el nuevo orden económico internacional, en el que quedan al descubierto una serie de tensiones y situaciones críticas que son de especial importancia para la gestación del ordenamiento subregional.

En gran medida, estas tensiones y desequilibrios se generan por causas estructurales de muy difícil manejo en lo económico, lo social y lo

²¹ Aut. cit. "Marco jusfilosófico para la comparación del derecho internacional público y el derecho comunitario". Boletín del Centro de Investigaciones Jurídicas de Filosofía Jurídica y Social." N° 16. Ed. Fundación para las Investigaciones Jurídicas Rosario. 1993, p. 28.

²² CIURO CALDANI, MIGUEL A.; "Derecho constitucional, derecho internacional público y derecho comunitario", *Revista Investigación y Docencia*, N° 21. Ed. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, ps.18-19.

político, a pesar del conjunto de principios y normas del derecho internacional que pueden relacionarse con este nuevo orden económico que se encuentra íntimamente vinculado al comercio y al intercambio internacional entre los Estados, y se sustenta en un concepto subyacente a éstos, cual es el de la cooperación²³.

El desafío del derecho subregional es entregar mayores rangos de certeza con la mayor simplicidad posible y en una adaptación permanente y ágil a la evolución de las transacciones comerciales pero no olvidando que junto al orden público subregional, entendido como conjunto de principios entre los que se destacan los que mencionáramos anteriormente, es inevitable considerar la normativa y los principios de orden público económico que se desarrollan a través de organismos especializados y los usos y costumbres internacionales²⁴.

La normativa en la que se viene trabajando en relación al orden público económico internacional más que reguladora, es desreguladora, preocupándose por limitar las potestades de los Estados²⁵. Esta desregulación cuyo objetivo es facilitar el comercio internacional y liberalizarlo, viene a ser una concreción del desdibujamiento de soberanías que se produce en una zona integrada. En este punto es necesario hacer hincapié en que existen un conjunto de principios y normas en el derecho internacional que pueden relacionarse con el nuevo orden económico internacional²⁶ referidos a las relaciones económicas entre los Estados, a las organizaciones internacionales, a las demás entidades de derecho internacional público y a las actividades de las corporaciones transnacionales²⁷. Dichos principios que subyacen y alumbran tales relaciones económicas, ¿serán suficientes?

²³ CONF. ALVAREZ AVENDAÑO, JUAN y ANGUIA, CLAUDIO. *Dumping y Competencia Desleal Internacional*. Ed. Jurídica de Chile. 1995, p. 11.

²⁴ Entre las normas de orden público económico internacional que afectan a las operaciones de comercio internacional, podemos citar los innumerables tratados de cooperación e integración como la CEE, la ALADI, el Pacto Andino, la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN), los tratados y organizaciones multilaterales como la United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Fondo Monetario Internacional (FMI), el General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) hoy la Organización Mundial de Comercio (OMC).

²⁵ Aut. cit., ob. cit, p. 20

²⁶ Ver: FASULINO, EDUARDO. "El rol del Derecho en el nuevo orden económico internacional". *R.D.C.O.* N° 133-135. Enero-junio de 1990, pág. 113 y ss.

²⁷ Las disposiciones aludidas están contenidas en la Resolución Nro. 35/166 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 15 de diciembre de 1980.

o quizás la pregunta debiera ser ¿están presentes como pautas inspiradoras y orientadoras del nuevo orden?

Los Estados soberanos poseen diferentes grados de desarrollo económico como así también diferentes sistemas económicos que se traducen en una economía de mercado o economías mixtas, según los cuales es diferente la importancia que se asigna a los medios de producción y distribución de bienes y servicios, privados o estatales. Dicha situación lleva a afirmar que esos hechos económicos resultan de trascendental relevancia a la hora de evaluar la factibilidad de cambio de los modelos existentes y de sus regulaciones.

En función de lo expuesto surge que los elementos necesarios dentro de un sistema de normas del nuevo orden económico internacional son: los principios legales básicos, los tipos e instrumentos legales necesarios para el alcance de los objetivos, el establecimiento institucional de las organizaciones económicas internacionales, las reglas para coordinar los efectos externos de las políticas económicas nacionales e internacionales, las reglas para la solución de los conflictos y la implementación nacional y regional del derecho económico internacional²⁸.

Entre los **principios legales básicos** pueden mencionarse:

- El derecho a la existencia y al desarrollo; el derecho a la existencia consiste en el derecho de los hombres y de los Estados, esto es, de todos los miembros de la comunidad internacional, al desarrollo; este derecho al desarrollo se cimenta en una necesidad de interés general ya que el concepto de desarrollo va hoy más allá de la noción de crecimiento económico abarcando lo político, lo económico, lo social, lo cultural, etc. Sobre el tópico, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció que el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable que tiene todo el mundo y todos los individuos²⁹.

Es que el desarrollo es tanto para los individuos como para los Estados un derecho de acceso a la comprensión de los derechos humanos, según lo define la Declaración de Derechos Humanos y el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Para que el ser humano desarrolle sus potencialidades como persona, debe ser considerado en el proceso de desarrollo sujeto y no objeto.

²⁸ Legal Status of the Charter of Economic Rights and Duties of States, Subrata Roy Chowdhury, "American Journal of International Law", vol. 63, 1969, pág. 591/620.

²⁹ U.N. General Assembly, resolution 36/133, december 14, 1981

- El principio de solidaridad que se apoya en el de equidad; lo encontramos plasmado en la actualidad en varias normas legales tanto a nivel regional como universal. La solidaridad proyecta un crecimiento de la interdependencia del desarrollo económico de las naciones, el crecimiento de un reconocimiento de que los Estados tienen que concientizarse y asumir la responsabilidad de los efectos externos de sus políticas económicas y la incidencia que esta actitud asume en aras de la paz mundial.

Los principios enunciados contribuyen a que se diseñe y difunda una nueva cultura jurídica que no circule de modo paralelo a la economía de la integración, sino que le otorgue seguridad y credibilidad. En este sentido resulta importante tomar los principios que sustentan las actividades de los actores del proceso, de sus usos y costumbres cristalizándolos y otorgándoles un marco normativo. La política y la economía deben interactuar con lo jurídico respetando cada uno sus propias técnicas y objetivos, pero completándose, para estructurar sólidamente el nuevo orden de la integración.

Lo jurídico sin lo político y lo económico rápidamente se anquilosa, y si la política y la economía no se ajustan a reglas de derecho, su propio impulso los lleva al desborde y a la falta de credibilidad porque no reconocen límites. Ello torna imprescindible una nueva conciencia jurídica en aras de un bien común regional con objetivos comunes para el Mercosur³⁰.

3.3 El orden público comunitario

En la determinación del concepto de orden público comunitario es válido acudir al modelo europeo. La Unión Europea ve facilitada la tarea pues el Tribunal de Justicia³¹ elige, prácticamente con toda independencia,

³⁰ Conf. BLOCH, ROBERTO e IGLESIAS, DANIEL; *Solución de Controversias en el Mercosur*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 115.

³¹ Si bien fue erigido al rango de institución común a partir de 1957, el Tribunal sigue rigiéndose por los tres tratados de base que contienen las reglas fundamentales sobre su organización y competencias. A fin de facilitar la eventual adaptación de las reglas de procedimiento, el AUE determina que las disposiciones relativas a procedimiento, puedan modificarse por el Consejo por unanimidad, a petición del Tribunal de Justicia, previa consulta a la Comisión y al Parlamento Europeo. En cuanto a su reglamento de procedimiento, que elabora por sí mismo, es único. Acerca del Tribunal de Justicia de la UE pueden consultarse, entre las innumerables obras que se han publicado sobre el tema: ISAAC, GUY. *Manual de Derecho Comunitario General*. Ed. Ariel. Barcelona. España. 1995, ps. 263 y ss. MOLINA DEL POZO, CARLOS F. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Ed. Trivium. Madrid. España. 1990, ps. 149 y ss. KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA. "El juez frente al Derecho comunitario", *El Derecho*. Buenos Aires. 18-8-92; FREELAND LOPEZ LECUBE, ALEJANDRO.

en los sistemas jurídicos de los Estados miembros, los principios y normas que decide aplicar, es decir, incorporar en el ordenamiento jurídico comunitario³².

En este sentido, no faltan sentencias en las que acude a reglas de algún derecho interno pero no para aplicarla directamente, sino sólo para inspirarse en ella y ver, eventualmente, la expresión de un principio general de derecho susceptible de ser tomado en consideración para la aplicación del Tratado³³.

La Corte de Justicia de la CEE es el órgano apropiado para brindar las respuestas. El Alto Tribunal se inspira "principalmente en los sistemas jurídicos nacionales, a través de los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros". Inclusive, con anterioridad a la remisión que expresamente efectúa el Tratado de Roma, el Tribunal afirmó su deber de "inspirarse en reglas reconocidas por las legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia de los países miembros."

La posición adoptada actualmente por la Corte pasa por invocar regularmente los principios generales, admitidos en el derecho de los Estados miembros o también, un principio común a los sistemas jurídicos de los Estados miembros. La novedad de estas últimas fórmulas aparece en su orientación original en razón de tomar como base el derecho comparado. Sin embargo, el descubrimiento de los principios comunes no podría proceder de una superposición casi mecánica del derecho de cada Estado Parte para considerar sólo los elementos que se amparan exactamente.

El esfuerzo del Tribunal radica en extraer a partir del espíritu de los derechos nacionales, de su orientación, y de su evolución, los principios que revelan un patrimonio común: los que resultan a veces de la convergencia del conjunto de los sistemas nacionales pero muy a menudo, de la existencia de una corriente simplemente dominante o, incluso, de una corriente minoritaria, puesto que el conjunto de los otros Estados no poseen disposición significativa alguna sobre la materia.

"Las instituciones de las Comunidades Europeas". *La Ley*. 28-10-92. MASIDE MIRANDA, JOSÉ E. "Características del Derecho comunitario europeo". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año LXVIII, mayo-junio, n° 610.

³² Ver: ISAAC, Guy. *Ob. cit.* p.175.

³³ Conf. MANGAS MARTÍN, ARACELI. *Derecho Comunitario Europeo y Derecho Español*. Ed. Tecnos. Madrid. 1987, p. 156. El comentario se relaciona con el caso: "Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr" (Oficina de venta de carbón del Ruhr-Alta Autoridad), sentencia del 15/6/1960, en "Recueil de Jurisprudence de la Cour", vol. 6, II, Luxembourg, 1960.

El análisis de la labor del juez en la Unión Europea, que en razón del carácter dinámico del sistema instaurado por los Tratados, se basa en la fijación de unos objetivos y unos principios para cuya consecución confiere determinados poderes a las instituciones que crea, hace que la jurisprudencia comunitaria sea necesariamente evolutiva. Sin embargo, el poder del juez no puede llegar a equipararse con el del legislador y tiene que admitir siempre ciertos límites, que en el derecho de las Comunidades, vienen determinados por el texto de los Tratados a los que no se puede atribuir un alcance incompatible con los términos semánticos que emplean. Por consiguiente, la jurisprudencia comunitaria al recurrir fundamentalmente a los principios generales en la perspectiva de una interpretación sistemática y lógica o teleológica desborda el marco estrictamente esencial de su misión³⁴.

Lo que caracteriza al gobierno de los jueces frente a la fórmula continental del dominio de la ley es el esfuerzo que tienen que hacer para afirmar la existencia de un cuerpo de principios que con independencia de cualquier regla escrita constituye, en cierta medida, la filosofía política del sistema. Para erigirse en su guardián se instituye de hecho en su creador pues, al dotarlo de una sanción, lo convierte en derecho positivo.³⁵

3.4 El orden público comunitario y el orden público subregional

No siempre las opciones que nos ofrecen experiencias foráneas son transferibles o fácilmente adaptables al Mercosur. Bien se concluye que la experiencia europea, por ejemplo, representa un punto de referencia valioso que debe aprovecharse como parámetro de solución de las cuestiones que se presentan en el Mercosur, cuando la aportación es digna de servir de modelo exitoso. Pero también debe tenerse en cuenta como patrón del que decididamente habrá que tomar distancia, si no resulta conveniente o no responde a las necesidades de nuestro esquema regional³⁶.

³⁴ DAMASO RUIZ-JARABO COLOMER cita en cuanto a las aseveraciones vertidas a R. MONACO, "Les principes d'interprétation suivis par la Cour de Justice des Communautés Européennes", en *Mélanges H. Rotin*, Ed. Pedone, Paris, 1964, ps. 218 y ss. y M. WAELBROECK, *Le rôle de la Cour de Justice dans la mise en oeuvre du Traité C.E.E.*, Cahiers de Droit Européen, 1982, N° 4, p. 350. Ver aut. cit. El juez nacional como juez comunitario. Cuadernos de Estudios Europeos. Ed. Civitas. Madrid. España. 1993, p. 24.

³⁵ RIVERO, J. *Le Conseil d'Etat, un juge qui gouverne?*, *Rev. Dalloz*, doctrine, 1951, p.6, citado por DAMASO RUIZ-JARABO COLOMER, ob. cit. p. 25.

³⁶ Conf. GONZALEZ, FLORENCIA. "Legislación y administración en un sistema de integración: el caso de la Comunidad Europea". *Revista de Derecho Administrativo* N° 14. Setiembre-octubre. Ed. Depalma. Buenos Aires, p. 482.

En definitiva, todo dependerá del valor intrínseco de las soluciones ofrecidas por los derechos nacionales y de su grado de adaptación a las necesidades del sistema comunitario³⁷.

En cuanto a los principios que conforman el orden público comunitario, entendemos que éstos no difieren sustancialmente de los que fundamentan el orden público del Mercosur. La mayor diferencia radica en el papel que desempeñan los órganos supranacionales ya que hemos destacado el rol que asume el TJCE en la determinación del orden público de la UE.

No cabe duda que si nos referimos a la legislación, nuevamente habremos de destacar el origen del órgano legisferante de la Comunidad y su diferencia con los órganos del Mercosur destacando la mayor legitimidad de las disposiciones comunitarias. Hasta tanto el modelo Mercosur reúna la calidad de supranacionalidad resulta sumamente difícil establecer los parámetros del orden público subregional, que va de suyo, arrastra al derecho internacional privado institucional.

Una arista favorable a la región del Mercosur es la existencia de una misma raíz, una multiplicidad de vínculos provenientes de una herencia compartida que obra de común denominador de una identidad regional. A ello se suma la aparición coetánea a la vida histórica merced a procesos semejantes de asimilación cultural. Ello facilita la compatibilización de intereses frente al poderoso influjo del proceso globalizador basado en la necesaria interrelación de las naciones³⁸.

Hay una premisa de la cual partimos y es que el derecho no debe poner vallas a la integración sino contribuir a generar los principios orientadores del esquema regional que lo conduzcan al logro de sus propósitos, enunciados éstos en el Tratado fundacional.

4. El orden público internacional del Mercosur

A modo de reflexión, cabe entrever que la consolidación y fortalecimiento del derecho de la integración debe enfocarse, principalmente, desde la práctica que los Estados hacen de los principios sustantivos y reglas, como así también en función de las técnicas legales que resulten más apropiadas para el proceso una vez superada la etapa de la determinación, ex-

³⁷ ISAAC, GUY, ob. cit. p. 177.

³⁸ Ver de nuestra autoría: "Las sociedades comerciales en la integración subregional". *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Concursos y Quiebras I*. N° 10. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fé. 1996, p.466.

tensión y clasificación de los principios. En este orden de ideas, estimamos que su pleno reconocimiento aportará al desarrollo de una normativa coordinada.

VÍAS DE PARTICIPACIÓN DE LAS REGIONES INTRANACIONALES EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN. ASPECTOS INSTITUCIONALES¹

*por Zlata Drnas de Clément**

Resumen: La estructura institucional del Mercosur se halla inspirada en el modelo europeo. La principal diferencia entre ambos radica en el rechazo por parte del Mercosur de toda idea de supranacionalidad. Así, el Mercosur funciona sobre la base de una estructura intergubernamental.

En el modelo latinoamericano, las autoridades locales y regionales no tienen posibilidad de adoptar decisiones en el marco institucional de la organización. Sin embargo, la participación de este tipo de entidades resulta indispensable para la toma de decisiones más próximas a los ciudadanos y más transparentes. Los representantes locales y regionales tienen oportunidad de participación a través de la Comisión Parlamentaria Conjunta y de los Subgrupos de Trabajo. En la presente investigación analizamos las vías de acción institucional existentes y las posibles, abiertas a los gobiernos locales y regionales en el ámbito del Mercosur.

Palabras-clave: entes subnacionales-participación-Mercosur

¹ El presente trabajo es síntesis del informe presentado el 16 de febrero de 2001 a la SECYT/UNC con el mismo título, correspondiente al subsidio otorgado por la citada institución en 2000.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora de Derecho internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora de Teoría de las Relaciones Internacionales en la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba. Directora del CIJS.

Introducción

Las *regiones intranacionales* (intraprovinciales e interprovinciales) se manifiestan como ámbitos institucionales adecuados para una mejor inserción de las comunidades nacionales en los procesos de integración y globalización, propios de nuestra era. Ello es observable, tanto en el proceso comunitario europeo como en el del Cono Sur Latinoamericano.

Las regiones constituyen una modalidad de federalismo renovado² ya que desde la acción regional, las comunidades locales defienden mejor sus intereses, no permitiendo que se diluyan sus mandatos en los vericuetos de las áreas de distribución del poder político de sus Estados. Por otra parte, no debilitan la acción unitaria del Estado, más bien la revitalizan, al no permitir que quede cautivo de una tentación totalitaria, tanto ahogante de las libertades de las comunidades que lo conforman como autodestructora de sus propias energías³.

En trabajos anteriores hemos conceptualizado la idea de *región* tanto en sentido sustancial como jurídico formal⁴; hemos caracterizado a la *región formal* y a la *región informal* identificando a los principales actores de los procesos de constitución de tal tipo de entidades (tanto *ad intra* como *ad extra*)⁵; hemos distinguido las regiones constituidas por *via ascendente*, *paritaria*, *convencional*, de las establecidas por *via descendente*, jerárquica,

²Al dictar el Congreso de la Nación la Ley 24.309, que disponía la reforma parcial de la Constitución Nacional, colocó dentro de los temas habilitados para el debate de la Convención Constituyente, un capítulo titulado *Fortalecimiento del Régimen Federal*, el que contemplaba, *i.a.* la posibilidad de crear regiones para el desarrollo económico y social y el otorgamiento de facultades a las Provincias para realizar gestiones internacionales que no afecten facultades delegadas al gobierno federal. (Cf. ROUGES, J. L.- *La Región del Noroeste Argentino y su Integración con el Mercosur*, en *La Ley*, T. 1996-C, Sec. Doctrina, p. 1431).

³La Provincia de Buenos Aires, a sólo seis años de su reforma constitucional, anunció el tratamiento de una nueva reforma que incluyera el reconocimiento expreso de la autonomía municipal y adoptara previsiones sobre la regionalización de su espacio geográfico. Ello, por una parte, en cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 123 de de la Constitución Nacional reformada en 1994 y, por otra parte, para lograr una verdadera descentralización territorial, complemento necesario del proceso de integración del Mercosur. (Editorial, *Diario La Nación*, 12 de junio de 2000).

⁴"Concepto de Región", en *Anuario V del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1998. *Regionalización de la Provincia de Córdoba. Aspectos Metodológicos de una Investigación Interdisciplinaria*, Serie Regionalización-Medio Ambiente-Mercosur, N° 1, Editorial Marcos Lerner, Córdoba, 1999.

⁵*Principales Impulsores de la Regionalización Intraprovincial*, Serie Regionalización-Medio Ambiente-Mercosur, N° 2, Editorial Marcos Lerner, Córdoba, 2000.

imperativa)⁶; hemos estudiado las capacidades de acción de las *regiones intraprovinciales, interprovinciales e internacionales*⁷; hemos analizado la esencia de los procesos de integración (comunitarización), diferenciándolos de los de supranacionalidad y de mera cooperación⁸.

En esta oportunidad nos ocupamos de los *aspectos institucionales de las vías de participación* de las regiones intranacionales en los procesos de integración, reflexionando sobre la importancia de las regiones intranacionales en los procesos de integración y globalización (I); analizando las alternativas institucionales (ascendentes y descendentes) de participación de tal tipo de entidades en sistemas de amalgama (II); estudiando el rol de las regiones y gobiernos locales en los procesos de integración (III); proponiendo vías adecuadas de participación de las regiones y gobiernos locales en el proceso de integración del Cono Sur latinoamericano, particularmente, el Mercosur (IV).

1. Las regiones intranacionales en los procesos de integración y globalización. Su importancia

Cuando hablamos de *integración internacional* nos referimos a los entendimientos formales o informales entre Estados que implican una superación del concepto clásico de soberanía estatal, en tanto llevan a que las relaciones entre los Estados sufran un proceso de federalización parcial⁹. Un ejemplo avanzado de integración lo constituyen las Comunidades Económicas Europeas. El Mercosur, si bien ha tenido algunas manifestaciones débiles de delegación de competencias en algunas normas emanadas de órganos principales del sistema¹⁰, continúa relacionando a los Estados Partes desde el plano de la cooperación interestatal.

⁶ *Globalización-Regionalismo-Integración*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba, 1997.

⁷ *Regionalización Intraprovincial en la Provincia de Córdoba*, en *Primeras Jornadas sobre Regionalización y MERCOSUR*, Serie Regionalización-Medio Ambiente-Mercosur, "A", Editorial Lerner, Córdoba, 2000.

⁸ *El Orden Jurídico Internacional en el Umbral del Siglo XXI*, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Nueva Serie, Universidad Nacional de Córdoba, Vol. 1, N° 2. *Documentos Internacionales del Ámbito Regional Incorporados a la Constitución Nacional*, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. VI (1994-1995). *Mercosur: Nuevos Ámbitos y Perspectivas en el Desarrollo del Proceso de Integración*, Ciudad Argentina-USAL, Buenos Aires, 1999.

⁹ Si la federalización fuera total, surgiría un nuevo ente público que absorbería a los demás. La federalización parcial puede darse tanto en lo estructural como en lo sustancial o material. Generalmente, se da en ambos planos.

¹⁰ Vg.: Decisión 4/93, Resolución 9/91, Resolución 29/93, Art. 53 del *Protocolo de Ouro Preto*.

Las tentativas de desarrollo productivo en el Cono Sur latinoamericano, acordes a los modelos de "Estado de subsidiariedad" y de "empresa red", se han basado en la intensificación de los programas de industrialización y en los procesos de descentralización regional y local.

Los procesos de regionalización, tanto *ad intra* (intraprovinciales e interprovinciales) como *ad extra* (internacionales) se han manifestado como adecuados medios para la redistribución del poder, para la impulsión del desarrollo regional interno de los Estados y para la acción mitigadora de los efectos negativos a nivel local del proceso de globalización.

Si las regiones se constituyen por vía descendente, implican voluntad de descentralización y desconcentración por parte de la autoridad legítima decisora¹¹, en cambio, si se conforman por vía ascendente, muestran un intento de reposicionamiento de las comunidades menores frente a un conglomerado mayor¹².

En la última década se ha impulsado una nueva modalidad de interacción en el plano interno de los Estados, en la cual los Estados nacionales alientan a los entes subnacionales a ser los actores centrales de su propio desarrollo, a constituir entes interprovinciales, intermunicipales o intercomunales para un funcionamiento más eficiente administrativo y económicamente, cada vez más integrado a la gestión privada de servicios e intereses. Se ha subrayado reiteradamente en la literatura política y científica que el municipio es la unidad territorial en la que deben residenciarse las competencias administrativas, sacándolo del rol de mero gestor de políticas superiores. Ello por entender que es el ámbito más adecuado para el desarrollo y gestión de políticas de interés de las comunidades humanas. Esta nueva geografía del espacio competencial de los entes públicos implica la atribución de mayores facultades a las autoridades más cercanas a los ciudadanos. Las relaciones interadministrativas, cada vez en mayor medida, son fruto de entendimientos de las unidades que de la voluntad del poder central. Por otra parte, los límites jurisdiccionales de los entes públicos se han ido flexibilizando, rompiendo la noción clásica de continuidad territorial, como consecuencia de proyectos y procesos productivos, redes de comercialización, entramados sociales transjurisdiccionales. Esta visión es coincidente con la idea de "Estado mínimo", el que busca ser reinventado para una mayor eficiencia, una más amplia flexibilidad de operación, me-

¹¹ Por ejemplo, Art. 110.7 de la Constitución Provincial de la Provincia de Córdoba.

¹² V. nuestros trabajos "Globalización...", *Op. cit.*; "Principales Impulsores de la Regionalización...", *Op. cit.*; "Regionalización Intraprovincial...", *Op. cit.*

dante formas de organización alejadas del burocratismo y más cercanas a la voluntad y necesidades de los ciudadanos de un territorio dado¹³. En ese tipo de Estado no hay contraposición entre esfera pública y privada. Se supone que la sociedad se organiza de manera colectiva del modo más eficiente, sin maniqueísmos. No obstante, la superación de las rigideces y del burocratismo del viejo aparato estatal, no debe significar el abandono de las instancias de regulación en manos del sector privado empresarial, ya que la finalidad última de éste es el máximo lucro, no pudiendo, en consecuencia, ser el único criterio organizador de las sociedades democráticas en desarrollo. El Estado mínimo, supone la movilización de actores sociales territoriales, los que se ven obligados a dar muestras de capacidad de iniciativa para buscar el desarrollo regional, con una mentalidad alejada de la lógica del subsidio y de la pasiva espera de la intervención de los poderes públicos, la protección social, la inversión extranjera... El nuevo Estado requiere que los actores sociales se movilicen por sí mismos, desde sus propios territorios. De allí que el fortalecimiento de los núcleos de organización social, vg. los municipios, resulte determinante para el desarrollo, particularmente cuando se trata de gestionar e impulsar el tejido productivo, empresarial y potencial de una región.

En el plano de las relaciones internacionales, ha crecido notoriamente el rol de los municipios y las regiones intranacionales en las últimas décadas. Esos entes locales que difícilmente ponían sus ojos más allá de los reducidos límites de sus fronteras jurisdiccionales, hoy mantienen contactos internacionales intensos y planifican su acción desde lejanos puntos geográficos¹⁴. Así, politólogos, sociólogos y economistas han ponderado el

¹³ PÉREZ, C.- "Cambio Técnico, Reestructuración Competitiva y Reforma Institucional en los Países en Desarrollo", en *El Trimestre Económico*, N° 233, enero-marzo de 1992. Cf. ALBUQUERQUE, F.- "Cambio Estructural, Globalización y Desarrollo Económico Local", en *Comercio Exterior*, Vol. 49, N°8, Agosto de 1999, p. 697.

¹⁴ Así, por ejemplo, la *Unión Industrial de Autoridades Locales (IULA)* y la *Federación Mundial de Ciudades Unidas (FMCU)*, vienen trabajando -especialmente tras las decisiones del Comité de Negociación adoptadas en Lyon y La Haya en 1998- en un proceso de constitucionalización de una organización unificada de poderes locales, como un modo de defender sus autonomías y la democracia local desde el frente internacional. Por su parte, la *Asociación Metrópolis* agrupa a más de 60 grandes ciudades y regiones metropolitanas con el objeto de reunir a los líderes, técnicos y ciudadanos de esos espacios para compartir experiencias y estrategias urbanas, promover la innovación social y técnica y poner en práctica programas de cooperación internacional. *Sesame*, es una red internacional que reúne a ciudades medianas para promover las exportaciones de las Pymes, propiciar el intercambio

rol de las ciudades dominantes y de las regiones en los procesos de globalización, mundialización e integración¹⁵.

Las experiencias de desarrollo en el ámbito de los entes subnacionales están íntimamente vinculadas a los programas de descentralización, a los procesos de industrialización, a la comercialización, a la tercerización de la economía.

II. Alternativas de participación institucional (ascendente y descendente) de las regiones y gobiernos locales argentinos en los procesos de integración

Cuestiones Preliminares

La Reforma Constitucional de 1994 ha facultado a las Provincias a "celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común" (Art. 125), si bien, les ha puesto como condición, que tales convenios "no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o al crédito público de la Nación" (Art. 124)¹⁶. También ha exigido que las Provincias pongan en conocimiento del Congreso la celebración de estos Convenios. No obstante, tal requerimiento no debe confundirse con la necesidad de aprobación por parte del Congreso de tales convenios. La puesta en conocimiento permite al Estado nacional controlar que los acuerdos no se hayan celebrado fuera del ámbito de los poderes que le competen a las Provincias y, por otra parte, permite que los convenios que celebren las Provincias formen parte del programa general de carácter federal. Dado que la obligación de las Provincias consiste sólo en "poner en conocimiento" del legislativo federal la celebración de los convenios, el no

de experiencias en materia de desarrollo económico local y regional. V. CEMCI. "La Construcción del Gobierno Local en la Reforma del Estado: Autonomía y Subsidiariedad", en *EDIL Pliegos de Información de la Unión Iberoamericana de Municipalistas*, N° 20, otoño-invierno de 1999. PEC-*Las Transformaciones Estratégicas. Hacia una Metrópolis Internacional*, Córdoba, 1999.

¹⁵ ALBUQUERQUE, F.- *Cambio Estructural (...)* Op. cit. BOUDEVILLE, J.- *Los Espacios Económicos*, Eudeba, Buenos Aires, 1978. BYÉ, M. y DESTANNE DE BERNIS, G.- *Relations Économiques Internationales*, Dalloz, París, 1987. KNIPPERS, J.- *Development in Theory and Practice*, Westview Press, Colorado, 1991. PERROUX, F.- *Los Polos de Desarrollo y la Planificación Nacional, Urbana y Regional*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1973. PRESTON, P.- *Theories of Development*, Routledge, Londres, 1991.

¹⁶ Esta posición reafirma la línea de acción descentralizadora, si bien, es de tener en cuenta que estas condiciones, de todos modos, ya estaban implícitas en los Arts. 104, 108 y 67 inc. 3 de la Constitución de 1853.

cuestionamiento por parte del Congreso, basta para que la condición constitucional quede satisfecha, en base al principio: silencio-asentimiento¹⁷.

El Art. 124 de la Constitución Nacional (CN), además, ha facultado a las Provincias para crear regiones dirigidas el desarrollo económico y social. Esta facultación se refiere a las regiones interprovinciales ya que el derecho a crear regiones intraprovinciales está contemplado en la Constitución de la Provincia de Córdoba (CPC)¹⁸.

Es conveniente recordar qué competencias poseen las Provincias y considerar su facultad para delegar en las regiones (inter o intraprovinciales) parte de esas competencia.

Las Provincias poseen todas las facultades menos las delegadas a través de la Constitución al Gobierno Federal. Por otra parte, ellas son las que delegan facultades a los municipios. Las facultades de éstos podrían ser modificadas en cualquier momento mediante una reforma constitucional provincial. No obstante, de conformidad al Art. 5 de la CN (no modificado en la Reforma constitucional de 1994) y particularmente, con el nuevo Art. 123 de la CN, la libertad de las Provincias se ha visto mermada, ya que, al tener que fijar la Provincia el contenido y alcance de las facultades municipales y al tener que hacerlo en todos los rubros señalados en la norma constitucional, se ve obligada a delegar funciones en materia de cada uno de esos aspectos. Así, cuando la Provincia debe determinar las facultades de los municipios en "lo institucional", debe señalar en qué casos y bajo qué condiciones los municipios pueden dictar sus propias cartas orgánicas. Cuando debe ocuparse de "lo político", se ve compelida a abordar los ámbitos competenciales delegados, en los que cabe la decisión autónoma y exclusiva municipal. Cuando trata de "lo administrativo" debe ocuparse de los ámbitos de gestión y de las instituciones con capacidad de decisión¹⁹. Cuando regula "lo económico" y "lo financiero" debe contemplar, *i.a.*, la capacidad para recaudar, invertir, gestionar empréstitos.

Mucho se ha discutido teóricamente sobre la posibilidad delegación de funciones y sobre los límites de tal acto. En varios fallos, la *Corte Suprema de la Nación*, se ha expedido sobre el tema²⁰.

¹⁷ V. nuestro trabajo *Relaciones de Córdoba con el Mercosur en Materia de Medio Ambiente*, Prólogo del Dr. P. J. FRÍAS, Editorial Marcos Lerner, Córdoba, 1996.

¹⁸ *I. a.* en el Art. 110.7.

¹⁹ Esta área de gestión es la que el municipio puede delegar en otras instituciones. Tal sería el caso de ciertas funciones delegadas en entes intercomunales o intermunicipales.

²⁰ *I. a.*: *Delfino A. M. y Cia. s/ Apelación de Multa* (Fallos 148:430-SC, 20 de junio de 1927), *R. O. Mouviel y otros* (Fallos 237:636-CS, 17 de mayo de 1957, *Domínguez I. c.*

No obstante debe tenerse presente que la CN, en el Art. 124, al facultar a las Provincias para crear regiones para el desarrollo económico y social, también les reconoce derecho a "establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines". Estos órganos podrán tener o no personalidad jurídica pública, la que podrá ser o no estatal y tendrán las facultades que las mismas Provincias les otorguen²¹.

Por su parte, la Constitución de la Provincia de Córdoba, en su Art. 13, señala la indelegabilidad de funciones, al disponer que "(...) ningún magistrado o funcionario público puede delegar sus funciones en otra persona, ni un poder delegar en otro sus atribuciones constitucionales salvo los casos previstos en la Constitución". En el caso de las *regiones*, precisamente, por tener la Nación y la Provincia la capacidad constitucional de crearlas, es que, también, consecuentemente, pueden delegar las funciones correspondientes al rol del ente creado. Así, tal delegación podría efectuarla la Provincia en las *regiones* interprovinciales formales, como intraprovinciales formales o en los municipios y, a su vez, los municipios en las *regiones* informales²². Como se puede observar, existe un posible circuito de delegación.

No obstante, las provincias no podrían delegar funciones políticas que les son propias y por las cuales deben responder en forma directa (Art. 5 de la CN). En el caso de las *regiones*, la delegación podría darse solamente a los fines del desarrollo económico, social, de gestión y de desconcentración administrativa.

Los municipios tienen previstas vías constitucionales de participación si se crea la *región* formal, por ley provincial. Pero, a su vez, los municipios tienen facultades, también constitucionales, para poder crear *regiones* informales a través de acuerdos constitutivos de entes intermunicipales²³.

Kaiser Aluminio SACIF (Fallos 280:25), *Cocchia c. Estado Nacional* (La Ley, 1994-B, 633). V. VANOSSO, J. R. - "Límites Constitucionales a la Delegación de Facultades", en *Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, N° 36, 1986. COLAUTTI, C.E. - "La Delegación de Facultades Legislativas y la Reforma Constitucional", en *La Ley* T. 1996-B, p. 856 y ss.

²¹ BARRERA BUTELER, G. - *Provincia y Nación*, Córdoba, 1996, p. 234.

²² Consideramos a este tipo de *regiones* como informales por contraposición a las contempladas en el Art. 110.7 de la CPC, creadas desde arriba hacia abajo. Ello no quiere decir que las *regiones* informales (de abajo hacia arriba) carezcan de acuerdos o compromisos formales que les den origen o regulen sus capacidades y actividad. V. nuestro trabajo *Globalización-Regionalismo-Integración*, *Op. cit.*

²³ V. el trabajo citado en nota anterior.

No debemos olvidar que, tal como le señala Frías, en el sistema argentino, la región no puede ser concebida como una nueva "colectividad territorial", un "nuevo nivel de gobierno", sino como un nivel de decisión adjetivo, instrumental. Las regiones no podrán ejercer como propias las atribuciones que las Provincias se han reservado en la CN (vg.: potestades normativas o jurisdiccionales)²⁴⁻²⁵.

Participación de las regiones y gobiernos locales en los procesos de integración (vía ascendente y vía descendente)

Cuando nos referimos a *vía ascendente* hacemos alusión a la participación de los entes subnacionales en la toma de decisiones a nivel central de los procesos de integración. Cuando hablamos de *vía descendente*, entendemos a los canales de ejecución de las políticas comunitarias al interior de los países, en este caso, en el ámbito jurisdiccional de los entes subnacionales.

En la *Unión Europea (UE)*, el reconocimiento oficial de las regiones se produjo con la creación del *Comité de las Regiones*²⁶ por parte del Tratado de Maastricht, el que buscó remediar el déficit democrático y el desajuste producido en la Comunidad ante la existencia de entes subnacionales dotados en el ámbito interno de competencias cada vez mayores pero ajenos a las instituciones comunitarias. De ese modo se lograba fortalecer la participación ascendente de las comunidades locales en el proceso integrador europeo. En la línea descendente, desde los orígenes del sistema comunitario europeo se impulsó el fortalecimiento regional a través de medidas de financiación del desarrollo²⁷, las que no sólo han contribuido a mejorar el

²⁴ La Constitución Provincial de Chubut, en su Art. 15 admite la "delegación de atribuciones legislativas o jurisdiccionales en organismos supraprovinciales", como acuerdos regionales, con la condición de que tales acuerdos sean aprobados por los dos tercios del total de miembros de la Legislatura y por un referéndum popular. BARRERA BUTELER entiende que, ni siquiera esa Provincia, a pesar de lo establecido en el Art.15, puede delegar en otro u otros órganos sus poderes constitucionales ya que ello implicaría una reforma de la Carta Magna hecha al margen del procedimiento previsto en el Art. 30 de la CN y, por lo tanto, inconstitucional. BARRERA BUTELER, G.- *Provincias y Nación*, Córdoba, 1996, p. 235-236.

²⁵ Cf. FRÍAS, P. J.- *El Federalismo Argentino. Introducción al Derecho Público Provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 145. HERNÁNDEZ, M. A.- *Derecho Municipal*, Vol. 1 Teoría General, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 292. FRÍAS, P. J.- *El Federalismo Argentino. Introducción al Derecho Público Provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 145.

²⁶ Aspecto desarrollado en el Cap. III A. del Informe señalado en Nota 1.

²⁷ Aspecto desarrollado en el Cap. III B. del Informe señalado en Nota 1.

nivel de vida de los ciudadanos de las Comunidades, sino que, al mismo tiempo, permitieron ejecutar las políticas comunitarias en las bases, sin lesionar el modo social y cultural de esos grupos humanos.

El *Mercosur* no ha previsto en su sistema la participación directa de los entes subnacionales en la toma de decisiones del sistema de integración como tampoco en la conformación de la voluntad nacional, base de las negociaciones en el *Mercosur*²⁸ (vía ascendente). En lo que hace a la ejecución de las normas del *Mercosur* (vía descendente), son los Estados nacionales quienes determinan qué autoridades son las encargadas de la ejecución de las prescripciones internacionales, comunitarias o comunes^{29 30}.

Debe tenerse presente que la *Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC)* del *Mercosur* constituye un órgano sin capacidad decisoria. Esa debilidad se ve agravada por el tipo de las *recomendaciones* que puede efectuar, actos que dirige al *Consejo Mercado Común* pero "por intermedio" del *Grupo Mercado Común*.

La *CPC* tiene carácter representativo de los Parlamentos de los Estados Partes, teniendo un tope de hasta 16 representantes por cada país socio en el *Mercosur*, designados por los Parlamentos nacionales de conformidad a sus propios procedimientos internos. El órgano se vincula con los Parlamentos nacionales pero no con la sociedad nacional ni subnacional^{31 32}.

²⁸ De conformidad al marco institucional del *Mercosur* y de los sistemas jurídicos de los países partes en el proceso de integración del Cono Sur latinoamericano, hay un monopolio de las administraciones de los Estados en la toma de decisiones tanto dentro como frente al *Mercosur*.

²⁹ Designamos a las normas *Mercosur* como "normas comunes" a los cuatro Estados Partes en el *Tratado de Asunción* y sus Protocolos adicionales, dado que el proceso de integración aún se halla en etapa incipiente, predominando la intergubernamentalidad en las relaciones de los actores del sistema.

³⁰ La Constitución Nacional de la República Argentina, si bien ha dispuesto que los tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supranacionales (Art. 75. Inc. 24), son superiores a las leyes nacionales, al igual que las normas emanadas de los órganos de esas organizaciones internacionales. Nada dice sobre la cuestión relativa a quiénes les compete el cumplimiento o ejecución de las normas emanadas del sistema. No obstante, atento a lo dispuesto en los Art. 5, 121, 122, 123, 124, 128 de la CN, Arts. 38 y 42 del *Protocolo de Ouro Preto*, y lo señalado precedentemente en relación a la delegación de funciones provinciales, las Provincias y los entes interprovinciales y subprovinciales son entes ejecutores del derecho común del *Mercosur* en el área de sus competencias.

³¹ La única relación de representación estaría dada a través de los representantes que posee cada Provincia en el Senado de la Nación.

³² En junio de 1996, en San Luis-Argentina, se constituyó el *Foro de Intendentes* el que celebró un acuerdo de cooperación a largo plazo con la *CPC* del *Mercosur*.

La lejanía de la *CPC* de la voluntad de los habitantes de cada país se observa con claridad en la principal función del órgano, la que, de conformidad al Art. 25 del *Protocolo de Ouro Preto*, consiste en la aceleración de los procedimientos internos correspondientes en los Estados Partes para la pronta entrada en vigor de las normas emanadas de los órganos del Mercosur³³.

III. Rol de las regiones y gobiernos locales en los procesos de integración y cooperación internacional³⁴

El proceso de Integración del Cono Sur Latinoamericano no tiene previstas en su modelo institucional vías de participación ascendentes o descendentes para los entes subnacionales.

El Mercosur, no ha mostrado preocupación alguna por la distribución de competencias entre los Estados Partes del proceso y sus provincias, regiones, municipios, alcaldías u otros entes subnacionales. No obstante ello, la actividad en los Sub-Grupos de Trabajo, en las Reuniones Especializadas, en los Grupos *Ad Hoc* del Mercosur permite que asociaciones civiles, entes subnacionales (individualmente o agrupados) e incluso individuos, participen en parte de sus sesiones.

El Derecho internacional, en general, no se ha ocupado de la distribución de poderes al interior de los Estados, basado en los principios de igualdad soberana de los Estados y de efectividad. No obstante en estos últimos años, se puede observar en el ámbito de la cooperación internacional universal y, particularmente, en el ámbito americano, una creciente preocupación por avanzar en el modelo descentralizado de Estado como modo de asegurar los procesos de democratización y desarrollo económico desde una sólida base local y regional interna.

En esa línea, Argentina, desde su rol como Estado socio del Mercosur como bloque, está actuando en las *Cumbres de las Américas* y en la constitución de la *Asociación Libre Comercio de las Américas (ALCA)*, procesos que no son ajenos a la preocupación por el fortalecimiento de los gobiernos locales y regionales *ad intra* de los Estados americanos.

Así, en el marco de la *Cumbre de las Américas* sobre el *Fortalecimiento de las administraciones municipales y subnacionales*, en trabajo

³³ Entre otras funciones se señala la de coadyuvar a la armonización de las legislaciones, de conformidad lo vaya requiriendo el proceso de integración y la de examinar temas prioritarios a pedido del *Consejo Mercado Común*.

³⁴ En el Informe referido en Nota 1 hemos estudiado la participación de las regiones y gobiernos locales en el modelo europeo, particularmente, a través del *Comité de las Regiones* (vía ascendente) y a través de la aplicación de los *Fondos Estructurales* (vía descendente).

preparado por la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional para el Grupo de Revisión de Implementación de la Cumbre³⁵ se resaltó, que el *Plan de Acción* de la Cumbre de 1998 (Santiago de Chile) había efectuado un llamado a los Estados americanos para que lleven adelante cuatro compromisos:

- * establecer o fortalecer los mecanismos para la participación de los grupos sociales en el proceso de la toma de decisiones locales y subnacionales, promoviendo con ello la transparencia en las operaciones financieras del gobierno local y de otros entes gubernamentales subnacionales;

- * brindar opciones de financiamiento a los gobiernos locales y subnacionales, incluidos los grupos de los gobiernos locales, tales como las transferencias de ingresos nacionales, el acceso a los mercados privados de capital y la autoridad para recaudar los ingresos localmente, con el fin de expandir la entrega de los servicios de calidad, así como también brindar oportunidades de capacitación para fortalecer las capacidades administrativas locales y subnacionales;

- * estudiar la transferencia de funciones nacionales de acuerdo con las circunstancias y el marco legal de cada país y estudiar la posible transferencia de funciones gubernamentales nacionales adicionales hacia los niveles locales y subnacionales;

- * compartir las experiencias y la información de los Estados nacionales con los locales, especialmente, en lo que hace a los programas multilaterales y bilaterales existentes y en vías de ejecución, apoyados por las instituciones cooperantes, como la Organización de los Estados Americanos (OEA), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Banco Mundial (BM), para facilitar la implementación de la iniciativa.

El mismo informe ha recordado que desde 1998, numerosos desarrollos han evidenciado el impulso para fortalecer a los gobiernos locales, vg.:

- * un consenso político creciente de que es vital contar con un gobierno subnacional y local efectivo y democrático para consolidar la democracia;

³⁵ GRIC- *La Implementación de la Cumbre de la Iniciativa de las Américas sobre el Fortalecimiento de las Administraciones Municipales y Subnacionales*, Washington, noviembre de 1999.

- * una legislación y acción incrementadas que transfieran los recursos y la autoridad a los gobiernos subnacionales;
- * una entrega aumentada de servicios públicos a nivel del gobierno local y municipal;
- * un papel cada vez mayor de las asociaciones municipales en los debates de las políticas públicas;
- * el reconocimiento por parte del Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial que un gobierno local fortalecido es un elemento clave en la modernización del Estado en las Américas;
- * el financiamiento cada vez mayor por parte de la comunidad internacional a los gobiernos locales y al desarrollo local.

Por otra parte, la *Declaración de los Gobiernos Locales en Apoyo a la Cumbre de las Américas*, adoptada en la VI Conferencia Interamericana de Alcaldes, efectuada entre el 27 y el 29 de junio de 2000 en la ciudad de Miami, Florida, EE.UU. ha partido del principio de que, para el desarrollo, no sólo los gobiernos nacionales, sino también los locales, son socios indispensables. Señaló, en particular, la necesidad de impulsar la gestión pública local y la capacidad de las comunidades para participar efectivamente en la toma de decisiones que las afectan.

El desarrollo de las capacidades de los gobiernos subnacionales y locales implica, *i.a.*:

- * Una acción pública cada vez más próxima a los ciudadanos³⁶;
- * El mejoramiento de las capacidades financieras y de los recursos humanos³⁷;

³⁶-Los desarrollos actuales de las modalidades de gestión de gobierno cercano a los ciudadanos se manifiestan, especialmente, a través de dos nuevas prácticas, comunes a la mayor parte de los países América Latina: *las comisiones de ciudadanos para la planificación del desarrollo y la fijación de las prioridades locales y *los cabildos sobre presupuestos municipales y desempeño.

³⁷- Las tareas para crear sistemas de financiamiento sostenible para los gobiernos locales y subnacionales y aumentar la capacidad de los funcionarios locales para manejar los recursos en una forma democrática y participativa, aparecen como inquietudes inmediatas y a largo plazo. Conforme el papel de las municipalidades se expande en salud, educación, infraestructura, seguridad y otras áreas, surge la necesidad de un manejo financiero e institucional estable. Además, los gobiernos locales necesitan urgentemente, el acceso a recursos adicionales para capacitar al personal, mejorar la entrega de servicios, abordar asuntos críticos como la pobreza, y cumplir con las necesidades cada vez más costosas de infraestructura y complejidad de relaciones. Las crisis financieras que han afectado a la región en 1999 han acentuado el debate interno sobre las transferencias nacionales y la necesaria articulación de funciones entre los distintos niveles de gobierno. El acceso a mercados

* El estudio de la transferencia de las funciones nacionales³⁸.

Las iniciativas internacionales para apoyar y fortalecer a los gobiernos subnacionales son relativamente nuevas, lo que demuestra que los gobiernos nacionales se ven forzados a tomar conciencia de que los procesos de democratización y desarrollo económico en sus países procederán tanto más rápida y equitativamente cuanto el poder y las tareas sean compartidas con otros niveles de gobierno³⁹.

IV. Propuesta de estructuras adecuadas de participación de las regiones y gobiernos locales en los procesos de integración. El caso del Mercosur.

Los procesos de integración importan distintos niveles de relación en los que se enlazan y jerarquizan las actuaciones de los órganos centrales de la institución común o comunitaria, los nacionales y los federales. Dado que las regiones no constituyen instancias políticas federales, de poder, su participación en los procesos de integración queda limitado al ámbito de atribuciones que el sistema normativo de cada país le confiere.

La posibilidad de constituir regiones tanto a nivel interprovincial como intraprovincial, abre un amplio abanico de posibilidades institucionales, tanto para la vía de participación y acción ascendente como para la descendente⁴⁰.

Por las características del sistema federal de algunos países del Mercosur y por la participación, al mismo tiempo, de Estados unitarios en ese sistema, los modelos de participación regional, han de ser, necesaria-

de capital continúa siendo limitado y la depresión en el crecimiento económico ha reducido las opciones para la generación de ingresos locales. A menos que las municipalidades puedan recibir y generar los recursos necesarios, mejorar su capacidad interna para manejar los fondos y responder a las demandas de los ciudadanos, los países no podrán cumplir con los compromisos asumidos en materia de descentralización y gobernanza.

³⁸ Las funciones nuevas, que anteriormente eran responsabilidad exclusiva del gobierno central, están siendo transferidas cada vez más a los gobiernos municipales y subnacionales. La asignación de estas tareas puede ser un proceso conflictivo, ya que gobiernos centrales y locales dividen las funciones y la autoridad. Es fundamental para este proceso investigar las prácticas y los modelos existentes para la toma de decisiones y la entrega de servicios y establecer modalidades aceptables para todos los niveles intervinientes.

³⁹ GRIC- *Op. Cit.*

⁴⁰ En esta oportunidad sólo nos ocupamos de las vías descendentes en acción desde el bloque integrador y no los caminos de ejecución de las políticas comunes del Mercosur en el sistema interno de los Estados, lo que es propio del Derecho Administrativo.

mente, flexibles a fin de poder moverse con la capacidad de adecuación requerida por los cambios internos de cada país, por el proceso integrador y por las nuevas orientaciones a nivel global en relación a los medios más adecuados para alcanzar los objetivos de desarrollo.

Debe tenerse presente que el regionalismo, en nuestro país, ha surgido con fines funcionales para responder a las nuevas dinámicas internacionales, las que promueven gestiones más próximas a las sociedades de base y mayor eficiencia en función de la cercanía de intereses en la toma de decisiones, respondiendo con ello al paradigma de "Estado subsidiario".

Las regiones y gobiernos locales en el sistema comunitario europeo, han tomado, especialmente, desde Maastricht, protagonismo directo, dejando de configurar la periferia ajena al proceso. Han pasado a significar un nuevo nivel de relación dentro del proceso de integración, acorde a la corriente mundial en la materia, si bien, aún esa participación, debe cristalizar en resultados.

El modelo europeo no ha discernido la representación en el *Comité de las Regiones* según ésta estuviera asentada en fundamento territorial, económico, social, cultural o político⁴¹. La mezcla de texturas y tramas de representación actúa como obstáculo para la acción amalgamada del *Comité*. Por otra parte, es de observar que la real influencia del *Comité* en las políticas comunitarias, es aún débil, no logrando desempeñar con plenitud ni siquiera el rol que, de conformidad al *Tratado de la Unión Europea (TUE)* le corresponde.

Por otra parte, es de destacar que el sistema comunitario europeo nació con una estructura institucional permanente de corte comunitario y que, en ese sistema, ya estaba prevista la constitución de *fondos comunes* destinados al sostenimiento de la expansión del proceso integrador mismo y a la financiación de medidas de desarrollo regional, de reducción de disparidades sociales y económicas, de ejecución de políticas comunitarias en los ámbitos locales.

Por ello, atento a que:

*las regiones argentinas⁴² (al igual que las de otros Estados latinoamericanos) no están concebidas como entes públicos de ca-

⁴¹ Se debe tener presente que, por ejemplo, mientras las *comunidades autónomas* de España son fruto de las aspiraciones de autonomía cultural, las *regiones* belgas responden a reivindicaciones de autonomía socio-económica y los *Länder* alemanes y austríacos son fruto de una importante autonomía política.

⁴² O las vías diseñadas para su constitución, ya sea en el plano interprovincial o intraprovincial.

rácter político;

*la administración del Estado nacional -de conformidad al modelo institucional del proceso integrador del Cono Sur Latinoamericano- ejerce un monopolio en la toma de decisiones dentro y frente al Mercosur⁴³;

*la estructura del Mercosur centra su dinamismo en la labor de los *Sub-Grupos de Trabajo*⁴⁴;

*el intercambio interregional internacional dentro del Mercosur se muestra en los hechos relevante para las economías locales;

*la falta de previsión de fondos comunes del bloque regional internacional destinados a impulsar el proceso integrador, a compensar desequilibrios sociales y económicos⁴⁵, a sostener el desarrollo regional;

aparece como aconsejable para una *etapa de transición*:

*la inclusión, con carácter institucional, no meramente consultivo⁴⁶ de una representación regional por país en cada *Sub-Grupo de Trabajo (SGT)*⁴⁷. De no ser posible alcanzar acuerdo internacional en tal sentido, la participación institucionalizada de representantes regionales, bajo el sistema actual de sesión en los *SGT* (sesión abierta), pero con constancia del contenido de la participación regional en actas⁴⁸;

⁴³ En particular, de la Presidencia de los Estados socios y asociados, de sus Ministerios de Relaciones Exteriores, de sus Ministerios de Economía (Hacienda, Industria, Comercio, Obras Públicas).

⁴⁴ También, en ciertos casos, en la labor de las Reuniones de Consulta de Ministros y de los Grupos *ad hoc*.

⁴⁵ Desequilibrios que, generalmente, se observan con mayor intensidad en la periferia (estados, provincias, regiones, distritos, departamentos, municipios... alejados de los centros político-económicos)

⁴⁶ Si el rol de los representantes fuera meramente consultivo y ajeno a la conformación del *SGT* como tal, en una primera etapa, al menos sus intervenciones deberían constar en actas, como garantía de gestión racionalmente fundada.

⁴⁷ Proponemos que la inclusión se dé en los *Sub-Grupos de Trabajo (SGT)*, al menos en una etapa inicial. Ello, dado que los órganos decisores del sistema siguen siendo de carácter intergubernamental y que, en la práctica, tal como se señalara precedentemente, el ámbito más dinámico en la agilización del logro de los objetivos del Mercosur, se halla en los *SGT*.

⁴⁸ Ello, a fin de asegurar que la labor a puertas cerradas de los representantes gubernamentales en los *SGT*, no deje de tomar en debida consideración las expresiones de los representantes regionales.

*la configuración de la participación regional a través de un representante regional por país para actuar en cada *Sub-Grupo de Trabajo*;

*la designación del representante regional de cada país para cada SGT por parte de los entes subnacionales, según el sistema que cada país haya seleccionado, de conformidad a su sistema interno⁴⁹;

⁴⁹- Téngase en cuenta los distintos países del Mercosur poseen sistemas jurídico-administrativos diferentes. Así, en *Brasil*, tras el golpe militar de 1964, se produjo una fuerte corriente de centralismo, la que alcanzó su punto máximo en 1970. Hacia fines de los años '80, se inició un proceso de descentralización que, mediante la Constitución de 1988, permitió otorgar capacidad de recaudación tributaria a los estados y municipios brasileños. No ha sido parejo el proceso de descentralización en todos los estados brasileños. Los estados del centro y del sur se vieron beneficiados, en cambio los del norte y nordeste (los más pobres) vieron aumentados todos sus gastos como consecuencia de la descentralización y de la crisis de inversiones. A pesar de la descentralización, crecieron las desigualdades regionales, aumentó el déficit en las más pobres y el endeudamiento, dando lugar a una guerra fiscal entre Gobierno central y gobierno federal. (LAVALLE DA SILVA, C. R.- "Brasil y la Regionalización, en Seminario Internacional sobre Federalismo y Región", en *Seminario Internacional sobre Federalismo y Región*, Programa Proyección del Federalismo, Consejo Federal de Inversiones, Buenos Aires, 9 a 11 de diciembre de 1996).

Chile por su parte, es un país altamente centralizado, desarrollado históricamente desde su capital, Santiago, ámbito en el que se concentra el 55% del PBI nacional y el 50 % de la población del país. La regionalización, tras el gobierno militar, fue impulsada por una visión geopolítica. Así se dividió al país en trece regiones, cada una con un jefe regional y en 541 comunas. De ese modo, el Estado nacional se reproduce en cada región, permitiendo la Ley que las regiones puedan pedir el traspaso de competencias, las que pueden ser concedidas mediante aprobación del Presidente de la República. A partir de la regionalización, los municipios han incrementado sus competencias. Ello se puede observar en salud, educación, aspectos financieros.... Así, con la descentralización, se ha logrado que el 11 % de la inversión nacional sea administrado por los gobiernos regionales y que el 15% de esa misma inversión sea administrado conjuntamente por regiones y ministerios nacionales. Es de destacar que a partir de la reforma descentralizante, se crearon universidades regionales, cuando, con anterioridad, sólo había sede regionales de las universidades nacionales. (ÁBALOS KONG, J.- "Chile y la Regionalización", en *Seminario Internacional sobre Federalismo y Región*, Programa Proyección del Federalismo, Consejo Federal de Inversiones, Buenos Aires, 9 a 11 de diciembre de 1996).

Paraguay, es una república unitaria, dividida administrativamente en 17 departamentos y un distrito (Asunción). De conformidad a la Constitución de 1992, la estructura político-administrativa se basa no sólo en la división en departamentos, sino también en municipios y distritos, los que gozan de autonomía política, administrativa y normativa para la gestión de sus intereses y de autonomía en la recaudación e inversión de sus recaudaciones. Los departamentos pueden agruparse en regiones para el mejor desempeño de sus respectivas comunidades. Los departamentos son gobernados por un gobernador y un Junta

*la designación del representante regional, en el caso de la República Argentina, por norma preestablecida, en la que se determine, en forma fija o rotativa, qué gobernante/es local/les ha/n de representar los intereses regionales a nivel nacional en los distintos temas de labor de los SGT⁵⁰.

*la conformación de *Fondos Comunes* destinados a la financiación de medidas de desarrollo regional, medidas que, al mismo tiempo, contribuyan al descenso de las políticas comunes⁵¹ a los ámbitos de ejecución local⁵².

Para la *etapa institucional definitiva* aparece como adecuado sugerir

Departamental; los municipios por un intendente y una Junta municipal. El gobernador representa al Poder Ejecutivo en la ejecución de las políticas nacionales.

Bolivia, de conformidad a la Constitución de 1967, reformada en 1994, está dividida políticamente en departamentos, provincias, secciones de provincias y cantones. Cada Departamento está a cargo de un Prefecto designado por el Presidente de la República. El Prefecto ejerce la función de Comandante General del Departamento y designa y tiene bajo su dependencia a los subprefectos en la provincia y a los corregidores en los cantones.

La *República Oriental del Uruguay*, es unitaria y se halla dividida en 19 departamentos. Estos departamentos son gobernados por una Junta Departamental y un intendente. Cada localidad, bajo ciertas condiciones de ley, puede tener su propia autoridad. El Intendente, con acuerdo de la Junta Departamental, puede delegar funciones en las autoridades locales. La Constitución establece un Congreso de Intendentes encargados de coordinar las políticas de los gobiernos departamentales.

⁵⁰ Se sugiere una distribución similar a la que puede observarse en la *Regiones* belgas cuando se trata de determinar al representante en el *Consejo*. En este país los gobiernos de regiones y comunidades están autorizados a comprometer al Estado dentro del *Consejo* de la UE, en base a un riguroso reparto de poder de representación. Así, por ej: para ciertas categorías de representación, la región valona está facultada para representar al país en materia de agricultura, la flamenca en transportes, la de Bruselas en medioambiente, la comunidad francesa en asuntos sociales, la comunidad flamenca en sanidad, etc. (Este aspecto ha sido desarrollado en el Cap. III A. del Informe referido en Nota 1).

⁵¹ O comunitarias, si el proceso integrador se llega a profundizar.

⁵² Debe tenerse presente que el rol de las autoridades locales y regionales en la gestión de las políticas de los procesos integradores resulta crucial, ya que es la única vía que permite la realización de los principios de asociación real en la ejecución, de solidaridad en la base y subsidiariedad. Especialmente, debe tenerse en cuenta que, el último principio enunciado, no sólo es propio de los sistemas de integración sino también del nuevo modelo político a nivel nacional, alejado del "Estado de Bienestar". Asimismo, es de recalcar, que la existencia de *Fondos Estructurales* desde el inicio del proceso comunitario europeo, ha contribuido decisivamente a que ese sistema pudiera sustraerse de las crisis socio-económicas que conllevan las reformas estructurales.

- *la constitución de un *Consejo Regional* a nivel bloque Mercosur⁵³, lo que requeriría:
- *la adopción de un Protocolo adicional al Tratado de Asunción o una decisión del *Consejo del Mercado Común*⁵⁴, creador del nuevo órgano;
- *la conformación de sistemas *ad intra* de los Estados para la designación de los representantes regionales en el *Consejo Regional*^{55 56};
- *la constitución de *Fondos Comunes* a los fines señalados precedentemente⁵⁷.

Conclusiones

Cada proceso de integración adecua sus instituciones a la realidad político-socio-económica en la cual le toca actuar. El Mercosur no ha halla-

⁵³ La constitución de un órgano de tal tipo contribuiría a la democratización en el funcionamiento del Mercosur, al fortalecimiento de la cohesión socio-económica en el espacio regional internacional, a la distribución del peso político debilitando las crisis en los entendimientos entre Estados nacionales, a la construcción de un lazo directo con los ciudadanos del Mercosur.

⁵⁴ Recuérdese que la creación de la *Comisión de Comercio del Mercosur* fue dispuesta por las *Decisiones del Consejo del Mercado Común (CMC) N° 13/93* (como organismo intergubernamental) y *N° 9/94* (como órgano intergubernamental). Asimismo, cabe tener presente que el *Protocolo de Ouro Preto*, en su Art. 53 ha concedido a las *Decisiones del CMC* capacidad reformativa del propio *Tratado de Asunción*.

⁵⁵ Sería conveniente tratar de evitar que, en el *Consejo Regional* propuesto, se produzca una mezcla de texturas y tramas en las calidades de representación, similar a la que se observa en la conformación del *Comité de las Regiones* del sistema europeo, mezcla que consideráramos *supra* como un obstáculo para la acción amalgamada y coherente del órgano. Para mayor ilustración recuérdese lo desarrollado bajo el título *Composición del Comité de las Regiones* y obsérvese el *Anexo 1. Miembros del Comité de las Regiones*.

Por otra parte, en este caso, al igual que en el caso de los representantes propuestos para actuar en los *SGT* (etapa de transición), sería conveniente que, en el sistema interno de los Estados, los representantes fueran verdaderos "embajadores" de las regiones y tuvieran obligación de informar y explicar sus posiciones, al igual que las medidas adoptadas en el seno del órgano del Mercosur.

⁵⁶ Tanto para la *etapa de transición* como para la *etapa institucional definitiva*, sería aconsejable implementar en Argentina el denominado "federalismo de solidaridad", que hemos podido observar en algunos países europeos (V. *supra*), en los cuales una región desarrollada apadrina a una de menor desarrollo, constituyendo una ayuda a nivel horizontal, entre iguales niveles de gobierno, reforzando con ello la acción federal frente a las medidas centralistas.

⁵⁷ Al sugerir medidas para la *etapa de transición*.

do aún campo propicio para la profundización del proceso de amalgama, continuando su perfil intergubernamental, centrado básicamente en la interrelación de los ejecutivos nacionales. Ello no significa, necesariamente, resignar la posibilidad de que los gobiernos locales y regionales logren, por sí mismos, una inserción más eficaz en la dinámica del Mercosur, cubran un rol más significativo en el impulso del proceso integrador, aprovechando plenamente los resquicios que la estructura del sistema les deja abiertos.

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LOS PAÍSES DEL MERCOSUR(*)

por Sergio Dubrowsky(**)

Resumen: Esta breve nota es parte de nuestra investigación titulada *La libertad religiosa en el Derecho Constitucional de los países del MERCOSUR*. El objetivo de esta primera tarea es la exposición de las previsiones legales acerca de la objeción de conciencia en Argentina, Uruguay, Brasil y Paraguay. En realidad, sólo Brasil y Paraguay tiene regulado el tema en sus Constituciones. No obstante que Argentina no lo tiene, en este país hay importantes casos de jurisprudencia autorizando la objeción de conciencia a las transfusiones de sangres, al servicio militar, etc.

Palabras claves: Derecho Eclesiástico - Objeción de Conciencia - Libertad Religiosa - Mercosur.

1. La objeción de conciencia

Todo individuo tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, reza el n° 18 de la **Declaración Universal de los Derechos Humanos** del 10 de diciembre de 1948. Por su parte, la Iglesia Católica, proclamó solemnemente durante el Concilio Vaticano II, en la

(*) Pequeño adelanto de la participación del autor en el Proyecto Institucional del CIJS.

(**) Abogado (UN Buenos Aires) - Licenciado en Derecho Canónico (U. de Navarra - España) - Doctor en Derecho (U. de Navarra - España). Cargos: Investigador Asociado CONICET - Investigador CIJS - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UNC - J.T.P dedicación semiexclusiva por concurso .

Declaración *Dignitatis Humanae* promulgada el 7 de diciembre de 1965 que *la persona humana tiene derecho a la libertad religiosa*.

En este contexto, sabido es que en los últimos años la doctrina jurídica, principalmente la europea, ha trabajado sobre el concepto de la objeción de conciencia. En líneas generales lo ha caracterizado como la negativa de un sujeto individual a cumplir una obligación legal, basada en motivos de conciencia. Algunas de las definiciones que se han dado son: "toda pretensión contraria a la ley motivada por razones axiológicas —no meramente psicológicas— de contenido primordialmente religioso o ideológico, ya tenga por objeto la elección menos lesiva para la propia conciencia entre las alternativas previstas en la norma, eludir el comportamiento contenido en el imperativo legal o la sanción prevista por su incumplimiento o, aceptando el mecanismo represivo, lograr la alteración de la ley contraria al personal imperativo ético"¹; "negativa individual a prestar obediencia a una norma jurídica por ser contradictoria con la propia conciencia"²; "negativa del individuo por motivos de conciencia a someterse a una conducta que, en principio, resulta jurídicamente exigible"³, "resistencia personal a una prescripción jurídica por ser contraria a una prescripción moral que se considera prevalente"⁴. Etc.

Cabe recordar que no puede confundirse la objeción de conciencia con otros tipos de comportamientos rebeldes: "la conciencia no se identifica con preferencias, gustos o deseos; a veces es contraria a ellos y sin embargo exige obediencia; todos sentimos el impulso a obrar conforme a ella y el reproche de no haberlo hecho así, de ahí el respeto que merece también de parte de los demás, como expresión de lo más íntimo de la persona. Esta sensibilidad de nuestra época por la conciencia como norma de conducta personal explica el fenómeno de la objeción de conciencia y su distinción de otras conductas simplemente rebeldes o insolidarias"⁵. También el Con-

¹ NAVARRO VALLS, RAFAEL. "Las Objeciones de Conciencia", en AA. VV. *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, p. 483, Pamplona 1993.

² LLAMAZARES, DIONISIO. "Derecho eclesiástico del Estado: El Derecho de la Libertad de Conciencia", p. 705. Madrid 1991

³ MARTÍNEZ TORRÓN, JAVIER. "Las objeciones de conciencia y los intereses generales del ordenamiento", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 79 (1992) p. 200.

⁴ MARTÍN DE AGAR, JOSÉ TOMÁS. "Problemas jurídicos de la objeción de conciencia", p. 525, en *Scripta Theologica* 27 (1995).

⁵ MARTÍN DE AGAR, JOSÉ TOMÁS., "Problemas jurídicos de la objeción de conciencia" p. 525, en *Scripta Theologica* 27 (1995).

cilio Vaticano II ha recordado en la **Constitución Pastoral *Gaudium et spes***, específicamente refiriéndose a la objeción de conciencia, que los que se dedican al servicio de la patria en la vida militar son servidores de la seguridad y de la libertad de los pueblos y, a su vez, que los poderes públicos atenderán equitativamente al caso de quienes, por motivos de conciencia, rehusan el empleo de las armas; puntualizando sin embargo, que éstos siguen obligados a servir de otra forma a la comunidad humana⁶.

2. La objeción de conciencia en la legislación de los países del Mercosur.

Los textos constitucionales Brasileño y Paraguayo la contemplan expresamente, como un derecho subjetivo alegable *erga omnes*, vinculada exclusivamente al servicio militar, dejando en sombras las restantes modalidades por las cuales se podría invocar, p.ej; a prestar juramento, o a prestarlo según una determinada fórmula, a integrar jurados, a brindar o a recibir determinado tratamiento médico (por caso, las transfusiones de sangre en el caso de los testigos de Jehová), al aborto, a la clonación y cualquier otro tipo de manipulación genética reproductiva humana, a la obligatoriedad de la escolarización, etc.. Este silencio o, al menos, estas sobrias menciones han planteado el problema de la intensidad de su protección jurídica. Es decir, si cabe hablar de un derecho fundamental a la objeción de conciencia o, al menos, de un derecho constitucionalmente tutelado⁷. Cabe señalar también que las constituciones Brasileña y Paraguaya no entran en las razones éticas que deben mover a los objetores a tomar esa determinada conducta, únicamente permiten la desobediencia, el no cumplimiento del imperativo legal en razón de los postulados de conciencia⁸. O mejor, el cumplimiento de una obligación legal de servicio alternativa.

Antes de entrar en las objeciones de conciencia contempladas por los textos estudiados, cabría preguntarse ¿hasta dónde puede admitirse la objeción de conciencia? A nivel teórico aparece claro que no se puede atribuir a la conciencia personal el papel de árbitro último y definitivo de la vigencia de las leyes, pues eso equivale a consagrar la anarquía individua-

⁶ CONCILIO VATICANO II. Constitución apostólica *gaudium et spes*, 7-XII-1965, AAS 58 (1966) 1025-1120, n. 79.

⁷ NAVARRO VALLS, RAFAEL. "Las Objeciones de Conciencia", en AA. VV. *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, p. 483, Pamplona 1993.

⁸ MOTILLA DE LA CALLE, AGUSTÍN. "Consideraciones en torno a la objeción de conciencia en el derecho español", en *Ius Canonicum*, 65 (1993), p. 142.

lista. La objeción de conciencia no puede convertirse en tiranía de la conciencia⁹. Como bien ha señalado en nuestro medio María del Carmen Vandunciel de Moroni, lo difícil y problemático se presenta frente a los límites del derecho de la conciencia a la objeción cuando choca no solamente con los derechos y deberes de los demás, sino con alguna de las normas del ordenamiento jurídico, y en cuanto a su través no pueda decirse que el poder público haya traspasado los límites de su competencia ni desconozca los derechos humanos, sino por el contrario, imponga razonablemente un acto de obediencia respetando las exigencias del bien común¹⁰. A nivel práctico se le aplicarán los límites establecidos para las demás libertades consagradas en las Constituciones, y en definitiva serán los jueces quienes, en cada caso o tipo de casos, lo determinan confrontando las leyes y principios, especialmente de rango constitucional, con la realidad social.

Entrando ya a los textos constitucionales en concreto, vemos que aunque las primeras manifestaciones del ejercicio de este derecho se dieron en Norteamérica, sólo las Constituciones de Brasil y Paraguay lo regularon expresamente. Lo que como es obvio, no implica que la objeción de conciencia no haya tenido acogida en Argentina, pues sabemos que con el *leading case* **Portillo, Alfredo**, fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con fecha 18 de abril de 1989, comenzó el fin de pagar con prisión para los Testigos de Jehová y otros objetores su resistencia al servicio militar de conscripción¹¹, que como también sabemos, fue reemplazado por la asunción de personal exclusivamente profesional, en tiempos de paz, hace ya varios años.

El antecedente inmediato –tanto a nivel doctrinal como práctico– de la cuestión de la objeción de conciencia en nuestros países, lo debemos buscar en los Estados Unidos de Norteamérica, nación que resulta pionera en el campo por diversas razones históricas que resulta imposible siquiera esbozar en este breve trabajo. Las primeras manifestaciones de la objeción de conciencia en esta nación, se refirieron a la obligación del servicio militar y al juramento. Posteriormente han seguido surgiendo nuevas formas de

⁹ MARTÍN DE AGAR, JOSÉ TOMÁS. "Problemas jurídicos de la objeción de conciencia", p. 534, en *Scripta Theologica* 27 (1995).

¹⁰ VALDUNCIEL DE MORONI, MARÍA DEL CARMEN. *Objeción de conciencia y deber militar*. Ed. Ediar. Buenos Aires 1989, pp. 16-17.

¹¹ Sobre la cuestión, puede verse el buen trabajo específico ya citado de VALDUNCIEL DE MORONI, MARÍA DEL CARMEN. *Objeción de conciencia y deber militar*. Ed. Ediar. Buenos Aires 1989, pp. 1-285.

objeción de conciencia en los tribunales norteamericanos, como por ejemplo: rechazo del servicio militar y del uso de armas; negativa a formar parte de un jurado; negarse a saludar a la bandera nacional o rendir de alguna manera homenaje a la autoridad civil; objeción a tratamientos médicos (transfusiones de sangre, vacunaciones), al aborto; incumplimiento de la normativa penitenciaria de higiene; negativa a formar parte de un pelotón de fusilamiento; objeción fiscal y objeción a la escolarización obligatoria¹². En los Estados Unidos de Norteamérica la objeción de conciencia ha estado estrechamente vinculada al factor religioso y las veces que no estaba unida a él, se ha forzado el concepto de religión para que abarque otros fenómenos similares, y de este modo se la ha desvirtuado¹³. En Europa, en cambio, no resulta infrecuente la consideración del factor religioso en cuanto a la objeción de conciencia, equiparándolo a opciones ideológicas, políticas, etc. Lo que en la práctica puede resultar lo mismo: sólo que lo religioso en cuanto tal pierde el matiz de su consideración específica.

3. El servicio militar obligatorio y la prestación sustitutiva

Los supuestos de objeción de conciencia establecidos en las constituciones de Brasil y Paraguay se refieren a la exención del deber legal de hacer el servicio militar, la cual encontraría justificación en motivos religiosos o de convicción política o filosófica. Se establece, también, que quienes la invoquen deberán realizar una prestación o un servicio alternativo.

Citamos a continuación los artículos de la Constitución brasileña que lo establecen:

Artigo 5 - (..) VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei (..)

Artigo 143.- O serviço militar é obrigatório nos termos da lei. 1º - Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal decorrente

¹² Se puede ver un estudio sobre las mismas en ONIDA, FRANCESCO. "Contributo a un inquadramento giuridico del fenomeno delle obiezioni di coscienza", p. 121, en *Separatismo e libertà religiosa negli stati uniti. - dagli anni sessanta agli anni ottanta*. Milano 1984.

¹³ PALOMINO, R. *Las Objeciones de Conciencia*, p. 35. Madrid 1994.

de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar (...)»¹⁴.

Y el artículo 129 de la constitución de Paraguay dispone:

Quienes declaren su objeción de conciencia prestarán servicio en beneficio de la población civil, a través de centros asistenciales designados por ley y bajo jurisdicción civil. La reglamentación y el ejercicio de este derecho no deberán tener carácter punitivo ni impondrán gravámenes superiores a los establecidos para el servicio militar.

En estos textos destaca el derecho que tiene toda persona a profesar libremente sus creencias religiosas, de formar su propia conciencia y de abstenerse de actuar cuando se le vulnere o se le amenace vulnerar su credo religioso. Por tanto, quien se opone a una orden que se le imparte por razón de sus propias convicciones, es fiel a ellas, aunque *aparentemente* no sea fiel al ordenamiento jurídico. De ahí que la objeción de conciencia -en estos casos- no debe entenderse en un sentido negativo, como el simple incumplimiento de un deber, sino de manera positiva como la fidelidad a las creencias religiosas que se profesan¹⁵. Subrayamos *aparentemente* porque es lícito actuar de conformidad con las propias convicciones o creencias religiosas, siempre y cuando éstas no vayan en contra del orden público¹⁶; no se actúa en contra de los preceptos constitucionales, sino que se ejerce un derecho que la propia Constitución reconoce.

¹⁴ Artículo 5.- (...) VIII.- nadie será privado de derechos por motivos de creencia religiosa o de convicción filosófica o política, salvo si las invoca para eximirse de una obligación legal a todos impuesta y se negare a cumplir la prestación alternativa, fijada en la ley; (...). Artículo 143.- El servicio militar es obligatorio en los términos de la ley. 1º.- Es competencia de las fuerzas armadas, en la forma de la ley, atribuir un servicio alternativo a los que, en tiempos de paz, después de reclutados, alegaren objeción de conciencia, entendiéndose como tal de fuente religiosa y de convicción filosófica o política, con el fin de eximirse de actividades de carácter esencialmente militar (...).

¹⁵ Cfr. MADRID-MALO GARIZÁBAL, M. *La libertad de rehusar. Estudio sobre el derecho a la objeción de conciencia*, p. 73. Bogotá 1991.

¹⁶ Algún autor peruano, al hablar sobre este tema da algunos ejemplos que nos pueden ser de utilidad. El caso de determinados grupos religiosos que se niegan a permitir que a sus miembros se les someta a un proceso de transfusión de sangre porque sus creencias les impiden aceptar este tratamiento médico; o, las colectividades religiosas, que invocando

Como puede verse, para el objetor, su opción conlleva siempre un costo: el de la prestación alternativa o sustitutiva. Caso típico es el del servicio civil sustitutivo del militar, en el concreto caso que se encuentra legislado tanto en Brasil como en Paraguay, el que consiste en la realización de actividades de utilidad pública que no requieren el empleo de armas, ni supongan dependencia orgánica de instituciones militares. Esta prestación sustitutiva o alternativa viene a compensar de manera equitativa el deber que no se cumple por razón de la objeción de conciencia por motivos religiosos¹⁷. No se crea -como algunos piensan- "una desigualdad entre los derechos y deberes en desmedro de los intereses colectivos. Por el contrario, podría decirse que es una expresión del deber de contribuir al logro de la paz; deber que puede manifestarse de manera diversa, no sólo mediante la prestación del servicio militar obligatorio"¹⁸.

Estas prescripciones normativas consideran que todos los hombres tienen el deber y el derecho de defender el propio país, a la vez que son conscientes que pueden existir ciudadanos que por motivos de conciencia no puedan cumplir con este deber, y por este motivo admiten la objeción con las debidas garantías, así como la posibilidad de imponer una prestación social sustitutiva. "El legislador obliga al servicio militar, pero considera razonable la decisión de conciencia que rechaza la guerra y las armas, por su incongruencia con la dignidad de la persona"¹⁹.

Finalmente, cabe señalar que la doctrina suele enunciar y estudiar en primer término la objeción de conciencia al servicio militar. La razón es que esta modalidad de objeción de conciencia suele conceptuarse como el "arquetipo" de las restantes, de modo que en la medida en que los perfiles básicos de una modalidad de objeción de conciencia no coincida con los

su fe, se niegan a saludar los símbolos patrios, como por ejemplo, la bandera y el himno nacional. Esta misma oposición, también se plantea con el servicio militar o el llamado bajo banderas, cuando hay un conflicto bélico; etc. Estos y otros problemas similares, requieren una solución jurídica, la cual se deberá obtener conjugando el derecho de libertad religiosa y las nociones de seguridad, moral, salud, orden público y derecho ajeno, como límites legítimos de aquél y, en general de todos los derechos humanos. Cfr. SEMINO, M. *Lecturas sobre temas constitucionales*, pp. 84-85, Lima 1990.

¹⁷ NAVARRO VALLS, RAFAEL y PALOMINO, R. "Las Objeciones de Conciencia", p. 1111, en en AA.VV. *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, p. 469. Pamplona 1994.

¹⁸ HOYOS CASTAÑEDA, I. *La libertad religiosa en la constitución de 1991*, p. 104. Santa Fe de Bogotá 1993.

¹⁹ BERNAL, SALVADOR. "La objeción de conciencia, entre la norma y el deber moral", en *Aceprensa* 31 (1996) p.2.

típicos de la objeción de conciencia al servicio militar la doctrina tiende a calificarla de atípica. Tal vez porque, históricamente, ha sido la primera en regularse "legislativamente", incluso constitucionalmente²⁰.

4. Otras manifestaciones de objeciones de conciencia

El supuesto hasta ahora estudiado –objeción de conciencia al servicio de armas– constituye la manifestación de objeción que surge directamente del tratamiento del factor religioso por las constituciones de los países del Mercosur. Sin embargo no agotan todas las direcciones que las conciencias pueden tomar frente a la ley. Algunas ya han adquirido fuerza expansiva y otras todavía no. Las principales cuestiones en las que se están planteando –o se plantearán en un futuro inmediato– objeciones de conciencia, son: a) la objeción de conciencia fiscal; b) objeción de conciencia al aborto y a la eutanasia, y a la clonación y manipulación genética reproductiva humana²¹. c) la objeción de conciencia a brindar o recibir tratamientos médicos²²; d) la objeción de conciencia en el ámbito de las relaciones laborales; y, e) objeciones de conciencia en el campo educativo²³.

²⁰ NAVARRO VALLS, RAFAEL, y PALOMINO, R. "Las Objeciones de Conciencia", p. 1111, en *AA.VV. Derecho Eclesiástico del Estado Español*. Pamplona 1994.

²¹ En la Encíclica *Evangelium vitae*, n. 73, se recuerda que "el aborto y la eutanasia son crímenes que ninguna ley humana puede pretender legitimar. Leyes de este tipo no sólo no crean ninguna obligación de conciencia, sino que, por el contrario, establecen una "grave y precisa obligación de oponerse a ellas mediante la objeción de conciencia". JUAN PABLO II. CARTA ENCÍCLICA *EVANGELIUM VITAE*, 25.03.1995, en *AAS LXXXVII* (1995) pp. 401-522.

²² Célebre es en nuestro medio el caso *BAHAMONDEZ, MARCELO s/ medida cautelar*, fallado el 06.04.1993 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde se hizo lugar a la objeción de conciencia por motivos religiosos de los padres de un menor a que dicho menor recibiera una transfusión de sangre, haciendo prevalecer la dignidad de la persona humana que merece el respeto en su opción frente a las consecuencias del rechazo del tratamiento médico aconsejado. En el mismo sentido, *CNCiv. Sala G, Sentencia Interlocutoria C. G176653, autos Dr. Gallacher s/ autorización. C.5°Civ.Com.Minas, Paz y Tributario de Mendoza,*

Sentencia de 26.07.1996 autos *Hospital Luis C. Lagomaggiore*, en *La Ley*, 1997-F-609

²³ La Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo, Sala II, en fallo de 11.11.1982, autos *D; A.F. c/ GOBIERNO NACIONAL – Ministerio de Cultura y Educación*, en *El Derecho*, 102-500, admitió como lícita la objeción de conciencia de un alumno a ser escolta de la bandera por motivos religiosos.

Otros posibles campos, donde pueden florecer casos de objeción de conciencia, aunque menos desarrollados tanto en la doctrina comparada como en la práctica, son: a) objeciones de conciencia a sistemas de aseguración obligatoria; b) objeciones de conciencia a las normas administrativas; y, c) objeciones de conciencia a formar parte de un jurado y otros deberes legales.

Sirvan estas breves reflexiones sobre la institución de la objeción de conciencia en el Derecho Eclesiástico de los países del Mercosur. Como se habrá comprobado el discurso lo hemos ceñido a la consideración que hacen de ella las normas constitucionales estudiadas, sin entrar en las distintas figuras reconocidas o susceptibles de reconocimiento. Analizar las diferentes clases mencionadas y su jurisprudencia, exceden el propósito de esta breve aproximación al tema²⁴.

²⁴ "Son en las diferentes clases de desobediencia por motivos de conciencia donde realmente pueden proponerse conclusiones más elaboradas, precisamente porque en ellas se dilucida la ponderación de los valores en juego, individuales o de conciencia, legales o colectivos. Corresponde, pues, al análisis y crítica de la jurisprudencia que se produzca en el futuro en una cuestión en continua expansión en su frecuencia y casuística, el principal objeto de estudio donde habrá de centrarse el esfuerzo de la doctrina". MOTILLA DE LA CALLE, AGUSTÍN. "Consideraciones en torno a la objeción de conciencia en el derecho español", en *Ius Canonicum*, 65 (1993), p. 150.



EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL EN EL ÁREA DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

por Graciela R. Salas¹

Resumen: El análisis efectuado nos ha llevado a la identificación del concepto de orden público internacional, para ir precisándolo a nivel de las respectivas constituciones de los Estados Parte de MERCOSUR.

Para ello partimos de aquellas referencias que aparecen en casos internacionales de jurisprudencia que marcan un rumbo a nuestra investigación.

Asimismo, planteada la presencia de una nueva región dentro del sistema constitucional argentino, efectuamos las correspondientes aproximaciones, sin perder de vista la óptica internacional jus publicista de nuestro trabajo. En este orden se inserta el estudio del orden público en la Región Centro a fin de estudiar su compatibilización no solo con la Constitución Nacional sino esencialmente con MERCOSUR, conforme a las obligaciones impuestas a la Junta de Gobernadores.

Palabras claves: Armonización - Constituciones - *Erga omnes* - Integración - *Jus cogens* - Mercosur - Orden público - Principios - Razonabilidad - Regional - Región Centro - Subregional

1. Planteamiento preliminar

En la línea de pensamiento planteada originariamente indagamos respecto del concepto de orden público a nivel internacional para centrar nuestro estudio en el Mercosur, en el orden interno y luego en la Región Centro. Sin embargo, cabe reconocer, como veremos más adelante, que

¹ Profesora de Derecho Internacional Público en las universidades Nacional de Córdoba, Blas Pascal (modalidad presencial y a distancia) y Católica de Salta (modalidad a distancia).

este concepto de orden público ha sido estudiado con mayor precisión a nivel de derecho interno.

Es así que en el Derecho Internacional Público, el concepto de orden público nos acerca a otro concepto tan estricto cuanto abstracto y fundacional cual es el de *jus cogens*, que ha merecido una mayor precisión luego de la firma de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados², sobre cuyos alcances volveremos más adelante.

En el ámbito específico del Mercosur, entre los mecanismos necesarios para alcanzar los objetivos que propone, el Tratado de Asunción establece la necesidad de armonizar las legislaciones de los Estados que conforman el Mercosur. A tal fin, la dinámica impuesta al proceso, hace que ininterrumpidamente se trabaje en la creación de normas reguladoras sobre la más variada gama de temas.

La ley declarada aplicable para regular las relaciones que se entablen entre las personas jurídicas y las personas físicas de los distintos Estados involucrados, surge de las normas contenidas en los Protocolos de cooperación jurídica aprobados³, siempre que la relación sea susceptible de quedar encuadrada en alguno de esos instrumentos. De no ser factible que ello suceda, se acude para suplir el vacío legal, al ordenamiento convencional o, en su defecto, al derecho interno de cada país.

Tanto los referidos Protocolos, cuanto los diferentes tratados o convenios que integran el Derecho Internacional Privado convencional de cada uno de los países, incluyen entre sus disposiciones, una norma que autoriza a la no aplicación del derecho extranjero que resulte lesivo a las reglas y principios locales.

Lo hasta aquí expuesto se relaciona con el orden público internacional, y resulta una cuestión muy importante intrazona por el valor que revisitan las respectivas legislaciones internas en función de su aplicación entre

² "Art. 53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa del derecho internacional general ("ius cogens").

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional que tenga el mismo carácter".

³ En apoyo de la afirmación efectuada pueden verse el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (CMC/Cec. 5/92), el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en materia Contractual (CMC/Dec.01/94), y el Protocolo de Medidas Cautelares (CMC/Dec. 24/94).

los Estados asociados. Sin embargo, a la hora actual en que el Mercosur existe con personalidad jurídica de Derecho Internacional⁴, hay también otro tema relacionado con éste, que estimamos insoslayable a partir de la realidad en que se desenvuelve el esquema regional. Se trata del **orden público subregional**. Ello en razón que inmediatamente de introducirnos en la problemática normativa de la asociación subregional, se nos plantean las siguientes cuestiones: ¿qué ocurre si frente al surgimiento de un conflicto resulta aplicable un derecho extranjero que conculca las normas o los principios sobre los cuales se construye el esquema subregional?

En la actual fase del proceso en que aún la legislación es exigua, no es fácil brindar respuesta. Y ello por varias razones.

Es indudable que los principios que inspiran y orientan la integración regional deben ser preservados al igual que las disposiciones que conforman el derecho de la integración. Empero, encontrándose éste en sus inicios, y al tratarse aún de una organización intergubernamental es difícil deducir el "espíritu" que impregna al Mercosur.

El Preámbulo del Tratado de Asunción⁵, las declaraciones efectuadas por los Presidentes de los Estados en la inauguración de cada una de las Reuniones Cumbres del Consejo Mercado Común (CMC), los fundamentos de las Decisiones, Resoluciones y Directivas aprobadas, son las pautas con las que contamos para conocer ese "espíritu mercosureño". Sin embargo, el hecho de no contar con un órgano legisferante supranacional con legitimidad *ab initio* para emitir las declaraciones y fundamentaciones apuntadas, limita nuestras posibilidades.

Tenemos como cierto que el Derecho Internacional Privado institucional forma parte del Derecho de la Integración⁶. El orden público

⁴ Así lo dispone el art. 34 del Protocolo de Ouro Preto.

⁵ El 26.03.91, los presidentes de Argentina -Carlos Saúl Menem-, Brasil -Fernando Collor de Melo-, Paraguay -Anibal Rodríguez- y Uruguay -Luis Alberto Lacalle Herrera-, junto con sus cancilleres, suscribieron en Asunción un "Tratado para la Constitución de un Mercado Común" al que se denominó oficialmente "Tratado de Asunción". Este Tratado recibió aprobación legislativa en los cuatro Estados Partes en el año 1991. Argentina lo aprobó por Ley 23.981; Brasil por el Decreto legislativo 197; Paraguay, por la Ley 9/91 y Uruguay, por Ley 16.196. Los respectivos instrumentos de ratificación fueron depositados: por Paraguay y Uruguay, el 06.08.91, por Argentina y Brasil, el 30.10.91. El Tratado entró en vigor el 29.11.91.

⁶ Para profundizar sobre el tema puede verse de DREYZIN DE KLOR, ADRIANA: "El Mercosur: Generador de una nueva fuente de Derecho Internacional Privado". Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 6. Rubinzal Culzoni. Editores. Santa Fe. 1994. Págs. 489-504.

subregional por su parte, a la vez de ser subyacente al derecho de la integración, incide de manera relevante en el Derecho Internacional Privado institucional así como el orden público internacional es uno de los problemas que integra la parte general del Derecho Internacional Privado.

El Tratado de Asunción, el Anexo al Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto⁷, el conjunto de Decisiones, Resoluciones y Directivas, los principios que inspiran a estos instrumentos y a la asociación económica conforman, a nuestro entender, el orden público subregional.

Antes de abordar este instituto, es ineludible una referencia al orden público internacional pues ello ayudará a comprender el orden público subregional en su verdadera dimensión, sea en su configuración como en su funcionamiento y finalidad.

En el orden interno de nuestro país, y como punto de partida, es necesario señalar que la República Argentina es una democracia con gobierno federal⁸. Esto implica la existencia constitucional de un doble ordenamiento legislativo: nacional y provincial.

También de acuerdo a la Constitución Nacional reformada en 1994⁹, las provincias tienen la potestad de crear "regiones" para el desarrollo económico social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines, con conocimiento del gobierno federal¹⁰.

Esto es, la **región** fomenta y promueve la integración interna con singular proyección en el desarrollo de las naciones.

En efecto, la región ha sido clasificada en a) Natural; b) Histórica; c) Étnico-Cultural y d) Económica¹¹.

En consecuencia, y en este ángulo, es "regionalismo natural", aquel que existe con anterioridad a la voluntad política, que sólo lo declara, pero

⁷ El documento es suscrito en la ciudad de Ouro Preto, República Federativa de Brasil, en el VII Reunión del CMC (16 y 17 de diciembre de 1994) por los Presidentes y Cancilleres de los cuatro Estados asociados: por la República Argentina: Carlos S. Menem y Guido S. Di Tella, por la República Federativa del Brasil: Itamar Franco y Celso Amorí, por la República del Paraguay: Juan Carlos Wasmosy y Luis M. Ramírez Boettner y por la República Oriental del Uruguay: Luis Alberto Lacalle Herrera y Sergio Abreu.

⁸ Constitución de la Nación Argentina, 1994, art. 2.

⁹ Constitución de la Nación Argentina, 1994, art. 124.

¹⁰ FRIAS, PEDRO J. Las Provincias en 1996. *Cuaderno de Federalismo. Memoria Federal 1996. X pág. 16.* Instituto de Federalismo- Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Ed. El Copista, abril de 1997.

¹¹ VERGARA, RICARDO A. La Región, en *Derecho Pública Provincial*, de FRIAS PEDRO J. y otros. Pág. 131/132. Ed. Depalma, Bs. As. 1985.

no lo crea. En tanto, que desde el ángulo opuesto, y como resultado de un acto constitutivo tenemos el "regionalismo político"¹².

Ahora bien, en este marco de conformación "regional política", ubicamos a la Región Centro, compuesta por las provincias de Córdoba, Santa Fe y Entre Ríos, respecto de la cual trabajamos anteriormente en nuestro proyecto conjunto "Armonización de la legislación interna en vista del proceso del Mercosur", presentado también a la SECYT.

A partir de ese trabajo centramos nuestra atención en el concepto de **orden público**, que analizaremos desde diversos ángulos, y ante las dificultades planteadas por el tema, partimos de las precisiones que nos brinda el Dr. Arturo Orgaz¹³, quien sostiene que la expresión "orden público", se contrapone a la de "orden privado". Y que ello ha determinado que algunos autores confundan "la esfera del orden público con la esfera del orden privado". En verdad, son "cosas distintas, pues no sólo en el derecho público sino en el privado, puede hallarse la legitimidad del orden público"¹⁴.

Asimismo, nos aporta la noción clásica de Carlos Maximiliano, que expresa: "La distinción entre prescripciones de orden público y de orden privado consiste en lo siguiente: en las primeras, el interés de la sociedad colectivamente considerada se sobrepone a todo, la tutela del mismo constituye el fin principal del precepto obligatorio; es evidente que apenas de un modo indirecto la norma aprovecha a los ciudadanos aislados, porque se inspira ante en el bien de la comunidad que no del individuo; y cuando el precepto es de orden privado sucede lo contrario; sólo indirectamente sirve al interés público, a la sociedad considerada en su conjunto; la protección del derecho del individuo constituye el objetivo primordial".

Finalmente, este autor subraya que "la distinción en abstracto del orden público y del orden privado, no es fácil". Para lo cual, agrega: "que el orden público comprende o se refiere a aquella categoría de intereses fundamentales y vitales de una colectividad, en tanto que el orden privado se refiere a aquella categoría de intereses no vitales y fundamentales, en que el arbitrio individual es soberano. Esta distinción permite entender en su

¹² Cfr. ROBLEDO, FEDERICO JUSTINIANO "La normativa constitucional y los procesos de integración" pág. 290, *Semanario Jurídico- Fallos y Doctrina*, Córdoba (R. A.) 19.03.1998, N° 1182, T° 78. 1998 A.

¹³ ORGAZ, ARTURO. *Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales*, "orden público", pág. 319. Editorial Assandri. Córdoba, 1956.

¹⁴ Como ejemplos, citamos a las leyes electorales, tributarias, penales, que son de orden público y de derecho público. En tanto que la ley de matrimonio civil es de orden público, aunque su aplicación incumbe al derecho privado.

genuino alcance el principio incorporado en nuestra ley civil" (art. 5 Código Civil).

En esta línea, pero poniendo énfasis en lo jurídico legal, Cabanellas¹⁵ expresa: "el orden público es el conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias, donde no cabe la transigencia ni tolerancia, por afectar los principios fundamentales de una sociedad, (*ejemplo: normas que ahora prohíben la esclavitud*) o las garantías precisas de su existencia (*ejemplo: leyes penales*).

2. El orden público internacional

Decíamos más arriba que a nivel de Derecho Internacional Público el concepto de orden público se apoya en gran medida en una moderna concepción de *jus cogens* ya referida, a lo que se suele agregar una concepción según la cual aquél lleva directamente a la condición jurídica de normas taxativas, oponibles *erga omnes*, aspecto éste sobre lo cual no nos explayaremos por exceder el objeto de este trabajo.

En cuanto al concepto de *jus cogens* a que hacíamos referencia más arriba, cabe citar algunos casos de jurisprudencia internacional que lo fueron delineando hasta llegar a la definición de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados ya citada.

En efecto, ante un fallo de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 1934 en el caso "Oscar Chinn" planteado por Gran Bretaña contra Bélgica, el Juez Schücking fijó una opinión disidente, según la cual:

... "No puedo imaginar que la Sociedad de Naciones Haya comenzado los trabajos de codificación del Derecho internacional, si hoy mismo no fuera posible crear, en esa materia, un *jus cogens* con tal efecto que, cuando los Estados han acordado ciertas reglas jurídicas y se han comprometido a que esas reglas no pueden ser modificadas por uno de ellos separadamente, todo acto realizado en contravención a tal obligación es nulo de pleno derecho...".

Pero si la existencia de estas normas taxativas es importante a nivel de acuerdos entre Estados, como en el caso que nos ocupa, es decir el Mercosur, existen actualmente normas que, sin responder aparentemente a la concepción economicista que se le endilga a la organización subregional, se inscriben en una concepción general del Derecho Internacional Público

¹⁵ Diccionario de Derecho Usual. Vocablo "orden público", pág. 897. Ed. Talleres Gráficos Lumen. Tucumán, noviembre de 1953.

que las marca con precisión, tal el caso de aquellas que derivan del Derecho del Desarrollo, o aún la protección de los derechos del hombre¹⁶, tema éste que se acerca a los fundamentos del Mercosur.

Entre los casos de jurisprudencia que podemos citar, cabe reservar un espacio particular al Caso Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd. (Bélgica c/ España) que en su sentencia del 05 de febrero de 1970 tocó con toda claridad el tema de las normas de que nos ocupamos:

"33. Desde el momento en que un Estado admite en su territorio inversiones extranjeras o súbditos extranjeros, personas físicas o morales, está obligado a concederles la protección de la Ley y asume ciertas obligaciones en cuanto a su trato. Tales obligaciones, empero, no son absolutas ni carecen de reserva. En particular, debe establecerse una distinción esencial entre las obligaciones de los Estados respecto a la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen respecto a otro Estado ... Por su naturaleza misma, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los derechos en cuestión, todos los Estados pueden ser considerados como poseedores de un interés jurídico en que tales derechos sean protegidos, las obligaciones de que se trata son obligaciones *erga omnes*.

"34. Estas obligaciones derivan, por ejemplo, en el Derecho Internacional contemporáneo, en la puesta fuera de la ley de los actos de agresión y de genocidio, pero asimismo los principios y normas concernientes a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial. Ciertos derechos de protección correspondientes se han integrado en el Derecho Internacional general (*Reservas a la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio. Dictamen C.I.J., Recueil 1951, pág. 51*); otros son conferidos por instrumentos internacionales de carácter universal o cuasi universal".

Otro caso que debemos citar es el la Opinión Consultiva emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso planteado por

¹⁶ PIERRE MARIE DUPUY, al respecto señala: "...Quelques-uns des principes fondamentaux de la Charte des Nations Unies, ou la plupart des règles en matière de protection des droits de l'homme, en droit humanitaire ou en droit du développement en portent témoignage. Il entre donc bien dans le propos d'une analyse positive du phénomène juridique international d'en examiner toutes les composantes, y compris celles qui, telle l'émergence d'une catégorie normative supérieure (*ius cogens*) peuvent contraindre la doctrine à réviser ses conceptions les plus établies en matière de rapports entre les divers types de règles générales". Droit international public, 3ème édition. Paris 1995. Edit. Dalloz, pág. 401.

Costa Rica sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas, donde el tribunal interamericano dice:

"59. La cuestión que se plantea entonces es si los fines que se persiguen con la colegiación entran dentro de los autorizados por la Convención¹⁷, es decir, son "necesari(os) para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas (art. 13.2).

Y más adelante formula una definición del concepto de orden público que nos ocupa:

"64. En efecto, una acepción posible del orden público dentro del marco de la Convención, hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. En tal sentido podrían justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público.

"67. No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de "orden público" y de "bien común", ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrán invocarse el "orden público" o el "bien común" como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver art. 29.a) de la Convención..."

Sin embargo, según lo señala con meridiana claridad el Dr. Carlos Jiménez Piernas, aún hoy continúan siendo escasos y polémicos los procedimientos existentes "tanto para identificar una norma imperativa como para determinar con precisión su contenido y establecer claramente sus consecuencias jurídicas"¹⁸.

De todos modos, creemos que nos estamos acercando a ese orden público, conformado por normas imperativas y que es tan difícil de definir, especialmente a nivel internacional, el que se construye en base a principios. Entre esos principios debemos poner el acento en aquellos que han sido ubicados en la base del sistema del Mercosur, a partir de lo cual encontraremos finalmente el concepto de orden público.

¹⁷ Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

¹⁸ MANUEL DIEZ DE VELAZCO VALLEJO. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Cap. 1 a cargo del Dr. Carlos Jiménez Piernas, pág. 69. Tecnos, 1997.

3. El orden público en el Mercosur

En este orden de ideas, entendemos que esa idea de orden público que intentamos encontrar dentro del ámbito específico del Mercosur, no puede interpretarse sino dentro del contexto general ya planteado por el Derecho Internacional.

En el ámbito mercosureño, podríamos pensar que la común preocupación por el desarrollo y el mejoramiento del nivel de vida de sus habitantes¹⁹, nos reenvía a ese Derecho Internacional general, en este caso tanto al Derecho del desarrollo cuanto al Derecho al desarrollo.

Asimismo, con simples palabras, el mismo preámbulo del Tratado de Asunción nos remite a todo un esquema ya existente²⁰, como es ALADI²¹, los que resultan reconfirmados por el propio Protocolo de Ouro Preto y otros protocolos firmados en consecuencia dentro del marco del Tratado de Asunción.

Pero estimamos que existe un elemento esencial a tener en cuenta en la búsqueda del concepto de orden público en el Mercosur, y ello se encuentra en una cláusula especial derivada de la Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el Mercosur, cuando las Partes acuerdan:

"1. La plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para la cooperación en el ámbito del Tratado de Asunción, sus Protocolos y demás actos subsidiarios.

"2. Toda alteración del orden democrático constituye un obstáculo inaceptable para la continuidad del proceso de integración en curso respecto al Estado miembro afectado"²²...

¹⁹ Preámbulo del Tratado de Asunción:

... *Convencidos de la necesidad de promover el desarrollo científico y tecnológico de los Estados Partes y de modernizar sus economías para ampliar la oferta y la calidad de los bienes y servicios disponibles a fin de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes;*
...

²⁰ Preámbulo del Tratado de Asunción:

... *Conscientes de que el presente Tratado debe ser considerado como un nuevo avance en el esfuerzo tendiente al desarrollo en forma progresiva de la integración de América Latina, conforme al objetivo del Tratado de Montevideo de 1980;*...

²¹ Preámbulo del Tratado de Montevideo de 1980:

Persuadidos de que la integración económica regional constituye uno de los principales medios para que los países de América Latina puedan acelerar su proceso de desarrollo económico y social a fin de asegurar un mejor nivel de vida para sus pueblos. ...

²² Declaración Presidencial de Las Leñas del 27 de junio de 1992.

Esta posición resulta reafirmada en el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile de 1998, luego de la celebración de sendos acuerdos asociativos con estos dos países.

Conjuntamente con esta toma de posición en cuestión tan candente en nuestro continente, se reconoció categoría similar al respeto de los derechos humanos.

Finalmente, debemos reconocer que esto no hace sino recoger una posición asumida en general por los Estados americanos, dentro de la Organización de Estados Americanos, y su proyecto político-económico: el ALCA, y todo ello dentro de un esquema general creado oportunamente por el GATT y hoy bajo la égida de la OMC.

4. Este orden público en las respectivas constituciones

Es necesario entonces analizar entonces las constituciones de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, con el objeto de verificar si las mismas, siguiendo esta línea de razonamiento, encajan en el concepto de orden público identificado a nivel internacional.

Al margen del tema de la jerarquía de los tratados ante cada sistema constitucional, cabe reconocer que si un punto en común existe entre las cuatro constituciones de los Estados miembros del Mercosur, es la referencia a la forma democrática y republicana de gobierno, con los diferentes matices correspondientes a dos Estados de tipo federal (Argentina y Brasil) y dos Estados de tipo unitario (Paraguay y Uruguay).

En el caso de la **República Argentina** intentar encontrar un elemento o grupo de elementos que nos lleven a algún tipo de concepto de orden público aparece como sumamente difícil, atento que la primera parte, que no fuera objeto de reforma en 1994, responde a conceptos decimonónicos que deben ser re-interpretados a la luz del nuevo siglo. Sin embargo, entendemos que si existe una norma hipotética fundamental, en el sentido de Kelsen, ella podría estar en el art. 1 de nuestra carta magna²³. Vienen entonces en nuestra ayuda los elementos constitutivos de esta forma de gobierno, entre los cuales debemos remarcar los derivados de todo sistema republicano²⁴, compartidos con Brasil, Paraguay y Uruguay. Sin embargo,

²³ Art. 1. La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal, según lo establece la presente Constitución.

²⁴ Entre los elementos esenciales podemos señalar la periodicidad en las funciones, la publicidad de los actos de gobierno, la responsabilidad de los funcionarios, pero esencial-

cabe agregar que luego de la reforma de la Constitución en 1994 vemos aparecer otros como la defensa del orden institucional y el sistema democrático²⁵, posición compartida también con los restantes Estados mercosureños.

Otro elemento a tener en cuenta en nuestra Constitución Nacional, proviene de su propio preámbulo, en el que, entre otros objetivos, aparece el de "*promover el bienestar general*", de una manera tan simple y tan omni comprensiva que a casi 150 años de dictada nuestra Constitución, día a día cobra nueva vigencia y nos lleva a pensarla también en el sentido del Tratado de Montevideo de 1980, del Tratado de Asunción y de compromisos similares. En sentido inverso, es posible interpretar la participación argentina en esos acuerdos en virtud de estos postulados básicos incorporados a nuestra carta magna.

Entendemos que esta posición es compartida por la **República Federativa del Brasil** a partir de una definición simple y de la opción democrática²⁶, a la que se agrega un fuerte desarrollo de las tres generaciones de derechos de la persona humana, fruto éste de la modernidad de esta constitución, posición compartida con Paraguay y Uruguay.

En la constitución de la **República del Paraguay** de 1992 vemos que el elemento esencial está en la existencia de un sistema democrático representativo, participativo y pluralista, fundado en el reconocimiento de la dignidad humana²⁷, a lo que agrega a continuación un extenso título a los derechos individuales, tanto en lo atinente a los derechos de primera, cuanto de segunda y tercera generación.

En efecto, en el caso de la **República Oriental del Uruguay** podemos colocar el acento en primer lugar en los derechos fundamentales de la persona humana, y a continuación en el sistema político organizado sobre la base de una república democrática. En este orden, parecería primar aquel concepto de orden público a nivel individual, atento la importancia y desa-

mente la igualdad ante la ley que provee de una base firme para la existencia de los derechos fundamentales de la persona humana.

²⁵ Art. 36. Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observación por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos...

²⁶ Art. 1. La República Federativa de Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho ...

²⁷ Ver art. 1 de la Constitución de la República del Paraguay.

rollo que le merece al texto constitucional los derechos de la persona humana²⁸, tal como ocurre en el caso de las constituciones de Argentina, Brasil y Paraguay.

En consecuencia, si es posible extraer alguna conclusión de estas referencias que entendemos esenciales, es que el eje respecto del cual giran estos cuatro Estados está dado por la existencia de sistemas republicanos democráticos con un fuerte acento en los derechos humanos.

Es posible colegir, entonces, que el Protocolo de Ushuaia se apoya en esta verdadera toma de posición de los Estados mercosureños y en ella encuentra su razón de ser, de manera que no podemos entender uno sin la otra. Ello en virtud de que la soberanía propia de cada Parte, le exige una necesaria correlación entre los compromisos internacionales y el orden interno, especialmente por tratarse del funcionamiento de una organización internacional intergubernamental en el sentido clásico, como es Mercosur.

Puede discutirse la efectiva vigencia o no de estos principios esenciales, especialmente ante democracias aún frágiles y luego de procesos militares similares, pero ello no nos aleja de los rumbos fijados por las respectivas constituciones que no solo describen un sistema institucional sino que también fijan rumbos para la vida de una comunidad.

5. Este orden público en la Región Centro

El acuerdo constitutivo de la Región Centro, consiste en un verdadero tratado interinstitucional, en los términos de nuestra Constitución Nacional, respecto de lo cual nos explayamos en nuestro anterior trabajo²⁹.

Conforme al Tratado de Integración Regional entre las Provincias de Córdoba y de Santa Fe de 1998, al que adhirió la Provincia de Entre Ríos mediante el Acta de integración de la Provincia de Entre Ríos al Tratado de Integración Regional el 06 de abril de 1999, volvemos a encontrar aquel elemento común que citábamos más arriba, como es el Derecho del desarrollo junto al Derecho al desarrollo:

“Artículo Primero: Crear la Región Centro de la República Argentina integrada por las Provincias de Córdoba y Santa Fe, con el fin de promover el desarrollo económico y social –en virtud de lo establecido en el art. 124 de la Constitución Nacional- y el desarrollo humano, la salud, la edu-

²⁸ Ver arts. 7 a 81 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay, reformada en 1989 y 1994.

²⁹ “Armonización de la legislación interna en vista del proceso del Mercosur”.

cación, la ciencia, el conocimiento y la cultura- de conformidad con lo estipulado en el art. 125 de la referida Ley Suprema de la Nación”.

En consecuencia, no sólo estamos verificando esta necesaria coherencia entre este acuerdo interjurisdiccional interno, sino que también lo hacemos respecto de aquellos principios fundamentales apuntados a nivel internacional, por lo que, de identificarse ese concepto de orden público internacional, difícilmente podría ser contestado a nivel de derecho interno.

Por otra parte, siguiendo con el razonamiento que venimos desarrollando, no siendo la Región Centro un nuevo nivel decisorio dentro del sistema institucional argentino, todo su funcionamiento debe ser interpretado dentro del esquema trazado por la Constitución Nacional. Es así que debemos volver sobre lo estatuido por el art. 5³⁰ y por el nuevo art. 124³¹, a partir de lo cual podemos ver que, en el ejercicio de sus facultades, las provincias de la Región Centro, se ajustan a lo establecido a nivel nacional, pero también ponen de relieve el ejercicio de esas facultades, sin dejar de cumplir con la formalidad de notificación al Congreso de la Nación.

Esta concepción democrática aparece con palmaria claridad en el Tratado constitutivo de la Región³², a partir del cual existe no solo un formalismo constitucional sino también la necesidad de la participación popular puesta de manifiesto por el rol reservado a la actividad legislativa.

Otro punto a remarcar está presente en el artículo octavo de este acuerdo, en virtud del cual le impone a la Junta de Gobernadores un rol activo en la inserción de la Región Centro en el Mercosur³³.

³⁰ Art. 5. Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo, republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución nacional...

³¹ Art. 124. Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación, con conocimiento del Congreso Nacional...

³² Art. 11. El presente Tratado de Integración Regional será sometido a la aprobación de las respectivas Legislaturas Provinciales, en el plazo de treinta días a partir de la fecha, de conformidad a las disposiciones constitucionales de cada una de las Provincias signatarias.

Cumplido el procedimiento en ambas jurisdicciones, de conformidad a lo prescrito por el art. 124 de la Constitución Nacional, se dará conocimiento del presente al Congreso de la Nación.

³³ Art. 8. La Junta de Gobernadores deberá procurar la participación de la Región Centro en la formulación y ejecución de las políticas del Mercosur que le afecten, junto al Gobierno de la Nación.

En cuanto a las constituciones provinciales, cabe destacar que, de acuerdo al sistema constitucional argentino, no es posible la existencia de normas locales que contradigan a la Constitución Nacional.

Sin embargo, a modo de ejemplo, podemos rescatar que la Constitución de la Provincia de Entre Ríos efectúa alguna referencia expresa al orden público que responde al esquema precedente³⁴, con una marcada inclinación hacia la protección de los derechos individuales.

³⁴ Art. 7. El Estado no podrá dictar leyes y otras medidas que restrinjan o protejan culto alguno. Es inviolable en el territorio de la provincia el derecho que todo hombre tiene para profesar su culto libre y públicamente, según los dictados de su conciencia sin más limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres y el orden público.

Art. 35. Los derechos y garantías consagrados por esta Constitución no serán alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, ni limitados por más restricciones que las indispensables para asegurar la vida del Estado, el derecho de terceros, la moral y el orden público.

DERECHO AL DESARROLLO(*)

por María Alejandra Sticca (**)

Resumen: En este artículo nos limitamos a reflexionar acerca de unos pocos aspectos básicos del complejo derecho al desarrollo. Asimismo intentamos llamar la atención sobre la importancia de la solidaridad y la cooperación internacionales a los fines de tornar una realidad al derecho al desarrollo. El artículo se estructura de la siguiente forma: en el 1º punto se distinguen el derecho del desarrollo y el derecho al desarrollo. En el 2º punto se aborda el desarrollo desde la perspectiva de los derechos humanos y en el 3º punto se intenta determinar quiénes son los sujetos tanto activos como pasivos de este derecho.

Palabras claves: desarrollo – cooperación – solidaridad – derechos humanos

“Hay un lugar, una dialéctica, una trilogía: la paz, sin la cual el desarrollo es imposible; el desarrollo, sin el cual los derechos humanos son ilusorios; los derechos humanos, sin los cuales la paz no es más que violencia”.

R. Dupuy

(*) Parte de las ideas vertidas en este artículo fueron expuestas en el Programa de Perfeccionamiento de Investigadores en la Enseñanza del Derecho, Organizado por la Secretaría de Post Grado de la Facultad de Derecho (UNC), en Junio de 2000.

(**) Abogada. Lic. en Relaciones Internacionales. Maestrando en Cooperación Internacional al Desarrollo. Investigadora Auxiliar del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho, U.N.C.; Becaria de la Agencia Córdoba Ciencia; Profesora de Derecho Internacional Público en la Universidad Siglo 21 y en la Universidad de Cs. Empresariales y Sociales; Auxiliar Docente de la Cátedra de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, U.N.C.

Derecho del desarrollo y Derecho al desarrollo

El siglo XXI será el *siglo del desarrollo*, postuló Broutos-Broutos Ghali, ex Secretario General de las Naciones Unidas.

Sólo podemos referirnos al Derecho al desarrollo si consideramos que se ha producido un fenómeno de humanización y socialización del Derecho Internacional, fruto del cual el ser humano ha pasado a ser el centro de todas las preocupaciones.

Partiendo de un mismo concepto, *desarrollo*, conviene diferenciar el *derecho del desarrollo* y *derecho al desarrollo*. El primero es considerado por parte de la doctrina una nueva rama del Derecho, engloba por tanto un conjunto de normas que pretenden facilitar el desarrollo, es decir, regula la materia o el objeto del desarrollo.

Por el contrario, el *derecho al desarrollo* descansa en la idea de dignidad inherente del ser humano, con la cual es incompatible cualquier conducta que suponga incluso una pasividad ante condiciones de vida degradantes o de privación de las necesidades básicas. Aporta una referencia a un *standard mínimo de justicia* representado por la necesaria satisfacción de las aspiraciones esenciales de cada uno. Es un "derecho a los medios" para la plena realización del ser humano¹.

A principios de los setenta ya M'Baye prevenía contra la confusión entre el Derecho Internacional del Desarrollo y el derecho al desarrollo, de ese modo sostenía "el Derecho Internacional del Desarrollo se relaciona con el derecho al desarrollo, dado que concierne a los medios necesarios para el desarrollo, pero no se confunde con él"².

Para Pastor Ridruejo mientras el Derecho Internacional del Desarrollo sería el "derecho objetivo", el conjunto de normas que tienden a promover el desarrollo de los pueblos del Tercer Mundo, el derecho al desarrollo es el "derecho subjetivo", el derecho a beneficiarse de dichas reglas.³

En tanto, Gómez Isa sostiene que "el derecho al desarrollo se debe convertir en una *norma de referencia*, para el conjunto del Derecho Inter-

¹ PÉREZ GONZÁLES, "El derecho al desarrollo como derecho humano", en *El derecho al desarrollo o el desarrollo de los derechos*, Coord. BRUQUETAS, C., Edit. Complutense, 1988, p.96.

² M'BAYE, K. "Le droit au développement comme un droit de l'homme", *Revue des Droits de l'Homme*, 1972, p.506.

³ Cf. PASTOR RIDRUEJO, J. "La protección internacional de los derechos humanos y la cooperación para el desarrollo", *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Vol. 11, 1994, p.31.

nacional, que se debe poner al servicio de uno de los problemas más acuciantes a los que se enfrenta actualmente la comunidad internacional, la brecha creciente entre los países desarrollados y los países subdesarrollados"⁴.

El Profesor Carrillo Salcedo afirma que "el desarrollo consiste en un cambio en las estructuras y se expresa siempre en una dinámica estructural; es el movimiento que transforma fundamentalmente una sociedad para permitir la aparición, prosecución y orientación del crecimiento hacia metas humanas; es decir, una haz de transformaciones en las estructuras mentales e intelectuales que permiten la aparición del crecimiento y su prolongación, dotándole además, y sobre todo, de sentido y fines. Por eso, el desarrollo, cuando es auténtico, equivale a crecimiento más cambio(...)".⁵

Por su parte la *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986* en su Preámbulo lo define como "proceso global económico, social, cultural y político que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la población y de todos los individuos sobre la base de la participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la distribución justa de los beneficios que de él se derivan".

"El desarrollo es una empresa multidimensional para lograr una mejor calidad de vida para todos los pueblos. El desarrollo económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente son componentes del desarrollo sostenible que tienen una relación de interdependencia y se refuerzan recíprocamente"⁶.

Por nuestra parte, consideramos que el desarrollo es un proceso multidimensional que tiende a la mejora de la calidad de vida de la Humanidad mediante una más amplia participación y una más justa y equitativa distribución de los recursos. Es decir, es un constante construir en los distintos ámbitos económico, social, cultural y medioambiental que tiene como principio y fin el ser humano. El destinatario de este proceso es la humanidad entendida como el constante devenir de generaciones.

En suma, el desarrollo como proceso complejo debe ser analizado en sus distintas dimensiones, las cuales han sido expuestas por el ex Secretario General de Naciones Unidas en su Informe sobre un Programa de Desarrollo de mayo 1994 (A/48/935):

⁴ GÓMEZ ISA, F. *El Derecho al Desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional*, Universidad de Deusto, Bilbao, España, 1999, p. 42.

⁵ CARRILLO SALCEDO, J. "El derecho al desarrollo como derecho de la persona humana", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XXV, 1972, p. 119.

⁶ Un programa de desarrollo, A/RES/51/240, de 15 de octubre de 1997.

La paz como base fundamental, puesto que el desarrollo no puede avanzar en sociedades donde la actividad militar se encuentra en el centro de la vida.

La economía como motor del desarrollo, crecimiento económico que debe ser sostenido y sostenible y tiene la gran ventaja de aumentar la gama de elecciones humanas.

El medio ambiente como base de la sostenibilidad. Desarrollo y medio ambiente son conceptos dependientes, puesto que no es posible abordar uno sin hacer referencia al otro.

La justicia como pilar de la sociedad. Las condiciones sociales existentes son el punto de partida para las actividades de desarrollo.

La democracia como buen gobierno. Democracia y desarrollo están relacionados porque la estabilidad social requiere la libre expresión de la voluntad de las personas, por otra parte el desarrollo implica la participación de todos en el proceso de adopción de decisiones, lo cual acerca los gobiernos al pueblo.

El Derecho al Desarrollo como Derecho Humano

La labor llevada a cabo por la Organización de Naciones Unidas ha sido y sigue siendo muy fecunda en esta materia, ya desde fines de los años cincuenta encontramos resoluciones que se refieren directa o indirectamente al desarrollo⁷.

⁷ Res. 1240/1958 Fondo Especial para proyectos de inversión

1514/1960 Carta magna de la descolonización en la que se declara el derecho de los pueblos al desarrollo económico, social y cultural

1515/1960 su contenido constituye un plan de acción a estrategia a mediano plazo de cooperación para el desarrollo

1522/1960 avanza un modelo de cuantificación de la ayuda a los países menos desarrollados cifrado en el 1% de los ingresos nacionales de la PD la ayuda de la CI a tal fin.

1710/1961 se estableció el primer decenio de UN para el desarrollo

1995/1964 la AG estableció como órgano permanente de UN a la Conferencia sobre el Comercio y el Desarrollo UNCTAD

Res. 2542/1969 aprueba la declaración sobre el progreso y desarrollo social, Res. 2543/1969 establece que dicha declaración sea tenida en cuenta en la formulación del segundo decenio

Res. 1626/1970 establece el segundo decenio de UN para el desarrollo (1970-1980); Res. 2626/1970 prevé un sistema de evaluación de la ejecución de las medidas propuestas.

3201/1974 Declaración sobre el establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI)

3202/1974 Programa de acción para el establecimiento de NOEI

La primera expresión del derecho al desarrollo se halla en la *Declaración de Filadelfia (OIT) de 1944*⁸. Concebido desde entonces como un derecho humano⁹.

Cabe destacar, que la mayoría de los autores coinciden en que constituye una buena base para afirmar el derecho al desarrollo el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas cuando se declaran resueltos a "*promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad*" vislumbrando la necesidad de "*emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de los pueblos*", junto al art. 1.3 cuando establece como uno de sus propósitos realizar la cooperación, aspecto que desarrolla en los arts. 55 y 56. Sobre todo se los puede considerar una base si se tiene en cuenta que constituye el principal instrumento jurídico de la comunidad internacional organizada, vinculante para todos los miembros de la Organización¹⁰.

La *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* adoptada en 1948 si bien no recepta expresamente el derecho al desarrollo, distintos aspectos del mismo son reconocidos en algunos artículos, tales como los arts. 11, 13, 14 y 16¹¹.

3281/1974 Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados y como texto complementario a la misma, la Res. 3362 sobre Desarrollo y Cooperación Económica Internacional

La celebración en 1980 de la 11ª sesión extraordinaria de la AG consagrada a evaluar los progresos realizados en la instauración de un nuevo orden y precisar las medidas a adoptar para la promoción del desarrollo y de la cooperación económica internacional, supone una implícita constatación de la situación de crisis del proyecto⁷.

Por Res. 35/56 AG de 12/1980 se estableció el Tercer decenio de las UN para el Desarrollo el cual tiene como idea central la concepción de una economía interdependiente, por lo que el logro de sus objetivos se considera responsabilidad compartida de todos los gobiernos.

Por Res. 45/199 AG de 12/1990 se estableció el Cuarto Decenio se parte de la vinculación entre el desarrollo y las necesidades sociales y ambientales.

⁸ "Todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho tanto al bienestar material como al desarrollo espiritual, en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y de igualdad de oportunidades".

⁹ Cf. GARCÍA AMADOR, F. *El Derecho Internacional del Desarrollo. Una dimensión del Derecho Internacional Económico*, Editorial CIVITAS S.A., Madrid, 1987, p. 67.

¹⁰ Cf. Op cit GÓMEZ ISA, F. *El Derecho* ... p.80-81

¹¹ Art. 11 "Derecho a la preservación de la salud y al bienestar" Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica (...), art. 12 "Derecho a la educa-

Por su parte, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* adoptada en 1948 en su articulado recoge diversos aspectos ligados al derecho al desarrollo, tal el caso del art. 22, art. 25 y 28¹².

La Res.4 (XXXIII) de la Comisión de Derechos Humanos (CDH) aprobada el 21/02/1971 "Subraya la responsabilidad y el deber de todos los miembros de la comunidad internacional de crear las condiciones necesarias para la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales como medio fundamental de asegurar el disfrute real y auténtico de los derechos civiles y políticos y de las libertades fundamentales." Se recomienda al Consejo Económico y Social que invite al Secretario General a que efectúe un estudio sobre "las *dimensiones internacionales del derecho al desarrollo como derecho humano* en relación con otros derechos humanos basados en la cooperación internacional(...)".

La Res. 4 (XXXV) de la CDH aprobada el 2/03/1979 observa que el *ejercicio del derecho al desarrollo implica el reinado de la paz* y el establecimiento de un orden económico internacional basado en el respeto de los derechos humanos. Destaca el deber que tienen todos los Estados miembros de la comunidad internacional, juntamente y por separado, de crear condiciones necesarias para la realización del derecho al desarrollo.

La Res.5 (XXXV) de la CDH aprobada el 2/3/1979 reitera que el derecho al desarrollo es un derecho humano y que la igualdad de oportunidad para el desarrollo es una prerrogativa, tanto de las naciones como de los individuos que forman las naciones.

La Res.36 (XXXVII) de la CDH aprobada el 11/3/1981 recuerda que el derecho al desarrollo es un derecho humano y que la igualdad de oportunidades para el desarrollo es una prerrogativa tanto de las naciones como de los individuos dentro de las naciones y reconoce que la paz y la seguridad internacionales son elementos esenciales para la plena realización del derecho al desarrollo.

ción" Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe ser inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas(...)

Art.13 "Derecho a los beneficios de la cultura" Toda persona tiene derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos(...)

Art. 14 "Derecho al trabajo y a una justa retribución" Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo.

Art. 16 "Derecho a la seguridad social" Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad (...)

Posteriormente diferentes resoluciones de la CDH de ONU han reafirmado la existencia del derecho al desarrollo como derecho humano inalienable¹³.

En 1978 la *Declaración contra la Discriminación Racial*, aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), proclama expresamente el derecho al desarrollo como derecho humano¹⁴. Pone el acento en la relación entre desarrollo y respeto de las identidades culturales, es decir, la dimensión cultural del desarrollo¹⁵.

Este derecho se plasmó en forma expresa en la *Carta Africana de Derechos del hombre y de los Pueblos de 1981*¹⁶ con carácter vinculante para el ámbito de la Organización para la Unidad Africana.

En el marco de las Naciones Unidas recién en la *Declaración sobre Derecho al Desarrollo de 1986*, fue receptado en forma expresa, pero carente de toda obligatoriedad jurídica.

¹³ Art. 22 Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional... la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Art 25.1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros d (...)

Art. 28 Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

¹⁴ Resolución 1984/16, Resolución 1985/43, Resolución 1986/16, Resolución 1987/23, Resolución 1988/26, Resolución 1989/45, Resolución 1990/18, Resolución 1991/15, Resolución 1992/13, Resolución 1993/22, Resolución 1994/21, Resolución 1995/17, Resolución 1996/15, Resolución 1999/79.

¹⁵ El art. 3 dispone "el derecho al desarrollo completo de todo ser humano y de todo grupo humano", observando que "ese derecho implica un acceso en pie de igualdad a los medios de progreso y de prosperidad colectiva e individual en un clima que respete los valores de la civilización y las culturas nacionales y universales".

¹⁶ CIUECA SANCHO, A. "El Derecho al Desarrollo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en *Nuevos Escenarios y Nuevos Colectivos de los Derechos Humanos*, *Monografías de la Rev. Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 1988, p. 53-54.

Art. 22 Todos los pueblos tienen el derecho a su desarrollo económico, social y cultural con el debido respeto a su libertad e identidad y al disfrute igualitario del patrimonio común de la humanidad.

Los Estados tienen el deber de asegurar individual y colectivamente el ejercicio del derecho al desarrollo.

Si analizamos el derecho al desarrollo advertimos que su proceso de codificación se debe a instrumentos de *soft law*, es decir, a resoluciones de la Asamblea General o de la CDH de Naciones Unidas, excepción hecha de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Estamos, por tanto, dentro del ámbito del denominado *derecho blando o relativo* que plantea el problema de los instrumentos jurídicos con una fuerza obligatoria superior a la de los textos que no tienen ningún valor jurídico pero inferior a los que tienen fuerza jurídica obligatoria.

A este respecto se pueden señalar tres posiciones doctrinarias dominantes:

- El derecho al desarrollo ya forma parte del derecho internacional positivo, al resultar de una síntesis de los derechos humanos reconocidos internacionalmente.
- Es un derecho en formación y por tanto en proceso de positivización.
- Carece de valor jurídico, dado que no ha sido reconocido por ningún instrumento internacional vinculante de carácter universal. En consecuencia entraría en el plano de la mera retórica.

Para Bermejo García "el mero hecho de haber sido adoptada como una Declaración es significativo, ya que demuestra que la Comunidad Internacional es consciente de la importancia que tiene la realización de este derecho al desarrollo. Además, la amplia mayoría con la que ha sido adoptada revela que se ha establecido a nivel internacional un cierto consenso respecto a la consideración de este derecho como norma positiva, a pesar del voto en contra de Estados Unidos"¹⁷.

En igual sentido, Carrillo Salcedo sostiene "...muchas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas son textos de incitación a una modificación del orden jurídico internacional que aunque tenga un valor jurídico dudoso, sobre todo si son adoptadas por mayoría, sirven al menos para poner en cuestión el Derecho establecido y para apuntar hacia el derecho deseado por la nueva mayoría de los Estados miembros de la comunidad internacional"¹⁸.

¹⁷ BERMEJO GARCÍA, R. y DOUGAN BEACA, J. "El derecho al desarrollo: un derecho complejo con contenido variable", *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. VIII, 1985, p. 236.

¹⁸ CARRILLO SALCEDO, J.A. *Curso de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1991, p.132.

A partir de los cambios operados en la Comunidad Internacional hacen su aparición como una categoría de Derechos Humanos, los denominados derechos de la solidaridad o de tercera generación los cuales responden a intereses globales de la Comunidad Internacional, de allí que enfatizan la necesidad de cooperación internacional. Entre estos derechos se destaca el derecho al Desarrollo.

El Derecho al desarrollo considerado como un derecho humano de la solidaridad (inalienable, universal e indivisible) es un verdadero derecho síntesis, en el sentido que incorpora tanto a los derechos civiles y políticos como a los derechos económicos, sociales y culturales, es decir, a los de primera y segunda generación. Pero no debemos decir que sea la suma de los mismos sino más bien que se opera un fenómeno de sinergia que hace del mismo la máxima expresión de los derechos humanos, entendidos estos como un reaseguro del ser humano frente a la acción de los Estados. Como señala el Profesor Cançado Trindade, el reconocimiento del derecho al desarrollo sólo viene a reforzar los otros derechos humanos anteriormente formulados, por tanto cualquier denegación de este derecho trae consigo consecuencias adversas para el ejercicio de los otros derechos¹⁹.

Sin embargo, es un derecho que aún no se ha consolidado debido a la reticencia de los países desarrollados a considerar obligación jurídica, lo que es para ellos obligación meramente política. En este punto no debemos perder de vista que la Declaración antes señalada fue aceptada por 146 votos a favor, 1 en contra²⁰ y 8 abstenciones²¹.

Es por tanto un derecho en formación, *in status nascendi*, y del cual se carece de mecanismos para hacerlo efectivo.

En el proceso de desarrollo progresivo del Derecho Internacional replantearse el tema del desarrollo es un paso necesario, fundamental si queremos ser "honestos con la realidad", en la que se debe dar un tránsito de la igualdad formal proclamada como principio en la Carta de ONU, a la igualdad real. Principio que ha sido reafirmado por la Resolución 2625/1970.

¹⁹ CANÇADO TRINDADE, A. "Las Relaciones entre el Desarrollo Sustentable y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Desarrollos Recientes", en *Derechos Humanos, Desarrollo Sustentable y Medio Ambiente*, Edit. IIDH, San José de Costa Rica, 1996, p.368 ss.

²⁰ Estados Unidos de América.

²¹ Dinamarca, Finlandia, Islandia, Israel, Japón, Reino Unido, Rep. Federal de Alemania y Suecia.

Los que nos guiamos por los valores de humanización, socialización y democratización del Derecho Internacional, no nos debemos limitar al estudio del derecho positivo sino que debemos ver en él un instrumento de transformación de la sociedad, de la realidad internacional al servicio del ser humano, este es justamente el papel que desempeña el proclamado derecho al desarrollo.

Lo importante es que el tema se ha reinstalado en la comunidad internacional. Prueba de ello es que en el ámbito de Naciones Unidas advertimos que se están sentando las bases de un nuevo consenso sobre el desarrollo, fundamentalmente a partir de 1992 con la Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo en la que se analizó la relación entre medio ambiente y desarrollo. En la Conferencia de Viena de 1993 se reafirmó el derecho al desarrollo como un derecho humano. En 1994 la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo restableció la dimensión de la población como eje del desarrollo, en 1995 se celebró la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social y en la Conferencia de Beijing se debatió la integración de la mujer en las actividades de desarrollo. También debemos mencionar la Conferencia Mundial sobre Asentamientos Humanos en Estambul de 1996 y la Cumbre Mundial sobre Alimentación en Roma del mismo. A esto debemos agregar el trabajo que se está llevando a cabo en el ámbito de la Comisión de Derechos Humanos de ONU en la materia.

Sujetos del Derecho al Desarrollo

Nos limitaremos a determinar los sujetos del derecho tal como surge de la Declaración de 1986, por ser el principal instrumento internacional de carácter general que consagra este derecho.

En el Preámbulo de la Declaración se reconoce que "la persona humana es el sujeto central del proceso de desarrollo y que toda política de desarrollo debe por ello considerar al ser humano como participante y beneficiario principal del desarrollo"²², y se confirma que "el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable y que la igualdad de oportunidades para el desarrollo es una prerrogativa tanto de las naciones como de los individuos que componen las naciones"²³.

Así su Artículo 1.1. dispone que "El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual *todo ser humano y todos los*

²² Preámbulo de la Declaración sobre el derecho al desarrollo, párrafo 13.

²³ Preámbulo de la Declaración sobre el derecho al desarrollo, párrafo 16

pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político(...)"²⁴.

Por otra parte, en su artículo 2.1 establece que "la persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo".

Como podemos apreciar la Declaración adopta una postura intermedia al considerar a este derecho como individual y social a la vez, en consecuencia sus beneficiarios son los individuos y los pueblos, razón por la cual se afirma su doble naturaleza individual y colectiva. Es el derecho subjetivo de los individuos y de los pueblos a alcanzar un nivel de vida digno, es decir, un nivel de desarrollo que le permita realizarse plenamente como persona.

Como derecho individual Gross Espiell sostiene que "resulta o es la consecuencia del reconocimiento, tanto a nivel interno como internacional, de los derechos económicos, sociales y culturales del hombre y, en especial, del derecho a la vida, que implica necesariamente el derecho a vivir, de una manera plena e integral"²⁵.

Como derecho colectivo comprende, entre otros, el derecho de los pueblos a la autodeterminación, el derecho a vivir en paz, el derecho de soberanía sobre los recursos naturales, el derecho de los pueblos a participar sobre bases de igualdad en el proceso de toma de decisiones sobre cuestiones concernientes a la economía internacional.

La definición de los sujetos no es suficientemente clara, en opinión de Gómez Isa ello "no podía ser de otra forma, dado que la Declaración sobre el derecho al desarrollo fue el resultado de un compromiso tras arduas e interminables negociaciones, todo un encaje de bolillos para intentar alcanzar un consenso entre las diferentes posturas que existían en torno al espinoso tema de los sujetos del derecho al desarrollo"²⁶.

Ahora bien cabe preguntarse, quienes son los sujetos pasivos, responsables de la efectividad de este derecho.

Frente a esta pregunta tenemos que comenzar señalando que como proceso multidimensional, su efectividad no puede venir dada desde un solo lado y que el mismo necesita de un sustrato de valores para hacerlo posible.

²⁴ El resaltado nos pertenece.

²⁵ GROSS ESPIELL, citado en Informe del Secretario General, UN. Doc.E/CN.4/1334 de diciembre de 1979.

²⁶ Op cit GÓMEZ ISA, F. *El Derecho* ... p. 162.

El valor clave es la *solidaridad*, valor que puede ser definido como "la conciencia conjunta de derechos y obligaciones, que surgiría de la existencia de necesidades comunes, de similitudes (de reconocimiento de identidad), que preceden a las diferencias sin pretender su allanamiento"²⁷.

Por nuestra parte, entendemos la solidaridad como la obligación natural de los seres humanos de contribuir al bienestar de la humanidad. Es una obligación natural o mejor inherente a la propia condición humana de cooperar al desarrollo integral de sus semejantes. Esto se funda en el reconocimiento de la interdependencia profunda que existe entre las personas, de su vulnerabilidad y lo limitado de nuestro planeta.

"La solidaridad implica la aceptación de las diferencias, sean estas de orden biológico o histórico, y la renuncia a toda idea de jerarquía entre los pueblos y las naciones. Así, la solidaridad requiere que, por encima de las diversidades, se construya a escala mundial un orden económico y social más equitativo que permita tomar en consideración, de una forma adecuada, los intereses de los países más débiles"²⁸.

El enfoque que prima en la Declaración de 1986 es eminentemente estatalista, lo cual se pone de manifiesto en el preámbulo al reconocer que "la creación de condiciones favorables al desarrollo de los pueblos y de las personas es el deber primordial de los respectivos Estados".

Son los Estados principalmente los responsables del desarrollo mediante la adopción de distintas medidas en la esfera nacional e internacional.

Por tanto, en la realización del derecho al desarrollo tienen que estar presentes dos perspectivas complementarias, la una de carácter nacional y la otra internacional.

En este sentido, el Estado se muestra demasiado pequeño para hacer frente a desafíos de tanta envergadura. El desarrollo es en consecuencia una *responsabilidad compartida*.

Este deber abstracto de cooperar se toma una realidad insoslayable cuando nos referimos a los derechos de la solidaridad puesto que como ya anticipáramos descansan sobre la cooperación internacional, ya que tienden a tutelar intereses globales de la comunidad imposibles de garantizar en forma aislada.

²⁷ DE LUCAS, J. *El concepto de solidaridad*. Fontamara, Méjico, 1993, p. 15-34.

²⁸ Op. Cit. BERMEO GARCÍA, R. y DOUGAN BEACA, J. "El derecho al desarrollo.....", p. 227.

El deber de los Estados se recepta nuevamente en el art. 2.3 de la Declaración cuando se establece el derecho-deber de los Estados de formular políticas de desarrollo nacional con el fin de mejorar el bienestar de la población y en el art. 3.1 cuando se establece que los Estados tienen el deber de crear condiciones favorables para la realización del derecho al desarrollo. En consecuencia, los Estados son los principales responsables de la realización de este derecho. Estas políticas nacionales deben tender a ampliar la participación de los distintos grupos sociales en el proceso de desarrollo y a garantizar una distribución más justa de los beneficios que se deriven del desarrollo garantizando de ese modo la igualdad de oportunidades reales.

En este punto debemos hacer especial hincapié en el deber de los Estados en desarrollo, de tratar de alcanzar un grado de desarrollo justo y equitativo para sus poblaciones. Estos países son los primeros responsables por el desarrollo, y no se debe caer en el profundo error de creer que se alcanza el desarrollo y la mejor calidad de vida del pueblo sólo con la ayuda exterior. Esta sólo debe ser un complemento importante de los esfuerzos realizados a nivel interno en orden a adoptar las medidas conducentes al desarrollo. Entre las medidas más importantes a adoptar podemos citar la eliminación de la corrupción, la eficiencia en la administración pública, el respeto por los derechos humanos en su sentido más amplio, el fin de los conflictos internos y el desarme. Pero sobre todo, teniendo en cuenta que el hombre es un ser constitutivamente ético²⁹, considero que se debe trabajar en pos de lograr la solidaridad en la población/ sociedad civil. Este es el engranaje indispensable puesto que la ausencia de un *valor fundante compartido* impedirá el logro del objetivo último pues no debemos olvidar que también dentro de los Estados en desarrollo se advierte la clásica distinción Norte-Sur.

Aquí debemos hacer referencia al valor que las normas jurídicas pueden tener como instrumentos idóneos y eficaces para promover o acelerar los cambios sociales

²⁹ Ética entendida como el conjunto de principios, valoraciones, deberes, derechos, conductas y costumbres que son compartidas por la sociedad y se fundan en la realidad personal y social del hombre. Entre ellas se señalan la dignidad, la libertad, la justicia; la religiosidad y la trascendencia; el derecho a la vida, la educación y la cultura; la solidaridad y la responsabilidad social, etc. MARTÍNEZ PAZ, E. *El Mundo Jurídico Multidimensional*, Advocatus, Córdoba, 1996, p. 15.

El derecho es capaz de crear proyectos de convivencia a fin de organizar el futuro y orientar las expectativas, las actitudes y los comportamientos³⁰.

Conclusión

Si bien es discutible el valor jurídico de las normas sobre el derecho al desarrollo, estas deben servir como ideas fuerza de cara a construir una sociedad donde el desarrollo sea una realidad compartida y no sólo la sociedad sea espacio compartido.

Bibliografía:

BERMEJO GARCÍA, R. y DOUGAN BEACA, J. "El derecho al desarrollo: un derecho complejo con contenido variable", *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. VIII, 1985, p. 211-249.

CANÇADO TRINDADE, A. "Las Relaciones entre el Desarrollo Sustentable y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Desarrollos Recientes", en *Derechos Humanos, Desarrollo Sustentable y Medio Ambiente*, Edit. IIDH, San José de Costa Rica, 1996, p.357-378.

CARRILLO SALCEDO, J.A. "El derecho al desarrollo como derecho de la persona humana", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXV, p. 119-125.

CARRILLO SALCEDO, J.A. *Curso de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1991.

CHUECA SANCHO, A. "El Derecho al Desarrollo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en *Nuevos Escenarios y Nuevos Colectivos de los Derechos Humanos, Monografías de la Rev. Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 1988, p. 47-74.

DE LUCAS, J. *El concepto de solidaridad*, Fontamara, Méjico, 1993.

DE SEBASTIÁN, L. *La Solidaridad – Guardián de mi hermano*, Edit. Ariel, Barcelona, 1996.

Dictionnaire de la terminologie du droit international, París. Sirey, 1960.

GARCÍA AMADOR, F. *El Derecho Internacional del Desarrollo. Una dimensión del Derecho Internacional Económico*, Editorial CIVITAS S.A., Madrid, 1987.

GÓMEZ ISA, F. *El Derecho al Desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional*, Universidad de Deusto, Bilbao, España, 1999.

GROSS ESPIELL, H. "El Derecho al Desarrollo veinte años después", en HERRERO DE LA FUENTE, A (coord.) *Reflexiones tras un año de crisis*, Universidad de Valladolid, España, 1996, p. 27-58.

³⁰ *Ibidem*, p. 55.

GROSS ESPIELL, H. "El Nuevo Orden Económico Internacional, el Derecho al Desarrollo y los Derechos Humanos", en *La protección internacional de los Derechos Humanos. Balances y perspectivas*, Universidad Autónoma de México, México, 1983, p.85-106.

KIWANUKA, R.N. "Developing Rights: the UN Declaration on the Right to Development", *NILR*, 1988, p.257-272.

M'BAYE, K. "Le droit au développement comme un droit de l'homme", *Revue des Droits de l'Homme*, 1972, p.505-534.

MARTÍNEZ PAZ, E. *El Mundo Jurídico Multidimensional*, Advocatus, Córdoba, 1996.

PASTOR RIDRUEJO, J. "La protección internacional de los derechos humanos y la cooperación para el desarrollo", *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Vol. 11, 1994.

PELÁEZ MARÓN, J. *La Crisis del Derecho Internacional del Desarrollo*, Servicio de Publicaciones Univ. de Córdoba, España, 1989.

PÉREZ GONZÁLEZ, M. "El Derecho al Desarrollo como Derecho Humano" en *El derecho al Desarrollo o el desarrollo de los derechos*, Edit. Complutense, 1988, p. 79-97.

RAMÓN CHORNET, C. "El Desarrollo, un derecho complejo, aún por garantizar", en *La Protección Internacional de los Derechos Humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Edit. Tecnos, Madrid, 2001.



Sección III

SOCIOLOGÍA, POLÍTICA, HISTORIA Y
EPISTEMOLOGÍA



NO HAY ESPERANZA CUANDO AMANEZCA EL NUEVO DÍA. MORIR EN CÓRDOBA DEL TUCUMÁN.

por *Marcela Aspell*(*)

*No hay esperanza, cuando amanezca el nuevo día ...
... no dejaremos ir a tal homicida y destructor del
vecindario de aquellos bosques y barrancas.
Juan Anselmo Rivera, Córdoba. 1794.¹*

Resumen: La presente investigación, que es parte de un trabajo mayor sobre la muerte en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán, analiza las formas de la muerte violenta, en un enclave de particulares condiciones socio-económicas, vigorosamente marcadas².

Palabras Claves: Historia - Derecho - Muerte Violenta - Pena.

Sumario: I. Introducción. II. Los instrumentos legales del control. III. El Capitán de Salteadores. IV. La chaqueta manchada de sangre. V. Un terroncito de azúcar. VI. Mujeres apasionadas. VII. Conclusiones.

Introducción

En el trabajo son estudiados cuatro casos testigo.

(*) Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Titular de la Cátedra "B" de Historia del Derecho Argentino. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas.

¹ Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba (en adelante AHPC) Criminales 1794, Legajo 61.

² Córdoba del Tucumán, fundada por españoles en 1573, era en el siglo XVIII, una vital ciudad mediterránea, cruce de caminos y nudo de comunicaciones para los peregrinos

La elección de los mismos responde a diversas tipologías, la muerte ocasionada por un cuatrero incorregible, en medio de una inacabable cadena de delitos y excesos, la inútil y descabellada muerte que sorprende a un jovencito que huye de la casa paterna, la muerte inferida por un peón rural a un patrón despótico y adinerado, las muertes ocasionadas en el ámbito doméstico por mujeres, prisioneras de sus pasiones, abandonadas, castigadas o burladas por sus ocasionales compañeros o maridos.

Son todas muertes que generan más muertes, porque a sus autores y cómplices necesarios, les aguarda, asimismo, el destino de la pena capital.

Se han registrado 116 causas de homicidio, sustanciadas en Córdoba del Tucumán entre los años 1750 a 1810 que llegan a sentencia.³

La aplicación de las penas, varía entre la mayoritaria *pena de muerte* y *pena de muerte en la horca*, *doscientos azotes* combinados con *penas de presidio de hasta un máximo de diez años*, y la necesaria *condena en costas* con las penas impuestas cuando hay causales, que a juicio de las Justicias, disminuyen, aminoran o exculpan la responsabilidad de los reos y partícipes necesarios, o no se considera suficientemente probado en autos la autoría o el grado de participación de los mismos.⁴

Los hechos se cometen generalmente en descampado, en la espesura de los bosques, en la soledad mineral de las sierras, en barrancas y pantanos o en las anchas pampas indiferentes y extrañas.

El instrumento empleado refiere generalmente arma blanca, dagas, *cuchillos de marca mayor*, puñales, estoques, y también palos o macanas, rústicas piedras o bolas atadas con lazos.

que recorrían las rutas hacia Buenos Aires, Asunción, Santiago o Lima, alejada del teatro de las guerras, pero permanente frontera con el indio, cabecera del obispado, y sede de la Universidad que el 22 de agosto de 1791 incorpora los estudios regulares de Derecho, al crearse la Cátedra de Instituta, confiada, inicialmente *al hombre mas versado en Leyes que tenia la ciudad*, el Doctor Don Victorino Rodríguez, con el auxilio del pasante Dámaso Xigena, hecho que significa la creación de la Facultad de Jurisprudencia de notable peso e influencia en la dilucidación del tema que nos ocupa. La presencia de estudios regulares de Derecho contribuyó eficazmente a difundir el conocimiento y afianzar la practica del derecho culto, para reemplazar una justicia de jueces legos, cuyo funcionamiento se empeñaba en controlar la Justicia de Alzada.

³ AHPC Sección Crimen Los Expedientes consultados se encuentran entre los Legajos 6 a 118 que albergan el diligenciamiento de las causas tramitadas entre los años 1750 hasta el fin del año 1810.

⁴ Se aplican las penas de *trabajo en obras públicas*, *condena a bajeles*, *salir conchabado a la frontera*, *no salir de la ciudad o la ciudad por cárcel*, *destino a diferente presidios por tiempos variables*, *destierro*, *multas*, *confiscación de bienes*, *destino a Fuerzas de la Frontera*, *salir en expediciones militares*, *costas etc..*

En este escenario salvaje, rudo, bravío y anónimo, hay un interés primario de supervivencia, un aferramiento exasperado a la vida, víctimas y victimarios negocian con desesperación continuar su existencia, ruegan, prometen, imploran, suplican y proponen, aguardando con una tenacidad de náufragos, el momento de atacar con ferocidad a sus agresores, buscando revertir los roles de la situación planteada.

Las pasiones, la ira desatada, el ofuscamiento y variadas formas de la locura brotan con toda su fuerza animal y primigenia al amparo de una naturaleza hostil y ajena donde el *iter criminis* se precipita sin controles ni resguardos.

Cometido el crimen, se lo disimula, capas de tierra, piedras y malezas bien pueden esconder los restos de un cadáver humano, confiando en la esperanza que una rápida corrupción o la labor de caranchos y fieras, borre definitivamente todo rastro inculpador.

Pero los autores de los crímenes mantienen luego una conducta generalizada, que los arroja finalmente a su descubrimiento y captura.

Los homicidas no abandonan la jurisdicción, toman a la ciudad, lucen un imprudente despliegue del producido de su crimen, se emborrachan, se excitan, pierden la cabeza y una palabra indiscreta, escapada quizá irreflexiva y precipitadamente en una juerga de alcohol y de azar, enfrenta inexorablemente al asesino con la partida del Juez Comisionado.

La movilidad en la campaña es extrema, pero también funcionan aceleradamente los complejos mecanismos de la delación. Nada ni nadie puede ocultarse eficazmente en las poblaciones rurales. Rústicos muros de adobe, cuevas y grutas naturales, espesuras intrincadas, valles remotos y escondidos entre barrancones inaccesibles, adquieren, en los tiempos indianos una transparencia de cristales relucientes que delatan al homicida y lo encaran definitivamente con las Justicias.

Los vecinos hablan, recuerdan, relacionan. Refieren aspectos mínimos, detalles y coincidencias fortuitas que logran, al fin, reconstruir los tablados de intrincados rompecabezas, viajeros y forasteros que fatigan los caminos relatan sus encuentros y descubrimientos, en la extensa y azarosa red de tambos y postas, los baqueanos y rastreadores leen, por último, en la geografía inmensa, el rastro, la huella etérea, indeleble y profunda que los conduce sin vacilaciones al homicida.

Hablan con idéntico entusiasmo, por sus bocas, de lo que conocen y han visto con sus ojos, pero también narran lo que tienen *por sabido de pública fama*.

Es habitual en la compulsa de la prueba testimonial de los expedientes de crimen de tiempos indianos encontrar las expresiones: *ha oydo decir, se lo conoce por su pública fama de, lo dice porque todo el partido lo sabe* etc.

Entonces las Justicias actúan, la sumaria que *forma cabeza del proceso*, iniciada de oficio o a pedido de parte, dispara los mecanismos de la punición. Se ordena la detención del reo, se lo asegura en la cárcel capitular, se le toma la confesión, se receptan bajo juramento las testimoniales de quienes pueden arrojar alguna luz sobre los hechos que se investigan, se ordena el diligenciamiento y la sustanciación de los elencos de pruebas que ofrecen las partes, concluida las mismas se abren los autos para las alegaciones de los Fiscales y Defensores, tras las cuales, finalmente, se elevan los autos a sentencia.

En ocasiones, la misma prisión de los reos se respalda en su pública fama de *vagos y malentretenidos*, robadores de mujeres, cuatrerros y abigeos crónicos, donde no falta la comisión de algún homicidio, son hombres conocidos y temidos por los vecinos quienes se constituyen, por su parte en los más activos testigos de las sumarias que inician los Jueces de Hermandad y Jueces Comisionados y donde los mismos pobladores, habituales víctimas de sus tropelías, participan como auxiliares en las partidas que prestan su concurso al magistrado.

En otras casos, hay un concreto cargo formulado por denuncias o querellas de moradores, menoscabados por un accionar determinado, y la investigación que se suscita descubre, asimismo, en su trámite, la autoría de un homicidio.

Los testigos de las sumarias son generalmente, los mismos vecinos perjudicados, conocen perfectamente los hechos que relatan cuyos crónicos daños han sufrido en sus propias haciendas o refieren minuciosamente en sus testimonios las circunstancias que han rodeado la detención y prisión, pues han formado parte de la partida celadora encargada de la persecución y aprehensión de los reos.

Son por lo general hacendados y hombres de campo o sus inmediatos colaboradores peones y trabajadores de estos mismos establecimientos, o unos y otros conjuntamente.

En definitiva se trata de una misma calidad de pobladores, milicianos, testigos, denunciantes y querellantes, víctimas todos de continuos delitos, tropelías y abusos, convertidos por imperio de la necesidad en una justicia de rústicos, jueces de hermandad, jueces pedáneos y comisionados, cuyas soluciones no se amparaban tanto en la aplicación estricta del derecho *como*

en el sentido inmanente de la justicia,⁵ abroquelado por un desconocimiento de los tecnicismos jurídicos que fundamentaba la escasa cultura jurídica de los magistrados, pero cuyos mecanismos de control ejercía, todavía, indelegablemente, la lejana Audiencia de Buenos Aires.

II. Los instrumentos legales del control ⁶

Joaquín Escriche definía la figura del homicidio, que apareció regulada tempranamente en los cuerpos legales hispánicos como:

"El mayor de los crímenes que pueda cometerse contra un individuo de la sociedad porque se le despoja de la existencia que es el primero y el mayor beneficio que ha recibido de la naturaleza"

El Fuero Juzgo trazó por su parte esta definición:

"Todo omne que mata a otro por su grado e non por ocasion, deve ser penado por el omezillo"

Legislada en el Título V del Libro VI, el Fuero contemplaba diversos supuestos de muerte que escapaban a su consideración: muerte involuntaria, muerte *"no lo viendo ... ni sabiendo"*, *"muerte por ocasión sin haber ánimo"*, heridas sin intención de matar que causan posteriormente la muerte, muerte provocada en juego, sin intención de matar, muerte provocada por el maestro al discípulo o por el patrón al mancebo que le sirve, en ocasión de propinar unos y otros un correctivo a sus subordinados, etc, para todos estos hipótesis se preveían penas menores de azotes o penas pecuniarias

⁵ ANTONIO M HESPANHA La Gracia del Derecho. Economía de la Cultura en la Edad Moderna. Madrid, 1993, Centro de Estudios Constitucionales, pag 37. Analizando la organización de la justicia en Portugal durante el Antiguo Régimen, sostiene el autor que citamos: *Pese a todo era la ignorancia procesal la ignorancia por excelencia de los rústicos. Su estatuto salía al paso de su incapacidad para comprender las formalidades del derecho escrito, incapacidad debida a la supervivencia del derecho tradicional y con ello de otro formalismo atávico, pero sobre todo distinto y propio de comunidades campesinas. Con carácter general se puede decir que todas las formalidades propias de su puesta por escrito resultaban extrañas a la cultura jurídica tradicional, y por ello el estatuto de los rústicos los exime casi por completo de la forma escrita, incluso allí donde resulta decisiva para el derecho oficial. El procedimiento rústico se caracterizaba, entonces, por su carácter sumario y expeditivo. Sabios y rústicos, la dulce violencia de la razón jurídica. En: La gracia... cit. pag 36.*

⁶ Se han utilizado fragmentos del extenso estudio realizado por la autora, conjuntamente con el Doctor RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA y empleado, parcialmente, por éste en *Los delitos contra las personas en el Derecho Penal Castellano-Indiano* publicado en Libro Homenaje *In Memoriam* Carlos Diaz Rementería. Universidad de Huelva, España, 1998.

Para el homicida en cambio estaba reservada la pena de muerte.

Por su parte, el *Fuero Viejo de Castilla*, mandaba

"...Esto es Fuero de Castilla que ningund por saña, que aya contra otro non le debe enforçar nin estremar nin lisiar nin mater a Cristiano nin a Moro, ca todo esto es justicia del rey e non cae en otro ome ninguno e si algunad lo ficier debe estar a merced del Rey."

El mismo texto legal precisaba más adelante: *"Ningund fijodalgo non mate ome, que se non defienda por armas nin le aya fecho porque, por saña que aya de aquel señor, cuyo era el ome, nin por espantar los omes de aquel logar, dó el moraba, nin mate, nin fiera, nin faga mal, nin sobornie a otros labradores, porque se tornen suos por miedo; e si los matare, peche doscientos maravedís, los medios a aquel señor cuyo era aquel ome, que mato, e los medios al Rey; e esto es porque faga el Rey al señor alcançar mas aina derecho, porque es derecho del Rey, que auie en el ome que murió: de mas si fuer vasallo de el Rey, quel tome la tierra, que del tovier, e si non fuer vasallo, quel eche de la tierra"*

Las *Leyes del Estilo* agregaron nuevos supuestos al dibujo de la figura de la muerte que sobreveníá tras una pelea por heridas

Sobre el particular disponían:

"Si algun hombre movió con otro pelea, que no fuese dado por enemigo, ni lo hobiese desafiado, por deshonor que le hobiese fecho, seyendo hijo-dalgo, o que lo podiese asi desafiar por fuero, e firiese aquel hombre con que movió la pelea, e luego a la hora fuyese, e luego el otro ferido, ante que la pelea fuese departida fuyese, ni otro alongamiento en el fecho hobiese, luego sin otro detenimiento fue en pos de aquel que lo firió, e lo mató: es á saber, que no es tenido por la muerte: y esto porque fue luego en pos de aquel que lo firió, e lo mató: Quia ca gua incontinenti fiunt in esse videntur. E lo al porque éste movió la pelea, e lo firió, e después él lo mató, yendo fuyendo movió la pelea sin razón, no le seyendo dado por enemigo, ni teniendole desafiado segun dicho es. E aun maguer se metiese este que iba fuyendo en alguna casa, y el otro lo matase luego dentro de la casa, no haya quebrantamiento de casa".

La ley LXXXIV penaba con pena de muerte al cristiano que matara a judío o moro en pelea

"Es á saber, que si Christiano mata Judio, ó Moro á tuerto en pelea, ó en otra manera, que debe haber la pena que en los sus privilegios se contiene. E sino han dello privilegio en algun Lugar, e lo han en otros Lugares, habrá esta misma pena que en los otros privilegios de los Lugares que contiene. E si no han pena puesta por privilegios, entonce debe haber

la pena de muerte, o despachamiento, ó en otra manera, así como el Rey tuviere por bien. E según derecho, no se debe dar tan gran pena al Christiano que mató al Moro, ó al Judío, como al Moro que mató al Christiano."

Por último, la ley CXXXII, preveía el supuesto de un hombre que requerido en auxilio de la Justicia por el Alguacil, le indicara este que matara a quien el oficial persiguiese y así lo ejecutara, cumpliendo dicha orden, en este supuesto no podía imputársele la muerte, pero sí al Alguacil quien solamente se encontraba facultado para prenderle.

Se excepcionaba un solo supuesto:

"...Pero si aquel que lo mató por mandado del Alguacil, según dicho es, es hombre que le quería mal, dáse a entender, que mas lo mató por malquerencia, que por mandado del Alguacil. E ambos á dos, también el, Alguacil como él, dáse á entender que ambos son en culpa, é son tenidos á la muerte".

El *Ordenamiento de Alcalá*, redondeó, años más tarde las hipótesis contenidas en la figura incluyendo las muertes en duelo o en pelea, con la única excepción de la legítima defensa

"... En algunas Cidades, Villas é logares de nuestros Regnos es fuero, e costumbre, que aquel, que matare á otro en pelea, que le den por enemigo de los parientes, é peche el Omecillo, e que non aya pena de muerte, por esto se atrevían los omes a matar. Por ende establescemos, que qualquier que matare á otro, aunque lo mate en pelea, que muera por ello, salvo si lo matare en defendiendose, ó oviese por si alguna raçon derecha de aquellas que el derecho pone porque non debe aver pena de muerte".

Las *Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*, definían la figura del homicidio "*como la cosa que hacen los hombres con tuerto a las veces con derecho*", es "*matamiento de otro*", describiendo tres maneras de llevarlo a cabo: cuando se mata un hombre "*tortíceramente*" cuando lo "*faze con derecho tornado sobre si*" y cuando "*acaee por ocasión*".

Las excepciones estaban dadas por la ocasión de la defensa de la honra de su mujer, hija, o hermana, la muerte del ladrón nocturno que resistiera la prisión del dueño de casa con armas, la muerte del que matare en defensa de su señor, la muerte del ladrón público o del que destruyere de noche campos, mieses, y casas, o de día, procediese amparando sus cosas, la muerte del robador de caminos, la muerte ejecutada por el desmemoriado o por el loco, eran por último, otros supuestos no comprendidos en la figura.

Las *Partidas* enumeran una serie de casos cuyos alcances se equiparaban al homicidio, aunque se sancionaban con penas diversas:

Tales eran la mujer que abortara a sabiendas, el padre o el maestro que castigaran cruelmente al hijo o al discípulo y de este castigo resultara la muerte del mismo, el que proporcionara armas a un tercero, conociendo su intención de matar, el parricida, el filicida, el fratricida y el uxoricida para quienes se reservaba la antigua pena romana del *culleum*, que asimismo se extendía al homicidio entre suegros, yerno, nuera, padrastros, madrastras o sus entenados.

La acusación de homicidio correspondía al cónyuge del fallecido, su padre, hijo, hermano "*e qualquier de los otros parientes*".

Pero si estos no ocurriese:

"Eftonce bien lo pueden fazer les otros, ef parioentes non y ouiere ninguno, que pueda, nin quiera acufar, nin de mudar la muerte del ame que ouieffén muerto eftonce bien opuede fazer cada vno del pueblo acufacion en aquella manera e ante aquellos juezes que dixi en el fiando de las acufaciones".

La *Novísima Recopilación de Leyes de España*, sancionada por Carlos IV en 1805, incluyó en su sistematización el contenido de la *Nueva Recopilación* de 1567, relativo al homicidio.

La norma general prevenía *que todo hombre que matara a otro a sabiendas muriera por ello*, con la sola excepción de

"... salvo si matare él su enemigo conocido, o defendiéndose; ó si lo hallare yaciendo con su muger, do quier que lo halle; ó si lo hallare en su casa, yaciendo con su hija o con su hermana; ó si le hallare llevando muger forzada, para yacer con ella, o que haya yacido con ella; ó si matare ladrán que hallare de noche en su casa, hurtando o foradándola; ó si le hallare con el hurto huyendo, y no se quisiere dará prisión; ó si lo hallare hurtándole lo suyo, y no lo quisiere dexar; ó silo matare por ocasion, no queriendo matarlo, ni habiendo malquerencia con él; ó si lo matare acorriendo á su Señor, que lo vea matar, ó á padre ó a hijo, ó á abuelo ó á hermano, ó á otro hombre que debe vengar por linage; ó si lo matare en otra manera, que pueda mostrar que lo mató con derecho" (Ley 4. T. 23. Lib. 8).

De la pena del homicidio se excluía además quien matara en pelea sólo si lo hacía en legítima defensa o por alguna razón derecha de aquellas que el derecho pone, como también quien matara no por razón de mal hacer o por ocasión.

Expresamente se disponía que los bienes del suicida, no teniendo descendientes, pasaban a la Cámara del Rey.

El morador de una casa donde apareciera un hombre muerto o herido sería tenido de responder de la muerte, salvo el derecho de defenderse si se pudiese.

La *Novísima*, preveía penas adicionales, de naturaleza pecuniaria, para quien matara al Aposentador Mayor del Rey, prendiera fuego a la casa de la víctima, matara o hiriera con saeta en ciudad o villa, o en la propia Corte, matara y asaltara en los caminos, matara violando tregua, matara o hiriera con arcabuz o pistolete, matara, hiriera o simplemente disparara trueno, espingarda, serpentina, ni otro tiro alguno de pólvora o ballesta, con la sola excepción de defensa de su casa en caso de combate.

Pero:

"...Quando dos hombres pelearen, y el uno quisiere herir al otro, y por ocasión matare á otro hombre alguno, el Alcalde debe saber cuál dellos volvió el ruido ó pelea; y aquel que lo volvió peche el homecillo, y aquel que lo mató por ocasión peche medio homecillo; y si la herida no muriere, el que gela dió peche la media calumnia, y el que lo revolvió peche la entera; y estas calumnias sean repartidas como manda la ley; y no hayan otra pena porque ninguno dellos lo quiso hacer" (Ley 12. Tit. 23. Lib. 8.).

Este es pues el esquema legal que reguló el tratamiento legislativo de la figura del homicidio, extensamente tratada a su vez por la doctrina que mereció con igual entusiasmo la preocupación de los teóricos y los prácticos.

Cifándose ajustadamente al esquema metodológico de las Partidas, José María Álvarez proclamaba en sus *Instituciones de Derecho Real de España*:

"... El tercer delito público es homicidio, el que no es otra cosa que dar la muerte a un hombre, sea libre o siervo. Esto se puede verificar de tres maneras o con dolo, es decir, con intención directa de matar, ó finalmente por acaso. De aquí, pues, nace la división del homicidio en doloso o determinado, en justo y casual. Solo el de la primera especie es delito, y el que le comete tiene la pena de muerte de horca, sin que escuse el que la muerte haya sido dada en riña ó desafío. No solo es culpable de esta especie de homicidio el que determinadamente vá a matar o mata á otro, sino también el que pone los medios para que muera. Así pues, debe ser castigados como homicidas: 1. los médicos y cirujanos que no sabiendo sus artes con perfección causan la muerte á alguno. 2. Las madres que procuran el aborto. 3. El boticario o botánico que vende bebidas, o yerbas nocivas, sabiendo que se piden para dar muerte a alguno. 4. El juez que maliciosamente da sentencia de muerte contra el reo que no la merece. 5. El que presta armas o auxilio para matar. 6 El que castra a otro".

El mismo criterio asumió Francisco Antonio de Elizondo y Jerónimo Castillo de Bovadilla en sus conocidos tratados.

Por su parte, en 1764, reflexionaba Beccaría:

“Los atentados contra las personas no son seguramente de la misma naturaleza que los que se cometen contra los bienes. Los primeros merecen siempre una pena corporal; porque si los grandes o los ricos pudiesen poner precio a los atentados contra el débil y el pobre, las riquezas que bajo la protección de las leyes deben ser premio de la industrias, vendrían a convertirse en alimento de la tiranía. No hay libertad, cuando permiten las leyes que en algunas circunstancias deje el hombre de ser una persona y se transforme en una cosa”.

Del mismo modo, Cayetano Filangieri expuso en su señera *Ciencia de la Legislación*:

“La existencia es el primer bien del hombre; y la primera obligación que contrae la sociedad con el ciudadano, es la de asegurársela. El pacto mas precioso que un individuo de esta sociedad puede violar contra otro individuo, es privarle de la existencia. Por consiguiente, el primer delito comprendido en esta clase será el homicidio. Sin el método con que hemos arreglado la distribución de los delitos; sin la diferencia que hemos establecido entre la cualidad de un delito y su grado; sin los cánones generales, que hemos indicado las reglas con que se debe discernir en cada delito el grado, esto es, la mayor ó menor malicia que se puede mostrar en la violación de un mismo pacto, nos hallaremos envueltos, así por lo tocante á este delito como á los demas, en piel inmenso número de cuestiones, divisiones y casos, que han llenado los volúmenes de los intérpretes, han embrollado á los legisladores, y han causado siempre, en unas partes mas y en otras menos, la confusión, el desorden y la imperfección en las legislaciones de todos los pueblos”.

Sin la riqueza doctrinaria de los autores que hemos citado y dirigiéndose pragmáticamente a los hombres que ocupaban el foro, abogados y magistrados trabajando en la instrucción de las causas y en la defensa de los reos, dos autores nos ofrecen una visión operativa del tema.

En su *Práctica Criminal de España*, José Marcos Gutiérrez le dedicó a la materia, páginas minuciosas acerca de las diferentes modalidades en las faz inicial.

El *Febrero o Librería de los Jueces*, de Eugenio de Tapia, incluyó, por su parte, copias desarrolladas de los formularios empleados en la sustanciación de las causas por homicidio que contenían pesquisas que el juez debía llevar a cabo, conforme con los diversos modos de concretar el

delito, amén de estudiar prolijamente las fases procesales de la instrucción y trámite de la causa.

Analizaremos a continuación la aplicación de este bagaje doctrinario y legal en una lejano confin del Estado español, como lo fue la jurisdicción de Córdoba del Tucumán en las postrimerías del siglo XVIII.

III. El Capitán de Salteadores ⁷

En 1794, confesaba el Marqués de Sobremonte los pesares que causaba a su gobierno la presencia de Juan Bautista Guayanes, mozo revuelto y pendenciero, robador de mujeres, cuatrero incorregible, morador de bosques, espesuras y montes *que desde sus tiernos años ha cometido atroces delitos* y que a voces destempladas desafiaba a jueces y comisionados: *La justicia me cojerá muerto, pero no vivo. Si me rodease el Alcalde, lo he de asegurar primero, que cayendo él, los soldados no han de hacer nada porque aunque mate diez más la misma pena he de tener.*

Habilísimo en el manejo del facón, dio muerte a puñaladas a José Ferreyra con un cuchillo de marca mayor tirándole una estocada directa que le partió el corazón, tras haberlo derribado de su caballo a pedradas, *limpiando luego la hoja del cuchillo en la propia crin de la cabalgadura.*

Los testigos convocados a declarar, develarían, luego al Juez Comisionado la frondosidad del entramado de odios rumiados, que albergaban y fundaban la causa misma del homicidio.

Ante ellos había jurado Guayanes matar a Ferreyra *Ha hablado mal de mí y no es la primera vez, y no ha de morir en otras manos sino en las mías* sentenció el cuatrero, en una ronda de alcohol, y de escondidos rencores que dispararon su venganza, por haberlo denunciado Ferreyra ante las Justicias, como *público robador de ganado.*

La prueba testimonial acreditó como desde pequeño Guayanes *andaba huido de su padre, y de las Justicias* robando continuamente haciendas de campo y mujeres hasta arrear incluso una tropilla de sesenta caballos y mulas que los vecinos recuperaron en Calchín, *donde lo dejaron tirado en el campo considerándolo muerto de un bolazo*, heridas de las que se repuso para luego proclamar *que andaba aburrido por los montes y que mas bien quiere juntar tres o cuatro para matar a los jueces que lo persiguen.*

Juan Bautista había hecho del robo sistemático de ganado un verdadero *modus vivendi* y así se mantenía, eterno jinete de caballos ajenos, sin que pudieran domeñarlo las partidas enviadas en su busca, amancebado

⁷ AHPC Criminales. 1794. Legajo 61. Expediente 5.

escandalosamente en los montes, *donde retuvo un tiempo secuestradas a las dos hijas del difunto Marcos Luna*, atribulando a todo el partido que le temía y huía a su paso, hurtando de su alcance mujeres y ganado, pese a ello es significativo la red de contactos mercantiles que logró el cuatrero entretejer, vendiendo a hacendados y vecinos del partido el producto de sus trofeos o intercambiando las cabezas, por ropa y otros avíos.

Pero el 3 de junio de 1794, el final se precipita, cuando una partida de vecinos que encabeza el Comisionado Echegoycen e integran el Cabo de Escuadra Juan Pedro Atay, José Dionisio Casas, Anselmo Rivera, Juan Prado y Martín López revisa minuciosamente la jurisdicción, arribando al paraje de la Toma donde vivía la madre, nada mas que divisar al Juez, montó Guayanes a caballo *arrancando de la falda del lomillo un estoque y echó a correr al grito de arrimense hijos de puta*.

Los perseguidores se lanzaron en una cabalgata frenética, alentados por el propósito explícito, que el Comisionado informa luego al Marqués de Sobremonde *de no dejar ir a tal homicida y destructor del vecindario aquellos bosques y harrancas*, en medio de la fuga intentaron lazarlo dos veces sin resultado, como también mancar su caballo con bolas, todo lo cual resultó infructuoso, por lo fragoso del lugar y su espesura, *quedando enredados los más, entre aquellos árboles espinosos*, no obstante estos apuros, continuó la carrera el Cabo Atay y el vecino Casas, logrando éste último derribarlo de su cabalgadura, merced a la aplicación de un certero garrotazo que le impactó en la cabeza, pese a la daga que empuñaba Juan Bautista y que esgrimió en la lucha cuerpo a cuerpo que siguió al derribo hasta el inmediato desembarco de Atay, *quien le puso la espada en el pecho amonestándole que se diese*.

En los movimientos que se sucedieron en la lucha *le dió una erida leve en el pecho y prosigüéndole siempre la lucha y teniéndole siempre la espada al pecho en uno de los movimientos violentos se le metió la espada en el corazón y en la tetilla izquierda*, porque definitivamente había llegado el momento de acabar, el propio Juan Bautista lo reconoció en un centellazo de lucidez y rogó a las Justicias: *Ya me doy no me lastimen*, pero no hubo tiempo para más, concluyendo de proferir estas palabras sus captores *le sintieron expirar como efectivamente quedó muerto en el paraje que llaman del Anzuelo a cuarta y medio de legua de la morada de su madre*.

Arribó de inmediato el Juez al lugar de la muerte donde constató las heridas que presentaba el cadáver, *certificando hallarlas como va referido, y que ellas mismas aclaran ser conforme va relacionado y me expresaron ambos dos que le dieron alcance*.

In continenti, se dispuso la remisión del cadáver al Cura y Vicario de Tulumba, José Francisco de Etchenique, el cual, en razón de los excesos cometidos por el difunto *se excusó de darle sepultura eclesiástica, haciéndolo enterrar en lugar profano por hallarse informado de su indignidad*

El oficio final donde el Juez Comisionado relataba lo sucedido al Marqués de Sobremonte, solicitando la aprobación de las diligencias cumplidas, que habían abarcado incluso, la detención de *dos conocidos ociosos y perjudiciales*, ponía especial énfasis en explicar la conducta de los vecinos que le habían acompañado, integrando la partida celadora que acabó con la vida de Juan Bautista.

Especialmente, un párrafo destaca la notoria bondad y arreglada conducta del Cabo de Escuadra Juan Pedro Atay *en cuya espada pereció*.

Las actuaciones concluían con la orden de sacar testimonio de todo lo actuado y remitir el correspondiente oficio al Ilustrísimo Señor Diocesano *el que en consecuencia de las diligencias se sirva practicar lo que estime conveniente y fecho vista al Fiscal, nombrándose para sus efectos Don Manuel Isidoro García que aceptara y jurara el cargo por el Actuario*.

Así concluyeron los autos que dan cuenta de la azarosa vida y muerte del reo que soñaba convertirse en el *Capitán de Bandoleros*, confiando a los vecinos su escondida aspiración de matar de una vez a las justicias que lo perseguían, *para irse de este mundo con más descanso*.

IV. La chaqueta manchada de sangre.⁸

Concluía el mes de julio de 1793 cuando Isidro Correas, un jovencito de escasos catorce años *transfugaba* de la casa de sus padres con el propósito de viajar hasta la lejana Buenos Aires.

El viaje que emprendió hacia la ciudad soñada lo llevaría, empero, hacia una muerte ansiosa y cercana que lo aguardaba anhelante, a escasas dos leguas de la ciudad.

Su cadáver, trasladado a los pórticos del cabildo, fue examinado en la jornada del 7 de agosto de 1793 por el médico Miguel de Mármol el que *peritó tres eridas, todas de necesidad mortales, una en la nuca hecha al parecer con elemento tundente, otra en el cuello donde estaba degollado y otra inmediata al estómago donde le salían las tripas, hechas ambas, al parecer con instrumento punzante y cortante*.

La corrupción del cadáver no impidió que fuera reconocido como el hijo de Antonio Correas y de Paula Pérez.

⁸ AHPC. Criminales, 1793. Legajo 58 Expediente 2.

El reguero de rastros que el asesino dejó en su accionar, permitió su rápida detención y puso de manifiesto los móviles del crimen.

El 18 de agosto compareció en la causa Pedro Juan Ballejo, quien relató que estando en una pulpería, había recibido de parte de un mozo que oyó decir *ser santiagueño* la oferta de comprar una chaqueta. Cuando el declarante le impusiera que no tenía dinero, se le contestó *que no importaba, que la tomara de balde*, propuesta que Ballejo desestimó, aclarándole *que la tomaba en fiado por el precio de seis reales*.

La chaqueta manchada de sangre en el cuello y bajo el brazo fue el certero señuelo que llevó a desenmascarar al asesino, asegurándolo las Justicias en la Real Cárcel de la ciudad.

Resultó ser un pardo libre llamado Francisco Acuña, natural de la Dormida, de oficio carpintero, de treinta y seis años *poco más o menos*.

En la prueba confesional admitió no tener motivos para el asesinato cometido, *sino el corto interés del recadito y ropa que lucía el finado*, el cual *hace cosa de trece días le había pedido que lo condujera a Buenos Aires porque andaba prófugo de su padre y lo alzo en ancas de su caballo con su propio recado y lo llevó a distancia de dos leguas de esta ciudad*.

Refirió luego como al llegar desensillaron e hicieron fuego para calentarse, hasta que se echaron a dormir y estando ya dormido *le pegó un macanazo en la cabeza, lo degolló y le dio otra puñalada más en las inmediaciones de la boca del estómago con lo que quedó enteramente muerto*.

Describió el arma homicida como *un cuchillo con punta* que le facilitó la tarea y con el cual, rápidamente pudo completar su obra, que concluyó, desnudando el cadáver y dejándolo tapado *con una sabanita verde*.

Los avíos hurtados al desgraciado joven se componían de una chamarra, ponchillo, calzones de terciopelo de algodón, calzoncillos botas y medias y una camisa que el homicida desechó, *por estar llena de sangre*. Manifestó que *después de la avería* se vino a la ciudad y *la chamarrita se la dió a un mozo sin interés ninguno*.

La prueba testimonial arrimó otros detalles a la reconstrucción del suceso, la intervención de terceros en el reparto de las ropas comprometió sin dudas la responsabilidad del pardo libre.

Todo ello llevó al Fiscal de la causa a sostener *que en atención a las atroces circunstancias, inauditas y horribles en que el hecho se había cometido*, enumerando el engaño, la amistad y confianza infundida al niño, la premeditación, el ruin e infame motivo que lo impulsó a aprovecharse de su escasa ropa, la calidad de pardo que ataca a un hijo de españoles, el sacarlo a despoblado, el hacerlo cariñosamente dormir consigo e indefenso para

quitarle la vida dormido, etc., admitían la dispensa de las pruebas más extensivas, contrayéndose a las suficientes *porque en tales premeditadas ejecuciones no dan lugar a más investigaciones que las practicadas y así aunque parezca que se obra extrañamente no es de intento sino que el estudiado caso así lo pide.*

En cuanto a los argumentos esgrimidos por el Defensor General de Pobres *de la naturaleza ignorante de las gentes de Santiago, unidos a la rusticidad*, suplicando la aplicación de una pena arbitraria por grave que fuera y no la capital, el Fiscal, Juan Bautista de Isasi replicaba *que la dispensa de la rusticidad no podía aplicársele pues el oficio aprendido no se ejercitaba en despoblado sino en la civilidad de la república, esto y su edad le hacen conocer los motivos criminosos que van expuestos en cuya virtud debe la Justicia imponer la pena correspondiente a tan execrables delitos.*

El Asesor consultado, Victorino Rodríguez aconsejó la aplicación de la pena ordinaria de muerte, con elevación de los autos a la Audiencia de Buenos Aires. Citadas las partes para sentencia, el fallo dictado a las diez de la mañana del 2 de septiembre de 1790 por el Coronel de Milicias y Alcalde Ordinario de Primer Voto Antonio del Castillo, condenaba al reo *a la pena ordinaria de muerte de orca, a la cual sea llevado arrastrado en un cuero desde la real Cárcel hasta el lugar del suplicio, y después sea descuartizado, poniéndose cada uno de estos quartos, asegurados en un madero en los caminos principales que salen de esta ciudad y la cabeza con la mano derecha en el lugar donde perpetró el homicidio para que sirva de ejemplo y satisfacción de la vindicta pública, que por esta mi sentencia definitiva obrando y haciendo justicia así lo pronuncio determino y mando con condenación en costas.*

El 2 de noviembre de 1793 confirmaba la Real Audiencia el fallo del Alcalde de Primer Voto, que en recurso de vista y revista le había llegado.

Vueltas las actuaciones a la jurisdicción de origen, se le notificó al reo la decisión de la Alzada, *prevenida la custodia de tropa arreglada y los sacerdotes que han de acompañarlo y auxiliarlo hasta el suplicio* y el 9 de enero de 1794 se procedió a dar *completa ejecución en todas sus partes* a la misma como lo testimoniaba el Escribano Público de Cabildo Martín de Arrascaeta, con cuya mención concluyen estos autos, que sobresalen, en el concierto de las causas tramitadas ante la justicia capitular, por la fragilidad de los motivos por los cuales se llegaba a desencadenar el delito de homicidio.

V. Un terrón de azúcar.⁹

Al iniciarse el mes de octubre de 1806, Juan de la Cruz Hidalgo, casado en la ciudad de San Juan y Bonifacio de Nuñez, soltero, de edad de 19 años, sin oficio conocido pero que se mantiene de sus conchabos, forasteros provenientes del Reyno de Chile que habían sido contratados por don Esteban Toledo en la ciudad de Córdoba para llevarlos a trabajar a las minas de Famatina acampaban, en el Paso de Quilamba, en un paraje inmediato a Las Totoras, camino a la ciudad de La Rioja, descansando de una larga jornada de viaje, aprontándose para pasar la noche. Cuando rompió el nuevo día, Nuñez fue enviado por su patrón a juntar las mulas mansas que durante la noche se habían echado a pastar, en tales afanes debió emplear varias diligencias que le ocuparon media mañana, pues una de ellas, una mulita castaña de paso, se había extraviado, tornando luego con el animal al lugar donde acampaban. La demora incomodó mucho al patrón, el peón se percató de ello y se dispuso a tomar el mate matinal pidiéndole a Toledo un terroncito de azúcar, que con las llaves que solía manejar abrió y extrajo de las petacas del patrón.

Toledo se opuso inmediatamente a que tomara el terrón y al reprocharle Nuñez que le negara *lo que no era suyo pues todo era de don Xavier Cabeza, vecino de Mendoza*, reaccionó Toledo agarrando una pistola trabuco y le puso el punto a Nuñez, movimiento que provocó la respuesta de los peones, uno de los cuales asió prestamente un leño entre los maderos que alimentaban el fuego, y enarbolándolo le partió a Toledo la cabeza a garrotazos con lo que la cabeza *quedó echa pedazos* aplicándole quizá, también, una feroz puñalada en la tetilla derecha, herida cuya autoría negaron posteriormente los reos, atribuyendo los cortes que presentaba el cadáver a *una lajas afiladas que para ocultarlo le arrojaron, una vez que lanzaron el cadáver por un despeñadero.*

Cometido el crimen, los peones revisaron los bolsillos del difunto donde hallaron *tan solo cuarenta pesos que se repartieron por mitades*, por cuanto, al decir de los homicidas, *el resto de los doblones los había gastado.*

Toledo en Buenos Aires, India Muerta y en la Punilla donde el finado había dejado también *generosos fiados* y escondieron el cuerpo con tierra, malezas y piedras, lanzándolo por una barranca, desde la cual le arrojaron una nueva cantidad de rocas afiladas.

⁹ AHPC. Criminales 1808 Legajo 113 Expediente 3 y Criminales. 1810. Legajo 117 Expediente 5.

Acabadas estas fatigas, los peones pasaron al paraje de Las Totoras, *cosa de seis días donde jugaron y bebieron en casa de José Manuel Heredia* decidiéndose luego a *caminar para los llanos de la Rioja*, conchabándo de baqueano a Bernardo Heredia, vecino del Vallecito.

Josef Ignacio Barrera es el Juez Pedáneo del Partido de la Higuera que inicia, el 11 de octubre de 1806, la sumaria información que forma *cabeza del proceso*, solicitando la colaboración del cura de Pichana *para que este pase con el auxilio necesario en seguimiento de los dichos matadores y habidos que sean me los traigan bien asegurados para remitirlos a la disposición del Superior Gobierno de la Capital de Córdoba*, acompañaba cumplida cuenta del inventario de los bienes de Toledo que integraban *un par de estribos y hebillas de plata y cucharitas y tenedores de plata un par de calzones de pantalón negros, otros calzones amarillos, un justillo de seda, un poncho viejo, algunos trastos inútiles, un cencerro quebrado, una petaca, una marca de señalar, dos fustas y un par de mulas mansas*.

El inventario se completó con la descripción de cartas, licencias, recibos y *papeles varios* y otros enseres que Toledo portaba para su empleador Francisco Javier Cabeza.

La aprehensión de los reos se verificó en el paraje de La Hedionda y los gastos de la partida fueron solventados de los bienes secuestrados por el Juez al difunto. El reconocimiento y la individualización de estos bienes originó un sinnúmero de diligencias, pues los mismos habían sido entregados en pago por los gastos del sepelio y por las gestiones de captura de los homicidas, que encabezaron el *Curaca del paraje*, junto a indios de su jurisdicción.

Producida la diligencia de las pruebas, la Fiscalía solicitó la pena de muerte, en tanto la defensa se inclinó por la aplicación de penas arbitrarias, merituando el caso, al no contar con prueba suficiente que desmereciera la posibilidad del eximente de legítima defensa, como habían sostenido ambos reos en sus confesiones, siendo este, argumentó el Defensor General de Pobres, Benito de Rueda, *el sentir de los sabios regnícolas y en especial Antonio Gómez fundadas en que la condenación por homicidio se haría por meras presunciones y no en virtud de una prueba terminante y decisiva, clara como la luz del mediodía que necesita contra el reo*.

Otro de los argumentos que esgrimió el Defensor fue la apelación a la equidad *fiel compañera de la justicia, más pronta para quitar la pena o absolver al reo que para condenarle, cuando el delito no está claramente probado, sino dudoso como el de mis protegidos porque es cosa mas santa y justa dejar absuelto al culpado que condenar al inocente*.

El 27 del mismo mes compareció ante el Alcalde de Segundo Voto, Cabo Escuadra de la compañía del Valle de Translasierra José Manuel Heredia, cuya remisión había sido solicitada para proceder a la averiguación de cómo se habían desaparecido los bienes hurtados a Toledo tras su muerte.

Asegurado en la Cárcel Capitular, Heredia se presentó en autos, protestando su buen nombre y fama, y relató que en el paraje de Las Totoras donde habitualmente residía, habitaban cuatro familias cercanas unas de otras y cuando estos malhechores llegaron allí, se albergaron en casa de Francisco Barrera, donde se mantuvieron tres días anoticiados de que en mi casa mantenía bebida explicando a continuación los dineros que había recibido de parte de los reos por los consumos efectuados.

El 19 de febrero de 1807, el Alcalde de Segundo Voto, Francisco Antonio González le tomó declaración bajo juramento. Manifestó ser español, casado, de más de treinta años, que no tiene oficio alguno, *pero que se mantiene con sus curtiembres, sembradillos y con su haciendita*. Reconoció haber admitido en su casa para jugar a Santiago Astrada, Francisco Velis, Eugenio Castro y los presos de la Real Cárcel, Juan de la Cruz Hidalgo y Bonifacio Nuñez *que gastaron, afirmó, entre ocho o diez pesos en aguardiente, que el máximo dinero jugado era de cuatro o seis pesos y que al tiempo de irse, después que concluyó el juego, Bonifacio le cambió al confesante una onza por siete pesos, la que entregó al Juez Ignacio Barrera y tres pesos en plata por el aguardiente que gastaron dichos reos*.

En razón de sus dichos, se dispuso su inmediata libertad, previo abono de nueve pesos como depósito de los bienes del finado Toledo.

El Fiscal, Josef Manuel González, pidió una nueva confesional a los reos, para que se probaran la calidad del arma efectivamente esgrimida por Toledo, las distancias que mediaban entre los agresores y su víctima, la cantidad de garrotazos que recibió realmente el patrón y la precisión del momento en que perdió sus signos vitales, el destino de las onzas de oro que portaba el difunto, por cuanto solo han admitido repartirse entre ambos cuarenta pesos plata, siendo que en la cárcel se le secuestraron piezas de oro.

El nuevo interrogatorio se llevó a cabo conforme los pliegos presentados por el Fiscal, el 11 de septiembre de 1807. Ambos reos, tras los interrogatorios y careos a los que fueron sometidos, dijeron que Toledo les había amenazado con un trabuco, a cuatro pasos de distancia, que los garrotazos fueron dos, muriendo al segundo y que el dinero que se repartieron fue realmente de cuarenta pesos plata *en tanto las onzas de oro las*

reservó Bonifacio Nuñez y acabaron distribuyéndose entre los soldados y el Alcalde de la partida que lo capturó, los soldados de la guardia de la cárcel y los presos de la Real Cárcel, Gregorio Cabral y un paraguayo alto que se dice se fue a Buenos Aires.

Concluido el período de prueba se presentaron los alegatos de las partes. El Fiscal desmereció, por no considerarla suficientemente probada en autos, la estrategia de la defensa que insistía en la oportunidad de una legítima defensa que se habían visto obligados los reos a ejercer. Por su parte, el Regidor Defensor General de Pobres, Lorenzo Antonio Maza insistió *en la legitimidad de la defensa natural que habían ejercidos mis protegidos al ejecutar la muerte de Toledo. Defensa natural, argumentó, que le era facultativa y no podía negársela para evadir el mismo mal que intentaba ejercitarse contra ellos...* como aparece uniformemente en sus confesiones, únicas pruebas en esta causa.

Seguidamente el Defensor General de Pobres agregó una nueva circunstancia a la causa: la denuncia de un grave padecimiento que sufría el reo Juan de la Cruz Hidalgo, para el que solicito inmediata asistencia médica.

Esta se verificó el 1 de Diciembre de 1807 por el Doctor en Medicina y Licenciado en Cirugía Médica Don Pablo Pastor, quien reconociendo al preso diagnosticó haberlo *hallado gravemente enfermo de un dolor pleúrico maligno, complicado con una disentería pútrida por el poco aceo de las cárceles o pieza donde habitan los presos y no pudiendo verificarse allí la curación del reo aconsejaba pasar al hospital con la mayor verdad, porque urge la suministración de los remedios espirituales y corporales.*

El cumplimiento de estos menesteres se vio entorpecido por la falta de tropa para proveer la custodia del reo, en previsión de la posibilidad de una fuga en el trámite del traslado al hospital de los Betlemitas, como lo hacía saber Santiago de Allende el 2 de diciembre de 1807 al Comandante General de Armas.

Finalmente, el fallo de esta primera instancia fue dictado, con dictamen del Asesor, el 28 de enero de 1808, por el Regidor, Alférez Real, Alcalde Ordinario de Segundo Voto, en depósito de vara, Francisco Vázquez Maceda.

El Alcalde consideró suficientemente probados los extremos sostenidos por la Fiscalía en relación al reo Juan de la Cruz Hidalgo, a quien condenó, con consulta a la Real Audiencia a la pena ordinaria de muerte, suspendido en la horca, en la forma acostumbrada, en tanto Bonifacio Nuñez era condenado a recibir cien azotes, distribuidos en los cuatro cantones de esta Plaza y ocho años de Presidio, cuya designación queda a cargo de su

Excelencia, publicándose esta sentencia por voz de pregonero, sin condenación expresa de costas por ser pobres.

La defensa apeló el fallo, recurso admitido, con la aprobación de la Fiscalía *en homenaje al maior convencimiento y honor de la justicia y testimonio de todo lo actuado*, para su resguardo en el Juzgado de origen a fin de agilizar la remisión de los actuados a la Audiencia.

La sentencia definitiva de la Alzada fue pronunciada el 10 de septiembre de 1810 mandándose revocar la sentencia suplicada y condenando a Juan de la Cruz Hidalgo a doscientos azotes y diez años de presidio, en tanto Bonifacio Nuñez se hacía acreedor de igual número de azotes y ocho años de presidio.

Este fue, pues, el trámite que sufrió la larga causa tramitada entre los años 1806 a 1810, de los peones que se alzaron contra su patrón, acabando con su vida, en un paraje desolado, camino a la Rioja, nacida de un pretexto mínimo que encendió una hoguera de furia.

VI. Mujeres apasionadas¹⁰

El trámite judicial de las causas donde se sustancian delitos cometidos por la mujer, se convierte, en ocasiones, en un campo fértil e inexplorado para que Fiscales y Defensores reflexionen sobre la condición de la mujer, la versatilidad de su carácter y su vinculación con el delito¹¹.

Otros aspectos significativos de la personalidad femenina, que incidían decisivamente en su conducta tales como la sujeción a la figura del hombre, el apocamiento, inseguridad, debilidad de su carácter, escasa o nula instrucción, etc, fueron incluidos en alegatos y dictámenes y pasaron, en ocasiones, a los textos de las sentencias.

Un ejemplo ilustrativo de esta modalidad, que albergan los expediente indiano de crimen, es el alegato presentado por el Regidor Defensor

¹⁰ AHPC. Criminales 18

¹¹ Tal es el caso de Bárbara Ferreyra, a quien los testigos de su causa reconocen por *Bambolita*, mujer casada con el vecino Tomás Suárez, un marido ausente, cuya lejanía sume a *Bambolita* en un mar de dudas. Enamorada de Roque Peralta, traba ilícita amistad con él recibéndolo en su casa y en su lecho hasta la aciaga noche de 1796, en que Roque Peralta muere en la cama de *Bambolita* y la esposa adúltera por temor a su marido y *que no dijese que había muerto en su cama, lo había llevado orrastrando a la casa del difunto, jalándolo a campo traviesa, no por la senda o camino regular... sino por afuera entre las yerbas y malezas con el designio de no ser descubierta por el rastro que dejaba el cuerpo hasta depositarlo frente al mojine de la propia casa del difunto*. La instrucción y trámite de la causa originaron un largo pleito que llevaron a *Bambolita* a habitar la cárcel por espacio de

General de Pobres, Pedro Méndez en la defensa de Josefa Herrera, acusada de homicidio donde sostuvo:

...Una aprehensión fuerte cual conciben las mujeres en sus primeras ideas, las precipita a cometer excesos de que huye despavorida la voluntad después que se reflexionan sobre sí mismas. Estas consideraciones manifiestan claramente que habiendo sido cometido el delito contra una persona débil y miserable, acreedora a la compasión, ternura y cariño que en otras veces le había manifestado por su corta edad como es de creerse, atendido el carácter del sexo, miserable y más débil por su constitución, que la misma autora de su muerte en las críticas circunstancias en que se ejecutó, hacen ver que un espíritu inquieto y agitado por las violentas pasiones del susto y de la ira le privan del conocimiento necesario para obrar conforme razón... Exponer que tal es el delincuente que comete un exceso con ira repentina nacida del dolor en materia de honra es excusado hacen ver que fue una mujer frágil, rústica e ignorante la que se atrevió a ejecutarlo, es inútil por sus sencillas respuestas, el lugar de su nacimiento y los principios de una educación de campo en que ya se sabe la libertad con que se procede, dan a conocer esta verdad manifiesta y que ésta fue una acción repentinamente perpetrada, cuyos funestos efectos no pudieron prevenirse...¹².

varios años. Finalmente el 18 de octubre de 1798 el proceso contra Bárbara Ferreyra, Bambolita, llega a su fin. El Alcalde de Segundo Voto, Pascual de León le impuso dos años de servicio en el Hospital de Mujeres. *Atento el mérito del proceso, conformado en lo principal con el referido Dictamen del Asesor consultado que debo de declarar y declaro que el Fiscal de la causa no ha probado lo que debía probar para constituir la rea, y autora de la dicha muerte, y que ésta ha probado bien y cumplidamente sus excepciones, y a su nombre el Regidor Defensor de Pobres doy por bien probado y en consecuencia que no se encuentra mérito en los autos para condenar a Bárbara Ferreyra en calidad de homicida para que sufra la pena tasada por la ley correspondiente a su delito, del que la declaro por libre... la condeno a la pena de destierro por el término de dos años del lugar de residencia a servir en el Hospital de Mujeres de esta ciudad del cuidado de enfermos y demás que le ordenase la supervisora que sea concerniente a utilidad de la casa Hospitalaria y no quebrantarla bajo apercibimiento que desde ahora se le impone, de dos años más de servicio...* Y es en este duro destino donde la muerte sorprende a Bambolita, cuando la Real Audiencia decretaba, el 1 de diciembre de 1802, por compurgada la pena por la larga carcelería sufrida y le imponía su libertad, apercibiéndola a que mejore su conducta. Y es en este duro destino donde la muerte sorprende a Bambolita, cuando la Real Audiencia decretaba, el 1 de diciembre de 1802, por compurgada la pena por la larga carcelería sufrida y le imponía su libertad, apercibiéndola a que mejore su conducta.

¹² Josefa Herrera es una mulata, de estado civil casada, natural del Curato de San Javier, cuyo ejercicio es el que tienen las mujeres, puesta presa y asegurada en la real Cárcel

El homicidio no es empero un delito que la mujer cometa con abundancia. Protagonizado, casi con exclusividad, en el reducido ámbito doméstico y ejecutado generalmente con cuchillos de cocina u otros instru-

por el homicidio cometido el 4 de julio de 1805 contra el niño Gerónimo Miranda, al que suponía cómplice en la sollicitación sexual que un antiguo amante le proponía, utilizando para ello, un cuchillo de zapatero que halló en un cajón

Tras el laborioso trámite de la larga causa los días de Josefa Herrera llegan a su fin. El 6 de abril de 1808, la Real Audiencia de Buenos Aires confirmaba la sentencia pronunciada el 16 de octubre de 1807 por el Alcalde cordobés de Segundo Voto Bruno Martínez, que condenaba a Josefa a la pena ordinaria de muerte: *...en la causa criminal que de oficio de la Real Justicia se sigue contra Josefa Herrera, por la muerte que ejecutó en la persona del menor Gerónimo Miranda, degollándolo con cuchillo... habiendo visto y meditado seriamente sobre el mérito de estos autos, el resultado del sumario, confesión de la expresada rea, acusación fiscal, alegatos de su defensa y demás pruebas, diligencias y ratificaciones. Fallo: atento a todo lo expuesto que debo declarar y declaro que la parte fiscal ha probado como debía sus acusaciones, doy por bien probado y que el Regidor Defensor de Pobres... no ha acreditado y probado bien y cumplidamente sus acepciones, declarándolas por no bien probadas, en consecuencia de la cual debo condenar y condeno a la precitada Josefa Herrera a la pena ordinaria de muerte, suspendida en la horca en la forma acostumbrada. La sentencia fue apelada y en vista y revista de causa, consideró la Audiencia los autos, no haciendo lugar al recurso deducido por el Defensor de Josefa, que basó su alegato en la fragilidad del carácter de ésta, que en aquella ocasión fatigaba, la débil imaginación de mi protegida: *No hay pasión tan vehemente que no sea capaz de hacer estragos en las fibras delicadas del cerebro y mucho más en una mujer que por su constitución tiene bastante con un susto para trastornarse del todo. Es más digna de lástima que de penas, y no es extraño que en las precedentes incumbencias se confiese culpable sin serlo, pues su fatuidad no es fácil fuese advertida por los acusadores, testigos y juez. El miedo de la pena y de la infamia es capaz de pervertir el uso de la razón a genios demasiado pusilánimes, cuales son los de las mujeres.* Rechazado pues el recurso se confirmó la sentencia y mandose proceder a su ejecución. Extraída la presa del calabozo fue llevada Josefa Herrera a la capilla de la cárcel donde permaneció hasta el cumplimiento de la pena, a cuya entrega procedió el Alcaide Carcelero prestando expreso consentimiento.*

El Escribano de Cabildo Bartolomé Matos de Azevedo dió ajustada noticia de la ceremonia de la muerte que se inició con la extracción de Josefa de la Real Cárcel: *...siendo, las nueve y media de la mañana, habiendo hecho Miguel Moncada, Alcaide de la Cárcel entrega que ofrecía de la persona de la rea Josefa Herrera a don Manuel Casimiro González que hizo de Ministro Ejecutor, por fallecimiento del Alguacil Mayor don Antonio de las Heras Canseco, para dar cumplimiento a lo mandado fue sacada de la capilla donde se hallaba con asistencia del expresado Ministro de Justicia, de mí el presente escribano y auxilio de soldados con el Pregonero delante el que iba publicando en alta e inteligible voz el pregón del tenor siguiente: Esta es la Justicia que manda hacer el rey Nuestro Señor y en su Real Nombre el Señor don Bruno Martínez, Alcalde Ordinario de Segundo Voto, en esta mujer por la muerte que executó en la persona del muchacho denominado Gerónimo Miranda, la que ha sido condenada a la pena de muerte en la horca. Quien tal hace que tal*

*mentos caseros, registra empero una víctima preferida, que es siempre el compañero, marido, novio u amante de la acusada.*¹³

Un caso de excepción es el filicido, la muerte del hijo definido en la Ley 12 del Título VIII de la Partida Séptima, que el Fuero Juzgo había enérgicamente condenado teniéndolo *por ninguna cosa non es peor que los*

pague. Fue conducida en derecho a la plaza donde se hallaba una horca con un torno de hierro al pie de ella y después de haberle dado garrote en él, fue colgada del pescuezo por Lorenzo Molina, ejecutor de sentencias, quedando al parecer muerta, hecho todo lo referido se pregonó por el mismo verdugo el siguiente edicto delante de un numeroso concurso de gente. El señor Bruno Martínez, Alcalde Ordinario de Segundo Voto manda que persona alguna de cualquier estado no saque de la horca este cadáver que queda colgado de ella pena de la vida, Nuestro Señor y en su Real Nombre el Señor don Bruno Martínez, Alcalde Ordinario de Segundo Voto, en esta mujer por la muerte que executó en la persona del muchacho denominado Gerónimo Miranda, la que ha sido condenada a la pena de muerte en la horca. *Quien tal hace que tal pague.* El cuerpo de Josefa Herrera, colgado de la horca que se alzaba en la Plaza Mayor, fue retirado después por el Hermano Mayor de la Hermandad de la Santa Caridad, quien suplicó al Juez de la causa: *...se sirviese mandar se le entregue el cadáver de Josefa Herrera, que se halla aún colgado de la horca para darle eclesiástica sepultura: y en consecuencia difirió a ello dicho Señor Alcalde, en cuya virtud y siendo como las tres de la tarde poco más o menos se le hizo entrega del expresado cadáver por dicho verdugo, lo que, pongo por diligencia. Matos Azevedo.* Lo acontecido le fue puntualmente informado a la Audiencia, acusando ésta recibo, por oficio al Alcalde del 7 de diciembre de 1807, que suscribía Marcelino Calleja Sanz.

¹³ Acusada del homicidio de su marido, Mariano Falcón, Margarita Montiel, ingresa, en 1786 en la Cárcel Capitular. Su estancia entre rejas se prolongó varios años. Siete larguísima años debió aguardar Margarita tan sólo para que la Audiencia de Buenos Aires dictara la sentencia definitiva. Hasta donde nuestra investigación ha avanzado, en el cotejo de los Libros de Visita de Cárcel, Margarita fue una de las presas que más tiempo permaneció en el calabozo de la cárcel capitular de Córdoba del Tucumán. Su condición de presa antigua le deparó el usufructo de algunos privilegios como el dormir en el calabozo común en una cama con estrado, los cuidados de sus compañeras de pesares que se turnaban para atenderla en los achaques que padeciera en el verano de 1791, el depósito de sus confidencias y una solidaridad anudada sobre la desesperación y la impotencia, que la llevó a liderar la rebelión que las presas encabezaron en febrero de 1792, con la decidida ayuda del Regidor Defensor de Pobres, Francisco Antonio González. Su primera condena le llegó el 6 de marzo de 1792 en el dictamen del Alcalde Ordinario de Primer Voto de la ciudad de Córdoba la pena ordinaria del *culleum con la calidad de arrojarle al río en un saco con perro gallo culebra y mono y al pago de las costas.* Apelada la sentencia la audiencia revocó esta inicial condena por la pena de diez años de reclusión a disposición del Excelentísimo Señor Virrey como lo testimoniaba a 9 de febrero de 1793, el Escribano de Cámara, don Facundo de Prieto y Pulido, ejecución que aún un año después, el Escribano de Gobierno Don Juan Manuel Pedriel objetaba el 11 de febrero de 1794 manifestando la imposibilidad que siente este Gobierno de remitir asegurada a Margarita Montiel por la falta de fondos de que echar mano y repetidas experiencias de su mal logro por la vía ordinaria de las Justicias y Oficiales de campaña.

padres que no piadan e matan a sus hijos.. e si alguna mujer libre o sierva mata a su fijo... el juez de la tierra luego que lo sopiere condénese la por muerta, o sin non la quiere matar, ciéguela.

Veremos a continuación como se sustanció una causa por filicidio en la jurisdicción en estudio.¹⁴

Un día de mayo de 1802, María Victoria Ramírez, joven de diecinueve años, española, natural de Río Seco, dió voces desesperadas que se le había perdido *una hijita suya de pecho, llamada María Mercedes.*

Salieron varios vecinos en busca de la infantita, a la cual, tras pocos afanes, encontraron en el fondo de un pozo de agua seco, distante cuatro cuadras de la casa materna, *degollada y con una herida en su cuerpecito, debajo del ombligo.*

El testigo Montenegro advirtió asimismo *manchas con sangre en las ramas espinosas con el pozo había sido cubierto* y un rastro de mujer que iba desde la casa donde moraba la madre hasta el pozo.

Tras las diligencias sumariales que inicia el Juez Pedáneo del Partido, Pablo Ilario Castellano, por denuncia recibida, abriendo *cabeza de proceso*, fue citada la acusada a declarar. Manifestó que embarazada de su novio y abandonada por éste, había matado el fruto de sus contrariados amores, *una niña de cinco a seis meses de edad*, cuando en el cruce de un camino se topa con el padre de su hijita, *que llevaba en las ancas de su caballo a otra mujer.*

...que la causa que tuvo para matar a su hija, fue porque el padre que fue de ella engañó a la que declara con palabra de casamiento y se casó con otra que la mató dándole con un cuchillo una puñalada en el pescuezo, sujetando el cuerpecito.. y echándolo luego a un pozo seco que estaba cerca de su casa.

La confesión de María Victoria dispara su inmediata detención. Asegurada con *un par de grillos* y bajo custodia es remitida a la Real Cárcel de la ciudad.

El 21 de enero de 1803 el Fiscal de la causa Domingo Baro formalizaba la acusación, merituando el concurso de *alevosía y premeditación con que se ha cometido el crimen* solicitando *pena de muerte a cumplir en la orca con las calidades de parricida con premeditación y alevosía*, conforme lo establecido en la Ley 2da Título I Partida 7 y la Ley 8 del Título 31 de la Partida 7, y el Auto 19 del Título II del Libro 8 de la Recopilación que

¹⁴ AHPC Criminales 1807. Legajo 106. Expediente 2.

manda executar dicha pena contra el mayor de diez y siete años, pues castigado de este modo este execrable delito quedará satisfecha la vindicta publica y servirá de temor y escarmiento a otros.

Las diligencias de verificación de los dichos de la confesante determinaron el libramiento de carta orden al Juez Pedáneo *para que a la mayor brevedad pase el correspondiente oficio al Cura y Vicario de su partido, a fin de que se sirva permitir se desentierre el cuerpo de la hija de la rea María Victorias Ramírez para que dicho Juez, asociado de dos testigos haga reconocimiento de él y de las heridas o herida que tenga y en que parte o partes del cuerpo, asentando dicho reconocimiento.*

El Defensor, Juan Prudencio Palacios, argumentó en resguardo de la joven, que siendo una muchacha española *casta y recogida, y de menor edad*, había sido engañada con palabra de casamiento *por quien fingió viaje para traer dinero para dicho casamiento y pasados ocho meses resultó casado, con manifiesto agravio de su honor, fama y buen nombre y aunque corría esto por el vecindario, nunca creyó ser cierto por no ser compatible a hombre alguno semejante infidencia.*

Relató luego el Defensor la angustia y el dolor de María Victoria, cuando con sus propios ojos vio como aquel que la había seducido y *engañado pasaba con una moza en ancas, y que le hacia una especie de burla o mofa.*

Argumentó, seguidamente, el Defensor como *la desesperación y la furiosa y demencial cólera que siguió a este descubrimiento* enceguecieron de tal modo la razón de la joven Ramírez, *que no pudiendo vengarse en el autor de su deshonor, tomó a su hija parte infeliz de aquel engaño y la degolló como consta.*

A ello sumaba la circunstancia de su menor edad, que no pudo acreditarse por registros parroquiales, pero se sostuvo por los dichos de los testigos que recordaron como *María Victoria nació en tiempo del finado don Anastasio Cabrera y que fue bautizada por un secular, motivos por los cuales no se encuentra esta Partida, y sobre un poco mas o menos la regulan de veinte a veinte y dos años.*

Los testigos convocados a declarar, José Manuel Reynoso, Juan José Torres y Peraldo Cuebas, vecinos y residentes en el partido de Piquillín, algunos de ellos parientes cercanos de la acusada, completaron el cuadro de situación: la niña había sido degollada, la cabeza se encontró completamente separada del cuerpo y este *con una herida en la barriga por la que se salieron las tripas.*

Los restos de la infantita recibieron cristiana sepultura en la Capilla del Pozo de Quiroga, del trámite y diligencias del entierro se ocuparon parientes y vecinos que no contaron con la presencia de la madre.

Pero los días de María Victoria en la cárcel revelarían otras facetas de su personalidad, que bajo juramento sus hermanas de infortunio, se encargan de evidenciar:

...por cuanto han observado y advertido que por tiempos y en ciertas estaciones padece varios movimientos de furia o locura hablando palabras desacompañadas y rompiendo en otras señales extraordinarias...

Su compañera de calabozo Teresa Amarante relató el 8 de octubre de 1804, que le conoció en varias ocasiones, *que no estaba en su sano juicio por las razones que decía, muy fuera de propósito y que también se ponía a veces furiosa como que en una ocasión, estando en suna paz con la que declara se agarró del pescuezo diciéndole mira que te mato y se le escapo y fue a dar contra las otras presas y que le ha oydo decir ojalá me ahorcaran y otros despropósitos y que parece no estar en su sano juicio*, extremos que ratificaron el propio Alcalde carcelero el 8 de octubre de 1804 afirmando *que desde que entro presa a esta Cárcel le he reconocido no hallarse enteramente en su sano juicio* y varios testigos Brígida Gómez, Casimiro Peralta y José Sánchez y hasta los vecinos de su partido José Luna, Vicente Peralta y Pedro Rodríguez y la propia madre de la rea, María Antonia Torres que relataron con lujo de detalles como una centella que había caído en su casa a la edad de un año, matando al padre de la procesada, le determinó la pérdida del sentido *por mas de ocho días que estuvo desmayada* deteniéndose en el relato de otros signos de locura y descontrol que había manifestado María Victoria Ramírez a lo largo de su vida.

El 17 de diciembre de 1804 el propio Fiscal reconoció la demencia que aquejaba a la rea, afirmando *No hay duda que según las Leyes que de esto tratan el furioso o loco, mientras le dura la locura no puede ser castigado por el delito que cometió estándolo porque la razón le falta y se equipara al muerto, pero no obstante debe ser castigado con otra pena que le sirva de algún temor o escarmiento poniéndolo en algún encierro o entregándolo a algún Pariente u otra Persona que la custodie y contenga de cometer los hechos semejantes al que cometió.*

El Regidor, Defensor General de Pobres reforzó su estrategia, formulada ya en las actuaciones, y en razón de la locura que consideraba suficientemente acreditada en la personalidad de María Victoria, causa suficiente, argumentó, que la había empujado a cometer *a sangre fría el filicidio de la inocente criatura que alimentaba con sus pechos de seis meses*

continuos, y que le había originado una multitud de desvelos y cariños, el modo violento e inhumano de matarla y arrojarla a un pozo, defraudándole aún el honor de la sepultura son una prueba poco dudosa de su absoluta demencia y ningún discernimiento. Solicitó en consecuencia la absolución de su defendida de la pena capital, a la par que rogaba la reducción de la condena a la posibilidad de aplicación de alguna pena arbitraria resarcíendola con algunos alivios y mejor pasar las angustias y trabajos que ha tolerado hasta aquí.

Los argumentos esgrimidos por ambas partes serian luego especialmente tenidos en cuenta en la sentencia que pronunció el Alcalde Ordinario de Segundo Voto, Juan Bautista de Losa Bravo, con el parecer conforme del Asesor, José Antonio Cabrera, sosteniendo estar acreditadas en autos *todas estas circunstancias del estado de demencia, de aquella deprabación y ferocidad de corazón que condena la ley, enteramente ajenas a su sexo, a su edad y mucho mas ajena a los sentimientos de Madre que por naturaleza ha impuesto en favor de una especie, que en su edad solo puede excitar nuestra ternura y los cuidados de su conservación* y en su mérito falló el 24 de octubre de 1805, *absolviéndola de la pena ordinaria de muerte, por cuatro meses de reclusión en la Real Cárcel, quedando el Juzgado a la vista de tomar precauciones oportunas en orden a la persona de la Ramírez, para evitar ocasión de algún nuevo desastre.*

La causa encuentra su cauce definitivo en los autos de la Real Audiencia de Buenos Aires, fechados en esa ciudad el 13 de enero de 1806, y comunicados al Alcalde Ordinario de Segundo Voto de Córdoba, siete días después, que disponían *la remisión de María Victoria a la Real Cárcel de esta capital quedando la presa a disposición del Superior Tribunal.*

Este es el caso más claro que conserva el Archivo Histórico de Córdoba de infanticidio, crimen alevoso que la doctrina equiparó al parricidio y cuya pena reservaron las Siete Partidas al *culleum* romano: *"Si el padre matare al fijo, o el fijo al padre, el auuelo al nieto o el nieto al auuelo ... mandaron los Emperadores e los fabios antiguos que este a tal q fizo esta enemiga que fea acotado públicamente ante todos, e defi que lo metan en un faco de cuero e q encierre con el vn can, vn gallo, e vna culebra e vn ximio, e despues que fuere en el faco con estas quatro bestias, cofun la boca del faco, e lancen los en la mar o en el rio que fuere mas acerca de aql lugar do acuefciere".*

VII. Conclusiones

En la jurisdicción en estudio, el delito de homicidio cometido por los hombres se ejecuta, generalmente en el medio rural, un universo complejo y diversificado, que reúne, a labradores, pastores, chacareros, estancieros y agricultores, organizados en grupos domésticos que aunaban familias nucleares o grupos más extensos de parientes, agregados, arrimados, peones, criados y esclavos engrosándose, asimismo, este caudal con el aporte de migrantes o itinerantes que recorrían la geografía que cercaba la ciudad.

Blancos, mestizos, indios y negros componen un tejido de riquísima trama, donde desde finales del XVIII se impone un lento tránsito del sistema de trabajo coactivo a la organización del conchabo asalariado y regido por las leyes del mercado, pero con fuerte pervivencia aún, de las formas hispánicas del control social.

El homicidio ejecutado por la mujer se reduce al ámbito doméstico, la mujer actúa siempre en el medio que le es propio y con los instrumentos que maneja a diario.

Uno y otro protagonistas se preocupan siempre por hurtar, ocultar, disimular, extrañar el cuerpo del delito.

En el monte se lo entierra o se lo cubre con elementos que proporciona la misma naturaleza, en el espacio doméstico el cuerpo del delito es disimulado, de forma tal que pueda sostener con algún índice de racionalidad una eficaz coartada. Pero las argucias se derrumban es muy difícil apuntalar con solidez en núcleos sociales pequeños de gran interrelación.

La justicia aplica las penas ordinarias contenidas en los cuerpos clásicos de las Partidas y el Fuero Real, pero también funciona el arbitrio de los jueces. En cada expediente se analizan y merituan con detenimiento las circunstancias del crimen. Fiscales y Defensores insisten en las particularidades que la causa presenta y exigen, conforme a ella la aplicación de penas arbitrarias *que fundadas en la equidad o en el derecho natural rindan honor a la magestad de la Justicia*.

Y el imperio del arbitrio judicial logra, por su parte, sortear todos los escrúpulos que se presentan. Tres baluartes sin embargo operan certeramente en la censura y examen de esta justicia de rústicos: la labor de los Asesores Letrados, el control lejano pero efectivo de la Real Audiencia de Buenos Aires a la cual necesariamente debían consultarse las sentencias que aplicaran pena capital y la Cátedra de *Instituta* en la *Universitas Cordubensis Tucumanae*.

Un hito significativo y de efecto multiplicador lo constituyó indudablemente este último supuesto: el establecimiento de la Cátedra de

Instituta que significó la creación de la Facultad de Jurisprudencia en la Universidad Real, anhelada desde un siglo atrás.

En 1792 el Obispo Sarricolea y Olea, escribía al Rey anoticiándole que los Alcaldes en cuyas manos estaba depositada la administración de la justicia “*eran hombres totalmente desnudos de la teórica y sin el menor tinte de práctica en los negocios forenses*”.

Y el mismo Cabildo de la ciudad había pedido insistentemente en 1775 la dotación de una Cátedra de *Leyes para que instruidos sus vasallos en ellas y en las demás facultades concernientes al conocimiento de sus obligaciones sepan defender con honor la jurisdicción y regalías de su Magestad, haya quienes desempeñen con lustre los empleos, gobiernen estas provincias en equidad y justicia y finalmente que, alentarnos con la esperanza de premio se dediquen con eficacia y empeño en su propia instrucción*.¹⁵

La gestiones llegan a buen fin cuando el 26 de febrero de 1791 se despacha en Buenos Aires el auto creccional de la Cátedra de *Instituta*.¹⁶ Entretanto, el 12 de marzo de 1791 es designado, Victorino Rodríguez, primer catedrático de *Instituta* con el auxilio del pasante Dámaso Xigena¹⁷.

¹⁵ Archivo Municipal de la Ciudad de Córdoba, Actas Capitulares, Libro XXXV, folio 198, sesión del 8 de Julio de 1775.

¹⁶ BUSTOS, ZENÓN, Anales de la Universidad Nacional de Córdoba, segundo período (1778 - 1795), Córdoba, 1902, t.II, p. 831 y ss.

¹⁷ LUQUE COLOMBRES, CARLOS, *El doctor Victorino Rodríguez. Primer catedrático de Instituta en la Universidad de Córdoba*, Instituto de Estudios Americanistas, Córdoba. El mismo auto virreinal que dispuso la creación de la cátedra, prescribió el texto que debía utilizarse. Se trataba del *Comentarius academicus et forensis in quatuor libros institutionum imperialium* del reconocido romanista holandés Arnold Vinnius (1588 - 1657), adherido a la metodología de la escuela de Cuyacio quien había “*inyectado el espíritu humanista de su siglo a las leyes de Justiniano*”. Vinnio, nombre latinizado de Vinnco nace en Holanda en 1588. Inicia sus estudios en 1603 en la Universidad de Leyden y en 1624 publica *Jurisprudencia Contracta*, cuyo segundo tomo aparece en 1631. Se trata de un texto novedoso, que vincula la teoría a la praxis y donde el Derecho Romano se conceptualiza y sistematiza conforme al nuevo orden que había abierto camino la jurisprudencia humanista. El texto consagratorio la *Instituta* de Justiniano *In quatuor libros institutionum imperialium* *Comentarius academicus et forensis* impresa en Leyden en 1642 fue utilizado desde prácticamente los inicios del siglo XVIII por las universidades españolas, al disponer el Consejo de Castilla que la enseñanza del Derecho Romano se completase con el Derecho Real, labor que los profesores de derecho debían emprender en las aulas universitarias. La inclusión del texto de Vinnio en el *Índice de Libros Prohibidos y Expurgados por el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en 1747*, es una prueba elocuente de su circulación por España. Se multiplican, de este modo, las impresiones de la obra con adiciones de juristas, prácticos y

El establecimiento de la Cátedra ayudaría notablemente en el largo proceso de construcción de una justicia hábil en el manejo de las técnicas propias.

En la jurisdicción en estudio, es notable la aplicación del arbitrio del juez, su discrecionalidad, incluso logró afectar los principios judiciales que habían regulado las etapas procesales diseñadas por los principios del *ius commune*.

La conocida fórmula a verdad sabida, buena fe guardada que no requería personal entrenado en derecho, había asegurado, como se ha sostenido, *el entramado de una justicia rápida, de gran poder intimidante y de bajo costo operativo*¹⁸ pero a finales del siglo XVIII, el establecimiento de la Facultad de Jurisprudencia vino a proporcionar los resortes de profesionalidad que requería la organización judicial.

Los graduados en las aulas cordobesas muy pronto accedieron a las jerarquías de la Magistratura, el lento pero inexorable reemplazo de la justicia lega por la letrada mejoró notablemente su administración, hizo innecesaria la indispensable consulta al Asesor Letrado, aunque no faltan casos de excepción en que aún contando con jueces letrados, se dispone la remisión de los autos a la figura de un Asesor.

Lenta, muy lentamente la organización judicial se transforma, acentuándose los rigores del derecho formal, pero aun persiste la solidez del respaldo de la *aequitas* y la concepción de un *iudex* que bien puede y debe atenuar el rigor formulario en homenaje, *ex aequo et bono*, del sentido trascendente de la justicia.

profesores españoles por "la aparición de los nuevos planes de estudio de 1770 que establecían la exigencia de dedicar, por lo menos dos años de la carrera de leyes al estudio del derecho nacional" entre ellas logra mayor circulación el *Vinnius Castigatus* de Sala, cuyo utilización se prolonga hasta el siglo XIX. Conforme Antonio Alvarez de Morales *Estudios de Historia de la Universidad Española* Madrid, Ediciones Pegaso, 1993, pag 149-150

¹⁸ ALEJANDRO AGÜERO *Sobre el uso del tormento en la Justicia Criminal Indiana de los Siglos XVII y XVIII* en Cuadernos de Historia. Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Volumen X pag 195 y siguientes. Córdoba, 2000. 13 Idem, p. 100.

UN ABORDAJE METATEÓRICO DE LA ESTADÍSTICA CUALITATIVA

por María C. C. Avendaño(*) - Laura A. Gonzalez(**)

Resumen: este trabajo se propone, desde un marco epistemológico y metodológico, reflexionar sobre los aportes de la estadística cualitativa, mostrando la articulación entre lo cualitativo y lo cuantitativo. Con este fin se recurre a una reflexión sobre el análisis textual, cuyo objeto está constituido por las formas léxicas. El análisis de correspondencias y la clasificación permiten señalar la interrelación entre los indicadores y los textos. A modo de ejemplo, se utilizan dos *corpus*: uno proveniente de una investigación sobre las prácticas de los jóvenes universitarios y otro conformado por las últimas constituciones portuguesas, vigentes entre 1971 y 1989. Del análisis textual se presenta sólo un comentario sobre los resultados de ambos trabajos. En dichos análisis se priorizaron las relaciones de orden entre las variables involucradas en la investigación. Para el análisis descriptivo de variables multidimensionales se utilizaron los programas SPAD.T. e Hyperbase. Ambos posibilitan análisis textuales teniendo en cuenta la complejidad del meta-texto, por ello producen una amplia variedad de resultados, útiles a la hora de elaborar la interpretación.

Palabras Claves: epistemología-metodología-análisis textual.

Un sentido instrumental del análisis de contenido

Este trabajo pretende, desde una mirada epistemológica y metodológica, examinar la especificidad del análisis de contenido en relación con

(*) Magister Scientiae en Metodología de la Investigación Científica. Prof. Titular UNC. Investigador CUIS.

(**) Magister en Estadística Aplicada. Prof. UNC.

otros métodos de análisis textual. Asimismo, se propone reflexionar sobre las relaciones entre lo cualitativo y lo cuantitativo tomando en consideración el desarrollo de modelos matemáticos-topológicos (espacio que posibilita el estudio de aspectos cualitativos de las formas con abstracción de su medida y magnitud) que facilitaron la creación de *software* especializado. Este enfoque permite una visión, en relación con el análisis de contenido, de las complejas conexiones entre los métodos cualitativo y cuantitativo que posibilita eludir tanto la perspectiva dicotómica cuanto profundizar el análisis relativo a su empleo y funciones.

A diferencia del sentido sustantivo propio del análisis de contenido clásico, aquí se contempla al mismo en términos *instrumentales*, esto es, como productor de evidencias interpretables desde la teoría en juego con la que guarda una relación de autonomía y dependencia en contraposición, por ejemplo, al psicoanálisis en el cual la teoría determina absoluta y directamente la interpretación. Por ende, se concibe al análisis de contenido como “un conjunto de procedimientos que tienen como objetivo la producción de un *meta-texto* analítico en el que se presenta el corpus textual de manera transformada”¹. Se entiende por “interpretación” la lectura del meta-texto (y en un nivel pragmático su contexto), desde la teoría, lo cual permite observar la adecuación entre éste y el marco teórico. En consecuencia, desde un punto de vista epistemológico, el análisis de contenido limita las interpretaciones posibles de un *corpus* textual dentro de un cierto marco teórico. Por lo tanto, la referida doble relación supone que una teoría analítica y su metodología pueden no condecir con la teoría propuesta a los fines interpretativos.

La teoría analítica supone un modo de enfocar el sentido de un texto y se manifiesta en la adopción de metodologías y técnicas específicas tales como, por ejemplo, la utilización de *planos factoriales* resultantes de un análisis de correspondencias. Dichas teorías analíticas están en función del tipo de *corpus* con el que se trabaja. Así, existen discrepancias obvias entre el análisis textual de un *corpus* constituido por las preguntas abiertas resultantes de una encuesta y un *corpus* conformado por textos jurídicos, sociológicos, literarios, etc.

¹ NAVARRO, P. y DÍAZ, C., “Análisis de Contenido” in DELGADO, J.M. y GUTIERREZ, J. (coord.), *Métodos y técnicas cualitativas de investigación en Ciencias Sociales*; Madrid, Síntesis, 1995, p. 181.

Si de acuerdo con Morris² se distinguen, en el tratamiento del *corpus* textual, los niveles de análisis en *sintáctico*, *semántico* y *pragmático*, ello tiene incidencia en la elección de la estrategia de investigación y debe articularse con los objetivos de la misma. De este modo, el nivel sintáctico implicaría indagar en la riqueza del vocabulario y la frecuencia de aparición de las formas léxicas; mientras que en el nivel semántico se analizarían las unidades mínimas significativas, su iteración en determinados segmentos léxicos, además de su inserción contextual. Esta última supone una teoría contextual del significado y es indiscernible de la dimensión pragmática enterañada por el texto.

Siguiendo a Navarro y Díaz, puede distinguirse entre estrategias de análisis textual *intensiva* y *extensiva*. En el análisis textual intensivo se consideran las formas léxicas³ y sus vinculaciones en el texto, mientras que la estrategia extensiva opera una reducción de las formas léxicas en función de un análisis global del mismo. La primera estrategia es adecuada para el tratamiento de *corpus* pequeños, en tanto la segunda es aconsejable en *corpus* más extensos y pertenecientes a diferentes autores.

Asimismo, a los fines del análisis, conviene diferenciar entre estrategias *intertextuales* y *extratextuales*. En la estrategia intertextual, el sentido del texto resulta de su interrelación con otros y puede orientarse ya sea por un método *agregativo*, que unifica los textos con el propósito de practicar su análisis global; ya sea por uno *discriminativo* que clasifica y analiza los textos en dominios distintos con el objeto de su comparación posterior.

Tanto las estrategias cuanto los métodos pueden articularse dependiendo, una vez más, de los objetivos de la investigación y del tipo de *corpus* textual. En consecuencia, "la opción entre métodos de tipo más cuantitativo, "objetivistas" o "extensivos", y técnicas de tipo más cualitativo, "subjetivistas" o "intensivas", viene determinada en buena medida por las características del *corpus*"⁴.

Análisis de datos textuales

Se entiende por lenguaje, en un sentido amplio, "un sistema de formas expresivas que pertenecen a y configuran, un cierto modo de la expresividad humana"⁵. A través de dichas formas expresivas se evidencia la

² MORRIS, CH. *Signos, lenguaje y conducta*; Paidós, Buenos Aires, 1962.

³ El término "forma léxica", refiere a la unidad mínima en la que se descompone un *corpus*.

⁴ NAVARRO, P. y DÍAZ, C., *op. cit.*, p. 190.

⁵ NAVARRO, P. y DÍAZ, C., *op. cit.*, p. 178.

subjetividad de los actores sociales. Las expresiones escritas u orales (transcriptas) se constituyen en el objeto del análisis textual en alguna de sus formas, una de las cuales es el análisis de contenido que se viene considerando y que, en un sentido restringido refiere, fundamentalmente, al nivel semántico.

En el análisis de un texto, por ejemplo, un texto jurídico o las respuestas abiertas de una encuesta, la partición del *corpus* se decide "a priori". Un conocimiento previo del problema y el marco teórico de referencia permiten seleccionar una variable (por ejemplo, el sexo, la edad, la categoría socioeconómica o diferentes períodos de tiempo) para reagrupar las respuestas. Se busca *comparar y diferenciar* los textos, esto es, obtener un *perfil léxico*⁶, que consiste en observar que ciertas formas léxicas se emplean más en una categoría de individuos que en otra.

Las *unidades de registro*, es decir las unidades mínimas, con las que trabaja el análisis textual son las *formas léxicas*, las cuales se corresponden con los términos del texto primigenio y los *segmentos repetidos*, esto es, la organización de las *formas léxicas* en oraciones o frases. Las *unidades de contexto*, a través de las *formas-polo* (palabras escogidas por el investigador, dado que las considera relevantes para su análisis) implican una jerarquía que subsume a las *formas léxicas*. En las *formas-polo* se analiza la relación de asociación entre las *formas léxicas* a fin de captar sus relaciones.

El *análisis de correspondencias* enfoca el estudio de la asociación entre los indicadores y los textos. Esta técnica de análisis de datos textuales comprende el *análisis factorial* y la *clasificación*. El primero busca proyectar datos en un espacio de dimensión reducida que facilite la interpretación. Los métodos de clasificación buscan agrupar los individuos en clases homogéneas. Ambas técnicas importan simplificar la información, darle una dimensión reducida para hacerla más rápidamente asequible. Se trata de métodos complementarios cuyo uso simultáneo permite devolver de forma más aprehensible toda la riqueza de la información estudiada⁷.

El *análisis factorial de correspondencias* dará una visualización de la proximidad entre individuos y *formas léxicas*. Se puede ver si un mismo contenido semántico se expresa con términos distintos según el grupo socio-económico, el sexo, la edad, diferentes períodos de tiempo – en el caso

⁶ Cfr: BÉCUE BERTAU, M., *Análisis de datos textuales. Métodos estadísticos y algoritmos*; París, CISIA, 1991, p.10.

⁷ BÉCUE BERTAU, M., *op.cit.*, p. 27.

que el *corpus* estuviera formado por la constitución de un país e interesara estudiar las modificaciones que se han realizado en distintas épocas-, etc. Este análisis se completa con *métodos lexicométricos*, tales como los *glosarios alfabéticos*, las *concordancias* o edición del contexto de *formas-polo* y la selección de *formas características* de las partes del *corpus* (conjunto de respuestas)⁸.

Las *respuestas o formas características* son elementos fundamentales del discurso y se escogen según un criterio (sexo, ocupación, tiempo, etc.) como representantes del texto. Así aparecen las grandes ideas en las respuestas y se perciben las asociaciones entre formas⁹.

Con el *análisis de correspondencias* y las *respuestas características* se intenta saber "Quién dice qué". El posicionamiento de las modalidades de las variables de interés acompañado de un *test* estadístico, permite averiguar las variables relacionadas con el vocabulario¹⁰.

Si bien en una primera etapa, a través de la técnica del análisis textual, se produce el *meta-texto*, al que luego se fragmenta con el propósito de examinar y producir las *formas léxicas* y las *concordancias*, luego es posible reconstruir el *corpus* a través de las *respuestas características*. Ello proporciona un mejor y más amplio contexto a la interpretación, lo cual aunado al marco teórico permite generar una lectura global.

A fin de clarificar lo expuesto, se rescatan ejemplos de *corpus* a los cuales se les practicó el análisis textual referido anteriormente. Los textos primigenios son de naturaleza diferenciada lo que permite mostrar la flexibilidad de la metodología para el tratamiento del *corpus* textual. En primer término, se presentará el análisis de las respuestas a preguntas abiertas que forman parte de un cuestionario suministrado a jóvenes universitarios acerca de sus prácticas en relación con el territorio urbano¹¹. Posteriormente, se mostrará el examen de textos constitucionales portugueses en el período que abarca desde 1971 a 1989¹².

⁸ BÉCUE BERTAU, M., *op.cit.*, pp. 16-18.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ BÉCUE BERTAU, M., *op.cit.*, pp. 20-24.

¹¹ AVENDAÑO, M. C. C., *Ciudad y Prácticas Culturales: un estudio sobre la juventud universitaria*. Facultad de Ciencias Económicas, UNER, Argentina, 1999.

¹² XUAN LUONG, N. y MACIEL, C., "Lex textes continutionnels portugais (de 1971 a 1989). Environnement lexical-références et préférences du texte juridico-politique ; in ANASTEX, S.J. (Ed.) *Actes des secondes Journées Internationales d'Analyse Statistique de Données Textuelles*, 1993.

Los *corpus* fueron tratados con los métodos de análisis descriptivo multidimensional de variables cualitativas, SPAD.T. e Hyperbase. Dichos programas de análisis son utilizados para encontrar los elementos característicos de un texto y a partir de ellos interpretar su significado. Para aquellos aspectos del texto cuya riqueza léxica lo justificaba se realizaron (a partir del análisis de correspondencias de la tabla respuestas por formas gráficas) *planos factoriales*, los que proporcionaron una visualización de la dispersión del vocabulario sobre dos ejes. Esta representación gráfica se efectúa basándose en una proyección de las nubes de puntos, que reproducen a las palabras, sobre un subespacio de dimensión reducida, manteniendo la máxima dispersión posible. Así, dos formas próximas corresponderán a los mismos individuos o períodos temporales.

Considerando el trabajo que hace referencia a las prácticas de los jóvenes, interesaba analizar algunas de las respuestas abiertas y su relación con las variables: origen social (medido por la ocupación socio-profesional del padre), género y región de procedencia. Debido a la asociación encontrada entre algunas de las prácticas de los jóvenes y la variable nominal *sexo* en el tratamiento de las respuestas cerradas, se privilegió a la misma para la construcción de un plano factorial, en relación con los lugares que frecuentan los estudiantes.

La lectura del plano factorial y sus vocablos característicos permite afirmar que los individuos de sexo masculino responden usando términos como: *amigos, discotecas, kioscos, recitales, maxikioscos* y *CPC*. Los que pertenecen al sexo femenino se refieren a: *shoppings, cines, teatro, lugar, plaza, parques, gimnasio, ferias artesanales, amigas* y *compañeros*. Palabras como: *plazas, bares, boliches* y *bailar*, son comunes a ambas modalidades.

Con respecto al trabajo que refiere al examen de textos constitucionales portugueses, los cuatro *corpus*, que son objeto de estudio, son los más recientes de la historia portuguesa. En 1974 hubo una revolución que terminó con un largo período dictatorial, donde estaba vigente la constitución de 1971. Luego de 1976 se elaboraron dos textos más, uno en 1982 y otro en 1989. Para Xuan Luong y Maciel, una constitución es resultado de una ideología dominante en un momento histórico dado, que puede modificar las reglas sociales y políticas de un país. Por lo tanto, el análisis textual del *corpus* de las constituciones permite discernir las preferencias de cada etapa histórica y evaluar los cambios producidos en los campos político e institucional.

Es por ello, que del análisis factorial los autores concluyen que el texto de 1971 se opone a los otros tres con palabras como: *nacional, estado, gobierno y ley*. El término "nacional" confiere un sentido particular a los conceptos de "estado", "gobierno" y "ley". Los textos constitucionales del 76, 82 y 89 constituyen un bloque con términos como: *derecho, derechos, consejo, tribunal, ciudadanos, constitución, regiones, social* etc. En este punto, los autores destacan la aparición del término "derecho", al que consideran un signo de evolución en los textos jurídicos. De lo expuesto, concluyen que el texto de 1976 constituyó la "divisoria de aguas" de la historia reciente de las instituciones portuguesas.

Conclusiones

En este trabajo se ha intentado mostrar, a través del análisis de contenido, la articulación entre los aspectos cualitativos y cuantitativos en la metodología de investigación en las ciencias sociales. Si se considera esta articulación, ambos aspectos no pueden polarizarse ni aislarse de un contexto más amplio que supone, además, contemplar la especificidad de los fenómenos a analizar. Ellos pueden corresponder a diferentes niveles de configuración de lo social, lo cual conlleva problemas metodológicos y epistemológicos intrincados al interior mismo de estos métodos.

Esta articulación entre las perspectivas cualitativa y cuantitativa se manifiesta en el análisis presentado. En los planos factoriales examinados se prioriza la distribución espacial de los puntos -no se mide su distancia- por lo cual sólo refiere a una *relación de orden* entre las modalidades de las variables en estudio. Esto es, ciertos términos fueron dichos más frecuentemente por individuos del sexo femenino, o bien ciertos vocablos están más representados en la constitución de 1976, por ejemplo.

En este tipo de análisis textual, si bien se opera una reducción del texto original desde la misma producción de un *meta-texto*, no obstante, posibilita al investigador integrar "lo que se dice" y "quién lo dice". Esto se logra utilizando la información provista por los indicadores que califica a los individuos identificándolos por sus características, es decir, permite ubicar qué individuos contestaron de forma similar, o bien encontrar los vocablos que caracterizan un texto que pertenece a una determinada época. Asimismo, el uso de los programas de análisis multidimensional de variables cualitativas posibilita medir la frecuencia de aparición de las palabras consideradas relevantes en un texto además del agrupamiento de individuos con base en su discurso, lo cual cobra importancia cuando se está en presencia de textos voluminosos.

Bibliografía:

- AVENDAÑO, M. C. C, *Ciudad y Prácticas Culturales: un estudio sobre la juventud universitaria*. Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Entre Ríos. Argentina, 1999.
- BÉCUE BERTAU, M., *Análisis de datos textuales. Métodos estadísticos y algoritmos*; París, CISIA, 1991.
- BOURDIEU, P. (1988). *Cosas dichas*. Gedisa. Barcelona.
- BRUNET, E. *Hyperbase Versión 1.5*. UPR6861 – CNRS – 1993.
- LEBART, L. y SALEM, A., *Statistique Textuelle* ; París, DUNOD, 1994.
- MORRIS, CH., *Signos, lenguaje y conducta*; Buenos Aires, 1962.
- NAVARRO, P. y DÍAZ, C., "Análisis de Contenido" in DELGADO, J.M. y GUTIÉRREZ, J. (coord.) *Métodos y técnicas cualitativas de investigación en Ciencias Sociales*; Madrid, Síntesis, 1995.
- SPAD.T. (*Système Portable pour l'analyse des données textuelles*), versión 1.5. C.I.S.I.A. 1993.
- XUAN LUONG, N. y MACIEL, C., "Lex textes constitutionnels portugais (de 1971 a 1989). Environnement lexical-références et préférences du texte juridico-politique"; in ANASTEX, S.J. (Ed.), *Actes des secondes Journées Internationales d'Analyse Statistique de Données Textuelles*, 1993.

LA DIMENSIÓN TEMPORAL DURANTE LA MEDIACIÓN*

por *María Inés Bergoglio*(**)

Resumen: En los debates en torno a la Reforma Judicial en Argentina, los medios alternativos de resolución de conflictos son vistos generalmente como herramientas útiles para enfrentar las dificultades creadas por un sistema judicial ineficiente, donde el acceso limitado a la Justicia no es infrecuente. Partiendo del supuesto de que el acceso a la justicia incluye, entre otras dimensiones, la posibilidad de que los ciudadanos obtengan una respuesta a sus casos dentro de un plazo razonable, el artículo analiza la duración de los procesos atendidos durante el año 2001 en el Centro Judicial de Mediación en Córdoba. Los datos presentados permiten observar que las causas se procesan en plazos menores a los fijados por la ley.

(*) En este trabajo se exponen de manera conjunta y reelaborada algunos resultados de las investigaciones realizadas gracias al apoyo de un subsidio SECYT-UNC (2001), así como de la Agencia Córdoba Ciencia (2001). En el equipo de trabajo participaron también Julio Carballo, Norberto Barbat, Mariana Sánchez, Lucas Vilanova, Edgardo Rozas y Jerónimo Carballo. Sus comentarios y sugerencias resultaron muy valiosos.

(**) Doctora en Ciencia Política, Universidad Católica de Córdoba. Especialista en Sociología Política, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Actual Profesora Asociada de Sociología en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, investiga en temas como cultura legal, acceso a la Justicia y tendencias de la litigación. Es Investigadora Categoría I dentro del Programa Nacional de Incentivos. Ha sido profesora invitada en las Universidades de Lund (Suecia) y Strathclyde (Escocia).

Ha publicado artículos sobre diversos temas, así como los libros *“La familia: entre lo público y lo privado”* (Ed. Lerner, Córdoba, 1986), *“La pena de muerte: aproximación a la cultura legal”* (Ed. Lerner, Córdoba, 1993), y *“Litigar en Córdoba: investigaciones sociológicas sobre la litigación”* (Ed. Trunfar, Córdoba, 2001).

Se revisan igualmente las opiniones de los mediados sobre el manejo de los tiempos durante la mediación, y su incidencia en la construcción de la legitimidad de este instituto, empleando datos de una encuesta a 206 partes con experiencia en mediación. Estos resultados se discuten desde la perspectiva de la justicia procesal (*procedural justice*).

Palabras clave: Mediación – Duración de los procesos – Acceso a la Justicia – Legitimación de la mediación

1. Introducción

En los debates sobre reforma judicial, los medios alternativos de resolución de disputas (ARD) son vistos generalmente como herramientas útiles para enfrentar las dificultades creadas por un sistema judicial ineficiente, en el que el acceso limitado a la justicia no es infrecuente. En este sentido, aparecen tanto como recursos para reducir la congestión judicial, como para ampliar el acceso a la Justicia.

Esta importancia de los ARD en el movimiento de acceso a la Justicia resulta clara en el clásico estudio de Cappelletti y Garth¹, que lo incluye como parte de la tercera ola de las reformas conducentes a mejorar el acceso, después de los diversos sistemas de ayuda legal gratuita, y la representación de los intereses difusos. Recientemente, sin embargo, se han planteado algunas dudas acerca de la eficiencia de estos mecanismos para lograr esos fines. El propio Cappelletti (1993) ha reconocido el riesgo de la privatización excesiva de las decisiones, así como la posibilidad de transformar a estos foros en una justicia de segunda clase para los pobres. No obstante, supone que el uso de ciertos recaudos técnicos puede conjurar los peligros de la informalidad cuando existen desigualdades importantes entre las partes.

La conexión de esta cuestión con el ideal de asegurar una justicia igual para todos permite entender la importancia que los ARD han adquirido en las propuestas de reforma judicial en los países de reciente democratización, alentadas desde diversos organismos internacionales, especialmente el Banco Mundial². En Argentina, el Plan Nacional de Reforma Judicial (1998), orientado a la modernización de la administración de justicia, incluye el desarrollo de ARD entre las medidas que recomienda adoptar a las

¹ El libro apareció en inglés en 1978. Aquí se cita su versión española, traducida en 1996.

² Para una evaluación de los avances logrados a través de estos intentos de reforma, ver las contribuciones a la conferencia organizada por el Banco Mundial *Comprehensive legal and judicial development*; Washington D.C., 2000. Un resumen en español de las principales cuestiones allí debatidas se encuentra en Akmentis y García (2000).

provincias. El plan resume y articula los esfuerzos hacia el cambio organizacional impulsados por múltiples actores durante la década del 90, y surge en el contexto de una aguda deslegitimación del Poder Judicial, que reconoce fuentes de diversa índole³.

En este contexto, diversas jurisdicciones han iniciado experiencias en ARD. El impulso hacia la aplicación de este tipo de mecanismos se profundizó en Córdoba con la Acordada 407/98, por la cual el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia creó un Centro Piloto de Mediación Judicial, destinado al tratamiento de los casos que voluntariamente deriven los jueces, o de aquellos en los que alguna de las partes así lo solicite. La ley 8858, publicada el 14 de julio de 2000, dio al Centro de Mediación Judicial el carácter de permanente. La aplicación de la nueva ley provincial ha supuesto un marcado incremento del volumen de causas mediadas. Se trata, pues, de un momento propicio para evaluar los resultados obtenidos hasta ahora, en especial desde la perspectiva de sus destinatarios finales, los ciudadanos.

Para este análisis se ha escogido aquí una dimensión del proceso: su duración, en el entendimiento de que el acceso a la justicia por parte de los ciudadanos exige no sólo la posibilidad de plantear sus conflictos ante los jueces en igualdad de condiciones con otras personas de dispar condición socioeconómica o peso político, sino también la de obtener una respuesta para su caso en un plazo razonable. El artículo revisa la duración de las causas tramitadas en el Centro Judicial de Mediación en el año 2001, así como la evaluación que ese manejo del tiempo merece por parte de quienes han tenido la experiencia de la mediación en sede judicial.

2. Fuentes de datos

La investigación, que contó con la autorización del Superior Tribunal de Justicia, y el decidido apoyo del Centro Judicial de Mediación, incluyó el tratamiento de diversas fuentes de datos, tanto primarias como secundarias. Para el análisis de la duración de los procesos se trabajó con las bases de datos de las 438 causas ingresadas al Centro durante el año 2001, en las que se consignan fechas de ingreso y egreso de las causas y resultados obtenidos.

La existencia de tales bases permitió además realizar una encuesta a partes intervinientes en las causas sometidas a la mediación en sede judi-

³ Para un análisis más detallado de la pérdida de prestigio de la Administración de Justicia ver BERGOGLIO (2001).

cial. Se utilizó una muestra aleatoria simple; incluyendo casos mediados antes y después de la sanción de la ley 8858. Como es habitual, su elaboración estuvo precedida de un conjunto de entrevistas no estructuradas a informantes clave, incluyendo funcionarios judiciales, mediadores y abogados.

El trabajo de campo presentó innumerables dificultades: la desactualización de los datos sobre domicilios de las partes que figuran en los expedientes, la dispersión geográfica de las direcciones que era necesario visitar, los temores que el contacto con desconocidos genera en una época caracterizada por la preocupación por la seguridad, la resistencia de la gente a volver a hablar de experiencias que le habían resultado dolorosas⁴ hicieron muy lento el ritmo de la recolección de datos. Finalmente se lograron realizar 206 encuestas.

3. La duración de los procesos de mediación

3.1. Características generales

Se supone generalmente que la celeridad en la resolución de conflictos es una de las ventajas principales de la ARD. Por este motivo, la ley 8858 fija como límite máximo de duración para los procesos mediación sesenta días hábiles⁵, contados desde la primera audiencia. El plazo puede prorrogarse por acuerdo de las partes.

La base de datos del Centro Judicial de Mediación informa acerca de la fecha en que ocurren tres momentos del proceso: el ingreso de la causa al Centro, el sorteo del mediador, y el egreso. Partiendo de estas informaciones, fue posible calcular los días transcurridos entre estos hitos temporales con ayuda del programa de análisis estadístico SPSS. Las duraciones resultantes están expresadas en días corridos⁶.

Tal como se observa en el cuadro 3.1., la tramitación inicial de una causa desde su ingreso hasta que se efectúa el sorteo del mediador⁷ insume

⁴ Esta resistencia ha resultado muy visible en cuestiones de familia, o en procesos posteriores a un accidente de tránsito, o a diversas cuestiones correccionales.

⁵ En el nivel nacional, el plazo es algo más breve: 60 días corridos (Ley Nacional 24573, Art.9).

⁶ Para el cálculo se han considerado las causas ingresadas y terminadas durante el año 2001.

⁷ El Art. 10 de la ley 8858 establece que las partes propondrán la designación del mediador de común acuerdo. En caso de que este acuerdo no se logre, el Centro Judicial hace la designación de oficio por sorteo. En la práctica, la mayoría de las designaciones surgen del sorteo, ya que es muy difícil lograr acuerdos antes de comenzar las negociaciones.

Cuadro 3.1. Duración de las causas

	Media	Máximo	Mínimo	N
Días entre el ingreso y el sorteo	22,78	122,00	,00	256
Días entre el sorteo y el egreso	31,54	236,00	,00	256
Días entre el ingreso y el egreso	52,14	247,00	10,00	330
No. de audiencias	2	11	1	262

Causas 1- 428, año 2001

Incluye solo causas terminadas

en promedio tres semanas. Una vez designado el mediador, comienza el proceso de negociación entre las partes, que se extiende una duración algo mayor: 31 días corridos de promedio para esta fase del proceso. La duración media total de las causas queda así en 52 días corridos, período durante el cual se realiza un promedio de dos audiencias.

La comparación de estos plazos con los legalmente fijados provee un criterio inicial de evaluación, en tanto deja claro que la tramitación de las causas en el CJM registra mayor celeridad de la esperada. El proceso de negociación entre las partes transcurre habitualmente en un mes después de designado el mediador, plazo que resulta exiguo comparado con el que la ley 8858 concede.

Los valores que aquí se informan se refieren al promedio de las causas; es obvio que existe una variabilidad importante en este aspecto cuando se consideran individualmente los expedientes. No obstante, vale la pena consignar que sólo 11 causas (5%) de las analizadas han requerido hacer uso de la opción de prórroga del plazo de la mediación por acuerdo entre las partes, por exceder los tiempos concedidos por la ley.

Contextualizar estos datos requiere tomar en cuenta las informaciones disponibles sobre la duración de otros tipos de procesos. Un estudio realizado sobre una muestra aleatoria de 1050 expedientes iniciados en 1996, abarcando juzgados nacionales de Buenos Aires y provinciales de Santa Fe, mostró que la mitad de los procesos está terminada antes de que se cumplan 300 días desde el ingreso, indicando que las habituales quejas sobre la duración de los procesos son frecuentemente exageradas⁸.

⁸ El análisis realizado sobre la cantidad de casos concluidos con sentencia o transacción indica que casi el 30% de los mismos no ha finalizado, cuando han transcurrido cuatro

La comparación con otros procesos a los que la ley exige especialmente celeridad resulta también interesante: un estudio acerca de los amparos tramitados en Córdoba -en los que la Municipalidad es parte- mostró que la duración promedio de las causas terminadas en primera instancia era de 157 días corridos, una cifra considerable para medidas que se suponen expeditas y rápidas en la protección de los derechos (González del Pino, 2001).

3.2. La duración de distintos tipos de procesos

Para escrutar la variabilidad que las medidas promedio esconden conviene revisar la duración media de distintos tipos de causas. Este análisis puede ayudarnos a identificar algunos de los factores que inciden en la extensión de los procesos de mediación.

Cuadro 3.2. Duración de las causas según fuero

		Días entre el ingreso y el sorteo	Días entre el sorteo y el egreso	Días entre el ingreso y el egreso	No. de audiencias
		Media	Media	Media	Media
Fuero	Civil	23,13	28,08	48,99	2
	Penal	20,84	43,14	62,59	3
	Familia	26,11	41,33	63,07	5

Causas 1- 428, año 2001

Incluye sólo causas terminadas

La índole del conflicto sometido a mediación tiene una influencia marcada en su duración. Tal como lo indica el cuadro 3.2., las causas que provienen del fuero penal y del de familia son más largas que las originadas en el fuero civil. En los conflictos entre personas vinculadas por lazos de parentesco, las causas incluyen mayor número de audiencias, indicando una fase de negociación entre las partes más extensa. En cambio, en los procesos provenientes del fuero penal, el número de audiencias resulta menor, señalando las mayores dificultades para reunir a las partes en torno a una misma mesa, que se registran generalmente en este tipo de disputas.

años desde la fecha de su iniciación. Este porcentaje varía si se lo analiza discriminadamente por fuero y jurisdicción. En la Capital Federal, los juzgados civiles y comerciales tienen porcentajes menores al 20% de asuntos no finalizados en el período (Garavano 2001).

Cuadro 3.3. Duración de las causas según forma de derivación

	Días entre el ingreso y el sorteo	Días entre el sorteo y el egreso	Días entre el ingreso y el egreso	No. de audiencias
	Media	Media	Media	Media
Voluntaria	20,80	38,25	56,68	3
Oblig. - Abreviado	21,00	30,07	48,45	2
Oblig. - Beneficio de litigar sin gastos	23,24	27,87	47,31	2
Oblig. - Decisión del juez	24,94	30,23	54,86	2

Causas 1- 428, año 2001

Incluye sólo causas terminadas

También la forma en que las causas han sido derivadas al CJM incide en su duración. Cuando las partes concurren voluntariamente a la mediación, su compromiso con la búsqueda de alternativas es mayor; en consecuencia, se registra mayor número de audiencias y el proceso se alarga.

En cambio, los procesos donde la ley dispone de manera obligatoria la concurrencia a la mediación – juicios abreviados y causas en las que se ha solicitado beneficio de litigar sin gastos- resultan algo más cortos. Aquí la duración promedio baja, reflejando las situaciones en que alguna de las partes, disconforme con este método de resolución de conflictos, se limita a concurrir a la audiencia inicial.

Cuadro 3.4. Duración de las causas según monto

	Días entre el ingreso y el sorteo	Días entre el sorteo y el egreso	Días entre el ingreso y el egreso	No. de audiencias
	Media	Media	Media	Media
Monto Indeterminado	24,96	37,14	61,75	3
1 - 10.000	20,54	29,59	47,66	2
10.000 - 50.000	21,95	27,32	47,56	3
50.000 - 100.000	24,33	23,83	44,83	2
Más de 100.000	23,02	33,63	51,27	3

Causas 1- 428, año 2001

Incluye sólo causas terminadas

Quienes tienen experiencia judicial saben que las cuestiones involucradas en los conflictos inciden en su desenvolvimiento. Como puede verse en el cuadro anexo, las causas de monto indeterminado resultan las más largas, reflejando las mayores dificultades de la negociación entre las partes en procesos donde están en juego intereses que no se expresan en dinero.

Por otra parte, en los procesos donde se disputa un monto determinado, la duración de la causa es mayor cuando las sumas involucradas son más altas.

Cuadro 3.5. Duración de las causas según resultado

		Días entre el ingreso y el sorteo	Días entre el sorteo y el egreso	Días entre el ingreso y el egreso	No. de audiencias
		Media	Media	Media	Media
Resultado	Con acuerdo	21,78	35,24	57,08	4
	Sin acuerdo	25,04	32,12	55,45	2
	Multa art. 20	21,88	29,18	48,27	1
	Desistida	22,14	18,29	35,52	1
	No mediable	12,58	25,00	29,53	1

Causas 1- 428, año 2001

Incluye sólo causas terminadas

Tal como se ve en el cuadro 3.5., duración de los procesos y resultados obtenidos son dos aspectos estrechamente relacionados. Obviamente, los procesos más cortos son aquéllos en los que la mediación de hecho no se ha efectuado, como ocurre cuando alguna de las partes desiste o se niega a concurrir directamente.

Entre los casos donde la mediación ha tenido lugar de manera efectiva, los más largos son precisamente aquellos donde se ha obtenido acuerdo, con cinco audiencias de promedio. Ello ilustra la importancia de conceder tiempo suficiente a las negociaciones, cuando se busca obtener un resultado consensuado.

Los datos hasta aquí expuestos son suficientes para sostener que los procesos de mediación se están tramitando en el CJM en plazos breves, considerablemente inferiores a los previstos por la ley. Su duración contrasta con las habituales de otros procesos en nuestro medio – al menos de acuerdo a las informaciones disponibles.

Por otra parte, el análisis de la duración media de distintos tipos de causas permitió observar algunos factores que inciden en la extensión de los procesos, tales como la índole de los conflictos que suponen y el monto de las sumas involucradas en la disputa.

Mostró igualmente que la búsqueda de la celeridad en la tramitación no puede ser un valor absoluto. Antes bien, debe acotarse tomando en cuenta los fines perseguidos por esta vía de resolución de conflictos, en tanto las causas en las que se obtiene acuerdo son precisamente aquellas que requieren mayor número de audiencias, y resultan por eso más largas.

4. El manejo del tiempo en la mirada de los mediados

El análisis hasta aquí efectuado ha mostrado que el manejo del tiempo en los procesos tramitados en el CJM puede considerarse objetivamente eficiente, si se toma como criterio de referencia los valores límite fijados por las normas vigentes. Cabe preguntarse ahora cómo evalúan los mediados esta dimensión temporal de la mediación, y de qué manera ello incide en la legitimación de esta institución.

Las innovaciones en materia de administración de justicia suelen ser bien recibidas por el público. Un estudio reciente efectuado entre pequeños y medianos empresarios, mostró que predominaba una imagen positiva de la mediación (95%), cuyas ventajas instrumentales (ahorro de tiempo y costos) se contraponían a una imagen desvalorizada de los procesos formales tradicionales (Bergoglio 2001).

El hecho de que la aceptación pública de la ARD se vaya ampliando en la provincia no permite sin embargo inferir el signo de la valoración de la institución por parte de los usuarios que ya experimentaron este procedimiento. Tal como se ha visto con relación al proceso legal formal, la distancia entre la imagen pública de los procesos y la valoración efectuada por quienes participan en ellos puede ser significativa (Salanueva 1996), una cuestión que no resulta menor cuando interesa observar la legitimación pública de la actividad jurisdiccional.

Los datos obtenidos en la encuesta a las partes que han concurrido al CJM permiten mostrar la evaluación que los ciudadanos comunes hacen de estas dimensiones temporales de la mediación.

LA DIMENSIÓN TEMPORAL DURANTE LA MEDIACIÓN

Cuadro 4.1. Opiniones de los mediados sobre el manejo del tiempo

	Completamente satisfecho	Algo satisfecho	Nada satisfecho	Total
La flexibilidad de horarios de las audiencias	84.4%	9.4%	6.3%	100.0%
El tiempo destinado a las negociaciones	80.0%	11.7%	8.3%	100.0%
El tiempo pasado hasta que tuvieron la primera audiencia	67.2%	21.9%	10.9%	100.0%
El tiempo que llevó la solución del asunto, una vez iniciada la mediación	64.2%	25.0%	10.8%	100.0%

N = 206 partes

Como puede verse en el cuadro 4.1, predominan las evaluaciones positivas sobre la forma en que diversos operadores jurídicos manejan el tiempo durante la mediación. La enorme mayoría de los encuestados (84%) está completamente satisfecha con la flexibilidad demostrada por los empleados del CJM a la hora de organizar los horarios de las audiencias. Con frecuencia los entrevistados comparan este procedimiento con la rigidez de los horarios de las citaciones corrientes en otros tipos de procesos.

Las opiniones sobre la duración de las distintas fases del proceso son igualmente positivas. Los entrevistados se declaran mayoritariamente satisfechos con el tiempo requerido para efectuar la primera audiencia, y con la extensión del período destinado a la negociación entre las partes. Lo mismo ocurre con la evaluación de la duración general del proceso, aunque aquí el conjunto de personas completamente satisfechas es algo más bajo: 64%.

Con la finalidad de observar las variaciones en la satisfacción con el uso del tiempo emergentes de otras variables, tales como la posición en el proceso o los resultados obtenidos en la mediación, se construyó igualmente un índice de satisfacción, que resume las respuestas brindadas por el entrevistado en las cuatro preguntas relativas al uso del tiempo⁹.

Tal medida varía de 0 a 4, correspondiendo el valor 4 a quien se declaró completamente satisfecho en los cuatro aspectos, y el 0 a quien

⁹ Las dimensiones incluidas en el índice son las informadas en el cuadro 4.1: flexibilidad en la organización de las audiencias, tiempo transcurrido hasta la primera audiencia, tiempo destinado a las negociaciones y tiempo total destinado a la solución del asunto.

informó encontrarse algo o nada satisfecho en las cuatro dimensiones citadas. El valor promedio alcanzado por el índice para el conjunto de los entrevistados es de 2,57, cifra que indica un nivel relativamente alto de satisfacción con el uso del tiempo.

Cuadro 4.2. Variabilidad en la satisfacción con el uso del tiempo

		Media	N
Tipo de parte	Actor	2.41	N=113
	Demandado	2.77	N=81
Resultados	Sin acuerdo	2.28	N=109
	Con acuerdo	3.22	N=79
Total		2.57	N=206

N = 206 encuestados

El índice utilizado varía de 0 a 4, correspondiendo el valor más alto a la satisfacción mayor

El uso del índice permite observar las diferencias en el grado de satisfacción con el uso del tiempo de los usuarios del CJM. Considerando la posición que ocupan en el proceso, puede verse que resulta más bajo entre los actores, para quienes la judicialización del conflicto representa un tiempo de espera para lograr objetivos que entienden les corresponden.

Tal como cabía esperar, quienes han encontrado en la mediación una vía consensuada para poner fin al conflicto, experimentan mayor satisfacción con el manejo del tiempo durante el proceso, incluso aunque, tal como se explicó en el apartado anterior, sus causas se extienden durante un período mayor. No obstante, los índices de satisfacción de quienes no obtuvieron una solución para su asunto a través de la mediación resultan relativamente altos, en tanto se ubican algo por arriba del punto central del rango de variación.

La vinculación entre los grados de satisfacción con el proceso y los resultados obtenidos por su intermedio es una cuestión significativa, cuya conexión con la construcción de la legitimidad de las instituciones empleadas para la resolución de conflictos la hace merecedora de mayor exploración.

5. El uso del tiempo y la construcción de la legitimidad

Considerada como mecanismo específico de resolución de conflictos, la mediación tiene una imagen positiva entre los usuarios del CJM. Este resultado es consistente, y se observa tanto si se emplean medidas cualitativas como cuantitativas. Como se señala en el cuadro 5.1, la enorme mayoría de los entrevistados estaría dispuesto a volver a usar este método de resolución de conflictos, así como a recomendar su uso a otras personas. En cambio, la proporción de quienes consideran justo el resultado alcanzado por esta vía en su caso resulta mucho más bajo: llega al 48.4%.

Cuadro 5.1. Evaluación cualitativa de la mediación

	Sí	No	Total
	%	%	%
Recomendaría a otras personas que recurran a la mediación?	90.0%	10.0%	100.0%
Y Ud. personalmente, la volvería a usar?	89.0%	11.0%	100.0%
Cree que los resultados alcanzados son justos?	48.4%	51.6%	100.0%

N = 206 partes

Las medidas cuantitativas empleadas (análogas a las notas escolares, en las que el 1 significa muy malo y el 10, muy bueno – ver cuadro 5.2.) permiten observar que la imagen positiva de la mediación supera claramente a la del proceso tradicional, así como a la evaluación que se hace del funcionamiento de los tribunales en general.

Llegados a este punto, es posible preguntarse cuáles son los criterios centrales que los mediados emplean para construir esta imagen positiva. Se trata de una cuestión significativa, especialmente cuando el deterioro de la imagen de la justicia resulta general.

Cuadro 5.2. Evaluación cuantitativa de la mediación

	Media	N
Cómo calificaría al proceso tradicional?	4.48	N=196
Qué nota le pondría a la mediación?	7.32	N=198
Qué nota le pondría Ud. al funcionamiento de los Tribunales?	5.28	N=198

N = 206 partes

Clásicamente, la investigación sobre la legitimación de las instituciones socio-jurídicas conectaba esas apreciaciones con los resultados obtenidos por su intermedio. Se suponía que la evaluación de las decisiones judiciales tenía un carácter sustancial, y derivaba básicamente de su contenido. En esta perspectiva, se sostenía que el estilo adversarial del proceso tradicional tendía a generar una imagen negativa en por lo menos la mitad de quienes habían concurrido a solicitar una intervención judicial en un conflicto¹⁰.

La investigación empírica sobre la evaluación de la equidad de las decisiones judiciales que realizan los justiciables, sin embargo, ha permitido observar que el resultado logrado es sólo uno de los criterios de relevancia potencial en la aceptación de una decisión¹¹. Son igualmente significativos otros como los resultados relativos (comparados a los obtenidos por otras personas en situaciones semejantes) y la equidad del proceso que condujo a ese resultado.

¹⁰ En las expresivas palabras de Toharia (1987) "Lo que todo el mundo espera de los tribunales es que sean justos e imparciales, entendiéndolo por ello precisa y específicamente que le den la razón, y de prisa. Si, normalmente, todo el que acude ante un Tribunal de Justicia cree tener la razón de su parte, la decisión de este en el típico juicio adversativo... no puede por fuerza, sino dejar fuertemente insatisfecha a una de las dos partes enfrentadas. Por otro lado, la parte ganadora no se sentirá especialmente agradecida: el tribunal no ha hecho más que lo que en justicia tenía que hacer... Cómo puede así esperarse que tenga una buena imagen una institución que en su funcionamiento cotidiano normal, deja forzosamente insatisfecha al 50% de los que a ella acuden?" (p. 57-58).

¹¹ Para una revisión de esta tradición de investigación, ver la excelente compilación de Röhl y Machura (1997).

LA DIMENSIÓN TEMPORAL DURANTE LA MEDIACIÓN

Desde esta perspectiva se señala que cuando las partes consideran justos los procedimientos empleados para tomar una decisión, es más probable que acepten la distribución resultante como "justa", incluso en casos donde el resultado les es objetivamente desfavorable. La explicación más convincente de este efecto, denominado de justicia procesal, es la ofrecida por Lind y Tyler (1988).

Los autores sostienen que una estimación adecuada de la justicia de los resultados es una tarea ardua, incluso para profesionales. Por eso, las apreciaciones acerca de la equidad de los procedimientos funcionan como

Cuadro 5.3. Correlaciones con la evaluación de la mediación

		Satisfacción con el uso del tiempo	Cree que los resultados alcanzados son justos?
Cómo calificaría al proceso tradicional?	Correlación de Pearson	.028	-.144
	Sig. (bilateral)	.698	.079
	N	196	149
Qué nota le pondría a la mediación?	Correlación de Pearson	.371**	-.260*
	Sig. (bilateral)	.000	.001
	N	198	154
Qué nota le pondría Ud. al funcionamiento de los Tribunales?	Correlación de Pearson	.262**	-.186*
	Sig. (bilateral)	.000	.023
	N	198	149
Recomendaría a otras personas que recurran a la mediación?	Correlación de Pearson	-.197**	.150
	Sig. (bilateral)	.005	.065
	N	200	152
Y Ud. personalmente, la volvería a usar?	Correlación de Pearson	-.213**	.235**
	Sig. (bilateral)	.003	.003
	N	200	153

** La correlación es significativa al nivel 0,01 (bilateral).

* La correlación es significativa al nivel 0,05 (bilateral).

un sustituto de esas dificultosas evaluaciones sustantivas. En consecuencia, cuestiones como el tiempo que se asigna a las partes para exponer su caso, o las explicaciones que se les brindan acerca de los aspectos técnicos, tienen un impacto en las evaluaciones globales acerca de la justicia mucho mayor de la que cabría esperar. Esto implica que la satisfacción con los aspectos formales del proceso puede tener una incidencia importante en la construcción de la legitimidad de las decisiones judiciales.

Empleando este enfoque, vale la pena revisar hasta dónde la satisfacción de los mediados con el uso del tiempo durante el proceso y su evaluación de la mediación están asociadas entre sí. El cuadro anexo resume las correlaciones entre estas variables.

Como puede verse, la satisfacción con el manejo del tiempo en el proceso correlaciona significativamente con las evaluaciones de la mediación, ya sean cuantitativas o cualitativas. Quienes están contentos con el manejo de los tiempos durante el proceso de mediación tienen mayor probabilidad de recomendar el uso de este procedimiento de resolución de conflictos a otras personas, y de volver a usarlo si es necesario. Igualmente, califican con notas más altas la mediación como mecanismo de resolución de conflictos, e incluso su imagen del funcionamiento de los tribunales globalmente considerados resulta mejor.

También la evaluación sustantiva de los resultados correlaciona positivamente con la imagen de la mediación. Quienes creen que los resultados alcanzados son justos, más probablemente asignan una nota más alta a la mediación y están dispuestos a volverla usar; igualmente, su imagen de los tribunales mejora.

La tabla de correlaciones permite comparar los efectos legitimadores que la convicción de la justicia de los resultados y la satisfacción con el manejo de los procedimientos tienen sobre la imagen de la mediación y de los tribunales.

Puede verse que la satisfacción con el manejo de los tiempos tiene un impacto relativamente mayor que los resultados en la construcción de las imágenes de la mediación y de los tribunales. Aunque ambos grupos de correlaciones son significativos, los vinculados a cuestiones procesales (ubicados en la primer columna) son sistemáticamente superiores a los derivados de cuestiones sustanciales (colocados en la segunda columna).

Estos datos indican la existencia de un efecto de justicia procesal, e implican que la construcción de la imagen de la mediación entre los justiciables está más influida por elementos atinentes a la organización del proceso – como el manejo de los tiempos – que por los derivados de las cuestiones

sustantivas revisadas. Un efecto similar, aunque de menor intensidad, se registra en la imagen del funcionamiento de los tribunales que los mediados.

La identificación de este efecto de justicia procesal tiene interesantes consecuencias prácticas en una época en la que parece difícil detener el deterioro de la imagen pública de la Justicia¹², ya que sugiere una vía de mejora que escapa a las restricciones impuestas por el carácter adversativo del proceso.

En este contexto, resulta claro que el esfuerzo de los funcionarios judiciales para acortar y mejorar los tiempos de los procesos, y, en general, para lograr una gestión más eficiente de las causas, redundará finalmente en una mayor legitimación de la actividad jurisdiccional. Se trata de una conclusión alentadora cuando la estabilidad de la democracia hace imperioso encontrar caminos practicables que permitan a la Administración de Justicia recuperar la credibilidad frente a los ciudadanos comunes.

Bibliografía

- Akmentis C. y García A (2000) "Una mirada a distintas experiencias de desarrollo jurídico alrededor del mundo" - publicado en la *Revista La Ley*, Actualidad. Se puede consultar en <http://www.reformajudicial.jus.gov.ar/materiales>.
- Barnat N. (2000) *La mediación ante el delito*, Ed. Lerner, Córdoba.
- Bergoglio M.I. (2002) "Argentina: el impacto de la institucionalización democrática", En L.Friedman, & R.Pérez Perdomo & H.Fix-Fierro (eds): *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización* (en imprenta). México. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bergoglio M.I. et al. (2001), *Litigar en Córdoba: investigaciones sociológicas sobre la Litigación*, Ed. Triunfar, Córdoba, setiembre 2001.
- Cappelletti M. (1993), "Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World -Wide Access-to-Justice Movement", *The Modern Law Review*, Vol. 56, p. 282-297, May 1993.
- Cappelletti M. y B. Garth, (1996) *El acceso a la justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, Fondo de Cultura Económica, México. Edición original: 1978.
- Edelman, Lauren, Cahill, Mia, (1998) "How Law Matters in Disputing and disputes processing" in *How Law Matters*, Ed. by Bryant Garth and Austin Sarat, Evanston: Northwestern University Press.

¹² De acuerdo a informaciones publicadas por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 57 % de los argentinos confiaban en la Justicia en 1984. En el 2001, esa proporción había caído al 12 %. Datos publicados en <http://www.reformajudicial.jus.gov.ar/estadisticas/imagen.htm>.

- Engle Merry S., (1990) *Getting Justice and Getting even: Legal consciousness among working-class Americans*, The University of Chicago Press, Chicago and London.
- Friedmann, Lawrence (1992), *Ahora elijo yo. La república de las opciones infinitas. Derecho, autoridad y cultura en el mundo contemporáneo*. Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1992.
- Garavano, G., (2001) "Los usuarios del sistema de justicia en Argentina" En *Nuevos enfoques para atender la demanda de justicia*. Conferencia Regional del Banco Mundial para América Latina y el Caribe. México. CIDE. Mayo.
- González del Pino, C. (2001) *El Impacto del Proceso de Judicialización de Conflictos sobre el uso de la Acción de Amparo como Instrumento para Garantizar Derechos*, Informe final, Beca de investigación de pre-grado. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba (mimeo).
- Lind E.A and Tom Tyler (1988) *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York: Plenum.
- Menkel-Meadow, C (1996) "Will managed care give us access to justice?" en *Achieving Civil Justice: appropriate dispute resolution for the 1990s*, Roger Smith (editor), Legal Action Group, London.
- Nader L. (1999), "The influence of Dispute Resolution on Globalization: the Political Economy of Legal Models" en *Globalization and Legal Cultures*, Johannes Feest (ed.), Oñati papers, Oñati.
- Röhl K. y Machura (1997), *Procedural Justice*, Aldershot, Dartmouth (Oñati International Series in Law and Society, vol. 4).
- Salanueva O. (1996) "Los justiciables y las valoraciones sobre la justicia civil y comercial del Departamento Judicial de Lomas de Zamora", *Revista de Sociología del Derecho*, Num. 11. La Plata
- Sousa Santos, B. (1999) "The Gatt of Law and democracy: (Mis) Trusting the Global Reform of Courts", en *Globalization and Legal Cultures*, Johannes Feest (ed.), Oñati papers, Oñati. ,
- Toharia J.J. (1987), *Pleitos tengas.. Introducción a la cultura legal española*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Colec. Monografías 96, Madrid.
- Ury, William L. (2000): *Alcanzar la paz, Diez caminos para resolver conflictos en la casa, el trabajo y el mundo*, Buenos Aires, Paidós.



INFANCIA Y DERECHOS EN LA REGIÓN CENTRO(*)

por *Elinor Bisig(**)*

Resumen: La investigación en la que se basa este artículo se planteo como un trabajo de análisis jurídico, tendiente a aportar bases para la armonización legislativa intraregional en materia de derechos de la infancia/ adolescencia. Con este objetivo se propuso el análisis de la normativa internacional, interna, de Mercosur y finalmente un análisis pormenorizado de la legislación de las provincias de Córdoba, Santa Fé y Entre Ríos quienes con la firma del Tratado de Integración Regional en el año 1998, por las provincias

* Artículo basado en la investigación "Bases para la armonización legislativa en materia infanto-juvenil de la Región - Córdoba, Santa Fe - en el MERCOSUR" realizada con el aval de CONICET y del CIJS, Cfr. BISIG, NIDIA ELINOR: Informe CONICET/2000. Esta investigación ha sido realizada en el marco del proyecto: "Bases para la Armonización Legislativa de la Región Centro - Córdoba, Santa Fe - en el MERCOSUR". Proyecto y publicación subsidiados por la Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica PICT 02-03895. Préstamo BID 1201/OC - ARN.

(**) Licenciada en Sociología UCSE - Magister en Demografía. UNC. Posgrados: en Políticas Sociales UNC y en Derechos Humanos IIDH. Investigadora del CONICET. Profesora Adjunta CIJS Facultad de Derecho UNC. Profesora de Postgrados auspiciados por UNICEF en diversas Universidades Nacionales. Autora del Programa Regional de Capacitación en Derechos y Políticas para América Latina. UNICEF IIN. Autora de numerosas investigaciones y publicaciones sobre infancia/adolescencia. Últimos trabajos: BISIG, N.E.; SALAS, G. R. "Normativa y Derechos de la Infancia, bases para la armonización legislativa en la Región Centro" Editorial Triunfar, Córdoba, 2002, "Adolescencia, morbimortalidad y salud reproductiva. Provincia de Córdoba" CEA.UNC Universitas Editorial Científica Universitaria. Córdoba, 1999. Email: elinorbisig@arnet.com.ar

de Córdoba y Santa Fé, al que se incorpora posteriormente la provincia de Entre Ríos, formalizan la Región Centro.

En este artículo se presenta una caracterización de la normativa internacional sobre los derechos económicos sociales y culturales de la infancia, específicamente en materia de derecho a la educación, al trabajo y a protección contra toda forma de explotación.

Se ofrece asimismo una descripción y comparación de la normativa nacional y de las provincias de la Región Centro, con los contenidos de los instrumentos internacionales. Sin perder de vista el valor normativo de las decisiones, resoluciones y directivas emanadas del Mercosur y el grado de incorporación al derecho interno.

Palabras claves: Región Centro-Derechos de la Infancia-Trabajo-Educación-Discapacidad-Normativa

Presentación

Los procesos de integración a nivel mundial colocan sus bases más profundas en dos reglas sobre las que se apoyan y que se constituyen en sus auténticos cimientos: respeto a los sistemas democráticos y respeto a los derechos humanos.

La integración es muy importante, si se la considera sobre el supuesto de constituir una pieza clave para empezar a construir un nuevo modelo económico, con modificaciones en la estructura territorial del poder, al cual no es ajeno el acrecentamiento de la complejidad social, aunado a nuevas y crecientes exigencias de coordinación del Estado en las políticas públicas.

Ello hace necesaria la armonización de legislaciones en las áreas pertinentes, entre ellas las relacionadas con los factores de la producción, entre los que encontramos tradicionalmente al capital, a los bienes, y los servicios, pero también, al trabajo y al capital humano. Esta armonización o convergencia, supone un proceso dinámico que lleva a una aproximación de los sistemas nacionales o a la aceptación de normas o principios comunes a todos los países involucrados.

Estos procesos de democratización y de integración económica están intentando avanzar y legitimarse a partir de acuerdos subregionales y principalmente por acuerdos bilaterales.

En el cono sur latinoamericano el MERCOSUR es un proceso de integración, que bajo apariencias de unión aduanera encaminada hacia la constitución de un mercado común, ofrece interesantes bases jurídico-sociales, que se espera, permitirán su evolución hacia formas más perfectas de integración que exceden el mero marco económico, envolviendo múltiples dimensiones, cuyo contenido social, político y sobre todo jurídico,

surge de su pertenencia al sistema de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

Como miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración, los Estados Parte del MERCOSUR, asumen el compromiso de cooperar para alcanzar las bases de una unión cada vez más estrecha entre sus pueblos con una primera meta en la constitución de un mercado común que es, por lo demás, un objetivo compartido por todos los procesos de integración en América Latina. Los países postulan entre los objetivos del desarrollo a largo plazo, el logro simultáneo del crecimiento económico y la equidad social.

En este sentido, la nueva vigencia de los procesos democráticos ha dinamizado el ritmo de la integración, habiéndoseles reconocido un rol protagónico en las recientes reuniones de Presidentes del MERCOSUR, en las que se ha colocado el acento en ellos junto al respeto a los derechos humanos.

Sin régimen democrático no hay espacio para la complementariedad en materia de integración económica, ello es posible porque hay un consenso básico en torno a la democracia. Por lo mismo, las ideas dominantes en los acuerdos de los países que conforman el MERCOSUR y entre las provincias de la subregión Centro apuntan a valorizar el sentido de la solidaridad y la búsqueda de políticas de desarrollo asociadas con equidad social en un marco geográfico que amplíe la capacidad de expansión de las economías y rescatar el principio de integración socio-cultural.

La búsqueda de equidad que se traduce en igualdad de acceso y de oportunidades, es una tarea estatal por excelencia, se señala que la política social en la actualidad ha de volcarse preferentemente a esta tarea, aún cuando el Estado tiende a perder cada vez más su rol de integrador entre las opciones económicas y las opciones sociales en el plano interno de cada país.

El papel del Estado en los compromisos referidos a los derechos económicos, sociales y culturales apunta cada vez más al desarrollo progresivo de un cuadro normativo que garantice su disfrute. Un primer paso hacia ese desarrollo y hacia el logro de la "armonización" es lograr en profundidad el conocimiento de la realidad y de la normativa de cada uno de los involucrados en el proceso de integración.

En lo que respecta a la región de referencia, la región Centro se formalizó con la firma del Tratado de Integración Regional en el año 1998, por las provincias de Córdoba y Santa Fé, a la que se incorpora la provincia de Entre Ríos en 1999, ella surge en el marco del MERCOSUR, en un contex-

to de apertura y desregulación generalizado. Estas tres provincias, buscan de este modo aprovechar la oportunidad histórica para activar la región, aumentando la competitividad y contribuyendo a formar una economía más abierta que pueda quebrar el crónico desequilibrio a favor de la provincia de Buenos Aires.

En cuanto a los derechos de la infancia y de la adolescencia y, en particular, los contenidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, se observa que cuando no ha existido un profundo proceso de discusión y acuerdos básicos sobre el modo de hacer efectiva la protección integral de la infancia, aparecen secciones en los Códigos o algunas leyes que representan una adecuación substancial de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en tanto que otras secciones o leyes sólo en apariencia presentan adecuaciones, en cuanto dejan intactos dispositivos y normas de carácter contradictorio con la normativa internacional.

Esta es la situación en que se podría ubicar la normativa de nuestro país en relación con la adecuación substancial a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En tal sentido cobra interés por sí mismo, el análisis de la normativa que atañe a la infancia/adolescencia de las provincias que se encuentran conformando la región Centro.

En lo que concierne a los derechos que nos ocupan, específicamente, los derechos económicos sociales y culturales de la infancia, se analizan en este artículo, las características de los contenidos de diversos instrumentos internacionales y más precisamente de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en materia de educación y en materia de trabajo y de protección contra la explotación laboral.

Se trabaja asimismo en la descripción y comparación de la normativa nacional y de las provincias de la región con los contenidos de los instrumentos internacionales, sin perder de vista el valor normativo de las decisiones, resoluciones y directivas emanadas del MERCOSUR y el grado de incorporación al derecho interno.

Derecho a la Educación

En los Tratados Internacionales tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la Declaración de los Derechos del Niño (1959), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966) y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (1988), como asimismo en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989), se consagran el

derecho, el deber y la obligatoriedad de la educación elemental, su gratuidad, la garantía de acceso, permanencia y conclusión y el acceso a niveles superiores en condiciones de igualdad; como asimismo el respeto a la libertad de los padres de escoger el tipo de educación para sus hijos.

Estas normativas enfatizan el fomentar la educación fundamental, en particular desde la Conferencia de Jomtien (1990) donde en la Declaración Mundial de Educación para Todos se expresó el compromiso de garantizar en el lapso de una generación las necesidades básicas de aprendizaje para todos y mantener luego esa situación.

En el año 2000, se formuló el Marco de Acción de Dakar con estrategias para el logro de esos resultados, entre otras, merece la pena destacar la necesidad de aumentar de manera considerable la inversión en educación básica, y el fomentar políticas de educación que estén explícitamente vinculadas con la eliminación de la pobreza y las estrategias de desarrollo.

También en el mismo sentido diversas normativas subrayan, además de elaborar programas para quienes no hayan recibido o terminado la instrucción primaria, la necesidad de fijar estrategias claras para superar los problemas de quienes se encuentran excluidos de las oportunidades educativas, e implementar sistemas de becas para fomentar la asistencia regular y reducir la deserción escolar.

Demandan asimismo dar cumplimiento al derecho al acceso a niveles superiores de educación de alta calidad, que respondan a las necesidades de los educandos, esos servicios no deben generar exclusión ni discriminación alguna, fijando entre los objetivos básicos de la educación el desarrollo de la personalidad, aptitudes, capacidad mental y física hasta su máximo potencial.

La educación debe también fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, la comprensión y tolerancia hacia otras naciones, grupos étnicos o religiosos. En tal sentido la Conferencia Mundial de Derechos Humanos realizada en Viena en 1993 considera que la elaboración de programas y estrategias para la educación, capacitación e información en esta materia, son indispensables para lograr relaciones armoniosas y pacíficas entre las comunidades, ellas deben incluir la paz, la democracia, el desarrollo y la justicia social.

En el MERCOSUR, se inicia el tratamiento de los temas educativos a partir del Protocolo de Intenciones (1991), suscrito y elevado por los Ministros de Educación de los países miembros al Consejo del MERCOSUR proponiendo el reconocimiento de un área educativa en ese contexto, a la vez que declaran la necesidad de garantizar para todos un adecuado nivel

educativo respetando las características culturales y lingüísticas de los Estados Parte.

En el ámbito de MERCOSUR, esto es en el marco de los procesos de integración regional, se adjudica una gran importancia a la formación de la conciencia ciudadana favorable al proceso de integración.

En este marco, la cuestión cultural y la dimensión educativa ocupan un lugar prioritario, las normas producidas por el MERCOSUR se inclinan hacia la afirmación acerca de que *"la educación es un actor fundamental en los procesos de integración regional"*, además que resulta necesario *"... responder a las demandas de un nuevo modelo de desarrollo basado en el logro de... competitividad externa y justicia social en un contexto democrático y crecientemente participativo"*.

Dentro de las áreas prioritarias, además de la formación de una conciencia ciudadana favorable al proceso de integración, se fijaron entonces, la capacitación de recursos humanos para contribuir a la economía y al desarrollo, y la compatibilización y armonización de los sistemas educativos.

En los niveles de educación primaria y media no técnica del MERCOSUR, los certificados de estudios emitidos en cualquiera de los Estados miembros son reconocidos en los demás (*"Protocolo de Integración decisión 4/94"*).

Asimismo, a partir de 1996 los alumnos de las escuelas primarias y secundarias que hayan aprobado en forma completa el año escolar en uno de los países del MERCOSUR, podrán proseguirlos en cualquiera de los otros países miembros (Cumbre de Punta del Este, 5/12/95)

En cuanto al idioma, podemos recordar que a partir del Plan Trienal 1/6/92, se ha decidido la implementación de un subprograma que tiene por objeto difundir la enseñanza tanto del castellano como del portugués en instituciones de los diferentes niveles y modalidades del sistema educativo.

En la Normativa Nacional, la Ley Federal de Educación N° 24.195 establece la gratuidad de la educación y la obligatoriedad de la misma que se extiende desde el último año de la Educación Inicial, constituido por el jardín de infantes de cinco años de edad, e incluye a todos los ciclos de la Educación General Básica de nueve años de duración. También establece la garantía de *"... acceso a la educación en todos los ciclos... a toda la población"*... (Art. 3).

Asimismo que *"los niveles, ciclos y regímenes especiales que integren la estructura del sistema educativo deben articularse... a fin de asegurar la movilidad horizontal y vertical de los alumnos"*. Promueve la forma-

ción básica común a todos los niños y adolescentes garantizando su acceso y promoción y la igualdad en la calidad de logros (Art. 15); y *“la implementación de programas especiales para garantizar el ingreso, permanencia y egreso de los alumnos/as en todos los ciclos”*... (Art. 53).

Esta normativa articula con el proceso de integración, en lo que respecta a la compatibilización y armonización de los sistemas educativos. La Ley Federal de Educación ... *“señala el inicio y la dirección de su paulatina reconversión para la continua adecuación a las necesidades nacionales dentro de los procesos de integración”* (Art. 1), asimismo asigna al Estado la responsabilidad de fijar... *“la política educativa... integrada a la región, el continente y al mundo”* (Art. 2).

En lo que atañe a la formación de una conciencia ciudadana, la Ley Federal plantea obligaciones con referencia a los temas significativos favorables al proceso de integración, señala que posibilitará la formación integral y permanente de los educandos con vocación nacional y proyección regional (Art. 6).

Apuntala asimismo a lograr la adquisición y el dominio de conocimientos socialmente significativos, enumerando, entre otros, a la cultura nacional, latinoamericana y universal (Art.15, inc. d). Sostiene que entre las obligaciones del Estado se encuentra el fomentar el uso de medios de comunicación para la difusión y la afirmación de la identidad nacional y regional (Art. 53, inc. j).

La diversidad cultural dentro de la integración está contemplada cuando la Ley Federal afirma el *“fortalecimiento de la identidad nacional atendiendo a las idiosincrasias locales, provinciales y regionales”* (Art. 5, inc. a).

Respecto de la generación de ciencia y técnica la Ley Federal entre las obligaciones del Estado asigna la de desarrollar programas de cooperación a fin de promover la calidad educativa y alcanzar logros equivalentes, a partir de las heterogeneidades locales, provinciales y regionales (Art. 53, inc. f); propone asimismo, estimular el estudio de la cultura y la realidad nacional y latinoamericana (Art. 22, inc. d).

En relación a la capacitación de recursos humanos para contribuir a la economía y el desarrollo, en esta ley se enuncia como una de las funciones de la universidad *“el formar y capacitar técnicos y profesionales conforme a los requerimientos nacionales y regionales”* (Art. 22, inc. a).

En las provincias que conforman la Región Centro, las constituciones provinciales consagran explícitamente el derecho a la educación como asimismo el deber de aprender, aunque cabe señalar que estos derechos y

obligaciones no se reducen exclusivamente a la educación elemental ni a los niños.

La Provincia de Córdoba garantiza el derecho a la educación, el carácter gratuito de la educación pública y la igualdad de oportunidades sin discriminación alguna; y debe *“asegurar la obligatoriedad de la educación básica general y común”* (Art. 62, inc. 4). En relación a los deberes establece que toda persona debe *“formarse y educarse en la medida de su vocación y de acuerdo con las necesidades sociales”* (Art. 38, inc. 7).

La Provincia de Santa Fe, garantiza el derecho de enseñar y aprender y provee al establecimiento de un sistema de educación preescolar y uno elemental de carácter gratuito y obligatorio, sin embargo destaca que, cumplido el ciclo elemental, la educación seguirá siendo obligatoria ... *“en la forma y hasta el límite de edad que establezca la ley”* (Art. 109). Puede organizar y proteger la enseñanza en el resto de los niveles y establece el carácter gratuito de la educación pública en todos sus grados.

Por otra parte la Provincia de Entre Ríos consagra en su constitución como obligación primordial del Estado proveer enseñanza primaria común gratuita, laica y obligatoria ... *“en las condiciones y bajo las penas que la ley establezca”* (Art. 203).

En materia educativa las provincias que integran la Región Centro son todas firmantes del Pacto Federal Educativo.

En la Provincia de Córdoba la Ley de Educación N° 8.113 plantea que *“la estructuración del sistema educativo provincial se basará en el principio rector de la educación permanente, atendiendo a la continuidad e integridad del proceso educativo, con el propósito de ofrecer posibilidades de formación, capacitación y perfeccionamiento a todos habitantes en las distintas circunstancias y etapas de su vida”* (Art. 14).

De esta manera, el sistema educativo se estructura en un Nivel Primario de seis años, de carácter obligatorio, un Nivel Medio que incluye un Ciclo Básico Unificado de tres años de estudio, también obligatorio; y luego un Ciclo de Perfeccionamiento que comprende tres años de estudios más, cuya finalidad es .. *“continuar y profundizar el proceso formativo general del educando iniciado en los niveles precedentes y orientarlo hacia la prosecución de estudios superiores y/o su incorporación profesionalizada al mundo del trabajo”* (Art. 30, párrafo 1).

En relación con las señaladas como áreas prioritarias para el proceso de integración.

La Provincia de Córdoba en la Ley de Educación Provincial N° 8.113 manifiesta, respecto de estas áreas prioritarias, como uno de sus fines *“la*

formación para la comprensión, la cooperación y la paz internacionales y la educación relativa a los derechos humanos y libertades fundamentales" (Art. 3, inc. g) y *"la conservación de los valores fundamentales que cimentan la identidad y unidad nacional y latinoamericana"*... (Art. 3, inc. f).

Asigna asimismo responsabilidad al Estado para generar servicios destinados a la educación permanente y la capacitación laboral y profesional *"orientadas según las necesidades y posibilidades personales y regionales"* (Art. 5).

Revaloriza también esta Ley Provincial, la diversidad cultural en sus objetivos de lograr *"la comprensión y el conocimiento de los procesos históricos y sociales y sus relaciones con la identidad regional, nacional y universal"* (Art. 29, inc. d) y *"El desarrollo de actitudes para la convivencia democrática y solidaria y el fortalecimiento del sentido de pertenencia regional y nacional, con apertura a la comprensión y solidaridad entre los pueblos"* (Art. 29, inc. e).

Respecto de la generación de ciencia y técnica y en relación con la capacitación de recursos humanos para contribuir a la economía y el desarrollo, a nivel provincial la Ley de Educación contempla asimismo estas necesidades al formular como objetivos *"el desarrollo de las competencias y habilidades para conocer, comprender y recrear la cultura los avances científico-tecnológicos, los procesos históricos sociales y su relación con su identidad regional, nacional y universal"* (Art. 31, inc. d) y también *"El desarrollo de la capacidad para conocer e interpretar críticamente la realidad circundante y para comunicarse a través de los diversos lenguajes"* (Art. 31, inc. e).

La Provincia de Santa Fe, adhiere en todos los términos a la Ley Federal de Educación. Además de su adhesión a esta Ley Federal, mediante la Ley N° 11.531 ha incorporado la enseñanza de lenguas extranjeras en el tercer ciclo de la educación general básica y polimodal con el propósito de que ... *"aseguren al alumno una formación plurilingüe y multicultural"* (Art. 1).

La Provincia de Entre Ríos en la Ley de Educación N° 7.711, por su parte, plantea que *"adoptará las medidas necesarias con sentido integral para lograr el efectivo cumplimiento de la obligatoriedad de la enseñanza primaria"* como asimismo la exigencia de la comprobación de que se ha satisfecho la misma (Art. 3).

Respecto de la adquisición de conciencia de ciudadanía y actitud favorable a los procesos de integración regional, la Provincia de Entre Ríos

aún no ha incorporado a su legislación específica reglamentaciones explícitas que articulen con las áreas señaladas como prioritarias para el proceso de integración del MERCOSUR.

Las provincias, deberán en este marco, plantearse metas y ofrecer programas con enfoques diferenciales atendiendo a las diferentes circunstancias vitales, que aseguren aprendizajes de igual y elevada calidad a todos los niños y jóvenes, de manera tal, que otorguen a los mismos una condición social equivalente.

Derecho al trabajo y a la protección contra toda forma de explotación

En los Instrumentos Internacionales el derecho al trabajo y el deber de trabajar, se encuentran explícitamente consagrados ya en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), en la que se reconoce a todas las personas el derecho a trabajar en condiciones dignas y a una justa retribución (Art. 14).

Además en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, más conocida como Pacto de San José de Costa Rica (1988), se incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada (Art. 6), en condiciones dignas, equitativas y satisfactorias, se reconoce asimismo el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, a la limitación de las horas de labor, al descanso y al disfrute del tiempo libre (Art. 7).

Esto nos lleva a reflexionar sobre los conceptos de igualdad, de dignidad, de legalidad y de libertad que inspiran a toda la construcción jurídica bajo análisis y a profundizar la investigación en el sentido de identificar aquellos casos en que estos conceptos resultan traicionados en la práctica.

Respecto de la regulación de la edad mínima de admisión al empleo, de la jornada y las condiciones de trabajo, y de la protección contra la explotación, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), se reconoce que los Estados deben establecer límites de edad por debajo de los cuales se prohíba y sancione el empleo de mano de obra infantil (Art. 10).

La obligación de examen médico para los menores que trabajan, se estipula también en varios de los convenios de la OIT, en razón de que se procura proteger no sólo la salud de un trabajador, sino evitar que el trabajo condicione el futuro del mismo, afectando su saludable crecimiento, ya que se trata de un niño en desarrollo tanto en lo físico cuanto en lo intelectual.

En el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se establece, en relación con los menores de dieciocho años, la prohibición del trabajo nocturno y de todo trabajo que pueda poner en peligro su salud, seguridad o moral (Art. 7). El mismo artículo respecto de los menores de dieciséis años, señala expresamente que la jornada de trabajo deberá subordinarse a las disposiciones sobre educación obligatoria y en ningún caso podrá constituir una limitación o un impedimento para la asistencia escolar.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989) se pronuncia en el mismo sentido respecto de la protección a los niños¹, haciendo extensiva la protección del Estado inclusive hacia aquellas actividades que pudieran *entorpecer* la educación; compromete asimismo a los Estados a adoptar las medidas pertinentes para garantizar esta protección. Al respecto hace referencia a las disposiciones de otros instrumentos internacionales y menciona en particular, tres aspectos centrales a considerar: la fijación de edad mínima para la admisión al empleo; la reglamentación de la extensión de la jornada, los horarios y condiciones de trabajo; y finalmente el estipular sanciones para asegurar la aplicación de estas garantías (Art. 32). Reconoce además el derecho al descanso, al juego y a la participación en actividades culturales (Art. 31).

En el Convenio 138 de la OIT (1973), sobre la edad mínima de admisión al empleo, se señala que se debe fijar una edad mínima de admisión al empleo con el compromiso de seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo infantil y eleve progresivamente la edad mínima. Esta edad, y sólo para ser empleado en actividades que no impliquen riesgo alguno, no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar o, en todo caso, a los quince años. Se desprende de ello que debe haber una estrecha correlación entre trabajo y educación.

La Conferencia de Oslo sobre trabajo infantil realizada en 1997 entre sus objetivos y prioridades ubicó a la eliminación efectiva del trabajo infantil y que los países debían derivar progresivamente hacia la erradicación de toda actividad laboral realizada por los niños en edad escolar, con inclusión de cualquier actividad que dificulte el desarrollo y la educación del menor, o que sea perjudicial para su salud o desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. Se acordó asimismo que había de otorgarse prioridad a la inmediata separación de los menores de las formas más intolerantes

¹ Recuérdese que niño se entiende hasta los 18 años de edad (Art. 1).

bles de trabajo infantil y a la rehabilitación física y psicológica de los menores implicados.

La protección contra toda forma de explotación económica o social, se reconoce explícitamente como un deber, tanto en la Declaración de los Derechos del Niño (1959), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la cual incluye en los artículos 33 al 35 a todas las formas de explotación y abuso sexuales, la venta y trata de niños, su empleo en la distribución de estupefacientes, etc. Además en el artículo 36 este deber de protección se hace extensivo a todas las formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto del bienestar de los niños.

En el mismo sentido el Convenio 182 de la OIT (1999) sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil considera como tales a: la esclavitud, la venta y el tráfico de niños, las servidumbres, el trabajo forzoso (incluido el reclutamiento obligatorio en conflictos armados), la prostitución o la pornografía de niños, la producción o tráfico de estupefacientes, el trabajo dañino para la salud, la seguridad o la moralidad de los niños (Art. 3).

En el MERCOSUR el Tratado de Asunción (1991), señala que el proceso de desarrollo económico perseguido en la integración comprende la tarea de implementarlo "*con justicia social*", se reconocen a nivel comunitario derechos y principios de gran importancia como el derecho a la igualdad de oportunidades y prohibición de cualquier discriminación.

En la Declaración Socio-Laboral del MERCOSUR (1998), queda de manifiesto con palmaria claridad que la integración regional debe alcanzar la temática social, tanto en la adecuación de los marcos regulatorios laborales, como en cuanto al reconocimiento de los derechos de los trabajadores correspondientes a los convenios de la OIT. En el artículo 1, garantiza a los trabajadores la igualdad de derechos, trato y oportunidades, sin distinción, entre otras razones, de sexo o edad, se comprometen los Estados además a eliminar la discriminación hacia los grupos en desventaja.

Respecto al trabajo de menores este será objeto de protección especial para los Estados Parte, especialmente en lo que concierne a la edad mínima para el ingreso al mercado de trabajo, también se prohíbe el trabajo nocturno o en horas extras, como asimismo fija la edad mínima en dieciocho años para el trabajo en lugares o actividades declarados insalubres (Art. 6). Por otra parte, en esta declaración los Estados se comprometen a eliminar toda forma de trabajo forzoso y a la abolición del trabajo infantil.

A nivel nacional, Argentina en su Constitución consagra el derecho de trabajar en condiciones dignas, jornada limitada, justa y equitativa retribución (Art. 14 y 14 bis).

El Código Civil obliga a los menores de dieciocho años a contar con autorización paterna para el ejercicio laboral (Art. 275); y reconoce a los hijos el usufructo y administración de los bienes así obtenidos (Art. 287 y 288).

La Ley de Contrato de Trabajo prohíbe expresamente ocupar a menores de catorce años o que no hayan completado la instrucción escolar obligatoria, a excepción del trabajo en empresas familiares y siempre que no se trate de tareas peligrosas (Art. 189). Reconoce capacidad desde los catorce años para celebrar contratos de trabajo (Art. 32); e igualdad de retribución que a los mayores (Art. 187).

Pueden asimismo los menores, a partir de los quince años de edad celebrar contratos de aprendizaje, cuyas condiciones estipula la Ley de Reforma Laboral, donde también se establecen las condiciones del régimen de pasantías para los estudiantes (Arts. 1 y 2).

Argentina ha ratificado todos los convenios de la OIT y en tal sentido, los menores se encuentran formal y explícitamente protegidos por las leyes laborales en todos los aspectos, tales como la regulación de la duración de la jornada laboral, el descanso, la prohibición de la realización de horas complementarios y del trabajo nocturno, las exigencias de controles médicos, etc.

Sin embargo, el establecer la edad mínima de admisión al empleo a los catorce años de edad, coloca a la legislación nacional por debajo de la edad fijada como mínima por la OIT, como también en contradicción con el artículo 32 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño².

Debido a la prolongación del ciclo de escolaridad en la educación general básica que el nuevo plan de educación establece. La educación general básica abarca nueve años, en consecuencia los años de cursado de este ciclo de escolaridad, se extienden hasta los quince años de edad inclusive. Por lo tanto, la edad mínima de admisión al empleo debería fijarse para no entorpecer el cursado, acorde al artículo 32 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en una edad no inferior a los dieciséis años.

² Ley Nacional N° 23.849 (1990). Esta Convención fue incorporada a la lista del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (reforma de 1994).

Respecto de la eliminación de las denominadas peores formas de trabajo infantil, el Código Penal establece penas privativas de libertad para quienes promuevan a menores en el ejercicio de la prostitución, como también para quienes distribuyan produzcan o publiquen material pornográfico con menores, las penas son agravadas si se trata de familiares.

Al respecto, en la Ley N° 10.903 de Patronato de Menores, se establece que los jueces deberán disponer preventivamente de los menores víctimas de delitos si se encuentran material o moralmente abandonados (Art. 14). Esta facultad de disposición prevista en esta anacrónica norma, que data de 1919 y que aún no ha sido adecuada a los principios legales vigentes en la materia, coloca a esta normativa al margen y en contradicción con la doctrina de la protección integral plasmada en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional. Esta contradicción se extiende tanto al ámbito de la protección de derechos, cuanto a los procedimientos y garantías procesales.

Las provincias de la Región Centro, en materia laboral se rigen por las leyes nacionales. Respecto del derecho al trabajo de los menores de edad La provincia de Córdoba en su Constitución garantiza el derecho de los jóvenes a la formación laboral (Art. 20), en tanto que la Constitución de Santa Fe a su vez, asegura el goce de los derechos que la constitución y las leyes nacionales reconocen a los trabajadores y otorga especial protección a los menores que trabajan.

La provincia de Entre Ríos en el código procesal laboral, reconoce a los menores desde los catorce años, capacidad idéntica que a los mayores para estar en juicio laboral, siempre con intervención del ministerio público. En el Estatuto Jurídico de los Menores (1991), consagra explícitamente el derecho al trabajo digno y a la libre elección de su ocupación para el menor, a la vez que garantiza condiciones no abusivas en su realización (Art. 17, inc. a).

Periódicamente se han instrumentado diversos programas, sostenidos en algunos casos por el gobierno nacional y en otros por los propios gobiernos provinciales, tendientes a favorecer la incorporación de los jóvenes en actividades laborales. Los mismos se formularon básicamente como respuestas coyunturales y paliativas ante el incremento de la inseguridad, violencia y exclusión social, provocado entre otras causas, por el agudo y desmesurado crecimiento del nivel de desempleo, aunado a una reducción de la matrícula en los niveles de educación medios y superiores.

En lo que respecta a la edad mínima de admisión al empleo, en las provincias que se agrupan en la Región Centro pueden hacerse reflexiones

similares a las efectuadas acerca de la legislación nacional puesto que las mismas, se rigen por la Ley de Contrato de Trabajo y son firmantes del Pacto Federal Educativo. Entonces, deberían adecuarse las edades tomando en consideración la duración de la escolaridad en la Ley Federal de Educación.

Por otra parte debe reconocerse que las aisladas acciones implementadas alrededor del problema de los niños que trabajan, no se han formulado dentro de un plan de una política de desarrollo integral que implique, entre otras acciones, el dotar de eficacia a la legislación restrictiva del trabajo infantil, incorporar el apoyo a la familia y la erradicación del trabajo infantil como elementos esenciales del desarrollo. A ello debería agregarse la expansión de la matrícula escolar y de la formación profesional y el fortalecimiento del apoyo para asegurar la conclusión de los ciclos educativos.

En relación con la protección a los niños contra toda forma de explotación o del incumplimiento de las obligaciones respecto de su instrucción, en las provincias de Córdoba y de Entre Ríos, la legislación específica establece como función de los jueces de menores y del Consejo Provincial del Menor, respectivamente, tutelar esos derechos.

Acerca de estas legislaciones es posible remitir a lo observado en relación a la Ley de Patronato, son legislaciones de antigua data que se fundan en esta ley de principios del siglo pasado y en las cuales se refleja la concepción tutelar de la minoridad.

Las legislaciones de las provincias de la región no han incorporado la nueva visión de protección a la infancia, carecen por ende del reconocimiento de los derechos y garantías que conforman los principios legales vigentes en la materia, y tienden a instrumentar acciones y políticas que victimizan a los niños y consolidan la judicialización de los problemas sociales.

En síntesis, se observa, tanto a nivel nacional como a nivel de las provincias diversos grados de avance y formalización en la implementación de las normativas adoptadas con el fin de establecer políticas especiales para garantizar que los niños y niñas, puedan tener acceso a los derechos consagrados constitucionalmente.

También pueden darse asimetrías, vinculadas a la existencia y cobertura de mecanismos en materia de control del cumplimiento de la legislación social. Es ampliamente reconocida, la escasa utilidad de la legislación protectora de derechos sociales si esta carece de un sistema de control en cuanto a su efectivo cumplimiento.

Recomendaciones

En términos de adecuación normativa a los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país, es necesario:

a. Resolver las contradicciones plasmadas en la Ley de Patronato, aún vigente, respecto de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, incorporando explícitamente a aquella, los principios y garantías básicas del derecho, en particular que permitan eliminar las internaciones de niños víctimas de explotación y/o de violaciones al derecho de protección o a la educación.

b. Resolver la contradicción plasmada en las diversas leyes y cuerpos normativos respecto de la edad de capacidad contractual y de admisión al empleo con el Convenio 138 de la OIT y con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, unificando las edades tomando en consideración la duración de la escolaridad en la Ley Federal de Educación, en tal caso la edad mínima de admisión al empleo no debería ser inferior a los dieciséis años.

c. Dotar de eficacia a la legislación restrictiva del trabajo infantil, con la incorporación efectiva de apoyo a las familias, tendiente a la erradicación definitiva del trabajo infantil.

d. Sancionar en las tres provincias de la Región Centro cuerpos normativos de Protección Integral de los Derechos de los Niños y Adolescentes que contengan enunciados específicos sobre la temática del trabajo y de la explotación infantil, atendiendo a la informalidad, invisibilidad y ocultamiento que caracteriza a estos problemas.

e. Establecer mecanismos de fortalecimiento y de apoyo para asegurar a los niños y jóvenes el acceso, la continuidad y la conclusión de todos los niveles de educación formal.

Interesa destacar que la inversión en educación en el marco de una política de integración regional, debe estar incorporada a una estrategia de desarrollo regional sostenible, y debería prever un espectro de programas vinculados a objetivos de eliminación de la pobreza, el trabajo infantil, la exclusión social y educacional, con un cabal reconocimiento de que tal como se planteó en la Declaración Mundial sobre Educación para Todos (Art. 1, párrafo 1) *“las necesidades básicas de aprendizaje abarcan tanto las herramientas esenciales para el aprendizaje como los contenidos básicos del aprendizaje necesarios para que los seres humanos puedan sobrevivir, desarrollar plenamente sus capacidades, vivir y trabajar con dignidad, participar plenamente en el desarrollo, mejorar la calidad de vida, tomar decisiones fundamentadas y continuar aprendiendo”*.

Las observaciones precedentes permiten plantear, en todo proceso de integración, la necesidad de:

- acordar previamente los fines u objetivos en la determinación de la política de protección social común que se formula, dando libertad a quienes participen en dicho acuerdo, ya se trate de Estados o de provincias, para que la hagan efectiva por los medios que los mismos dispongan y;
- establecer mecanismos de monitoreo que permitan evaluar el grado de efectividad en el cumplimiento de la normativa, a efectos de que se traduzca en un real goce, protección y garantía de los derechos enunciados.

Bibliografía:

BARATTA, Alessandro "La situación de la protección del niño en América Latina" Ponencia del *Seminario Infancia, Adolescencia y Políticas Sociales*. UBA/ Centro de Estudios Avanzados y F. Pibes Unidos. Buenos Aires, Argentina, 1992.

BISIG, N.E.; SALAS, G. R. "Normativa y Derechos de la Infancia, bases para la armonización legislativa en la Región Centro", Editorial Triunfar, Córdoba, 2002.

CILLERO BRUÑOL, Miguel; COUSO SALAS, Jaime; JUSTE PICON, María Antonia; URZUA TRONCOSO, Paula *Niños y Adolescentes Sus Derechos en Nuestro Derecho* SENAME. Santiago, Chile, 1995.

DROMI, Roberto. *Código del MERCOSUR* Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1998.

• *Código del MERCOSUR* CD Media Lab Argentina, 1998.

• *Derecho Comunitario. Régimen del MERCOSUR* Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1995.

FELDMAN, Silvio; GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; ARALDSEN, Hege "Los Niños que Trabajan" *Cuadernos del Unicef N°1* Ed. UNICEF Argentina, 1997.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; BELOFF, Mary (comp.) *Infancia, Ley y Democracia en América Latina* Ed. Temis Depalma. Santa Fe de Bogotá - Buenos Aires, 1998.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS *La Dimensión Jurídica de los Derechos Humanos Bilingual* CD ROM Windows. Cenedic Centro Nacional Editor de Discos Compactos Universidad de Colima, México, 1995.

• *Presente y futuro de los derechos humanos*. Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez. Ed. Mundo Gráfico S.A. San José, Costa Rica, 1998.

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOMAS DE ZAMORA *Congreso Internacional de Derechos Humanos Frente al Año 2000 Libro de ponencias de los expositores invitados* Homenaje al cincuentenario de las Declaraciones de Derechos Humanos, 1998.

INFANCIA Y DERECHOS EN LA REGIÓN CENTRO

MANSUETI, Hugo Roberto *Derecho del trabajo en el MERCOSUR* Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1999.

MORLACHETTI, Alberto *Situación actual. Obligaciones de Latinoamérica y el Caribe ante el derecho internacional de adolescentes y jóvenes* Organización Panamericana de la Salud. Fundación W.K. Kellogg, Washington, DC, UEA, 1999.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO *Trabajo* N° 22 Diciembre. Ginebra, 1997.

PEREYRA, Luis Cruz; FERREYRA, María Andrea *La educación y la cultura en el MERCOSUR* Francisco Ferreyra Editores. Córdoba, Argentina, 1999.

PINARD, Gustavo E. *Los derechos humanos en las constituciones del MERCOSUR* Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1996.

RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto *MERCOSUR, Integración y Derecho* Ed. Ciudad Argentina. Intercontinental Editora. Buenos Aires, 1998.

SAN MARTINO DE DROMI, María L. *Integración iberoamericana* Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1996.

SOCIEDADES Y POLÍTICAS "*Trabajo Infantil*" N° 2 Ed. Pibes Unidos. Buenos Aires, 1996.

STAHNINGER DE CARAMUTI, Ofelia. Coordinadora *El MERCOSUR en el Siglo XX* Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1998.

UNICEF *De Menor a Ciudadano. Implementación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en América Latina y el Caribe.* Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Santa Fe de Bogotá, 1996.

DISCURSOS POLÍTICOS Y LA “LEY DEL NUEVO ESTADO”: REPRESENTACIONES EN EL DEBATE LEGISLATIVO (Córdoba, 2000)

por *María Susana Bonetto*¹ - *María Teresa Piñero*² - *Fabiana Martínez*³

Resumen: Esta investigación se dedica a la análisis del discurso político de Unión por Córdoba, Unión Cívica Radical y el Frepaso en un particular momento de la construcción de sentidos sociales y políticos en nuestra provincia: el debate por la construcción de un “nuevo Estado provincial”. Esta discusión emerge luego de alrededor de diez años de hegemonía neoliberal y presenta continuidades y algunas rupturas con este discurso, analizado en investigaciones anteriores.

Palabras claves: Estado - Elites Políticas - Neoliberalismo

¹ Dra. en Derecho y Cs. Ss. UNC. Profesora Titular por concurso de Teoría Política en Trabajo Social de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales. Directora de la Maestría en Relaciones Internacionales del Centro de Estudios Avanzados de la Universidad Nacional de Córdoba. Ex Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Fac. de Derecho y Cs. Ss de la UNC.

² Magister en Relaciones Internacionales del Centro de Estudios Avanzados de la UNC. Profesora Adjunta por concurso Encargada de la cátedra A de la Introducción a los Estudios de la carrera de Abogacía de la Fac. de Derecho y Cs. SS. Docente de Derecho Político. Ex becaria de la Secretaría de Ciencia y Tecnología de la UNC. Ex Coordinadora Académica del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Cs. Ss.

³ Master en Semiótica del Centro de Estudios Avanzados de la UNC. Profesora Adjunta por concurso de las Cátedras de Semiótica y Análisis del Discurso. Becaria del CONICET.

Introducción

En esta investigación nos dedicamos al análisis del discurso político de diferentes partidos en un particular momento de la construcción de sentidos sociales y políticos en nuestra provincia: el debate por la construcción de un "nuevo Estado provincial". Esta discusión emerge luego de alrededor de diez años de hegemonía neoliberal y presenta continuidades y algunas rupturas con este discurso, analizado en investigaciones anteriores.

Esta hegemonía discursiva ha estado asociada directamente a los procesos por los cuales, a partir de la última transición, la mayor parte de los nuevos regímenes latinoamericanos adoptaron el modelo de "modernización vía internacionalización", luego del establecimiento de la democracia y una vez colapsados los regímenes burocráticos-autoritarios (O'Donnell, 1982). En este marco, la modernización articulada a la internacionalización se puede resumir como la "integración a la economía mundial, combinada con la emulación de las pautas económicas, políticas y culturales prevalentes en los países capitalistas avanzados" (Przeworski, 1998:22). La aceptación de este modelo estuvo legitimada, en el caso argentino, por una vasta circulación de discursos que prometían con esta estrategia la inserción en el primer mundo.

Haciendo una revisión de procesos externos que combinan democratización y modernización, advertimos que los logros europeos de post-guerra y los posteriores hasta la década del setenta (Grecia, Portugal y España) no lo hicieron con la aplicación de recetas neoliberales, como los regímenes latinoamericanos del presente, sino con una fuerte presencia estatal a través de subsidios financieros, incentivos a la exportación y políticas industriales proteccionistas. Por otra parte, construyeron su desarrollo como un proyecto nacional y regional según sus propias experiencias y tradiciones culturales. La estrategia de modernización vía internacionalización abre los mercados, revoca las barreras culturales y construye las instituciones políticas sobre la base de pautas desarrolladas en otras regiones, aún rompiendo drásticamente la historia y estructuras socio-culturales de los Estados que se someten a este modelo. Los factores que impusieron esta nueva opción para la orientación de los procesos democráticos en América Latina son diversos, entre ellos podemos citar el afianzamiento de la globalización, sobre todo la económica, y dentro de ésta, en especial la financiera. Así también, la expansión del pensamiento neoliberal (Reagan, Thatcher y Kohl) y finalmente, el fin de la guerra fría y la desintegración de la URSS.

Además, en América Latina, luego del incumplimiento de pagos de México en 1982, se produjo una renegociación de las relaciones con el

Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. Para continuar la asistencia, estas instituciones financieras internacionales impusieron sus políticas, primero en paquetes de estabilización, y luego del Plan Baker la liberalización del comercio y la reducción del rol del Estado. En los ochenta se estableció un frente unido de acreedores (las instituciones internacionales, bancos privados y los gobiernos de Thatcher, Reagan y Kohl), que utilizó su poder económico y político para presionar el cumplimiento de sus exigencias. En ese marco, para los gobiernos de América Latina, con dificultades económicas, no había opciones.

Esta estrategia de modernización vía internacionalización, orientada a la imitación de la producción y el consumo, conforme a los precios y prácticas de los mercados internacionales, ha sido objeto de discusión y debate en la teoría y la práctica política sobre sus posibilidades de éxito. Fundamentalmente, el pensamiento hegemónico en los niveles gubernamentales defendió esta opción como exitosa adaptación al nuevo contexto internacional, y consideró que la integración a los mercados internacionales abría oportunidades para la producción orientada a la exportación y que la apertura de los mercados internos, impulsaría una distribución más eficiente de los recursos.

Pero según sostiene Przeworski (1998: 31), "la internacionalización es, por definición, una estrategia competitiva...es inevitable que con esta estrategia haya ganadores y perdedores". Esta cuestión ha alcanzado una fuerte constatación regional, ya que se ha producido un agudo aumento de la desigualdad económica, regional, sectorial y social entre los Estados y en su interior, que ha generado un crecimiento de tensiones, políticas y sociales.

En nuestro país, un nivel importante de esta propuesta está constituido por la reforma del Estado. En el orden nacional la primera fase de esa reforma contó como estrategia relevante la reducción del aparato estatal mediante la transferencia al sector privado de la responsabilidad de la producción de bienes y servicios, llevada a cabo a un ritmo vertiginoso y sin precedentes. Este acelerado programa de privatización se justificó desde el gobierno por tres razones: una mejora de la eficacia económica, un aumento en los ingresos del gobierno, y finalmente porque generaban en sus comienzos apoyos políticos. En definitiva, se sobrevaló el segundo punto, visualizándose las privatizaciones como el medio esperanzador, no sólo de suprimir gastos, sino de agregar recursos adicionales al erario público y evitar la crisis fiscal.

Este proceso fue apoyado por el Banco Mundial que proveyó los fondos necesarios para llevar a cabo los ajustes sectoriales, los retiros voluntarios y el diseño de los planes de privatización. Ciertos argumentos que generaron apoyo político en sus comienzos, se referían a la necesidad de mejorar la calidad de los servicios y a la eliminación de la corrupción.

Sin embargo, el proceso fue cuestionado porque luego dio lugar a actos de corrupción y a una falta de transparencia, bajo la consigna de privatizar rápidamente y a cualquier precio. Así, en su implementación se favorecieron las ganancias de grandes grupos económicos que utilizaron los papeles de la deuda, comprados al 20% de su valor.

Según sostiene García Delgado (1994:91), como balance de esta estrategia, "en algunos casos, se producen algunas inversiones y modernización, pero con servicios que no alcanzan la eficacia del primer mundo y precios que los superan (Entel). En otras, el proceso termina en desastre tanto en eficiencia como en la reducción del paquete accionario inicial del Estado, como en el caso Aerolíneas".

En el marco de estos antecedentes, es que en Córdoba en el mes de marzo de 2000 se presentan dos proyectos de leyes denominadas Carta del Ciudadano y Modernización del Estado. No nos detendremos en el análisis de los procesos concretos de discusión de estas normativas en la Legislatura Provincial que tuvieron amplia y aún escandalosa difusión, sino que trataremos de analizar los sentidos sociales que se construyeron alrededor de la cuestión central que se vincula a las reformas del Estado o lo que se denominó la construcción del "Nuevo Estado Provincial" y en torno al cual, si bien se plantean cuestiones referidas a los derechos ciudadanos y su protección, que fueron ampliamente consensuadas por todos los sectores, los ejes de discusión más fuerte aluden a la construcción del "nuevo Estado".

Para reconstruir el carácter conflictivo y polifónico que presenta el campo discursivo político en este momento, se han analizado los discursos de tres partidos políticos: Unión por Córdoba, Unión Cívica Radical y Frepaso, a partir del relevamiento del total de los discursos pronunciados por sus representantes en la sesión de aprobación (Diputados, 15 de marzo 2000), y se ha focalizado el análisis en el lexema "Estado".

Análisis de ESTADO

Los sentidos atribuidos al término "Estado" constituyen el principal objeto en disputa en este debate, pues de su imposición y legitimación depende un modelo valorativo íntegro de lo político y lo social, capaz de otorgar legibilidad a diversos programas sostenidos por los distintos parti-

dos. En cierta forma, a la significación que se define en el discurso, corresponde la configuración de la identidad de ciertos actores (¿cuál es el lugar de los políticos y los ciudadanos?; ¿cómo se definen las relaciones Estado, sociedad y mercado?) y el trabajo discursivo sobre ciertos objetos sociales (¿qué derechos se priorizan?, ¿qué valores axiológicos se tematizan y cuáles se excluyen?).

Unión por Córdoba

A pesar de que el tema de la reforma estatal fue relevante en un tramo central de la gestión del gobernador justicialista, no ocupó gran espacio en sus discursos pre y postelectorales, más dedicados a la cuestión de la imagen del candidato, su particular vínculo con los cordobeses y el novedoso programa de rebaja de impuestos. Ésta será, entonces, la primera instancia polémica⁴ y pública en la cual deberán sistematizarse en una cierta formación discursiva los sentidos acerca de la organización de los ámbitos públicos y privado en la provincia. Como el principal tema de debate alude directamente al Estado, todo un conjunto de aspectos políticos y sociales serán extensamente tematizados por los diferentes enunciadores asociados al partido.

El término presenta una frecuencia significativa y es la primera palabra plena del índice lexical jerárquico: su recurrencia garantiza la posibilidad de analizar campos semánticos autónomos y relativamente complejos en los discursos⁵. Por otro lado, este lexema aparece como una forma jerarquizada (Courtine, 1981: 79) por los distintos enunciadores. Sintácticamente, esto se corrobora en una estructura predicativa definicional recurrente en una gran cantidad de enunciados, en la que las relaciones entre los términos producen cuasi-sinónimos e identificaciones (X es P). Para J.J.Courtine, esta modalidad condensa las funciones del tema, dándole un énfasis explícito por exclusión; se produce así la focalización en el discurs-

⁴ El discurso legislativo puede ser considerado como uno de los más directamente polémicos, al confrontar directamente en una sucesión dialógica los distintos representantes de los partidos y por tratarse de un ritual en el que se ponen en juego diversos puntos de vista; rico y complejo en sus representaciones al no estar restringido a las condiciones de tiempo tan limitadas que se presentan en los espacios mediáticos.

⁵ El relevamiento de los discursos se realiza a partir de la aplicación de un analizador lexicométrico en contexto, que permite identificar todas las apariciones en los límites de la oración de un mismo lexema. Según el índice lexical jerárquico, "Estado" presenta 430 ocurrencias, frente a las 143 del término "poder", otro de los términos claves que encabezan este índice.

so y el marcado enfático de un elemento entre otros (en este caso, *Estado*). En el nivel semántico, a partir de numerosos empleos, se define una red de asociaciones sostenida por diagnósticos negativos referidos a la situación actual —a la que estos enunciadores leerán en clave de oposición y necesidad de transformación— y por los términos positivos que definen al futuro Estado, cuestión que atraviesa la casi totalidad de los componentes programáticos de Unión por Córdoba (UPC).

Este discurso se organiza en torno a una permanente articulación entre los componentes descriptivos (en los que el enunciador político ejerce la constatación y presenta el balance de la situación) y los programáticos (asociados a las promesas que justifican el proyecto de ley; (Verón, E., 1987:20). En este "balance", se impone un paradigma de la negación, constituido por numerosos enunciados que tienden a negar las modalidades del Estado como sujeto de hacer, o a caracterizar disfóricamente sus acciones. Para esto, se recurre a enfáticas calificaciones negativas que dan como resultado una construcción desvalorizante de su imagen e -indirectamente- proponen un reconocimiento positivo del sector privado. Fundamentalmente, el Estado aparece como un mal administrador, y su intervención en el campo económico es la causa de una crisis generalizada:

ESTADO

Acciones	actividades mal organizadas	Atributos	viejo Estado
	pésimamente ejecutadas		ineficiencia
	baja eficiencia		prebenda
	empresas públicas ineficientes		baja eficiencia
	mal manejadas		falta de capacitación
	ineficaz		burocracia parasitaria
	malas administraciones		sobrecostos artificiales
			paquidémico y anquilosado
			burocrático e ineficiente
			irracional distribución

La acumulación de adjetivos y adverbios produce una tematización fuertemente negativa, y las relaciones causales llegan incluso a definir un "contexto catástrofe"⁶.

⁶ La presencia de metáforas que incluyen verbos asociados a una isotopía existencial (vida/muerte: *asfixia al sector privado, ahogo a los sectores productivos*); el grado

Por otro lado, los actores se relacionan antagónicamente, a partir de parejas axiológicas que no sólo implican oposición entre políticos y sociedad civil, sino entre dos modelos económicos: el prebendario (público) y el productivo (otros actores sociales). De la implementación de uno u otro dependen valores de interés general: así, encontramos por un lado los "funcionarios", "privilegios sectoriales"; y por el otro colectivos más amplios como "sociedad", "ciudadanía", "sector privado", "sectores productivos".

Los actores asociados al ámbito estatal aparecen, además, como los principales adversarios tanto de los colectivos sociales (*la sociedad entera, los sectores productivos*) como de valores de interés general (*prosperidad, equidad social, desarrollo*). En este esquema, el Estado se tematiza como el actor responsable de diversos antivalores, mientras que la sociedad y los actores privados, resultan las víctimas de una situación que requiere, inevitable y urgentemente, de una transformación. De estas asociaciones provienen relaciones de causalidad argumentativas que legitiman una profunda reforma.

Algunos de estos sentidos provienen de una formación discursiva previa que definió, a lo largo de una década, nuevos sentidos en torno al "Estado". En los discursos de Menem, la descalificación del ámbito estatal constituye un eje permanente de significación en torno al cual se organiza una serie amplia de parejas axiológicas. Desde el año 1992, los discursos despliegan un profuso trabajo de representación que atribuye al Estado un conjunto de sentidos negativos: éste aparece como incapaz de participar en los procesos económicos o de garantizar la función básica del tutelaje de ciertos derechos. Sucesivamente, se niegan sus modalidades: en primer lugar, no sabe; y en consecuencia, no puede. Su descalificación es pragmática (*no saber hacer*), pero también moral (*es cómplice de delincuentes*) y emotiva (*causa más cruel y salvaje de injusticia social*). El lugar público se torna, entonces, inaceptable.

aumentativo de las calificaciones (*gravísimo, pésimamente, muy malo*); un eje de significación ligado a una falta de lógica en la acción (*irracional distribución, absurdo*); metáforas de guerra (*atacar frontalmente, acciones de shock*); la inclusión pronominal y emotiva que genera un nosotros amplio (*que todos conocemos y sufrimos*). La confluencia de estos elementos configura un "contexto catástrofe" que impone a su vez un "contexto de cambio" (VASILACHIS, 1999: 72): "la definición en términos dramáticos de las situaciones sociales remite semánticamente a circunstancias que requieren de soluciones inmediatas para evitar y paliar consecuencias negativas de más vasto alcance. La exigencia de rapidez y eficacia de la respuesta, por lo general, justifica el empleo de medios de solución que no se aceptarían ni ética ni jurídicamente en condiciones normales."

Un léxico diferenciado y algunas asociaciones ya habían tenido una profusa presencia en los discursos del gobierno nacional⁷, acompañando la reforma del Estado y los procesos de privatización: de ésta, el discurso del partido retoma ciertos componentes, pero agrega además –en un proceso de intertextualidad⁸ intensa- nuevas fórmulas y lexemas que exigen, por su novedad, ser definidas.

Este cambio es el que tematizan los programáticos orientados a definir un "nuevo Estado", cuyo modelo vendría a reparar las carencias enumeradas. Un conjunto amplio de calificaciones valorizantes construye como una cadena de equivalencias semánticas positivas. Incluye subjetivemas evaluativos y axiológicos⁹, que rodean a esta forma instaurando una significación¹⁰ que presenta una fuerte recurrencia en los distintos enunciadores, afirmándose como un componente específico y diferenciador del discurso propio de la UPC. Se genera así una cadena de calificaciones valorativas que se presentan con recurrencia: *el Estado nuevo/ético/solidario/transparente/cristalino*, resultando incluso que a veces un lexema atrae a los otros.

Se presentan a la vez recurrentes enunciados definicionales que profundizan el carácter polémico del discurso: la definición instituye la propia

⁷ Esto datos provienen de investigaciones realizadas sobre corpus amplios de discursos producidos en la élite política principalmente a lo largo de la década del 90 (discursos de aperturas de Asamblea de Menem, discursos públicos, debates legislativos, documentos de Secretarías y legislativos, campañas electorales, etc.). De ésta formación discursiva se extraen relaciones argumentativas de legitimación, como por ejemplo, la definición de los programas propuestos como los únicos viables en un contexto ineludiblemente determinado por la *globalización*, que exige urgentes transformaciones, aunque se ha debilitado la marca determinista fuerte que predominó hasta fines de los 90.

⁸ Definida por ANGENOT (1989: 15) como "la circulación y transformación de ideologemas, de pequeñas unidades significantes dotadas de aceptabilidad difusa en una doxa dada". La noción equivale al preconstruido de M. Pecheux y a las marcas de las condiciones discursivas de producción (VERÓN, 1987); se trata de una perspectiva del Análisis del discurso según la cual es difícil describir un corpus sin dar cuenta de redes e interacciones en un campo dado, en el cual las formaciones discursivas se desplazan, transforman y cruzan permanentemente.

⁹ Se trata de lexemas que caracterizan a la enunciación subjetiva, y en los que pueden reconocerse los juicios evaluativos o desvalorizantes o desvalorizantes del enunciador (KERBRAT-ORÉCHIONI, 1997: 93); su presencia es relevante en los géneros polémicos.

¹⁰ P. CHARAUDEAU (1982:28) distingue entre el sentido como el "nudo metadiscursivo de una marca lingüística que constituye un ya-dicho", testimonio de un contrato social que fija un estatuto semántico; y la significación referida a un hecho de discurso y a la situación de empleo. Así, el signo se realiza en el acto de lenguaje particular: las condiciones de producción especifican la significación a partir de asociaciones lexemáticas recurrentes en las cadenas sintagmáticas.

creencia como la única válida y expulsa hacia la diferencia inaceptable cualquier otro concepto acerca de lo público y lo estatal. En este campo semántico, predominan los atributos referidos a las modalidades asociadas al hacer político e institucional, mientras que los sentidos axiológicos tienen menor presencia y los sociales (en un sentido clásico) desaparecen.

Considerando el total de los empleos, los atributos del "nuevo Estado" son los siguientes:

	ECONOMICA	AXIOLOGICA	INSTITUCIONAL
Estado	desregulador	nuevo	flexible
	controlador	cristalino	horizontal
	promotor	ético	eficiente
	fiscalmente responsable	solidario	eficaz
	descentralizador		mínimo
	desconcentrador		
	gerenciador		

Las definiciones de cada uno de estos atributos, algunos relativamente novedosos en el léxico político o de alta ambigüedad, generan un "diccionario" propio del partido, diferenciado de su anterior formación discursiva y del resto de las fuerzas políticas en Córdoba. En efecto, y como veremos a continuación, ¿cómo se define un estado en retirada del campo económico pero *ético* y *solidario* a la vez?. En general, hay un proceso de resemantización de los términos que pierden sus connotaciones sociales y son definidos desde un punto de vista institucional formal:

"Estado ético y solidario" = "Oficina de Ética Pública y en el Fuero Penal de Anticorrupción"

"Estado solidario" = "valor de solidaridad"

"Estado transparente" = "publicidad de los actos de gobierno en Córdoba"

"transparencia" = "cómo se gastan y cómo se asignan los recursos"

"Estado cristalino" = "estar adecuadamente informados"

Además de las resemantizaciones, hay también vaguedad semántica y definiciones tautológicas: todas operaciones necesarias para la incorporación estratégica de un léxico de carácter axiológico que, al ser redefinido, no entra en contradicción con una visión tecnocrática y eficientista del Estado.

La dimensión ética ha tenido un débil desarrollo en los discursos neoliberales argentinos, marcados por un léxico de eficiencia, performatividad y lógica instrumental. Sin embargo, esta formación discursiva es capaz de asumir términos de significación axiológica (principalmente, calificaciones como *ético*, *transparente* y *solidario*) que tienden a la construcción de consenso al incluir valores de alto reconocimiento social (Vasilachis, 1997:164). De esta forma, el campo semántico en torno al lexema se completa, al incluir una dimensión que no estuvo presente en la formación discursiva nacional.

Los empleos programáticos conforman un campo semántico que se organiza en torno a dos ejes: el reordenamiento económico y la tematización de la relación Estado-sociedad.

El primer eje temático ha sido el más significativo en las sucesivas reformas del Estado durante la década del 90, y remite al desmantelamiento del Estado productor y a la transferencia de las actividades económicas al sector privado (Armony, 2000:161):

"esta crisis del Estado que comenzó a producirse en la década del 70 y de la que hablábamos hace un rato... como consecuencia, ciertas definiciones institucionales, pro las cuales el Estado ya no podría asumir ciertos roles y ciertas funciones empresariales..."

"como comenzó el Estado clásico a dejar de desempeñar roles como era el de empresario y delegar en el sector privado y en las empresas la prestación de servicios públicos, empezó a darse un proceso de fortalecimiento de la sociedad civil"

"Y estos son los que tienen que comenzar a asumir responsabilidades, roles que ya no puede ejercer el Estado nacional y por ese motivo es que se produce esta crisis en la definición institucional de los roles."

"es el modo en que el Estado provincial de Córdoba se adapta y reacciona ante las fuerzas globalizantes, pero en términos y modos que permitan ser mucho más eficiente y eficaz en el logro de las metas sociales..."

"El Estado no puede ni debe brindar a ningún sector social mayores prestaciones de las que la sociedad en su conjunto está en condiciones de solventar."

El Estado se retira, además, de toda intervención reguladora social: es marcado incluso prescriptivamente (*El Estado no puede ni debe brindar a ningún sector social...*), lo que demuestra la fuerte adhesión del enunciador

respecto a este componente programático, generando enunciados que demarcan lo pensable y lo decible. La retracción del Estado de diversos ámbitos se tematiza en enunciados que presentan una fuerte intertextualidad con la formación discursiva nacional.

Los discursos de Menem desarrollaron un campo semántico correlativo al debilitamiento estatal: la afirmación de lo privado y, en relación a las empresas públicas, la *privatización*. Las reformas se tematizaron a partir de un léxico de connotaciones más económicas que políticas: el ciudadano se transformó en *usuario*, las empresas nacionales en *activos públicos*, y el capital y el empresariado en actores positivamente calificados para el hacer, ya que revestían todas las modalidades negadas al ámbito público. Diez años después, y tras sucesivas impugnaciones ciudadanas, nos encontramos con una modalidad neoliberal similar: en efecto, el modelo de Estado se reitera (encontrando términos e ideologemas que constituyen las huellas de reconocimiento de estas condiciones de producción), pero se omiten cuidadosamente todas las referencias a la privatización y a sus actores, los que directamente se omiten, esta vez sustituidos por un impersonal “*proceso de incorporación de capitales*”.

En este modelo de Estado post-social, la resolución de las demandas, por otro lado, queda supeditada a los equilibrios macroeconómicos. La sociedad se presenta como un metacolectivo homogéneo, y no hay enunciados referidos a diagnósticos sociales o económicos. Se omiten también los lexemas disfóricos (*pobreza, marginalidad, exclusión*) que tematizan este contexto, y que tienen una fuerte presencia en los otros discursos:

“El progreso económico de una sociedad moderna...es una condición necesaria, ya que en su defecto será imposible que el Estado obtenga sus recursos requeridos para desarrollar acciones eficaces, a fin de que los principios de la solidaridad social que consagra la Constitución, sean verdaderamente operativos.”

Desde un punto de vista institucional, los enunciados referidos a la relación Estado/sociedad tienden a legitimar la necesidad de una nueva estructura de relación basada en la horizontalidad, valor general que se relaciona con la modalidad de las Agencias, y que aparece marcado positivamente a través de parejas axiológicas recurrentes (*viejo/nuevo, rígido/flexible, vertical/horizontal, ineficiente/eficiente*). El sintagma *Estado horizontal* sintetiza un conjunto de nuevos valores instrumentales (*flexibilidad, intercomunicación, unidades con gran autonomía funcional*) respecto a los valores consumatorios *eficiencia/eficacia*, presentados como los de mayor

jerarquía¹¹. Los componentes descriptivos referidos a los cambios económicos justifican los programáticos que definen el reordenamiento operativo del "nuevo Estado":

"Estado horizontal...las nuevas situaciones, los nuevos escenarios, nuevas reglas de juego, este Estado flexible, gerenciarlo horizontal, ...este Estado nuevo quiere ser distinto y contrapuesto a la típica organización burocrática de los estados clásicos, que eran estructuras piramidales, verticalizadas, rígidas, en donde había claras y rigurosas delimitaciones de jerarquías y responsabilidades..."

"impedía que hubiera entre Estado y sociedad una adecuada relación"

"la relación entre Estado y sociedad civil devino más compleja, y porque era más compleja se requería...de una estructura estatal mucho más flexible, mucho más porosa, que permitiera una mayor intercomunicación entre la sociedad civil y el Estado..."

"A esto apunta la creación de las agencias, incluidas las públicas, pero también y sobre todo las mixtas, que le dan este componente de flexibilidad al Estado..."

"que sea un Estado horizontal, a diferencia del anterior que establecía esas relaciones jerárquicas y rígidas...diálogo entre los integrantes de equipos y de unidades que tienen ya una gran autonomía funcional..."

La sociedad o la ciudadanía, como colectivo, no son configuradas más que como consumidoras, reduciendo en cierta forma la relación Estado-sociedad a una complementariedad orientada a la prestación de servicios y desdibujando los sentidos de la demanda antagonista y la participación política. En este marco, el ciudadano se define como una individualidad consumidora (regulada, por lo tanto, según una lógica de mercado) antes que como un colectivo portador de derechos.

Si se considera el campo semántico en su totalidad, es posible definir que, finalmente, el Estado nuevo es el Estado *pequeño, eficiente y eficaz*, más definido por la restricción de sus funciones y el sometimiento a una lógica de mercado que por el alcance de sus políticas (*"tan sólido y amplio como sea necesario para que preste sus funciones esenciales primarias y secundarias con máxima eficiencia y eficacia y tan pequeño como lo per-*

¹¹ En efecto, el discurso neoliberal según G. BOURQUE y J. DUCHASTEL es técnico-determinista, y se caracteriza en el plano de los valores por la performatividad, funcionalidad y mercantilización. Se trata, para los individuos y los grupos, de ser eficientes desarrollando prácticas funcionales en un mundo regido por una lógica de mercado.

mita la optimización del uso de los recursos requeridos para su funcionamiento... ”). En todo caso, se define como un *inversor social*, limitado, en la regulación social, a una eventual acción reparadora focalizada, sólo posible si las condiciones económicas las permiten. El campo semántico tematiza así, de manera homogénea y ceñida, todas las características de un Estado post-social (García Delgado, 1994).

Frepaso

El discurso de este partido se presenta con todos los rasgos de un contradiscurso antagonista a la formación discursiva hegemónica que acabamos de analizar. Respecto a ésta, se orienta hacia una doble estrategia: demostración de la propia tesis y refutación de la tesis adversa¹². Se presenta así una sucesión de “efectos contrastivos” (J.J.Courtine, 1981:93), con paráfrasis discursivas en las que dos formulaciones asignan un mismo valor a ciertos lugares sintácticos, mientras colocan valores antagonistas en otro lugar ($P=x/y$):

El Estado es *el causante de la crisis*
 no es

el Estado no puede *jugar un rol activo en la economía*
 puede/debe

la ley descentraliza *el poder*
 centraliza

esta reforma del Estado protege *los derechos de los ciudadanos*
 no protege

También en este caso la estrategia más significativa articula y da prioridad a los mismos componentes, pero invirtiendo su relación: a partir de un diagnóstico en el que se resignifica la propuesta de UPC como una “privatización lisa y llana”, se presenta un conjunto de programáticos orientados hacia un modelo de Estado fuerte.

Los enunciadores parten de una “inversión de la creencia” (Verón, 1997) en relación a dos empleos básicos en UPC: en primer lugar, el Estado no es el causante de la crisis; en segundo lugar, se propone una figura fuerte

¹² A diferencia del discurso radical, que desarrolla sus campos semánticos sin referir a la palabra de UPC.

del Estado y una tematización positiva del ámbito público. En convergencia, estas dos contraaserciones proponen una reivindicación de lo estatal e invierten el marcado axiológico anterior.

El diagnóstico inicial tiende a evidenciar los enunciados “antiestatistas” de la formación discursiva dominante, a los que caracterizará como “dogmáticos”:

“hay una presentación fundamentalista de carácter antiestatista, como que el Estado es el causante, la participación del Estado con políticas económicas activas es el causante de todas las crisis que vive nuestra provincia y que vive nuestro país, y nosotros con ese argumento no coincidimos...”

“un marcado tinte ideológico y un marcado tinte fundamentalista de la convicción de que el Estado tiene que desaparecer de la actividad económica...”

Las causas de la crisis se tematizan en relación a la concentración de la riqueza y, justamente, en la retirada del Estado:

“Esta tremenda concentración de la riqueza en pocos capitales, y en capitales extranjeros, ha generado al enorme crecimiento de nuestra deuda externa que pasó de 63 mil millones de pesos a 150 mil millones de pesos, y además de haberse incorporado en los últimos años al Estado nacional por privatizaciones 39 mil millones de pesos.”

“...el Estado en retirada va a profundizar sin duda, la distribución de riqueza en pocas manos, que va a profundizar el quebrantamiento social, que va a aumentar la marginación y la pobreza.”

Este contexto justifica un conjunto de programáticos (que a veces adquieren el valor de prescripciones) respecto a un Estado cuyos principales calificativos son “fuerte”, “interventor”, “protector”, “activo”. Esto está estrechamente asociado a una relación Estado-sociedad en la cual ésta se configura como un sujeto colectivo activo y protagónico, en el marco de una “democracia directa”. En este caso, es interesante observar cómo la relación entre estos actores se define en la concurrencia de un conjunto de lexemas políticos que definen el contexto y los actores (*participación de la sociedad civil, formas organizativas actuales, ámbitos de participación ciudadana, mecanismos de democracia directa*); y no en la dimensión puramente económica¹³.

¹³ La configuración del colectivo social es muy diferente en cada caso: mientras que en la UPC la formación discursiva se orienta al individuo y a las prácticas funcionales “en

En este caso, la trama de las calificaciones es bastante más débil, aunque llega a configurarse un esquema narrativo que invierte también al anterior. En efecto, el *Estado* aparece como un actor capaz de asumir las modalidades requeridas para la realización de un conjunto de valores, con las *empresas públicas* como auxiliares de un programático centrado en un desarrollo económico inclusivo:

“que el Estado pueda seguir jugando un rol activo en la economía, que el Estado juegue un rol de intervención en la economía...”

“Para avanzar hacia un nuevo Estado debemos fortalecer el ámbito de lo público, que no es lo mismo que lo estatal.”

“Fortalecer lo público significaría una especial atención a ámbitos de participación ciudadana que puedan servir para relacionar al Estado y al gobierno...”

Se invierte así el marcado del discurso oficial, redefiniendo las funciones y roles de los actores. Como el ámbito privado aparece fuertemente criticado, y no directamente ligado al *progreso económico* sino a la *crisis*, en posición antagónica frente a la sociedad, es necesaria una figura estatal regulando la acción del mercado, y sus efectos en la vida de los ciudadanos.

Desde esta configuración, ocupan un lugar significativo las dos principales objeciones al proyecto oficial. En primer lugar, hay una fuerte co-ocurrencia entre *Estado* y *privatización*, marcando negativamente a este último término:

“acá estamos ante una privatización lisa y llana de las empresas públicas, esto es, la venta de las empresas públicas...”

“esta privatización va a dejar al Estado provincial sin estas herramientas... simplemente van a ir a parar a manos privadas...”

“en el actual proyecto se confunde la necesidad de reformar con una libertad absoluta para suprimir o privatizar cualquier actividad del Estado...”

Una segunda estrategia se orienta a una contra-afirmación acerca de la relación Estado-sociedad que propone la formación discursiva hegemónica.

un universo enteramente estructurado por el intercambio mercantil” (BOURQUE, G. y DUCHASTEL, J., 1992); en el FREPASO se presenta a la sociedad como un conjunto de grupos sociales movilizados en la defensa de sus derechos colectivos. Estos ideogramas corresponden a los paradigmas discursivos que acompañan al Estado neo-liberal y de bienestar, respectivamente. En el primer caso, son las ideas mismas de sociedad y comunidad como totalidad la que tiende a disolverse, a favor de una representación del mundo individualizante, operatoria y pragmática, dominada por la racionalidad instrumental.

Se marca así la opacidad del adversario ya que el proyecto no garantizaría formas horizontales, sino una fuerte concentración de poderes en el Ejecutivo, en detrimento del resto de los poderes y de la sociedad:

“este proyecto si se caracteriza por algo es centralizar en el Ejecutivo y por dar pasos en la modificación de la relación con el Estado con la economía y del Estado con la sociedad que significará una concentración desde el punto de vista económico y social...”

“esta modificación de la relación va a ser en detrimento de la participación de la sociedad civil, y fundamentalmente de ... la desarticulación de sus formas de organización.”

“le da facultades absolutas al Poder Ejecutivo para organizar, descentralizar al conjunto de la administración, y desde nuestro punto de vista, a concentrar todo el poder que la Constitución establece en forma distribuida en los Poderes Ejecutivo y legislativo...”

Esta asociación es relevante y genera una nueva significación, al resemantizar términos equivalentes a valores que serán centrales en el modelo de Estado, ya que *descentralización* se define como *participación política*.

Así, el Frepaso disputa cada uno de los ideogramas legitimados por UPC: contra el *Estado mínimo*, la *privatización*, la concentración de poderes en el Ejecutivo y la ausencia de una participación política de la ciudadanía.

Unión Cívica Radical

Las tematizaciones en este conjunto de enunciadores presentan una particular configuración: si bien argumentan fuertemente contra el modelo de Estado ligado a las políticas privatizadoras, no llegan sin embargo a configurarse los sentidos asociados a un Estado fuerte. Así, en el discurso predominan diagnósticos negativos sobre lo que se presenta como el *Estado post-social* y enunciados de orden pedagógicos, que tematizan fundamentalmente componentes jurídicos. En clave de denuncia, se refuta al adversario a partir de asociaciones que marcan su relación con el neo-liberalismo nacional y hacen evidente la “verdadera” figura del Estado que este proyecto generará:

Estado post-social doctrinas neoliberales reforma de los 90	gran concentración política y económica despilfarro del patrimonio de las empresas públicas efecto devastador sobre la economía y la sociedad enorme transferencia neta de riqueza desde el sector público hacia el privado concentración del poder económico en grandes corporaciones
Estado	mera abstracción despojado de funciones vitales inerte frente al juego de los intereses sectoriales y su pugna rol funcional disminuido, descentralizado, gerencial, intermediador, entre la sociedad y el capital privado desertor de las responsabilidades básicas dilapidador del patrimonio públicos

Como puede verse en estos enunciados, también los radicales configuran un “contexto catástrofe”, a partir de diagnósticos económicos y sociales de la situación nacional: trazando una analogía entre la gestión neoliberal (*nacional*) y la provincial, anuncian el cuadro que describen, y recurren con frecuencia a la figura de la amenaza. Las relaciones argumentativas son inversas a la formación dominante, pues la causa de los diagnósticos negativos son atribuidos a la ausencia del Estado y su sustitución por otro actor (*el mercado*). En este discurso, la marca de las parejas axiológicas también se invierte y se resignifican negativamente los lexemas que —en el campo semántico de la UPC— presentan un valor positivo (*gerencial, descentralizador*). La representación antinómica se consolida al tematizarse los actores privados a partir de subjetivemas desvalorizantes (*corporaciones*) o de términos de carácter más objetivo que se contaminan, en los empleos, de un matiz negativo (como *mercado* o *sector privado*). Mientras estos sujetos aparecen como los principales beneficiarios de la gestión neoliberal, tanto el “Estado” como la “sociedad” resultan sujetos pasivos y afectados, privados de modalidades (*despojado de funciones, inerme*) o sistemáticamente asociados a la carencia (*devastación, despilfarro, enorme transferencia*). Se trata, en definitiva, de describir y calificar negativamente la sustitución de un actor por otro que la reforma parece proponer, situación que los programáticos tienden a reparar a partir de la inversión de cada uno de estos aspectos:

"dogmas de mercado al que idealizan como si fuera Dios, capaz de realizarlo todo, organizando, planificando, y controlando el desarrollo de la sociedad y por ende, relegando al Estado a un rol funcional disminuido, descentralizado, gerencial, intermediador entre la sociedad y el capital privado."

"la concentración del poder económico que hoy sufrimos en manos de las grandes corporaciones ha venido ocupando el lugar que antes el Estado destinaba a la ejecución de acciones más justas y equitativas en la distribución de los ingresos con preeminente presencia en el momento del diseño y ejecución de las políticas destinadas a la promoción del desarrollo social y humano."

El conjunto de los componentes programáticos es bastante más reducido que el de los diagnósticos, y esto será compensado por enunciados didácticos, como veremos a continuación. De todas formas, la propuesta remite a una configuración del Estado como un actor fuerte, legitimado por asociaciones con valores axiológicos y sociales.

La principal legitimación de esta figura remite a los sentidos jurídicos-institucionales que remiten a la Constitución y al modelo propuesto por los discursos de la UCR en los debates de 1987. Es notable, así, la continuidad de algunos sentidos y de un dispositivo de enunciación en el cual la legitimación proviene de instancias que trascienden la subjetividad del enunciador¹⁴:

"el consentimiento está basado y se enmarca en sólidos principios filosóficos, ideológicos y éticos, que tienen que ver con la concepción sustentada por el Estado social de derecho."

"las reformas que se propician no tienen como punto mediano o inmediato la consagración del Estado social de derecho pregonado en la Constitución provincial."

"ninguna de estas doctrinas ha logrado resolver los problemas del desarrollo social y económico con equilibrio, con equidad y con justicia que satisfaga la dignidad de los seres humanos"

"El Estado de derecho daba lugar al estado social de derecho...introduciendo consideraciones de justicia y equidad, y la constitución de Córdoba del año 1987 adscribe a esta corrien-

¹⁴ Y que determinan una relación pedagógica-complementaria, un refuerzo del orden del saber y una modalidad de enunciación objetiva, que toma como matriz de sentidos a un texto jurídico.

te de pensamiento e incluye...algunos de los derechos llamados de tercera generación."

"El actual Estado de derecho con pretensiones de avanzada, al consagrar un Estado de derecho con organización federal, con gobierno republicano, con división de poderes, regidos por la Constitución provincial reformada en 1987...no quedará nada...es la partida de defunción del Estado de derecho porque los proyectos enmascaran una nueva constitución y el diseño de un Estado."

Frente a este escenario, la propuesta consiste en garantizar una activa intervención del Estado, según concurrencias asociadas a diversas dimensiones:

- Estado**
- 1-sentidos jurídico-políticos**
 - reforzar los derechos de los cordobeses
 - al servicio de la gente
 - síntesis de la estructura política de la provincia
 - contrato social contenido en la Constitución
 - Estado social de derecho
 - Estado de derecho
 - 2-sentidos axiológicos**
 - buscar el bien colectivo
 - que satisfaga la dignidad de los seres humanos
 - un nuevo orden social más justo y equilibrado
 - custodio del bien general
 - justicia y equidad
 - equilibrio, equidad y justicia
 - 3-sentidos administrativos-económicos**
 - optimizar los recursos del sector público provincial
 - hacer eficientes sus servicios
 - sostener el déficit presupuestario
 - más eficiente, más transparente, y más eficaz
 - 4-sentidos de intervención social**
 - ejecución de acciones más justas y equitativas en la distribución de los ingresos con preeminente presencia en el momento del diseño y ejecución de las políticas diseñadas para la promoción de desarrollo social y humano ente apto para ejercer roles indelegables desarro-

llo social y económico
promotor y protagonista
un marco de políticas públicas insertas en el mundo
contemporáneo

En este caso, la representación del colectivo social parece adquirir un matiz universalista, y el reconocimiento de los derechos no se deriva de la acción de grupos antagonicos sino de una matriz jurídico-constitucional que garantiza, desde el Estado, un cierto orden social.

Conclusiones

El discurso neoliberal tecnocrático sostiene la necesidad inevitable de reformular el Estado de acuerdo a los requerimientos del pensamiento único y de los intereses económicos del capitalismo globalizado y de sus agencias internacionales e instaura una lógica "técnica" que no admite otras alternativas "racionales".

En algunos casos adquiere bastante credibilidad, cuando se lo enuncia en el contexto de ciertas reformas que incluyen algunas consideraciones que proclaman una orientación a favor de la ciudadanía o del interés general. Estas, a menudo, se plantean como discursos de la "sociedad civil", construida en términos de "productores" y "consumidores" (en definitiva, mercado), con un fuerte sesgo antiestatista que alude a lo "grande", políticamente oneroso y económicamente ineficiente como ha sido su desempeño en el anterior modelo. Desde los inicios de la transición democrática y hasta mediados de la década del noventa, este discurso fue hegemónico en las elites políticas y tuvo cierto grado de aceptación en la ciudadanía.

Sin embargo, consideramos negativas las prescripciones neoliberales que subestiman el rol de las instituciones estatales en el logro de una adecuada convivencia. Así, para el logro de una democracia sustentable el Estado debe mantener las condiciones necesarias para el ejercicio efectivo de la ciudadanía, debe coordinar la asignación de recursos y corregir la distribución de ingresos. Ya que la idea de que el mercado puede por sí sólo coordinar de manera eficiente la distribución de recursos es pura retórica. En el corpus analizado se advierte la emergencia de esta construcción discursiva en las elites políticas en el marco de una ciudadanía que critica ampliamente la propuesta neoliberal.

A pesar de concepciones hegemónicas, en contrario creemos que el Estado debe desempeñar un papel económico además de político, sólo así podrá ser el marco estructural de las solidaridades sociales y del bienestar general.

Bibliografía:

ARMONY, V. *Représenter la nation. Le discours présidentiel de la transition démocratique en Argentine (1983-1993)*. Les Éditions Balzac, Québec, 2000.

ANGENOT, M. *La parole pamphlétaire. Typologie des discours modernes*. Payot, París, 1982.

ANGENOT, M. *1889. Un état du discours social*. Le Préambule, Montréal, 1989.

BOURQUE, G. y DUCHASTEL, J. "Le discours politique néolibéral et les transformations actuelles de l'État". *Discours Social/Social Discourse*, v.4, CIADEST, Canadá, 1992.

CHARAUDEAU, P. *Langage et discours. Éléments de Sémio-linguistique*. Hachette, París, 1982.

COURTINE, J.J. "Analyse du discours politique. Le discours communiste adressé aux chrétiens". *Langages*, 62, 1981, París.

GARCIA DELGADO, D. *Estado y sociedad. Las nueva relación a partir del cambio estructural*. Ed. Tesis-Norma, Bs.As, 1994

KERBRAT-ORECCHIONI, C. *La enunciación. De la subjetividad en el lenguaje*. Edicial, Buenos Aires, 1997.

O'DONNELL, G. *El Capital Financiero y el futuro de la Argentina*. 19-03-01 en línea Política.

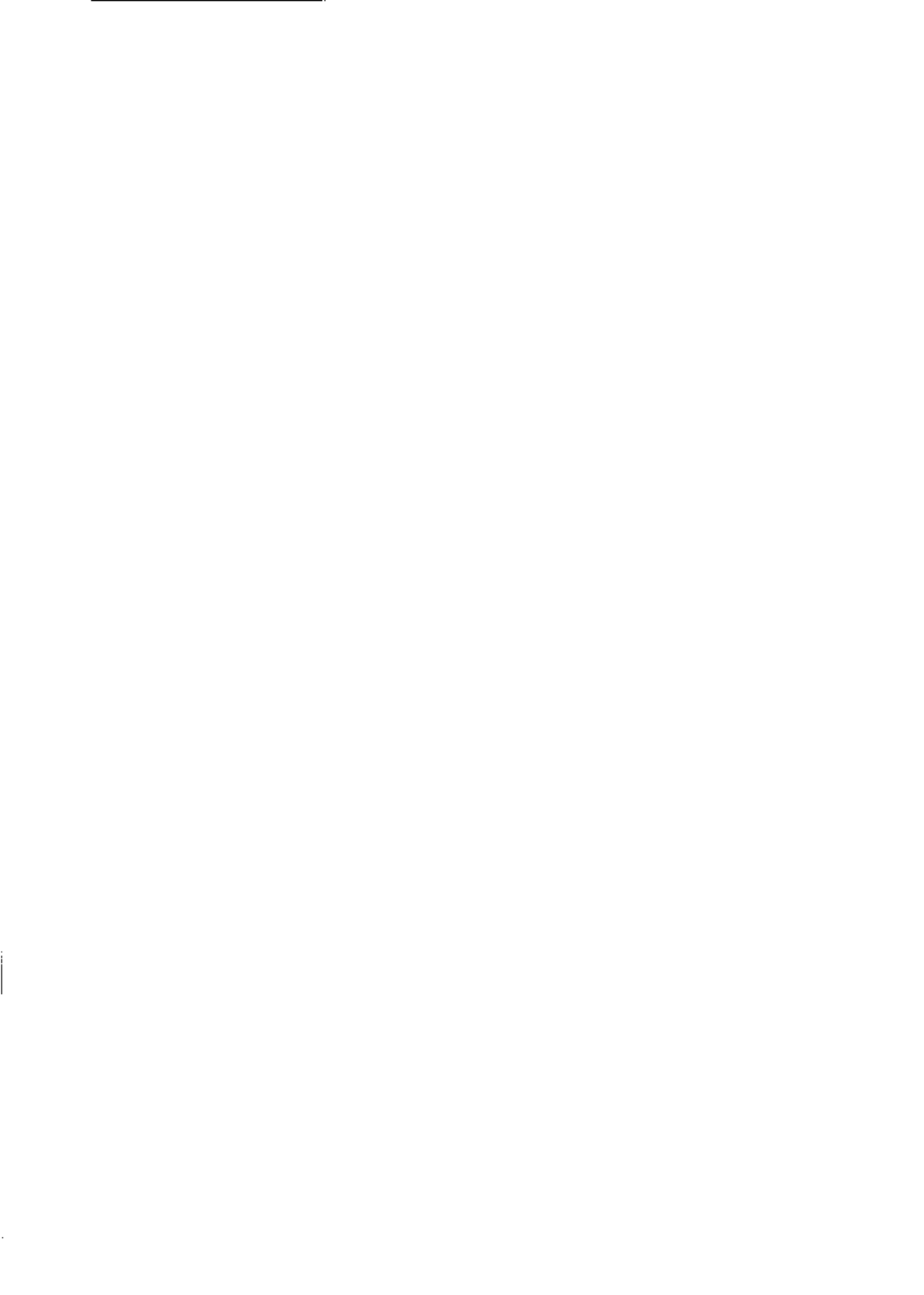
PRZEWORSKI, A. *Democracia Sustentable*, Paidós, Argentina. 1998

SEOANE, José- TADDEI, Emilio (comps.) *Resistencias Mundiales .De Seattle a Porto Alegre*. CLACSO, 2001, Bs.As.

VASILACHIS, I. *Discurso político y prensa escrita. Un análisis sociológico, jurídico y lingüístico*. Gedisa, Barcelona, 1997.

VASILACHIS, I. "La construcción de las identidades en la prensa escrita". *Sociedad*, 15, 1999, Buenos Aires.

VERON, E. *El discurso político. Lenguaje y acontecimientos*. Hachette, 1987, Buenos Aires.



SUSTENTABILIDAD DE LA DESCENTRALIZACIÓN: LIDERAZGOS Y DISEÑO INSTITUCIONAL DE LOS GOBIERNOS LOCALES

por Martha Diaz de Landa() y Víctor H. Mazzalay(** *)*

Resumen: El análisis de las capacidades del municipio es uno de los principales problemas que ha preocupado al momento de considerar la viabilidad y sustentabilidad de la descentralización. La perspectiva que se adopta - la descentralización "desde abajo"- refiere a la profundización de las competencias de los gobiernos locales como sistemas políticos descentralizados. El objetivo propuesto es explicar la variabilidad de grados de "descentralización desde abajo" que presentan los gobiernos locales de la Región Central de la Provincia de Córdoba. Operativizada la variable "descentralización" por un índice aditivo del número de políticas que representa la adopción de nuevos roles respecto a servicios y políticas de promoción social y desarrollo económico, se propone un modelo explicativo que contrasta la importancia del liderazgo y del diseño institucional (ciudades, municipios y comunas) que muestra una significación mayor que la disponibilidad de recursos (financieros y humanos) que tienen los gobiernos locales analizados.

Palabras Claves: Gobiernos Locales - Descentralización - Liderazgo Local - Diseño Institucional.

(*) Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad Nacional de Córdoba. Post-Doctorado en The University of Chicago. Profesora Asociada de Sociología e Investigadora CIJS- Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC.

(**) Master en Política y Desarrollo Local, Universidad Carlos III (España). Beca de Doctorado, Agencia Córdoba Ciencia. Investigador Instituto de Investigación y Análisis Político (IIAP) - UCC.

Introducción

El término en cierta manera heterodoxo “descentralización desde abajo” para designar el proceso de incorporación de nuevas funciones y responsabilidades por parte de los gobiernos locales, pone el acento en la capacidad de innovación que han demostrado estos niveles de gobierno, frente a las políticas nacionales y provinciales de descentralización.

Vista desde el nivel local, la descentralización no solo se limita a la generación de nuevos espacios de responsabilidades externamente inducida, sino que también se constituye para los gobiernos locales en una oportunidad de ampliación de sus ámbitos de decisión y mayores grados de libertad en los modos de ejercicio de tales responsabilidades.

La variabilidad que este proceso manifiesta -en su ejercicio y extensión- según características diversas de los ámbitos locales permite reconocer niveles diferenciados de conformación de “sistemas descentralizados” como consecuencia de las iniciativas locales.

Este artículo propone adoptar la noción *descentralización “desde abajo”* para observar la profundización de las competencias de los gobiernos locales como resultado de sus iniciativas, a partir de políticas de transferencias de funciones impulsadas por las jurisdicciones centrales.

Las políticas públicas en tanto “resultado de la actividad de una autoridad investida de poder público y de legitimidad gubernamental”, llevan implícitos las prioridades y las preferencias del decisor como así también sus valores y la lectura de la realidad que el mismo efectúa. “Toda política pública encubre una teoría del cambio social”; significa esto que hay una relación causa-efecto que se persigue a través de las acciones públicas que se implementen (Meny y Thoenig: 1992:89). Jeffrey Pressman y Aaron Wildavski (1998:56) plantean por su parte que “Las políticas implican teorías. Ya sea que se declaren explícitamente o no, las políticas apuntan hacia una cadena de causas que aparecen entre las condiciones esenciales y las consecuencias futuras”.

El interés de este trabajo es considerar a la consecuencia agregada de políticas públicas particulares y segmentadas por áreas específicas, una resultante sistémica más que un programa propositivamente diseñado. La consecuencia agregada refiere a la configuración de sistemas más o menos descentralizados por impulso de iniciativas y ampliación de responsabilidad originadas en el propio ámbito local. De allí el término “descentralización desde abajo”.

La pregunta que surge es: *¿qué condiciones explican la variabilidad de implementación de políticas en los gobiernos locales, que contribuyen a la formación de sistemas políticos locales más descentralizado?*

El estudio utiliza una muestra de los gobiernos locales de la Región Central de la Pcia. de Córdoba, y desarrolla un conjunto de modelos explicativos que permiten advertir la combinación de condiciones que más favorecen a la constitución de sistemas locales descentralizados por iniciativas adoptadas en sus ámbitos de decisión e intervención.

1. Enfoques Teóricos de la decisión de Políticas Públicas e Hipótesis de Trabajo

La observación del avance de los gobiernos locales en la adopción de nuevos roles, mediante la decisión e implementación de políticas implementadas en salud, educación, promoción social y de desarrollo local, resulta estratégica para captar el proceso de formación de sistemas gubernamentales descentralizados. En este sentido se asume que cuanto mayor es el número de políticas públicas innovativas implementadas por los gobiernos locales –indicativas por otra parte de sus grados diversos de incorporación de nuevos roles– mayor es el nivel de descentralización alcanzado por dichos gobiernos. (Ver Anexo, Tablas 1 y 2)

Tres enfoques explicativos de la adopción de políticas públicas a nivel local se han seleccionado. En primer lugar el enfoque de George Boyne (1996), postula cuatro condiciones de la variabilidad en la adopción de políticas públicas. Dos de ellas –constreñimiento económico o capacidad de financiamiento y necesidades de servicios que tiene la sociedad local– se basan en que las decisiones de los gobiernos locales estarían determinadas por constreñimientos objetivos, por lo que los decisores se restringen a implementar políticas que la situación social y económica local determine. Las otras dos condiciones: la ideología partidaria¹ y el propio interés racional de los que deciden², otorgan un amplio margen en la determinación de políticas a las diferencias en las preferencias de los decisores. La débil asociación de estas variables con los niveles de descentralización alcanza-

¹ Desde el enfoque de Boyne la influencia de la ideología partidaria parte de dos premisas: a) los partidos políticos tienen diferentes visiones ideológicas; b) los partidos políticos tienen suficiente poder para que los gobernantes que los representan, adopten políticas que sean coherentes con sus postulados ideológicos.

² Se parte del supuesto de que intendentes y presidentes comunales tomarían sus decisiones en función de su interés político de obtener su reelección. En un contexto de retracción de los niveles centrales del estado y de aumento de las expectativas respecto a los gobiernos locales, es de esperar que los votantes exijan una mayor asunción de funciones por parte de estos gobiernos. Se espera que los gobiernos reelectos se correspondieran con una implementación mayor de políticas.

dos por los gobiernos locales (Anexo, Tablas 3 y 4)³, permiten derivar del modelo de Boyne la siguiente hipótesis: *la variabilidad de grados de descentralización del gobierno local está condicionada por las necesidades de sus localidades y los recursos de los que dispone.*

Un segundo enfoque considerado, el burocrático-administrativo, sugiere la variabilidad de la “descentralización desde abajo” como fruto de la capacidad de gestión que poseen los gobiernos locales para lograr asumir efectivamente nuevas funciones: recursos humanos y recursos económicos. Se plantea, en consecuencia, la siguiente hipótesis: *aquellos gobiernos locales que poseen mayor cantidad de empleados y funcionario y más ingresos pueden desarrollar una mayor cantidad de políticas locales incorporando nuevas funciones y efectivizando en mayor medida el proceso de “descentralización desde abajo”.*

Por último, el tercer modelo de explicación parte de considerar la relevancia de variables políticas e institucionales (Clarence N. Stone, 1997; Judge, Stoker y Wolman, 1997). Este presta especial atención al perfil del liderazgo de los Intendentes o Jefes Comunales y al diseño institucional del gobierno local, en particular cuando el gobierno se regula bajo el binomio institucional *intendente-concejo deliberante* y se advierte el rol central que juega el jefe del Ejecutivo en la gestión municipal. (Díaz de Landa, 2000, 1999, 1996; Dye T. 1988)

Boyne (1996) reconoce que el conjunto de estudios a partir de cuyo análisis desarrolla su modelo de decisión de políticas públicas, ha omitido considerar la influencia del diseño institucional no obstante el resurgimiento de perspectivas de análisis que rescatan la influencia de las instituciones sobre los productos del sistema político (Skocpol; 1990. Putnam, 1993, Scharpf, 1997).

Judge, Stoker y Wolman, (1997), concluyen en su revisión de estudios sobre gobiernos locales que las estructuras institucionales promueven propósitos y valores cuya variabilidad se relaciona con el diseño que adoptan. Por su parte Mazzalay (2000: a y b) observa la influencia de las categorías institucionales (ciudad, municipios, comunas) en la implementación de políticas locales de mayor complejidad que apoyen la sustentabilidad del desarrollo económico local. Indica esta relación la correspondencia entre diseño institucional, limitaciones y capacidades de los estados locales

³ Adviértase que “nivel de descentralización”, ha sido dicotomizada según los gobiernos locales hayan implementado un número mayor o menor de políticas por encima o debajo de la media general de implementación para el total de municipios analizados.

para asumir las nuevas funciones delegadas de los niveles de gobierno jurisdiccionalmente superiores

Tras el concepto de estructura institucional cuestiones como calidad de los recursos humanos, los recursos económicos, la cultura organizacional, las redes formales e informales intraorganizacionales, la forma del gobierno local y las pautas y alcance de competencias y facultades que enmarca normativamente su actuación, son aspectos que el término institución resume y que en conjunto importan más que la suma de las partes.

Por las fundamentaciones precedentes es plausible afirmar *que las diferencias en las estructuras institucionales locales (diseño institucional) y la performance de los liderazgos locales, explican la diversidad de grados de "descentralización desde abajo" que se manifiestan en los niveles locales.*

II. Datos y Método

Se analizaron los gobiernos locales de la Región Central de la Pcia de Córdoba. Facultada constitucionalmente, ésta determina el régimen municipal y comunal en su territorio y la atribución diferenciada de autonomía según categorías de gobiernos locales: ciudades, municipios y comuna⁴.

La Región Central de Córdoba concentra el 13% de la superficie provincial total y el 58% de la población de la provincia. Sobre un total de 82 gobiernos locales (12 ciudades, 28 municipios y 42 comunas), se tomó una muestra de 57 gobiernos locales: 9 ciudades, 18 municipios⁵ y 30 comunas. Se encuestaron, mediante instrumento semi-estructurado, a Jefes del Ejecutivo en Ciudades y Municipios y Presidentes de Comunas.

La variable dependiente "descentralización", consiste en un índice aditivo del número de políticas que representan la adopción de nuevos ro-

⁴ Las **Comunas** corresponden a poblaciones menores de 2000 habitantes. Cuentan con un gobierno de Comisión constituido por un presidente, un secretario y un tesorero -que cumplen roles ejecutivos y legislativos-, y por un Tribunal de Cuentas. Son **Municipios** las localidades entre 2.000 y 10.000 habitantes. El gobierno está conformado por un Intendente (Poder Ejecutivo), un Concejo Deliberante (Poder Legislativo) y un Tribunal de Cuentas. Las **Ciudades**, poblaciones de más de 10.000 habitantes, tienen poder constituyente para dictar su propia carta orgánica y ordenamiento institucional en el marco de las formas de gobierno establecidas por la Constitución Provincial. Es preciso destacar que existen varias poblaciones menores a 2000 habitantes que se reconocen como Municipios, status anterior antes a la vigencia del actual régimen municipal de la Pcia. de Córdoba.

⁵ Ocho de estos municipios poseen menos de 2000 habitantes según el Censo Nacional 1991.

les —en el marco de sus competencias— y el avance de lo local en la distribución de responsabilidades respecto a políticas de promoción social y desarrollo económico. (Anexo, Tabla 2).

Las variables de la hipótesis que se deducen del modelo Boyne se operacionalizan de la siguiente manera: “necesidades” se mide mediante dos definiciones alternativas que responden a la diferenciación conceptual entre carencia y necesidad. La primera de carácter objetivo, consiste en el índice NBI (Necesidades Básicas Insatisfechas, Censo Nacional 1991) de cada localidad estandarizado por el tamaño poblacional respectivo. Los valores de la variable son los porcentajes de población con NBI desagregados por localidad. La segunda definición —que destaca la dimensión subjetiva de la variable “necesidades”— es un índice construido a partir del reconocimiento de problemáticas por parte de los decisores locales. Cada encuestado respondió sobre una nómina de cuestiones cuáles consideraba problemas a resolver en su localidad, pudiendo agregar otros no mencionados en la lista. Los valores que asume la variable son la cantidad de problemas mencionados por el Intendente o Presidente Comunal. Esta variable contempla el reconocimiento político que, según Boyne (1996), requiere la definición de necesidades. En Anexo, Tabla 5, se observa la correlación más significativa entre la variable necesidades y nivel de descentralización alcanzado por los gobiernos locales analizados. Esta observación nos lleva a afirmar dos cuestiones respecto a la definición de necesidades: a) una situación de carencia objetiva no implica necesaria y directamente una respuesta política; y b) que la definición de necesidades se da en un proceso evidentemente político en el que juega de manera importante las definiciones del decisor.

En el marco del modelo burocrático-administrativo, dos son las variables que definen los constreñimientos económicos que afectan a los gobiernos locales: a) la media anual de los ingresos totales correspondiente al período 1995-1999, término de gobierno analizado y, b) el ingreso medio total per cápita del mismo período. Las correlaciones entre las variables recursos y nivel de descentralización se exponen en Anexo, Tabla 8.

La segunda variable relevante en el modelo burocrático-administrativo —recursos humanos— ha sido operativizada de varias formas alternativas: cantidad de funcionarios, número de empleados, relación empleados por funcionarios, y el conjunto del personal (empleados más funcionarios). En Anexo, la Tabla 6 muestra que la correlación Pearson es mayor y más significativa entre descentralización y personal, agregados el número de empleados y funcionarios con que cuenta el aparato administrativo.

En relación al tercer modelo (diseño institucional y performance del liderazgo local), la variable "diseño institucional" se define a partir de las categorías institucionales, establecidas por la legislación provincial: ciudades/municipios y comunas. (Anexo, Tabla 7)

En cuanto a "performance del liderazgo local", se consideran dos variables "Responsabilidades locales según los Líderes" y "Nivel de Actividad" (Activismo) que describen aspectos centrales del liderazgo de los Intendentes/Presidentes o Jefes Comunales.

La primera define la mayor o menor amplitud de perspectiva que manifiestan los líderes respecto a la intervención del gobierno local en el desarrollo de sus comunidades. Se mide por un índice aditivo cuyos valores reflejan el número de opciones elegidas por los Intendentes y Presidentes de Comunas entre 24 políticas que representan responsabilidades que los gobernantes consideran inherentes a las funciones de los gobiernos locales.

La segunda refiere al mayor o menor dinamismo político del Jefe del Ejecutivo. El nivel de actividad o activismo del responsable del ejecutivo local es un índice que se construye a partir de los valores medios que expresa la frecuencia de su participación en reuniones con autoridades partidarias locales y extralocales y en reuniones con ciudadanos que solicitan ayudas específicas. El índice asume valores mayores a medida que se incrementa el nivel de actividad del líder.

A fin de contrastar la capacidad explicativa de los modelos propuestos para dar cuenta de la mayor o menor expansión de la implementación de políticas locales (descentralización desde abajo), indicativa del nivel alcanzado por el gobierno local en su calidad de sistema descentralizado, se utilizan "modelos estadísticos de regresión lineal" expuestos en Tabla 1 de la Sección siguiente.

III. Resultados

El modelo derivado de Boyne: *la variabilidad de grados de descentralización se explica por las necesidades percibidas de los decisores y los recursos de los gobiernos locales*, aporta una explicación de 37,1 % de la variabilidad de grados de descentralización que presentan los gobiernos locales ($R^2 = 0,371$). El factor de mayor impacto es la media del total de ingresos que éstos han obtenido para el período de gobierno analizado 1995-1999.

Tabla 1. Modelos de Regresión sobre el grado descentralización.

Variables	Modelo de Boyne			Modelo Burocrático			Modelo de Liderazgo e Institucional		
	B	t	Sig.	B	t	Sig.	B	T	Sig.
Constante.	12,754	12,128	0,000	14,223	20,590	0,000	12,007	3,952	0,000
Comunas.							-1,937	-	0,030
							2,236		
Ciudades-Municipios.							2,532	2,220	0,031
Responsabilidad municipios s/ los líderes locales							0,400	3,008	0,002
Activismo.							1,128	3,008	0,004
Media Anual Tot. Ingresos/ Hab. (1995-99).	-4,962E-04	-1,520	0,135	-5,621E-04	-1,603	0,115			
Personal									
Func. +Empleados	8,276E-03	1,321	0,193	1,906E-02	3,361	0,001			
Media Anual Tot. Ingresos (1995-99).	3,656E-07	2,754	0,008						
Necesidades percibidas	0,272	1,325	0,191						
	R Square= 0,371 Sig. 0,000			R Square= 0,241 Sig. 0,001			R Square= 0,608 Sig. 0,000		

Una observación a destacar es la relación negativa que presenta el ingreso local per cápita, indicando que a mayor cantidad de recursos por habitante, menor cantidad de políticas implementadas. Esta relación fue considerada en detalle en Mazzalay (2001), mostrando un problema de escala en el gasto, en tanto pequeñas localidades gastan más por habitante y cuentan con mayores ingresos per cápita que los de localidades de mayor tamaño poblacional.

El segundo modelo explicativo, derivado de la visión burocrático-administrativa de la administración local, plantea que *aquellos gobiernos locales con una mayor dotación de personal y disponibilidad de recursos fiscales pueden implementar una mayor cantidad de políticas locales que respondan a las nuevas funciones profundizando "desde abajo" el proceso de descentralización.*

En este modelo, la influencia de la estructura burocrática se observa desde la idea de las capacidades operativas de los gobiernos locales para asumir las nuevas funciones y avanzar efectivamente sobre las nuevas com-

petencias locales.⁶ Este modelo logra aportar una explicación aproximadamente del 25 % (R Square=0,241).

El tercer modelo, influencia de la performance del liderazgo que ejerce el jefe del ejecutivo local y la forma institucional que caracteriza el gobierno local, subsume a fin de la prueba del mismo las categorías ciudad y municipio, introduciendo una variable dummy: ciudad-municipio y comuna. La observación de la performance del liderazgo local, a través de las variables "Responsabilidades locales según los Líderes." y "Nivel de Activismo del intendente o presidente comunal", se revela como la condición de mayor influencia.

Los resultados expuestos en la Tabla 1 permiten afirmar que el tercer modelo aporta una explicación del 60% (RSquare = 0,608, con un nivel de significación de .000). Por tanto, el modelo explicativo del grado de descentralización alcanzado se expresa:

$Y = 12 + 2.5 X1 - 1.9 X2 + 0.4 X3 + 1.12 X4 + \hat{\epsilon}$; Donde: X1= ciudad-municipio; X2= comuna; X3= responsabilidades asumidas por el gobierno según los líderes locales; X4= activismo del jefe del ejecutivo; lo que implica que el nivel de "descentralización desde abajo" que muestra el gobierno local tiene un valor inicial de 12, el cual aumentará o disminuirá en función de los valores que asuman las variables explicativas; aumentará en 2.5 en caso de ser una ciudad-municipio, disminuirá en 1.9 en caso de tratarse de una comuna, aumentará 0.4 por cada responsabilidad asumida por el jefe del ejecutivo local y aumentará 1.12 por cada grado de mayor activismo que éste demuestre.

Conclusiones

Entendida la descentralización desde abajo en términos de la ampliación del campo de intervención de los gobiernos locales en sus ámbitos de actuación, la misma ha sido mensurada a partir de la mayor o menor cantidad de políticas públicas locales implementadas, que reflejan nuevas responsabilidades y funciones (política social, y desarrollo económico local).

A partir de contrastar distintos enfoques teóricos sobre la variabilidad que presentan los gobiernos locales en la decisión de políticas públicas, se encuentra que procesos de descentralización desde abajo están fuer-

⁶ El supuesto que asume este modelo relativiza la teoría racional de los intereses corporativos-burocráticos, que entienden las políticas públicas como producto de la autoreproducción del aparato burocrático.

temente condicionados por condiciones políticas tales como performance del liderazgo de los jefes del ejecutivo local, jugando un papel importante el diseño institucional que delimita y enmarca las competencias y niveles de autonomía de los gobiernos locales.

Si bien es importante el grado de autonomía de los gobiernos locales -de hecho el factor de más impacto- no resulta suficiente su incidencia sino se tiene en cuenta el factor político personal que se traduce en determinado tipo de liderazgo local, indispensable para avanzar en procesos de descentralización desde abajo. En este sentido cuenta la amplitud de perspectiva que el Intendente/Presidente de Comuna tiene acerca del compromiso gubernamental creciente de los ámbitos locales, como así también el dinamismo que caracteriza su liderazgo. El mayor nivel de interacción con las instancias partidarias, externa y local, y los ciudadanos indica una estructura de oportunidad de captación de necesidades, iniciativas y apertura de la visión del gobierno, como también la construcción de espacios de consenso que fortalece la capacidad para impulsar innovaciones. Ello implica que si bien no puede desconocerse el papel que tienen los recursos locales, estos pierden significación cuando se considera el rol que desempeña el Ejecutivo local y el contexto institucional.

Bibliografía:

Boyne, George A. *Constraints, Choices and Public Policies. Research in Urban Policy*, Vol. 6. Jai Press . Inc. London.. 1996.

Díaz de Landa, Martha. "Innovación y Gestión Local en Municipios de la Provincia de Córdoba". *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales- Fac. de Derecho y Ciencias Sociales- UNC*. Vol. V:17-40, 2000

Díaz de Landa, M. "Participación Política y Eficiencia Fiscal en la Gestión Municipal: Sistemas Abiertos vs. Sistemas Cerrados" *IV Congreso Internacional del CLAD: Reforma del Estado y Administración Pública*, México, 19 al 22 de octubre. 1999.

Díaz de Landa, Martha. "Tendencias en el liderazgo local y el Nuevo Populismo Fiscal". *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (Universidad Nacional de Córdoba)*. Vol.3:211-228 1996

Dye T. *Politics in States and Communities*. Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1988.

Judge, D.; Stoker, G. y Wolman, H. *Urban politics and Theory: An Introduction* SAGE Publications. Londres, 1997.

Mazzalay, Víctor H "El desarrollo económico en la Región Central de Córdoba: estrategias individuales en un marco de competencia". En Memoria. *Compilación de Ponencias del II Seminario de Centros Académicos dedicados al Estudio*

de la Gestión de Gobiernos Locales. INAP - Universidad Nacional de Quilmes, Bs. As. Diciembre, 2000:a

Mazzalay, Víctor H. "El Municipio y las Políticas Públicas en torno al Desarrollo Económico y al Desempleo en el Gran Córdoba." Informe Final. Beca CONICOR. Córdoba. 2000:b (Dirección: Martha Diaz de Landa). Mimeo.

Mazzalay, Víctor H. "Cooperación Intermunicipal para el Desarrollo: Análisis del caso de la Región Central de Córdoba." Informe Final beca Agencia Córdoba Ciencia. Córdoba Junio 2001 (Dirección Marta Díaz de Landa). Mimeo.

Meny, Ives y Thoenig, Jean-Claude. *Las Políticas Públicas*. Ariel Ciencia Política. Barcelona (España). 1992

Pressman, Jeffrey y Wildavsky, Aaron *Implementación*. México: Fondo de Cultura Económica. 1998

Putnam, R. *Making Democracy Work*. Princeton, N. Jersey: Princeton University Press. 1993

Scharpf, Fritz. *Games Real Actor Play. Actor-Centered Institutionalism in Policy Research*. Westview Press. Boulder, Colorado. 1997

Skocpol, Theda. "El estado regresa al primer plano: estrategias de análisis en la investigación actual." En Torres, Ruas (comp.), *Política: Teoría y Método*. Ed. Educa-Flaco. Costa Rica. 1990

Stone Clarence. "Political Leadership in Urban Politics" en: Judge, David; Stoker, Gerry y Wolman, Harold *Urban politics and Theory: An Introduction*; SAGE Publications. Londres, 1997. Págs. 96-116.

SUSTENTABILIDAD DE LA DESCENTRALIZACIÓN: LIDERAZGOS Y ...

ANEXO

Tabla 1. Actividades implementadas por los Gobiernos Locales de la Región Centro de Córdoba (Período 1995-1999) N=57

ACTIVIDADES IMPLEMENTADAS	Frecuencia de Localidades
• Educación Pre-escuela	28
• Brindar educación primaria	1
• Brindar educación secundaria	0
• Mantenimiento de edificios educativos públicos	41
• Apoyo al desarrollo educativo general (becas, ayudas institucionales)	53
• Atención primaria de la salud	56
• Atención salud nivel medio de complejidad (crujeña menor, ciertas especialidades)	51
• Atención salud altos niveles de complejidad (crujeñas complejas, especialidades)	0
• Transporte urbano de pasajeros (regulación)	19
• Control ambiental	44
• Control del tránsito en segmento de motos en el ciclo completo	78
• Atracción de nuevas empresas	41
• Apoyo a la formación de nuevas empresas locales	17
• Apoyo a las empresas existentes	41
• Reinserción laboral de los desocupados	16
• Capacitación local de la fuerza laboral	31
• Promoción del empleo	43
• Promover formación de Organizac. Comunitarias p/ diversos fines	13
• Apoyar Organizac. Comunitarias existentes (ONG, Cooperativas)	53
• Planes de viviendas	41
• Ayuda a familias carenciadas	56
• Incentivos al ahorro	50
• Programas de ayuda a la tercera edad	43
• Conexiones o socias comunitarias	36

Tabla 2. Distribución de los valores del Índice "Descentralización" según número de políticas implementadas por Localidades

Políticas implementadas	Cantidad de localidades	%	% Acumulado	Políticas implementadas	Cantidad de localidades	%	% Acumulado
4,00	2	3,5	3,5	17,00	5	8,8	71,9
6,00	1	1,8	5,3	18,00	6	10,5	82,5
8,00	2	3,5	8,8	19,00	5	8,8	91,2
10,00	3	5,3	14,0	20,00	2	3,5	94,7
11,00	3	5,3	19,3	21,00	3	5,3	100,0
12,00	9	15,8	35,1	Total	57	100,0	
13,00	4	7,0	42,1				
14,00	2	3,5	45,6				
15,00	6	10,5	56,1				
16,00	4	7,0	63,2				

Tabla 3. Relación entre partido político gobernante y nivel de descentralización

Nivel de descentralización	Partido político gobernante			
	UCR	PJ	UV	Total
< que la media general	13	5	7	25
> que la media general	15	10	6	31
Total	28	15	13	56

J-square: Asymp. Sig. (2-sided)= 0,533

Tabla 4: Asociación entre reelección y nivel de descentralización.

Cantidad de políticas implementadas = nivel de descentralización	Intendentes/Presidente Comunales		
	Reelectos	Salientes	Total
< que la media general	15	11	26
> que la media general	20	11	31
Total	35	22	57

J-square: Asymp. Sig. (2-sided)= 0,598

Tabla 5: Correlaciones entre variables de necesidades y nivel de descentralización

		Descentralización	% población c/ NBI
Porcentaje de población con NBI	Corr. Pearson	,076	
	Sig. (2-tailed)	,575	
	N	56	
Cantidad de problemáticas/necesidades reconocida por los decisores	Corr. Pearson	,399	,068
	Sig. (2-tailed)	,002	,620
	N	57	56

Tabla 6: Correlaciones entre variables del interés racional de la burocracia con descentralización

		Descentralización	(1)	(2)	(3)
Total de Funcionarios (1)	Pearson Correlation	,398			
	Sig. (2-tailed)	,002			
	N	57			
Total Empleados (contratados más estables) (2)	Pearson Correlation	,446	,706		
	Sig. (2-tailed)	,001	,000		
	N	57	57		
Total Empleados por funcionarios (3)	Pearson Correlation	,345	,172	,649	
	Sig. (2-tailed)	,016	,242	,000	
	N	48	48	48	
Funcionarios más empleados (4)	Pearson Correlation	,450	,725	1,000	,638
	Sig. (2-tailed)	,000	,000	,000	,000
	N	57	57	57	48

Tabla 7: Cruce entre categoría institucional y cantidad de Políticas implementadas.

Cantidad de políticas	Categoría Institucional		Total
	Ciudades/municipios	comunas	
Hacen hasta la media	6	20	26
Hacen más de la media	21	10	31
Total	27	30	57

Pearson Chi-Square: Asymp. Sig. (2-sided)= 0,001

Tabla 8: Correlación del control de variable para elaboración de los modelos explicativos

		Descentra- lización	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)
Ciudad (1)	Corr. Pearson Sig. (2-tailed) N	,503 ,000 57							
Comuna (2)	Corr. Pearson Sig. (2-tailed) N	-,567 ,000 57	-,456 57						
Activismo (3)	Corr. Pearson Sig. (2-tailed) N	,571 ,000 56	,349 56	-,293 56					
Responsabilidad municipios s/ líder local (4)	Corr. Pearson Sig. (2-tailed) N	,570 ,000 57	,221 57	-,388 57	,382 56				
Personal (funcionarios + empleados) (5)	Corr. Pearson Sig. (2-tailed) N	,450 ,000 57	,724 57	-,532 57	,228 56	,196 57			
Media anual total ingresos 1995 - 1999 (6)	Corr. Pearson Sig. (2-tailed) N	,502 ,000 57	,733 57	-,499 57	,344 56	,310 57	,479 57		
Media anual total ingresos 1995-99 por habitante (7)	Corr. Pearson Sig. (2-tailed) N	-,282 ,035 56	-,201 56	,169 56	-,156 55	-,040 56	-,209 56	-,136 56	
Necesidades percibidas (8)	Corr. Pearson Sig. (2-tailed) N	,399 ,002 57	,345 57	-,246 57	,274 56	,179 57	,432 57	,318 57	-,145 56
Población - Censo 1991 (9)	Corr. Pearson Sig. (2-tailed) N	,554 ,000 56	,817 56	-,537 56	,317 55	,272 56	,732 56	,926 56	-,242 56

GRUPOS FAMILIARES CON HIJOS EN CONFLICTO CON LA LEY: LA PERSPECTIVA DE LOS ACTORES ¹

por *María Inés Laje* (*)

Resumen: La situación de institucionalización de adolescentes o jóvenes en conflicto con la ley penal ha sido vivida y se la vive como problemática por todo el grupo familiar, ya que la comisión de actos ilegales genera respuestas sociales sancionadoras, poniendo en vigencia todos los mecanismos del control social. No obstante ello, cada uno de estos grupos ha procesado de distinto modo la situación vivida, generando representaciones y manifestaciones diferenciales. Con el material de entrevistas realizadas, se ha podido hacer un análisis de los contenidos de la actuación de los sujetos, en su interacción -en un intento por guiar y controlar las respuestas dadas-, de la representación social de sus miembros, la construcción de su identidad y las formas de inserción en vinculación al uso de los servicios públicos. Los adolescentes y jóvenes que han estado institucionalizados y que, por sus diferentes historias, han sido desplazados de los ámbitos de inserción social

¹ Este artículo con algunas modificaciones fue presentado al "II Congreso Nacional de Sociología Jurídica", organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad Nacional de Córdoba, durante los días 8-10 de noviembre de 2001.

Lo que se presenta es parte de los resultados del Proyecto de Investigación "El sistema correccional de menores en Córdoba: demanda de servicios y oferta institucional", desarrollado en el CIJS por el Equipo de Investigación del "Seminario Interdisciplinario de investigación sobre los Derechos del Niño", dirigido por M.I.Laje.

(*) Lic. en Antropología Social, Candidata al Doctorado en la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Humanidades.

Investigadora del Cijs, Categoría 2 en el Programa de Incentivos Docentes, Directora y Dictante del Seminario de Investigación sobre los Derechos del Niños.

formal (educación, trabajo, etc.) poseen relaciones, hábitos y formas de vinculación particulares, y reciben un tratamiento que desconoce la particularidad de estos sujetos y sus dificultades para adaptarse a prácticas sociales regidas por normas disciplinarias. La falta de espacios de contención formal lleva a estos sujetos a desarrollar prácticas y estrategias no institucionalizadas de sobre-vivencia.

Los rasgos centrales de la representación que los grupos familiares construyen respecto a la problemática correccional, tienen que ver con el contenido de lo lícito/ilícito, de lo socialmente aceptado o rechazado y con las posibilidades de comprensión que los diferentes actores sociales expresan, respecto del contexto causal en el que se inscriben los actos delictivos.

Palabras Claves: Institucionalización / adolescentes / jóvenes en conflicto con la ley / exclusión

Introducción

La internación en instituciones correccionales para adolescentes y jóvenes en conflicto con la ley penal es vivida por el grupo familiar como problemática, la comisión de actos ilegales genera respuestas sociales sancionadoras, que ponen en vigencia todos los mecanismos del control social. No obstante ello, cada uno de estos grupos ha procesado de distinto modo la situación vivida, generando representaciones y manifestaciones diferenciales.

Con el material de las entrevistas realizadas a grupos familiares, con adolescentes o jóvenes que han sido internados en instituciones correccionales por ser infractores a la ley penal², en este artículo, se expondrán algunos resultados del análisis de los contenidos de la actuación de estos sujetos, en su interacción -en un intento por guiar y controlar las respuestas dadas-, la representación social de sus miembros, la construcción de su identidad, las formas de inserción en vinculación al uso de los servicios públicos, etc.

Los adolescentes y jóvenes que han estado internados y que, por sus diferentes historias, han sido desplazados de los ámbitos de inserción social formal (educación, trabajo, etc.) poseen relaciones, hábitos, formas de vinculación y estrategias de sobrevivencia no institucionalizados. La falta de espacios de contención formal los expone a todo tipo de violencia física y simbólica, que se caracteriza por su normalidad y cotidianidad, situación ésta que los hace vulnerables a una intervención estatal, en donde la ficción de la protección se materializa en la internación, respondiendo a un doble

² Las entrevistas realizadas (semi estructuradas y abiertas), juntamente con observación directa, fueron entre otras las estrategias cualitativas utilizadas en esta 2ª. Etapa de la investigación, de tipo comprensivo-interpretativa, complementándose con información documental, periodística, bibliográfica, etc.

propósito: la privación de la libertad y la transformación "técnica" del individuo, hacia el "supuesto" encausamiento de su conducta.

Entendemos que la construcción de la identidad de los denominados "menores" en el ámbito correccional está dominada por lo penitenciario, en el que el control del Estado³ se ejerce sobre la sociedad de manera manifiesta, a través de mecanismos determinados, que *logran su hegemonía y consenso* mediante estrategias de reproducción, siguiendo a P. Bourdieu (1992).

Este proceso tiene íntima relación con los rasgos centrales de la representación que los grupos familiares construyen respecto a la problemática correccional. Tiene que ver asimismo con las representaciones de lo lícito/ilícito, de lo socialmente aceptado o rechazado y con las posibilidades de comprensión que los diferentes actores sociales expresan respecto del contexto causal en el que se inscriben los actos delictivos.

Es importante señalar que estamos ante marcados procesos de exclusión social, quienes no logran integrarse al modelo quedan afuera de todas las posibilidades de inserción en el mercado laboral, de consumo para la supervivencia, en el sistema educativo, de los beneficios de seguridad social, entre otros. Los actores sociales entrevistados aportan a este reconocimiento, en la zona de estudio⁴ como hemos visto están sujetos a una pluralidad de dificultades que obedecen a su vez a una multicausalidad de situaciones, y en esa perspectiva los esfuerzos que éstos realizan por sortear las dificultades, no solamente requieren una permanente continuidad, sino de un profundo replanteo para un abordaje integral.

Caracterización de los grupos familiares con hijos en tratamiento correccional

Una primera *categorización general* de los grupos familiares, se estructura centralmente a partir de las representaciones que ellos construyen en torno a la situación correccional de sus hijos. Nos parece que esta categorización permite comprender las estrategias que elaboran alrededor

³ El concepto de "campo" es el de BOURDIEU, la manera en como se constituye, se estructura la vida social, como espacio especializado de la práctica social, en donde se produce y reproduce de manera legítima, "institucional" y reconocida el dominio o la administración de una determinada práctica social.

⁴ Se trata de un barrio ubicado en el sur de la ciudad de Córdoba, y caracterizado por su elevada población juvenil, con reconocidas dificultades para la satisfacción de sus necesidades básicas.

de la resolución de la cuestión y nos da base para el análisis desde su perspectiva, en tanto destinatarios de los servicios sociales ofertados.

Hemos podido identificar tres tipos de representaciones:

a. *De reconocimiento reflexivo*: hay disposición a dar una respuesta al problema. Ello conduce normalmente a una actividad reflexiva en torno a las causas, las instituciones, las vías de respuesta. Estos grupos familiares están insertos en redes barriales o comunitarias y gozan por ello de un capital social en el que sostienen sus estrategias de actuación.

b. *De reconocimiento evasivo o engaño*: El reconocimiento aunque indirecto, implícito, existe. Suele expresarse una actitud de engaño, de simulación o desconocimiento. La vinculación de estas familias con las redes barriales es débil o inexistente. Son por tanto limitadas las posibilidades de acceder a información, de ingresar en relaciones de solidaridad, de formar parte de ámbitos de reflexión sobre la situación que transitan.

c. *De ocultamiento o negación*: el sujeto niega o manifiesta desconocer la situación. Este tipo de representaciones conduce francamente a un discurso por el que se desconoce la situación y que suele derivar en argumentos de justificación de las conductas infractoras.

Alrededor de esta tipología de representaciones, puede realizarse un análisis de los contenidos de las diferentes formas de actuación de los sujetos, las que están mediadas por los sentidos que éstos le otorgan a la situación: una fuerte tendencia hacia la vergüenza, la desvalorización, la culpa, el fracaso en sus funciones paternas, que lo expresan tanto quienes *reconocen* la existencia de los comportamientos infractores de sus miembros jóvenes, como, en ciertos casos, quienes reconociéndolo sólo implícitamente, procuran *evadir o engañar* la realidad. Sin embargo, en el segundo tipo de respuestas, la inferencia que el actor realiza consiste en entender que sus acciones cobran un sentido en el "público", de acuerdo a los deseos de actuación, que permiten significarla de modo particular, falso (Goffman, E. 1994).

Sin embargo, puede observarse en otros casos, una aceptación acrítica y de cierta complicidad, expresada en la *evasión* o el *engaño* o, más dramáticamente, en el *ocultamiento* respecto de la situación vivida. Siguiendo al mismo autor, puede señalarse que cuando un individuo comparece ante otros, habrá por lo general alguna razón para que movilice su actividad de modo que ésta transmita a los otros una impresión que a él le interesa difundir.

Esta actuación puede ser interpretada, en algunos casos, más bien como una forma de rechazo hacia toda posibilidad de ser reconocidos o descubiertos; pudiéndose presumir, en algunos de los que nos ocupan, la continuidad de los conflictos con la justicia por fugas de las instituciones o por permisos no cumplidos.

Han sido para unos situaciones muy conflictivas, hasta traumáticas, pudiéndose destacar que de acuerdo a la manera de representarlas existen posibilidades de comunicarlas, expresarlas y resolverlas. Estas representaciones no pueden dejar de relacionarse con una interacción cotidiana alterada como consecuencia de un proceso de estigmatización (Goffman, E. 1995), que iniciándose con el joven se traslada y es luego asumido por la familia misma. La presencia del extraño, el estigmatizado, dueño de un atributo diferente a los de los demás, -en referencia a las categorías de personas a que él tiene acceso-, lo convierte en alguien "menos apetecible", peligroso o débil. Deja de ser visto como una persona corriente para ser reducido a alguien menospreciado, produciendo un efecto de descrédito.

Este fenómeno se vincula con la selectividad de la aplicación de las normas del derecho penal, que reflejando las relaciones de desigualdad existentes por su carácter activo, produce y reproduce tales relaciones. Los adolescentes y jóvenes que han estado internados, sujetos a "tratamientos", que desconocen sus particularidades y dificultades para adaptarse a prácticas sociales regidas por normas disciplinarias, reproducen su desafiación (Castel, R., 1997).

Las estrategias diferenciales de los grupos familiares

Este análisis permite además establecer diferencias entre los grupos entrevistados, las que marcarán rumbos u orientaciones distintas en sus prácticas y que están estrechamente relacionadas con los valores, su representación sobre los jóvenes y la consideración sobre la oferta de servicios barriales.

Estas diferencias se observan en la claridad verbal de la expresión y en las manifestaciones reflexivas que realizan sobre las referencias hechas en las entrevistas. En tal sentido puede indicarse que, de acuerdo a las categorías arriba señaladas, una primera y gran diferenciación podemos encontrarla entre quienes han sido agrupados en los tipos *a* y *b*) de *reconocimiento*, y *c*) de *ocultamiento*.

En este primer grupo, la respuesta ante la "detención o internación" de alguno de los miembros de la familia, implica una estrategia que pretende, en una primera instancia, lograr la libertad del sujeto; en una segunda,

“superar” el conflicto. Esto se da en diferentes momentos, la lucha por lograr potenciar las vinculaciones surgidas de las redes sociales, orientadas a encontrar las personas adecuadas para obtener información, lograr las visitas a los jóvenes, agilizar los tiempos de detención, en los casos de estar en comisarías o precintos policiales, y en caso de haber intervención judicial, acelerar los tiempos del proceso. En este punto aparece una primera gran diferencia, entre quienes están vinculados a redes sociales, formales o informales, y aquellos que carecen de ellas, para quienes las dificultades se multiplican.

Esta situación se vincula además al nivel escolar alcanzado, ser alfabeto permite un grado de conocimiento que facilita el acceso a cierta información, central a estos procedimientos, a la vez que posibilita comprender su funcionamiento e identificar las acciones a emprender. En el mismo sentido puede entenderse que la situación económico-laboral es fundamental ya que les permite solventar la realización de trámites, las visitas, el asesoramiento jurídico.

La segunda fase referida, se plantea para quienes además de lograr la libertad del sujeto, están en condiciones de expresar haber “resuelto” el conflicto. Especialmente en aquellos casos en que el sujeto institucionalizado luego de su período de internación, ya de vuelta en la comunidad pudo superar el conflicto. Estas situaciones en la mayoría de los casos se asocian a una formal inserción laboral, a la formación de sus propias familias, a la presencia de hijos y a la existencia de nuevas responsabilidades, entre otras.

Con respecto al tipo “c” de representaciones, aquellos que *ocultan* y *desconocen* el problema, pueden observarse casos en los que se percibe hasta “la negación de tenerlos como hijos”, el plantear que “están trabajando en otra provincia”, o expresar claramente que ellos “no tienen problemas con ellos”, haciendo una permanente referencia ideal a los modelos educativos transmitidos a ellos. La negación del conflicto, ha impedido conocer cuáles han sido las estrategias utilizadas para afrontar las dificultades, su vinculación a redes formales o informales de soporte social, sus condiciones educativas y laborales, etc.

La representación sobre los servicios estatales recibidos.

Los servicios recibidos a que haremos referencia son aquellos que tienen relación con el control social, caracterizados particularmente en función a la experiencia de internación, las instituciones correccionales y policiales, profundizando en la representación social de la institucionalización.

Se han observado percepciones radicalmente diferentes sobre las instituciones correccionales, la institución policial y la justicia, generalmente asociadas a la aceptación o el rechazo por los familiares de la responsabilidad del joven en el supuesto delito cometido. Estas percepciones diferenciales se establecen a partir de:

- El tipo de experiencia vivida en las instituciones por los hijos infractores, y el conjunto del grupo familiar;
- Las condiciones socio-culturales y las condiciones familiares al momento de la detención;
- La capacidad reflexiva y comprensiva de la situación; las causas que originaron la comisión de infracciones; el sentido que tiene para los padres la institucionalización, en tanto les otorga beneficios o limitaciones y las urgencias por desvincular al joven lo antes posible.

Las experiencias en el tránsito por las instituciones están marcadas por diferencias significativas entre las policiales y las correccionales, estas apreciaciones transitan por la crítica total en unos casos, y la aceptación pasiva en otros. La combinación crítica con la negación de la participación o responsabilidad en los actos delictivos es marcada.

Sin embargo, la gravedad de la situación familiar -por violencia, abandonos, ausencias de alguno de los padres, etc. que impide dar respuestas o alternativas oportunas de apoyo a los hijos con problemas-, puede asociarse con la aceptación resignada de los hechos, como consecuencias incuestionables a los problemas domésticos que tienen. Aquí los padres ven la institucionalización como una instancia de inserción formal, reparadora de las carencias a las que están sujetos, sin posibilidades de comprender que se está ante formas concretas de privación de libertad. Esto en respuesta a las condiciones por las que estos sujetos jóvenes transitan, signadas por la inactividad, la falta de inserción al sistema formal de educación, desempleados o con trabajos transitorios, etc. generando esto, temores en el grupo familiar. La institución es vista entonces, como un lugar seguro, protegido, en donde si "tiene suerte... hasta aprende algún oficio", como muchas madres lo señalan.

Sin embargo, de manera simultánea, está presente la imagen de los institutos, caracterizados por la ineficacia institucional, como ámbitos de alojamiento que no les permite incorporar elementos reparadores que les posibilite la inserción social, por el contrario, los jóvenes salen "igual o peor de cuando entran", delegándose la responsabilidad en los padres. El regreso a sus lugares de origen se presenta incierto, se preguntan los entre-

vistados respecto de quiénes los van a contratar para trabajar, es frecuente que los chicos al ser reconocidos y conocidos sus antecedentes sean rechazados, quienes además al carecer de estudios, están ante un futuro limitado e incierto.

En los relatos críticos a la institución policial hacen generalmente referencia a los pasos por comisarias/precintos, experiencia que los ha marcado. Fundamentalmente se orientan al mal trato que reciben los menores de edad, a las dificultades con el personal policial, a las "marcas" que quedan en sus antecedentes por muchos años, etc. El ejercicio del poder, relaciones extorsivas, no sólo con los "menores" sino con los padres cuando van de visita. Expresan claras situaciones de discriminación por la policía y en los tribunales, por su situación de pobreza y el bajo nivel educativo.

Es ejemplo de esto lo comentado por un papá que cuenta lo que sufrieron por su hijo, y las consecuencias por el tiempo en que estuvo en la comisaría: "... que no se terminó allí, sus antecedentes quedaban marcados por muchos años, la señalan como una marca que no se va más. Lo ven como un estigma que poseen los chicos de estos barrios cuando andan por la calle. Es permanente la persecución que ellos padecen por el personal policial, se sienten desprotegidos, los detienen continuamente.

Los precintos representan para el conjunto de los grupos entrevistados, un espacio de reproducción de relaciones de dominación de corte claramente autoritarias. El estigma que persigue a los jóvenes es percibido por estas familias. El fichado policial, opera para las familias como una "marca", cuya forma burocrática se vuelve indeleble, habilitando a la vez prácticas que son consideradas por estos sectores como discriminatorias y violentas y que conducen frecuentemente a la pérdida de la libertad. Es de remarcar así mismo, que el déficit en el funcionamiento preventivo de las Comisarias, torna más dramática la percepción registrada.

Los servicios que se ofrecen en el barrio.

Los vecinos del área de estudio, son destinatarios de un conjunto de servicios que pueden diferenciarse según su destino. Para las familias (servicios de salud, bolsones de alimentos); para la población infantil, adolescentes y jóvenes (educación, comedores infantiles, actividades recreativas/deportivas, de formación o de contención específica, etc.), y para la comunidad, los servicios públicos de los que son beneficiarios todos los vecinos.

Fue nuestro interés indagar fundamentalmente sobre las actividades específicas ofrecidas para los jóvenes, sin embargo consideramos que los beneficios que recibe el grupo familiar y el barrio en general, tienden a

evitar o amenguar situaciones de vulnerabilidad que impactan claramente sobre nuestra población objeto.

Marcar en primer lugar la situación barrial en términos de su accesibilidad a los servicios públicos permite una mayor comprensión de las dificultades propias de este barrio. En general, la deficiente oferta recibe reclamos permanentes ante diferentes medios de comunicación masivos, de espacios locales como la radio comunitaria o el periódico barrial.

Las críticas mas reiteradas tienen que ver con servicios vinculados a la seguridad, o a la inseguridad del barrio. En este sentido aparecen asociadas dos cuestiones que representan peligro: la delincuencia juvenil y la droga. En ambos casos son atribuidas a los jóvenes, y sobre todo a quienes involucran, venden e inician en la droga a los más chicos. Se marca además una creciente prostitución infantil. Los problemas como el desempleo y la pobreza, el mal estado y falta de mantenimiento de las calles, el estado del canal maestro, la basura y la falta de limpieza, la falta de un sistema de desagües, el deficiente alumbrado público, el estado de los baldíos, las dificultades e ineficiencia del sistema de transporte están cotidianamente expresados, ocupando un lugar importante en la preocupación de los vecinos.

Analizar desde la perspectiva de los usuarios la calidad y tipo de los otros servicios institucionales, requiere diferenciar las respuestas de acuerdo a las situaciones particulares de los individuos y grupos familiares respecto a su pertenencia e identidad barrial, a sus vínculos sociales, familiares, afectivos, a su inserción laboral, a la historia de su radicación, a la inserción o participación en las redes sociales, a su capital cultural, etc. Estas situaciones llevan a diferenciales niveles de información, de integración y acceso a los beneficios a los que se les ofrecen.

Interesa hacer referencia a la fuerte tendencia que mantienen algunos vecinos por discriminar y estigmatizar a los grupos familiares vinculados a situaciones conflictivas, conducta propia no solo de quienes no tienen miembros en conflicto con la ley, sino de los mismos grupos afectados por este problema, como hemos visto, en un afán por construir representaciones de sí diferentes, o por negar la problemática familiar interna.

En este marco pueden encontrarse expresiones de adhesión positiva, otros indiferentes y algunos críticos al sistema, asociadas a los valores dominantes, con las concepciones relativas al lugar de beneficiarios que los vecinos de este barrio tienen respecto de las políticas sociales municipales y provinciales.

El acceso a los diferentes servicios da una dinámica especial a la interacción cotidiana; permite satisfacer necesidades, participar y construir

proyectos futuros, diseñar expectativas educativas, evaluar la calidad de la oferta, etc., conjunto éste de formas de manifestación que los ciudadanos sienten y practican cuando sus derechos están garantizados.

En general puede establecerse que los canales de información sobre las ofertas en servicios sociales básicos como educación y salud, se da mediante una comunicación sin mayores dificultades, debido fundamentalmente a que se trata de beneficios de uso masivo. Sin embargo, el acceso a servicios más focalizados, va a variar de acuerdo a la institución que los ofrezca, en relación lineal con la inserción comunitaria que tengan quienes los requieran. Esta cuestión tiene especial relevancia al momento de identificar las estrategias que utilizan los beneficiarios para acceder a ellos.

Hay diversidad de opiniones, vinculadas al consumo y calidad de los servicios, de quienes se constituyen en *usuarios frecuentes* de los servicios ofrecidos en el barrio, en *usuarios esporádicos* y quienes satisfacen *externamente* sus necesidades.

Con relación a la demanda en salud y educación, en general, la gente expresa utilizar el dispensario más bien para cuestiones de rutina, para atención y control de los niños, para la atención por embarazos, etc. pero cuando hay casos más complejos o de mayor urgencia, lo hacen en los Hospitales Públicos.

La frecuente crítica está asociada fundamentalmente a las deficiencias en los servicios debido a la gran afluencia de vecinos, los horarios de atención, las largas esperas, los escasos profesionales, el lugar en donde está ubicado, etc. A pesar de haberse iniciado una nueva modalidad de atención, de 24 hs., los reclamos continúan ya que los turnos siguen siendo entregados a horas muy tempranas de la mañana. Cuando se requiere asistir en horas de la noche los peligros por la inseguridad impiden el acceso.

Las críticas están vinculadas a las deficiencias materiales y de funcionamiento, y con respecto a la calidad profesional de la atención, aunque no aparecen explícitas, pueden inferirse que se ven limitadas por la sobreabundancia de demanda y las dificultades de respuesta dadas la reducida cantidad de profesionales.

Con respecto a las escuelas, las primarias son masivamente utilizadas, en ellas se proveen materiales diversos para el ciclo escolar y ofrecen diariamente el almuerzo; sin embargo el secundario es de uso diferencial, ya que muchos expresan enviar sus hijos a colegios en otros barrios o al centro.

Es frecuente la referencia a las múltiples dificultades de los servicios escolares, y al degradado concepto que se tiene de los mismos. En muchos

de los casos, que han decidido sacar los chicos del barrio para enviarlos a otras escuelas, han sido situaciones en las que las posibilidades económicas lo permitían; sin embargo, en quienes no pueden realizarlo, es frecuente escuchar cómo han establecido mecanismos de control cotidiano: llevarlos y traerlos, no dejarlos juntar con los compañeros, etc. En general las deficiencias se atribuyen a la sobrepoblación por aula; a la expulsión de los chicos cuando presentan problemas de conducta o "ciertas dificultades"; a la presencia de situaciones de violencia que las autoridades no pueden controlar, etc.

Con relación al conjunto de los otros servicios, hay descontento entre los vecinos, atribuido a la discontinuidad de algunos Programas como el de las cajas PAN; otros para los jóvenes como el Crecer y el Eva Perón; a la desinformación, producto de estilos de difusión selectiva de las acciones; a los nuevos programas (como PPP) y las limitaciones para el acceso, etc.

En particular, nos interesa profundizar la percepción que vecinos tienen de los servicios especialmente para los jóvenes. Es llamativo cuando se les consulta sobre los servicios para ellos, una constante respuesta indica su desconocimiento, hacen referencia solo que van a jugar al fútbol con los amigos, van a otros barrios, en pocas ocasiones a alguna institución religiosa los fines de semana.

Las actividades que realizan instituciones públicas no estatales, presentan dificultades por el limitado número de personas que se benefician con sus acciones. Sin embargo, pueden escucharse los comentarios positivos de quienes pudieron beneficiarse con alguno de sus programas.

En conocido que quienes tienen un acercamiento a la iglesia, reciben los beneficios de sus actividades, pero hay muchos otros vecinos que no tienen vinculación con la parroquia y desconocen sus ofertas. Las actividades que desde allí se promueven, al tener capacidad limitada, su difusión tiene poco alcance.

Un breve repaso por los resultados empíricos

* Los jóvenes que han sido institucionalizados, excluidos de la educación formal y generalmente sin empleo, carecen en su mayoría de espacios alternativos de contención y reinserción en la comunidad.

* Las situaciones de estigmatización y vulnerabilidad de que son víctimas, no solamente se encuentran en las instancias típicas de control social (comisaría, instituciones correccionales, justicia, policía) sino que están

además presentes y se reproducen en distintos ámbitos de la vida social y privada.

* De las instituciones públicas estatales, son particularmente los precinctos policiales los que representan para los jóvenes y sus familias los ámbitos de producción de relaciones de dominación claramente autoritarias y de reproducción de prácticas consideradas discriminatorias y violentas, que conducen frecuentemente a la pérdida de la libertad. El señalamiento frecuente de un déficit en el funcionamiento preventivo de las Comisarías, torna más dramática la percepción registrada.

* Los casos de adolescentes o jóvenes con dificultades, definitivamente *no son abordados por las organizaciones de servicios sociales* que actúan en el territorio analizado. Estas se orientan más bien a un trabajo preventivo tendiente a impedir que nuevos jóvenes ingresen al delito, a evitar su exclusión de las escuelas y a potenciar el trabajo con las familias. Trabajar con chicos con problemas graves requiere de mucha mayor atención y de recursos de los que, por sus dichos, no disponen.

* Los objetivos y métodos de intervención que se implementan para los diferentes abordajes de corte preventivo se van adecuando y ajustando, luego de evaluaciones o por la misma experiencia. Como es obvio, este recorrido, valioso como esfuerzo de intervención sobre poblaciones en riesgo, no se constata para la franja que no es atendida, esto es para el caso de los jóvenes que han iniciado un recorrido por los institutos correccionales.

* El estudio sobre las familias respecto a la situación de sus hijos permitió identificar tipos de representaciones (de reconocimiento reflexivo, de reconocimiento evasivo, de ocultamiento) que se relacionan con los recursos con que cuentan –diferentes capitales– y particularmente con las mayores o menores capacidades reflexivas de sus miembros. Ello nos ha permitido la comprensión de sus valores y estrategias de actuación.

* Las familias que no están en el circuito relacional que permite el acceso a la atención, o que tienen dificultades para acercarse al mismo, no cuentan con la información necesaria para satisfacer las condiciones que viabilicen la atención de sus necesidades, ni pueden por tanto ingresar en ámbitos comunitarios que les permitan incrementar su capacidad de reflexión. Paralelamente, las convocatorias que estas instituciones realizan, dada la escasa cobertura que ofrecen, se realiza de manera selectiva, casi cerrada, priorizando a quienes están vinculados a las redes sociales existentes.

* Del relevamiento de servicios que realizáramos, puede concluirse que no hay institución alguna que se dedique a desarrollar actividades que

respondan estrictamente a objetivos y programas específicos a los sujetos que estudiamos; las múltiples y diferentes demandas y los mínimos recursos con que cuentan las han conducido a orientar sus actividades hacia otros sujetos.

* Los prestadores pertenecientes a servicios estatales destacan que se hace lo ínfimo, pues la dotación de recursos con que cuentan para barrios tan extensos como el analizado, no alcanzan a cubrir mínimamente las necesidades de atención de esta población. Se dejan de lado casos graves, por no estar en condiciones de atenderlos.

* El análisis de la oferta de servicios, permite también observar una fuerte desarticulación interinstitucional. La interacción entre las organizaciones que actúan en el barrio es sólo puntual y frente a coyunturas críticas, no obedeciendo a formas progresivas y continuas; tampoco está acompañada de planificaciones por tiempos prolongados que les permitiera poder intervenir integral y sistemáticamente en la solución de las demandas que les llegan. No existe pues una articulación a través de redes, entendidas éstas como el establecimiento de relaciones estratégicas que facilitan la concreción de objetivos sociales y que trascienden los intereses particulares de las instituciones involucradas.

Estigma y desafiliación en un entorno estatal propicio

Señala Castel (1997), que los jóvenes se encuentran al presente en un proceso de desafiliación que deviene de sus condiciones actuales de existencia. Estas impiden construir "zonas" de cohesión social, en tanto la ausencia de participación en alguna actividad productiva y el aislamiento social con la consiguiente fragilidad de los soportes de proximidad, lleva a que se construya socialmente una identidad negativa sobre los mismos, remitiendo el problema a causas individuales y no sociales.

Hay riesgos de desafiliación, cuando en los procesos de integración primaria entran en crisis las relaciones de proximidad de su inserción territorial, o de inscripción familiar y social, impidiendo a los sujetos reproducir su existencia y asegurar su protección.

Esta franja de población, se convierte en un problema cada vez más acuciante, la demanda social frente a hechos de violencia, temor o inseguridad, es cada vez más contundente, señalando a los jóvenes, sin inserción educativa o laboral, como responsables de todo hecho delictivo, *construyendo así una identidad de peligrosidad que produce sin dudas su mayor descalificación e invalidación social.*

Se construye así un sujeto colectivo que vive bajo el peso estructural de un estigma cuya construcción, a la vez que recibe el aliento de crecientes grupos y organizaciones sociales, es también producido por unas políticas y unas prácticas estatales que permanecen encerradas en una perspectiva a la vez judicializante y jerárquica⁵.

Conclusiones

Se ha observado que paradójicamente, la exclusión de los jóvenes que el propio sistema realiza, opera una perversa forma de inclusión institucionalizándolos, sin darles nuevas oportunidades para su integración. La "pertenencia" a los órganos de control social seguirá siempre presente, como una marca indeleble, impidiéndoles, a quienes lo deseen, reparar sus historias.

El análisis de las organizaciones actuantes plantea fuertes interrogantes. ¿Están capacitadas para desarrollar proyectos o programas que apunten a una intervención efectiva? ¿La índole del trabajo desarrollado, responde realmente a las necesidades existentes en la población?.

Algunas de estas organizaciones, de tipo asistencial y con estrategias focalizadas, con orientación preventiva y promocional, intentan revertir una lógica de exclusión, ofreciendo un espacio de contención que se propone cubrir los déficits ocasionados por las deficiencias de las políticas sociales universales, evitando a los jóvenes su ingreso a los circuitos de exclusión social permanente. Desarrollan obligaciones transferidas por el estado, quien delega en instituciones de la sociedad civil, a través de la entrega de aportes financieros.

No obstante ello, la realidad observada permite afirmar que la magnitud e índole de la problemática social no puede ser enfrentada desde las posibilidades limitadas de cada una de las organizaciones actuantes. Pareciera indispensable que éstas establezcan progresivamente vínculos entre sí y con otras instituciones, con las cuales se comparte un mismo territorio y/o un mismo campo problemático. Ello permitiría sin duda favorecer la circulación de información y los conocimientos y potenciar los recursos, logrando mayor y mejor impacto en sus acciones.

Es así mismo evidente que tal modalidad de acción no puede desligarse de un cierto rol del estado. Este ha transferido obligaciones pero pa-

⁵ La construcción social de la delincuencia, de acuerdo a lo observado, se realiza en todos los ámbitos de la vida social, operando así los procesos de estigmatización que ha caracterizado E. GOFFMAN (1995).

rece haberse desprendido de buena parte de sus responsabilidades en el campo de esta problemática. Su rol no puede por tanto limitarse a subsidiar la acción social, debe ineludiblemente contribuir de manera democrática a lograr mecanismos horizontales de coordinación que permitan hacer efectivos los esfuerzos, actualmente atomizados.

Creemos que es imprescindible pensar en un trabajo compartido y planificado. Se trata, no sólo de construir una visión integral y multidimensional del problema y de las situaciones que genera, sino también de la posibilidad de aunar esfuerzos, capacidades y recursos para llegar a soluciones de fondo. Es necesario pensar que esta respuesta requiere de un activo protagonismo por parte de los propios afectados. La planificación, ejecución y evaluación de las actividades o proyectos no puede ser realizada por técnicos o profesionales sin un aporte que permite integrar horizontalmente los intereses y las perspectivas subjetivas de la población, creando así oportunidades de gestión de sus propios problemas.

Bibliografía

BARATTA, Alejandro. *Criminología Crítica y crítica del Derecho Penal*. Siglo XXI editores, 5ª. edición, México 1998.

BECKER, Howard *Los extraños. Sociología de la desviación*. Editorial Tiempo Contemporáneo, Argentina 1971.

BOURDIEU, Pierre. *El sentido práctico*. Taurus Humanidades. España 1992.

CASTEL, Robert. *La metamorfosis de la cuestión social*. Editorial Paidós, México, 1997.

FOUCAULT, Michel. *Las redes del poder*. Editorial Almagesto, Bs.As, 1993.

FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Editorial Siglo XXI. Madrid, España. 1995.

GIDDENS, Anthony, *Más allá de la Izquierda y la Derecha*. Editorial Cátedra, Madrid, 1998.

GOFFMAN, Erving. *Estigma. La Identidad deteriorada*. Amorrortu editores, Buenos Aires, 1995.

GOFFMAN, Erving. *La presentación de la persona en la vida cotidiana*. Amorrortu Editores, Buenos Aires 1994.

GOFFMAN, Erving. *Internados*. Amorrortu Editores. Buenos Aires, 1992.

PAVARINI, Massimo. *Control social y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Siglo veintiuno editores. España, 1996.

ZAFFARONI, Raúl. *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*. Edit. Depalma.



ACCESO, PERMANENCIA Y EGRESO DE LA CARRERA DE ABOGACÍA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CORDOBA: TENDENCIAS Y PERSPECTIVAS (*)

*por Carlos Alberto Lista(**)*

Resumen: Este artículo se centra en el análisis de las tendencias del ingreso, la matrícula estudiantil y el egreso de la carrera de abogacía de la Universidad Nacional de Córdoba, durante las tres últimas del siglo XX. Se parte de suponer que la magnitud de los acontecimientos políticos, económicos y sociales del país y la imposibilidad e incapacidad de las Universidades para ejercer plenamente su autonomía hacen que estas instituciones sean muy vulnerables frente a las variaciones del entorno. Por ello es que la crisis que experimenta actualmente la enseñanza jurídica pueda ser en parte explicada por la crisis de la educación superior en su conjunto y ésta por procesos de transformación contextuales. Las variables utilizadas (ingreso, matrícula y

(*) El presente artículo contiene el desarrollo de un aspecto específico de la enseñanza jurídica y es resultado de una línea de investigación sobre la formación del abogado, que ha contado con el apoyo de dos subsidios de investigación (FONCYT, PICT 02-03720 y CONICET, PIP 0393/98)

(**) El Dr. Carlos Alberto Lista cursó estudios de abogacía y de posgrado en sociología en la U.N.C. Es Doctor en Derecho y Ciencias Sociales y Master (MPhil) en Sociología de New York University. Actualmente es Profesor Titular de la Cátedra B de Sociología. Fue Director del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la U.N.C. (1991-1993) y miembro del directorio de CONICOR (1993-1997). Profesor visitante en las universidades de Lund (Suecia), Strathclyde (Glasgow) y New York University. Autor del libro *Paradigma de Análisis Sociológicos* y de artículos en revistas especializadas. Ex becario CONICET y Fulbright.

egreso) constituyen aspectos particulares de una estructura y un proceso más amplios y complejos y por lo tanto, solo aportan explicaciones parciales. Tomando como base los datos analizados, se describe la secuencia de cambios estructurales por los que atravesó la educación jurídica de la carrera de abogacía analizada, en el último tramo del anterior milenio. A partir de ello se reflexiona sobre los riesgos y oportunidades que emergen de la situación actual como resultado de dicho proceso.

Palabras clave: enseñanza jurídica, ingreso, egreso, matrícula, carrera de abogacía U.N.C.

En un trabajo anterior (Lista, 2001) sostenemos que en Argentina, la crisis de la educación jurídica es parte de una crisis estructural de la enseñanza universitaria, la que se ha desarrollado en un proceso que se extiende, durante las últimas décadas del siglo XX y se proyecta en lo que va del actual. A ello han contribuido dos procesos confluyentes a) la política pendular que los sucesivos gobiernos militares y civiles (las juntas de los gobiernos de facto, Alfonsín, Menem, De la Rúa) adoptaron en relación a la Universidad y b) la excesiva porosidad o permeabilidad de la Universidad en relación a intereses partidarios y sectoriales con su consecuente secuela de pérdida de autonomía, clientelismo, predominio de los intereses personales sobre los institucionales y de los criterios y el estilo de la política extrauniversitaria sobre los académicos. El resultado ha sido “un prolongado proceso de decadencia y desjerarquización de la Universidad” y dentro de ella, “de la enseñanza jurídica en particular” (Lista, 2001, p.805).

Analizando los vaivenes del ingreso, la matrícula y el egreso de las carreras de abogacía de las Universidades públicas en su conjunto observamos que:

- a) una de las causas (aunque no la única) de la crisis de la enseñanza jurídica a nivel nacional ha sido el crecimiento de la matrícula no acompañado de un proporcional mejoramiento (cuantitativo y cualitativo) de los recursos (humanos, físicos y financieros) para atender esta demanda en expansión, lo cual constituye un indicador claro de imprevisión e improvisación política;
- b) los debates sobre la educación superior en general y la jurídica en particular, por razones políticas, fundadas en intereses extra académicos, se han concentrado en el ingreso, con una notable indiferencia y silencio sobre el egreso y la cantidad y calidad de los graduados;
- c) en el análisis de la enseñanza jurídica, el proceso de estadía o permanencia que media entre el ingreso y el egreso es mantenido como una “caja negra”, la cual necesita ser explorada y analizada

en sus contenidos. Es este el "momento más silencioso" del largo tramo educativo que se extiende entre el momento de tránsito desde el nivel medio hacia el universitario y el momento de desplazamiento desde este hacia el sistema ocupacional (o la desocupación).

d) si se analizan las tendencias de la matrícula, el ingreso y el egreso de las carreras de abogacía del país durante el último cuarto del siglo XX, se detectan dos grandes procesos que se configuran como etapas sucesivas, caracterizadas, además, por vaivenes esporádicos internos.

El primero de ellos es el proceso que va de la retracción resultante de la política del régimen militar que culmina en 1983 hacia el crecimiento incontrolado, que se mantiene desde entonces hasta 1985. Durante ese lapso la curva de la matrícula muestra una evolución similar a la del ingreso (Lista, 2001, p. 809).

El segundo proceso es el de "engrosamiento y tendencia decreciente", que se extiende desde 1985 hasta nuestros días. Durante ese período, mientras el ingreso descende levemente y luego se estabiliza con leves variaciones anuales, la matrícula tiende a aumentar (idem p. 810) generando un fenómeno de "estancamiento" de muchos alumnos que permanecen dentro de la carrera y postergan su egreso.

e) el egreso, durante todo el período, mantiene una evolución propia y diferente en relación a las variaciones del ingreso y la matrícula, lo cual "no significa ausencia de fluctuaciones", sino "menor grado de 'dramatismo' en los cambios" (Lista, 2001, *ibid.*). El egreso de las carreras refleja tardíamente lo acontecido durante el ingreso y cursado, sobre todo teniendo en cuenta que la duración formal o ideal de los planes de estudio de algunas de ellas alcanza a seis años. En el período que antecede a la democratización del país las curvas del ingreso y egreso anuales se mantienen próximas, mientras que durante el bienio 1984-1985, la escalada del ingreso es muy fuerte y el egreso se retrasa en relación a este. A partir de entonces y durante toda la década del noventa el egreso se mantiene alejado del ingreso.

Lo antes expresado constituye, a nuestro entender, el macro contexto dentro del cual se insertan (y contribuyen a conformar) las organizaciones o agencias educativas, es decir las Facultades de Derecho y las carreras de abogacía individualmente consideradas. Para comprender los procesos es-

pecíficos de estas unidades resulta indispensable su contextualización. Muchas de las características de las carreras de abogacía son compartidas, es decir, idiosincráticas de esta forma específica de formación profesional, al menos en nuestro país. Más allá de esto, cada institución posee su perfil propio y diferenciador, resultado de su propia historia y cultura organizacional.

Cada institución educativa constituye, en sí misma, un microcosmos social, un sistema de relaciones sociales regulado por sus propios códigos y reglas. Dicho de manera más específica, cada Facultad de Derecho y carrera de abogacía es una construcción social en permanente desarrollo y reproducción.

El caso que nos ocupa, la carrera de la U.N.C., tiene una impronta particular, resultado de un largo proceso de crecimiento y transformación institucional, desde su ya remoto período de creación, a fines del siglo XVII. Este largo recorrido, estuvo marcado por una etapa eclesiástica (jesuita primero, franciscana después) y una etapa secular, sucesivamente dependiente de la corona española y de los gobiernos patrios, los que en 1856 determinaron su nacionalización, estatus que mantiene hasta el presente.

Más allá de otros rasgos idiosincráticos ¿cuál ha sido la trayectoria particular que la carrera de abogacía de la U.N.C. ha seguido en relación al tema que nos ocupa? más precisamente, ¿cuáles han sido las tendencias del ingreso, matrícula y egreso de los estudiantes durante las últimas décadas del siglo XX? ¿con qué debilidades y fortalezas estructurales inicia el siglo XXI?

1. Las etapas de crecimiento de la matrícula (1968-2000).

Afortunadamente, disponemos de datos estadísticos sobre las últimas tres décadas del siglo anterior en relación a las tres variables enunciadas¹. En el análisis del volúmen de la matrícula, la relación de esta con el ingreso resulta útil por ser esta segunda dimensión una de las más relevantes para comprender el crecimiento/decrecimiento del número de alumnos de una carrera. Resulta obvio pensar que el tamaño de la carrera de abogacía está en íntima relación con el número de ingresantes anuales. Lo que quizá no sea tan obvio es saber si esta es la única condición suficiente. En primer lugar se analiza la relación entre número total de alumnos e ingresantes, la que es completada luego con el análisis de la relación ingre-

¹ Los datos utilizados fueron generados y publicados periódicamente por el Dep. de Estadística de la U.N.C.

so-egreso. En ambos casos se intentan periodizaciones con el objetivo de detectar las particularidades del período observado.

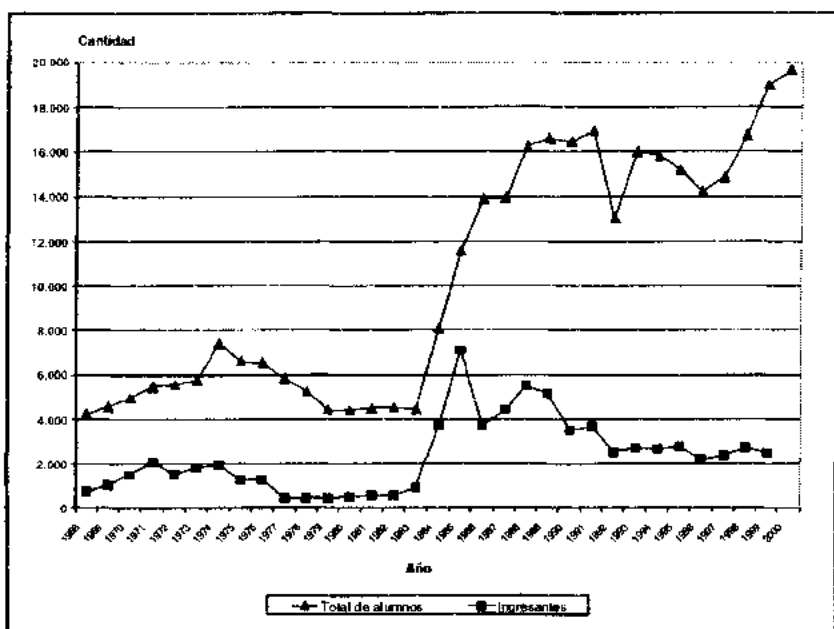
Si se comparan las curvas del total de alumnos y de ingresantes anuales de la carrera de abogacía de la U.N.C. entre 1968 y 2000 se observan distintos tipos de relación entre ambas según el período de que se trate.

Definir etapas nos enfrenta a las dificultades inherentes a toda periodización, como la de establecer cortes precisos, o relativamente precisos, de apertura y cierre de etapas en un proceso continuo y fluido. Como tal, la fijación de períodos contiene siempre un grado de arbitrariedad que resulta difícil de corregir y más aún de evitar. De todos modos, periodizar un desarrollo histórico es útil para analizar tendencias y diferencias y en nuestro caso la influencia o el impacto de factores externos sobre la estructura y los procesos educativos.

El criterio seguido en la periodización es fundamentalmente pragmático, ya que a partir de la observación de los datos se intentó detectar alteraciones en el desarrollo del proceso que fueran no solo cuantitativamente significativas sino cualitativamente interpretables en relación a los acontecimientos políticos que se desarrollaron en cada época en el país. El establecimiento de etapas tanto en la evolución de la matrícula, cuanto en la relación entre ingreso y egreso de la carrera de abogacía de la U.N.C. intenta entonces reflejar el estrecho vínculo que existió y existe entre las políticas y tendencias educativas de nivel superior y las fluctuaciones de la política argentina. Esta estrategia sirve no solo para mostrar el estrecho vínculo que existe entre la educación y su contexto, sino para reflexionar sobre la vulnerabilidad que el sistema de educación superior (y de la educación en general) presenta frente a intereses, conflictos y confrontaciones ajenas a la política educativa y a los intereses y necesidades del país como totalidad.

Hacia fines de la década del sesenta la matrícula de la carrera de abogacía de la U.N.C. era de alrededor de 4.000 alumnos. Entre 1968 y 1985 las curvas siguen una evolución casi paralela. El total de alumnos crece o decrece al ritmo del ingreso. A partir de este último año las curvas se separan, mostrando tendencias relativamente fluctuantes y de distinta orientación, lo cual es observable a grandes rasgos en el Gráfico N° 1. A continuación se analizan las diversas etapas por las que habría atravesado la evolución de la matrícula de la carrera, la que si bien orientada hacia el crecimiento continuo, este presenta diversos ritmos.

Gráfico N° 1: Total de alumnos e ingresantes. Carrera de Abogacía de la U.N.C., período 1968-2000.



Fuente: Universidad Nacional de Córdoba, Departamento de Estadística.

1. La primera etapa (1968-1974) se caracteriza por un *crecimiento sostenido y relativamente lento*. Al finalizar este período se marca un primer hito en el aumento del número de alumnos. En 1974 la matrícula es casi el 45% más grande que en 1968. De algún modo esta tendencia estaría reflejando la euforia política que vive el país tras la instauración de un gobierno democráticamente elegido (peronista), tras un largo período de inestabilidad política y de una sucesión de gobiernos militares (Onganía, Levingston, Lanusse).

2. La segunda etapa abarcaría casi una década (1975-1983) en la que se observa un *paulatino descenso* del número de alumnos en la primera mitad, hasta que en la última mitad la curva adquiere la forma de una meseta deprimida. Se retorna prácticamente al mismo número de estudiantes de principios de la década anterior. Este período corresponde a la última presidencia peronista antes del golpe militar de 1976 y abarca todo el período

del régimen militar en el que la política del ingreso es muy restrictiva, alcanzando los más bajos niveles de las tres últimas décadas del siglo XX.

3. Tal como ocurrió a nivel nacional, la tercera etapa es de *crecimiento rápido* y, aunque breve, tuvo un fuerte impacto sobre la carrera, el que se mantiene hasta nuestros días. El bienio 1984-1985 marca la transición desde una matrícula controlada hacia una matrícula masiva y expansiva, lo cual está fuertemente influenciado por la política de ingreso directo. En 1984 el número de alumnos se duplica respecto al año anterior y casi se triplica al año siguiente. En 1986 la matrícula de abogacía de la U.N.C. es 68% más alta que en 1983. En términos del ingreso, 1985 marca un hito importante, ya que tal como ocurre a nivel nacional, en la carrera de abogacía de la U.N.C. se alcanza el mayor número de ingresantes a la carrera de abogacía de los últimos 30 años.

4. A partir de 1986 las curvas del total de alumnos y del ingreso comienzan a separarse, iniciándose una cuarta etapa (1986-2000). Esta etapa, que abarca casi 15 años, se caracteriza por el *crecimiento sostenido de la matrícula combinado con el decrecimiento y estabilización del ingreso*. En otras palabras el "efecto ingreso", si bien mantiene su importancia sobre el volumen de la matrícula, decrece en influencia, lo cual permite entrever otros factores, como es el ya señalado "estacionamiento o estancamiento" de alumnos dentro de la carrera. Este prolongado período que sucede a la explosión del ingreso, consolida el proceso de masificación y corresponde a la segunda mitad del gobierno radical de Alfonsín y a los años de los gobiernos de Menem y De la Rúa.

Al final del siglo XX la matrícula de abogacía de la U.N.C. es cercana a los 20.000 alumnos, lo que significa un aumento de alrededor el 78% en relación a 1968. Es la segunda en cuanto al volumen en el país y representa poco más de un décimo (13.2 %) del total de alumnos de abogacía de las Universidades públicas del país.

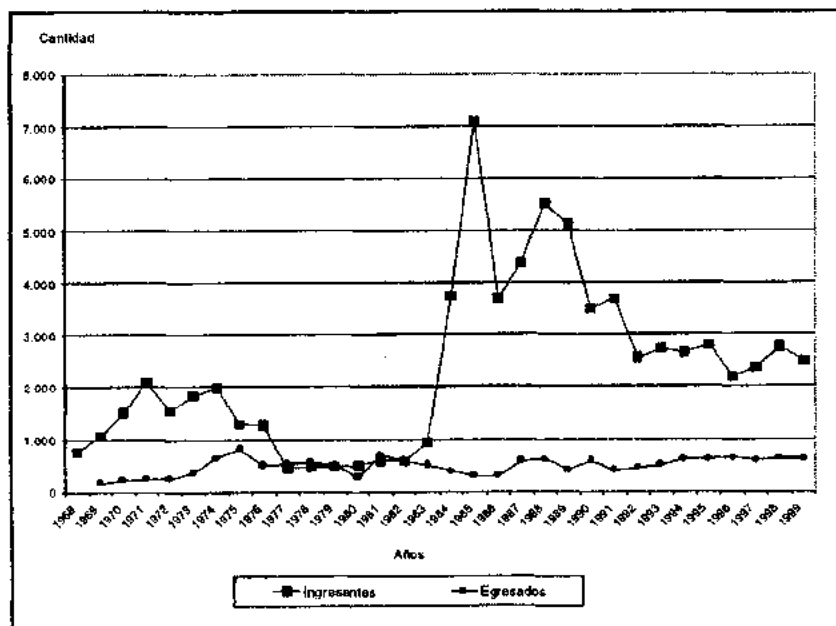
Si bien la política implícita y explícita sobre el ingreso constituye una de las dimensiones internas más relevantes para comprender la generación de megacarreras en el país, no es una condición suficiente. La otra dimensión relevante es el egreso, por lo cual cabe preguntarse sobre cuáles han sido las tendencias observables durante las últimas décadas del siglo.

2. La relación ingreso-egreso de la Carrera de Abogacía de la U.N.C. (1968-1999).

En el período analizado el egreso en la carrera de abogacía de la U.N.C. ha tenido una relación en gran medida independiente del ingreso, es decir que a pesar de los marcados cambios anteriormente explicitados en la evolución de los estudiantes que anualmente se incorporan a la carrera, el egreso se ha mantenido relativamente constante, o al menos con fluctuaciones menos marcadas que el ingreso.

El gráfico y cuadro siguientes muestran las tendencias de la relación entre ambas dimensiones durante las tres últimas décadas del siglo XX.

Gráfico N° 2: Ingresantes y egresados. Carrera de Abogacía de la U.N.C., período 1968-1999.



Fuente: Universidad Nacional de Córdoba, Departamento de Estadística.

En poco más de tres décadas ingresaron 77.702 estudiantes a la carrera de abogacía de la U.N.C., habiendo egresado 15.164, lo cual representa el 19% en relación al ingreso. En otras palabras, durante el período egresó

alrededor de un quinto de los aspirantes que accedieron a la carrera. Si bien esta es la tendencia general, es importante analizar las fluctuaciones en esta relación. El cuadro siguiente ilustra al respecto. Es importante destacar que la periodización que sigue presenta una dificultad adicional a la antes apuntada sobre la dificultad de establecer años de comienzo y de cierre de las etapas. En este caso, la dificultad viene dada pues el egreso es necesariamente resultado de procesos anteriores y en tal sentido es un efecto diferido del impacto, tanto del cursado de la carrera, como de los acontecimientos que constituyen el marco histórico de una época. De ahí que los años que marcan el inicio y el cierre de los períodos no correspondan necesariamente al comienzo y finalización de etapas políticas del país, sino que son aproximados. Por ello es que, además, los intervalos no sean todos iguales, lo cual también se debe a que no se intenta realizar una medición del proceso sino una interpretación del mismo.

Cuadro N° 1: Relación egreso-ingreso de la carrera de abogacía de la U.N.C., período 1969-1999.

	Período	N° de ingresantes	N° de egresados	egresados/ ingresantes %
1	1969-1973	8.084	1.276	15.9
2	1974-1976	4.560	1.954	42.9
3	1977-1983	4.001	3.630	90.7
4	1984-1991	36.760	3.600	9.8
5	1992-1999	23.578	4.704	20.0
	<i>Total período 1969-1999</i>	<i>76.947</i>	<i>15.164</i>	<i>19.7</i>

Fuente: Universidad Nacional de Córdoba, Departamento de Estadística.

La relación del egreso con respecto al ingreso ha sido fluctuante durante los últimos treinta años del siglo. Una primera etapa está marcada con lo que puede considerarse un *ingreso y egreso con crecimiento relativo y paulatino*, la cual corresponde al período 1969-1973. Este quinquenio co-

incide aproximadamente con el período de gobiernos militares de los generales Onganía, Levingston y Lanusse y concluye con el retorno del general Perón al país, hecho este que en términos políticos y sociales marca el inicio de un nuevo ciclo. En esta etapa el porcentaje de los egresados respecto a los ingresantes es del 16%, observándose fluctuaciones que oscilan entre el 12% y el 20% (Cuadro N° 2, Anexo).

El trienio 1974-1976 marca un período transitorio que se caracteriza por la *estimulación del egreso*, que recibe el impacto de una situación política de ruptura y reacción en relación al período anterior en el que coinciden un gobierno democráticamente elegido, con una alta movilización y conflicto sociales y políticos. En este período el egreso crece significativamente, llegando al 45% del ingreso, debido a lo cual la brecha entre ambos disminuye. El año 1975 marca el mayor egreso de la carrera de abogacía de los últimos treinta años con 811 egresados, lo cual representa el 62% del ingreso correspondiente a ese año.

El tercer período, 1977-1983, es de signo opuesto al anterior ya que se caracteriza por una política de marcada *restricción al ingreso*. En este caso la brecha entre ingreso y egreso virtualmente se elimina debido a un estricto control del acceso de estudiantes a la carrera, el que llega a alcanzar signos negativos en relación al egreso en cuatro de los siete años que dura el período (1977-1979 y 1981). Esta tendencia es muy clara si se observa el desenvolvimiento de ambas curvas. En todo el período egresan poco más del 90% de los alumnos en relación a los ingresantes, como reflejo, sobre todo, del impacto de la política de "cupos" al acceso de estudiantes que caracterizó el período del régimen militar.

El período 1984-1991, que coincide con los inicios de la democratización del país, muestra en lo que hace a la relación ingreso-egreso, nuevamente, una tendencia opuesta a la anterior, tanto como lo fue políticamente, ya que se caracteriza por la *estimulación del ingreso*. Durante este período la brecha ingreso-egreso se amplía rápida y significativamente debido al *boom* del ingreso. Durante los ocho años de duración de esta etapa, egresa no más del 10% de los que ingresan, con el consecuente aumento de la matrícula, antes apuntado.

El quinto y último período se desarrolla entre los años 1992 y 1999 y se caracteriza por la *estabilización del ingreso y el egreso*. En esta etapa la brecha entre ambas curvas se mantiene aunque disminuye respecto al período anterior. La proporción del egreso aumenta, alcanzando el 20%, lo cual supera al primer período analizado. El ingreso se estabiliza manteniendo valores altos pero constantes, como resultado de la combinación de

una alta demanda con la existencia de procesos de selección y nivelación para el acceso a la carrera. El egreso, por su parte, también se estabiliza aunque se mantiene bajo en relación al ingreso. Esta etapa se diferencia de las tres anteriores por la ausencia de situaciones "dramáticas" y de ruptura que tipificó a esos períodos. Puede interpretarse que esta situación es consecuencia de la normalización y estabilización de la democracia política en Argentina, lo que marca una diferencia significativa en relación a lo "anómalo" de los períodos anteriores.

Síntesis y conclusiones.

La carrera de abogacía de la U.N.C. revela tendencias similares a las observadas en el conjunto de carreras del país, en lo referente a la magnitud del ingreso y el crecimiento constante de su matrícula, a partir del período de democratización política, posterior a los regímenes militares. En particular, es observable, como dato destacable, que aún cuando el número de aspirantes y el ingreso siguen siendo masivos, este se ha estabilizado, con una tendencia levemente decreciente aunque con variaciones anuales. En el caso de la carrera de la U.N.C., un factor que incidió en la producción de este efecto ha sido y sigue siendo la implementación de un curso anual de ingreso y nivelación. Otro factor (aunque probablemente de menor incidencia) ha sido la apertura de nuevas carreras de abogacía, tanto en Universidades privadas de la ciudad de Córdoba, como en Universidades públicas en otras ciudades de la provincia y de provincias vecinas, proveedores de aspirantes a la carrera de la U.N.C. Por el momento, se desconoce el efecto que la crisis político-económica por la que atraviesa el país tendrá, en el futuro inmediato, sobre la demanda de la carrera y el tamaño de la matrícula, aunque, es de suponer que probablemente generará un decrecimiento relativo.

Con referencia a la relación entre el ingreso y el egreso de la carrera de abogacía de la U.N.C., también se detecta la misma tendencia observada en el conjunto de carreras a nivel nacional. Mientras el ingreso a sido sostenidamente masivo, como efecto de la admisión directa desde el nivel medio, con algunos tímidos intentos de control y cierta tendencia a estabilizarse, el egreso se ha mantenido relativamente constante o al menos con fluctuaciones menos marcadas que el ingreso y más allá de las variaciones de este.

Esto nos permite inferir que en el país, más allá de las particularidades propias de cada Facultad y carrera de abogacía, el fenómeno analizado tiene características generales similares como son las siguientes: a) una

constante alta demanda social de las carreras, más allá de los cambios sociales, políticos y económicos; b) ingreso directo con ausencia de estándares mínimos de selección de los aspirantes en base a habilidades y conocimientos indispensables para su desempeño como estudiantes de abogacía; c) gran estabilidad del egreso, más allá del número de ingresantes anuales; d) en consecuencia, abultamiento del tamaño de la matrícula de alumnos, la que depende además de otros factores, entre los que se destaca la total ausencia o debilidad de exigencias mínimas, a nivel institucional, para mantener la calidad de alumno de las carreras de abogacía.

La falta o debilidad de tales requisitos mínimos tiende a generar la "permanencia irrestricta" de muchos alumnos y no un mayor y mejor nivel de egreso. La ausencia de tales estándares ha sido un factor fundamental en la generación de consecuencias negativas desde el punto de vista académico, como son, por ejemplo, el bajo rendimiento académico de muchos alumnos² y por ende, de muchos egresados³, alargamiento de las carreras por parte de una gran cantidad de alumnos más allá de la duración reglamentaria de las mismas (ya de por sí extensa) y por cierto, más allá de cierto período de retraso dentro de límites razonables⁴.

Reflexiones finales y propuestas.

El alto grado de inestabilidad política y económica del país, resultado de un largo período de decadencia que culminó con la crisis de finales del año 2001, hace que sea poco previsible el rumbo de la educación

² La Autoevaluación de la Carrera de Abogacía de la U.N.C. (1999) revela, por ejemplo, que la media de aplazos de los alumnos reinscriptos en 1997-98, fue equivalente al 33% del total de exámenes rendidos. El 39% de los estudiantes fue aplazado entre 3 y 6 veces cada 10 exámenes que rindieron y el 13% fue aplazado entre 7 y 10 veces de cada 10 exámenes rendidos.

³ Incluyendo los aplazos obtenidos durante la carrera, el promedio general del conjunto de egresados correspondientes al período 1997 y parte de 1998 fue de 5,82 puntos, levemente más alto que el promedio general de los alumnos matriculados (5,16). El 23,5% egresó con un promedio general inferior a 5 pero superior a 4, mientras que al 7,5% de los graduados tiene un promedio inferior a 4, lo que equivale a un aplazo.

⁴ La duración media de la carrera de abogacía de la U.N.C. correspondiente a 1998 fue de 8,5 años (2,5 años más que la duración teórica o reglamentaria). Las diferencias correspondientes a las otras carreras de Abogacía de las Universidades Públicas fue, en casi todos los casos, superior a la de la U.N.C., con un promedio para el conjunto de 2,4 años de diferencia entre la duración media real y la reglamentaria. Fuente: Ministerio de Educación, *Anuario de Estadísticas Universitarias. Universidades Nacionales y Privadas*, (1998), Cuadro Nº 34.1

argentina en general y de la educación superior en particular. De todos modos, es posible imaginar futuros alternativos, dado que los procesos histórico-políticos, sociales y económicos lejos están de ser resultados "naturales" de factores ajenos a la voluntad humana y por lo tanto, el efecto de leyes inexorables del acontecer. Muy por el contrario, tales procesos y dentro de ellos los educativos son, en gran medida, consecuencia de una larga serie de decisiones políticas. Sin adscribir a la tesis contraria del voluntarismo omnipotente, es preciso reconocer que, por ser construidos, tales fenómenos están abiertos a la intervención humana y que dadas ciertas condiciones, el cambio puede adquirir algún grado de previsibilidad dentro de la inestabilidad que caracteriza al entorno.

La primera situación imaginable es la de la **continuidad**. Si la política respecto al ingreso y al egreso de la carrera de abogacía se mantiene constante, es factible pensar que la tendencia observada durante el último período también se mantendrá. Esto significa, en cuanto al ingreso, una política de intervención relativa y mesurada, a través de procesos de selección y nivelación no restrictivos y de no intervención en relación al egreso, combinada con la ausencia de requisitos mínimos para el cursado y permanencia de los alumnos dentro de la carrera. Esta sería la hipótesis de la continuidad del proceso de "selección natural" de los mejor dotados para sobrevivir las malas condiciones educativas, que somete a los alumnos a una especie "de 'darwinismo social' de selección y supervivencia espontánea" (Lista, 2001, p. 812).

La segunda posibilidad es la de la **alteración violenta**. Si se profundiza la crisis y con ello el dramatismo de los cambios políticos y económicos del país, es previsible, tal como aconteció antes, que se produzcan modificaciones igualmente dramáticas a nivel de la educación, con nuevas formas de intervención de distintos grupos de poder. Los movimientos pendulares de la realidad argentina toman difícil predecir el signo y la orientación de tales cambios, los cuales en gran medida y más que nunca son dependientes, a su vez, de relaciones de poder a nivel global.

La tercera alternativa es la de la **intervención programada**. Si la estabilidad democrática continúa y las autoridades (tanto a nivel central, como de las universidades públicas, en ejercicio de su autonomía) adoptan una actitud racional y razonable, es posible imaginar, con el alcance de una utopía modesta, una situación de menor pasividad política ante la crisis, con planteos realistas que hagan frente a la misma, en el marco de las condiciones actuales. El empeoramiento constante y acelerado de la educación universitaria y de su contexto, plantean un desafío que por su gravedad

exige acciones novedosas y alejadas del dogmatismo que ha caracterizado el debate en las últimas décadas.

Resulta factible inferir que la perspectiva que reduce la educación superior al simple derecho al acceso a la Universidad y la perspectiva que la reduce al gasto, puedan ser reemplazadas y mejor aún sintetizadas en una alternativa superadora, alejada tanto del simplismo de la ideologización dogmática, como de las posturas economicistas y tecnocráticas.

Pensar a la educación de este modo implica una búsqueda de equilibrio entre el ejercicio de un derecho a la educación superior y la utilización responsable de los recursos públicos. Para ello resulta necesario vincular el derecho de todos los ciudadanos a la educación pública superior, con el deber que los beneficiarios de esta tienen, de dar cuenta y responder por el uso que hacen de los servicios educativos que reciben.

Esto lleva a oponer calidad a cantidad y a focalizar la política en los aspectos descuidados por las mismas universidades, entre los que se destacan al menos tres. El primero se refiere a la "permanencia" de los estudiantes dentro del sistema educativo. Este es uno de los procesos menos conocidos y evaluados, en particular en lo que hace a la formación en el campo de las profesiones jurídicas y sobre el que menos se discute. Paradójicamente, el nivel de grado de la educación superior es el que insume mayor financiación y del que depende la formación de posgrado. Centrar la atención en el proceso que sucede al ingreso y precede al egreso resulta entonces fundamental al momento de pensar la educación superior sobre nuevas bases y con nuevas proyecciones.

En segundo lugar y en estrecha relación con lo anterior, es indispensable fijar estándares mínimos para el egreso, como una manera de control de los resultados que la universidad ofrece a la sociedad y al estado a la que pertenece.

Finalmente y de manera complementaria, para el mejoramiento de la enseñanza jurídica, resulta imprescindible fijar la atención en la calidad de la educación que se ofrece. La función y el rol docentes se han desjerarquizado y desprofesionalizado, entre otros motivos como resultado de la masificación y de una política que piensa la educación en términos de gasto y no de inversión. Ello es particularmente notable en el área de la enseñanza jurídica, en la cual la amplia mayoría de los docentes tiene un grado de pertenencia institucional muy tenue, con escasa dedicación temporal y con retribuciones que no pueden competir con las que se obtienen a través del ejercicio de la profesión. Tal precarización se combina, por un lado, con la ausencia o debilidad de controles institucionales en relación al

desempeño académico y por el otro, con el éxodo de docentes formados, lo que genera un constante proceso de “descapitalización académica” y dificultades de cubrir con personal idóneo, las vacantes que paulatinamente las anteriores generaciones de docentes van dejando en los puestos de mayor jerarquía.

Los actuales problemas y deficiencias pueden ser transformados en una oportunidad para el mejoramiento de las condiciones presentes; los riesgos son ya conocidos, una especie *laissez faire, laissez passere*, característico de la burocracia universitaria, que se traduce en la inacción sostenida frente a los grandes dilemas, lo que a su vez tiende a conducir a situaciones periódicas de desorientación y autoritarismo. Estas cuentan con amplios antecedentes en el país y sus consecuencias no resultan difíciles de prever. En el marco de la presente crisis las opciones se reducen, la parálisis debe ser reemplazada por la creatividad.

Bibliografía.

LISTA, Carlos A. (2001). “Ingreso, matrícula y egreso de las carreras de abogacía de Argentina: tendencias y perspectivas”, *Actas II Congreso Nacional de Sociología Jurídica*, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 8-10 de noviembre de 2001, pp. 805-816.

LISTA, Carlos; PARMIGLIANI, Consuelo; ASPELL, Marcela y GOMEZ DEL RIO, Eugenia (1999). *Autoevaluación de la Carrera de Abogacía*. Córdoba: Facultad de Derecho y Cs. Ss., U.N.C., Ciencia, Derecho y Sociedad. Serie: Estudios y Documentos Institucionales.

MINISTERIO DE EDUCACION, Secretaría de Políticas Universitarias. (1998). *Anuario de Estadísticas Universitarias. Universidades Nacionales y Privadas*.

MINISTERIO DE EDUCACION Secretaría de Políticas Universitarias (1992). *Estadísticas Básicas de Universidades Nacionales 1982/1992*.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CORDOBA, Secretaría de Asuntos Académicos, Departamento de Estadística (2000). *Anuario Estadístico*.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CORDOBA, Secretaría de Asuntos Académicos, Departamento de Estadística (2000). *Treinta años de la Universidad 1968-2000*.

ANEXO

Cuadro N° 2: Total de alumnos, ingresantes y egresados de la Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. (1968-2000).

Año	Alumnos	Ingresantes	Egresados	Egres./Ingres. %
1968	4.256	755	—	
1969	4.581	1.057	180	17,03%
1970	4.964	1.509	231	15,31%
1971	5.479	2.090	252	12,06%
1972	5.557	1.556	250	16,07%
1973	5.745	1.836	363	19,77%
1974	7.408	1.982	647	32,64%
1975	6.599	1.301	811	62,34%
1976	6.533	1.277	496	38,84%
1977	5.814	462	527	114,07%
1978	5.263	463	550	118,79%
1979	4.443	466	508	109,01%
1980	4.416	493	265	53,75%
1981	4.529	589	696	118,17%
1982	4.538	586	582	99,32%
1983	4.450	942	502	53,29%
1984	8.083	3.740	389	10,40%
1985	11.591	7.091	303	4,27%
1986	13.892	3.707	304	8,20%
1987	13.939	4.396	578	13,15%
1988	16.237	5.515	623	11,30%
1989	16.582	5.115	417	8,15%
1990	16.444	3.501	580	16,57%
1991	16.939	3.695	406	10,99%
1992	13.030	2.560	459	17,93%
1993	15.999	2.722	514	18,88%
1994	15.817	2.650	621	23,43%
1995	15.170	2.798	622	22,23%
1996	14.181	2.186	641	29,32%
1997	14.864	2.363	588	24,88%
1998	16.695	2.760	638	23,12%
1999	18.955	2.500	621	24,84%
2000	19.646	3.039	—	—

Fuente: Universidad Nacional de Córdoba, Departamento de Estadística.

INSTITUCIONES JAQUEADAS: REFORMAS POLÍTICO- INSTITUCIONALES A NIVEL SUBNACIONAL EN EL MARCO DE LA CRISIS EN ARGENTINA.

por *Myriam Consuelo Parmigiani de Barbará*(*)

Resumen: La persistente y aguda crisis económico-financiera en Argentina ha inducido a una revisión de los entusiasmos descentralizadores de los años noventa, tanto desde el ángulo de la participación y el control democrático, cuanto desde la eficiencia técnico y financiera para la prestación de servicios públicos y la implementación de políticas que coadyuven al desarrollo sustentable. Pero a pesar del reconocimiento de sus limitaciones, hay que remarcar que la descentralización a favor de los gobiernos locales conserva un importante grado de legitimación socio-política.

(*) Abogada y Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba, realizó también estudios de postgrado en la Eberhard Universität de Tübingen, Alemania. Profesora regular de Derecho Político en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, es actualmente Secretaria de Asuntos Académicos de la misma Universidad. Profesora contratada de Teoría del Estado y del Gobierno en la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba. En los últimos años su línea de investigación se ubica dentro del análisis de políticas públicas, con particular referencia a políticas de innovación institucional y reforma del Estado; ha publicado recientemente en este campo el libro *Estado, Sociedad y Región* (Premio al Mérito Federal otorgado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba –Año 2002)

Sobre esta base el artículo aborda los arreglos institucionales realizados en la Provincia de Córdoba entre la jurisdicción provincial y los gobiernos locales (municipios y comunas), orientados no sólo al salvataje fiscal sino también a crear condiciones más estructurales para un desarrollo sustentable. Si bien el análisis se detiene en la descripción de la institucionalización formal, el mismo se realiza desde el enfoque neoinstitucional.

Palabras claves: reforma del Estado, innovación institucional, procesos de institucionalización, relaciones intergubernamentales, regionalización.

Antecedentes y presentación de la cuestión

A lo largo de la denominada "crisis de la matriz estadocéntrica" y de modo correlativo con las denominadas "reformas del Estado de primera generación", se fue corriendo la línea demarcatoria de competencias entre los distintos niveles jurisdiccionales de gobierno: el resultado ha sido con ello una modificación hacia el interior de la misma estructura institucional del Estado, en tanto sistema de órganos legitimados socialmente para el ejercicio del poder político en una sociedad¹. En tal sentido, la mencionada crisis de la estatalidad de mano de la globalización y de la retracción del intervencionismo, es debilitamiento del Estado-nación, pero paralelamente existe, en principio, un fortalecimiento de los niveles subnacionales de gobierno.

Resquebrajada entonces progresivamente la lógica bienestarista ya en su legitimación, ya en sus posibilidades de implementación, ya en ambas, la gestión centralizada y universalista de bienes y servicios que le había sido propia tendió a hacerse responsabilidad de los niveles locales de gobierno (provincias –en los Estados federales- y municipios). La descentralización implica, en efecto, el traspaso de atribuciones, funciones y por lo tanto, de poder, a instancias jurídicamente diferenciadas; o bien la retención de dichas atribuciones, funciones y poder por dichas instancias. Por cierto que en un sentido amplio el término no se circunscribe al nivel local (municipal y comunal), sino que describe toda diferenciación relevante en

¹ No hay que perder de vista que el desplazamiento de fronteras ha sido doble pues también se desplazó la "línea divisoria" que se traza en cada momento histórico y según los condicionamientos culturales y de producción y reproducción de la vida material entre el Estado y la sociedad civil, dado que el campo de actividades de ésta se ha dilatado por la asunción de funciones económicas y sociales antes en manos del Estado empresario y provisor. Ha devenido en consecuencia una especial activación de los actores sociales (particularmente empresariales y ONGs) en los procesos de diseño, decisión e implementación de las políticas públicas, así como una modificación en la distribución de los bienes materiales y simbólicos sobre los que se asienta el poder social.

la distribución funcional/territorial del poder bajo las muy diversas formas que asume la estructura de la estatalidad; ello no obstante, el presente desarrollo focaliza su atención en el referido nivel local.

La transferencia o simplemente inacción de las respectivas instancias estatales supraordenadas se sustentó en una ideología descentralizadora, que la valoriza como mecanismo de reaseguro de la democracia y supone resultados tales como fortalecimiento de la sociedad, sensibilidad frente a la demanda social, representatividad, eficiencia y adecuado uso de los recursos. Bajo este paradigma se concretaron profundos y rápidos procesos de descentralización con otorgamiento de competencias políticas y/o administrativas (dado que puede asumir diversas modalidades), particularmente en América Latina y los países del este de Europa.

Es previsible la importancia ascendente de los niveles subnacionales de gobierno, en tanto la provisión de una serie de servicios públicos y la decisión y/o implementación de políticas sociales relativas a educación, salud, vivienda, etc., así como de otras estrechamente ligadas al desarrollo (provisión de infraestructura de transporte y comunicaciones, programas de apoyo a las PyMes, regulación y control de la preservación ambiental, desgravaciones impositivas, etc.), han quedado en gran medida bajo su responsabilidad.

No obstante conviene ser cautos respecto a las posibilidades efectivas del desarrollo institucional descripto. Cabe preguntarse, en efecto, sobre la capacidad de los niveles locales de asumir responsabilidades que con frecuencia se han transferido de modo apresurado, bajo presiones políticas, sin estudios previos de factibilidad y sin ser acompañada la descentralización de la función por los recursos financieros requeridos para ello, de tal suerte que más se ha parecido a una "descarga" de problemas que a un rediseño territorial de las competencias del poder estatal para aumentar la participación ciudadana y la eficiencia en la gestión. Es por eso que sin desconocer las potencialidades de la descentralización, han ido en aumento en los últimos años las advertencias sobre la aceptación apresurada de diseños institucionales estándares, que no atiendan a las diferentes realidades estructurales socio-demográficas, económicas y políticas en que se aplican². A ello hay que agregar que la incapacidad de gestión, el gasto excesivo

² "No podemos seguir razonando a partir de un simple rechazo de las posibilidades de la iniciativa local, pero tampoco a partir de una aceptación ingenua de su virtualidad. La confianza en los procesos locales de desarrollo debe ir acompañada de una capacidad crítica, que analice resultados, que verifique la obtención de objetivos, que acompañe las accio-

vo y la corrupción en los niveles subnacionales pueden llegar a afectar gravemente los equilibrios macroeconómicos nacionales (Banco Mundial, 1992). Así pues hay que incluir estos problemas en la agenda de la actual etapa de reformas de segunda generación, con todas la urgencia que demanda el "esquivo" desarrollo de América Latina en general y, en particular, la aguda crisis económica, política y social de la República Argentina.

Por otra parte debe enfatizarse que la descentralización a favor de los gobiernos locales conserva una significativa legitimación socio-política, a pesar del reconocimiento de sus limitaciones en cuanto a la disponibilidad de recursos técnicos y financieros para la gestión cotidiana de sus responsabilidades. Estas limitaciones se asocian con frecuencia de modo fuerte a la excesiva fragmentación que impide alcanzar escalas convenientes de actividad. La consecuencia es una *baja sustentabilidad* de las innovaciones institucionales de descentralización producidas en la etapa de la primera generación de reformas. La necesidad de escala conduce a la exigencia de la adecuada conexión entre las unidades autónomas, o sea, a las relaciones intergubernamentales y sus modalidades.

Deseamos presentar precisamente en este artículo el intento realizado en la Provincia de Córdoba a través del denominado Pacto de Saneamiento Fiscal del año 2000 para remediar, mediante un *nuevo diseño institucional de regionalización*, la debilidad de los municipios y comunas provinciales derivado de una fragmentación disfuncional; dado que ésta se había agravado con la persistente recesión económica del país que impactó sobre las fuentes de recursos fiscales evidenciando, por añadidura, las dificultades para gestionar con eficiencia el cobro de las acreencias fiscales, el diseño fue completado con la *gestión tercerizada* de dicho cobro³.

nes con mecanismos de evaluación" (AROCENA, J., "El desarrollo local frente a la globalización", en *Hacia un nuevo modelo de gestión local. Municipio y Sociedad Civil en Argentina*. FLACSO, Of. de Pub. CBC/UBA, UCC. Buenos Aires, 1997; pág.57). Con esta inquietud es que emprendimos hace ya algunos años un estudio empírico de la descentralización de los servicios de salud en la Provincia de Córdoba, en cuyas conclusiones se afirma que "... una operatoria estandarizada a través de la firma de convenios-tipo... habría impedido una verdadera negociación, capaz de adaptar la descentralización a las necesidades y posibilidades locales" y se previene sobre los efectos sociales negativos de un "excesivo entusiasmo descentralizador" (DÍAZ DE LANDA, M. y PARMIGIANI DE BARBARÁ, M.C., *En lo pequeño y lo pobre... ¿qué pasa con la salud?. Un estudio sobre descentralización de salud en comunas de la Provincia de Córdoba*. Alveroni Ediciones, Córdoba, 1996; págs. 155-166).

³ Las posibilidades y límites de esta profunda reforma hacia el interior del Estado provincial es el problema abordado por la investigación actualmente en ejecución denomi-

El desarrollo tomará como base dos ideas: la de región en tanto proceso de coordinación intencional⁴, y la de institución conforme al enfoque neoinstitucional –es decir, como las “reglas de juego” tanto formales como informales que generan la expectativa de ciertas conductas con algún grado significativo de estabilidad y que aparecen asociadas a una cierta historia, conocimientos, intereses y valores-. En este último sentido, todo cambio institucional implica *procesos de institucionalización* referidos a las dinámicas a través de las cuales ciertas reglas son aceptadas e incorporadas al proceso de reproducción institucional; en esta instancia operan varios aspectos interconectados, tales como las presiones económicas para la reforma, el potencial reformable, la extensión y profundidad de los objetivos de la reforma y, finalmente, las estructuras de oportunidad política (como el liderazgo político del ejecutivo, la voluntad y capacidad para reestructurar las redes políticas de actores implicados en el proceso de cambio, la presencia/ausencia de una oposición política efectiva, la construcción de un discurso legitimador y la capacidad para movilizar actores que implementen la innovación, entre otras). En lo que sigue, centramos el desarrollo de la innovación bajo análisis en las reglas formales, incorporando la referencia a aspectos vinculados a un proceso de institucionalización que se ha manifestado sumamente dificultoso hasta la fecha.

El nuevo diseño institucional propuesto

a) Las reglas de juego de la institucionalización formal, de naturaleza constitucional

Es interesante destacar que la reforma de la Constitución Nacional de 1994 en la República Argentina operó con la idea fuerza de la descentralización, a la vez que tuvo en su horizonte lo regional (por ello es que incorporó de modo expreso tanto la posibilidad de integrar regiones supra-

nada “Incentivos y conflictos para la regionalización de políticas locales” (Subsidio bianual SeCyT/UNC 2001-2003. Directora: M.C. PARMIGIANI DE BARBARÁ; Co-directora: M. DÍAZ DE LANDA).

⁴ Entendemos por región un sistema de relaciones sociales altamente interdependientes, diferenciadas y/o complementarias y territorialmente organizadas cuyo vigor, en términos de desarrollo de potencialidades y capacidad de persistencia, se asocia a su aptitud para interrelacionarse con otros sistemas sin afectar negativamente su capital sinérgico (PARMIGIANI DE BARBARÁ, M.C., *Estado, Sociedad y Región -Un análisis neoinstitucional de la Región Centro de la República Argentina*. Edit. Ciencia, Derecho y Sociedad, UNC, 2001; pág. 33).

nacionales -art. 75 inc. 24 CN- cuanto interprovinciales -art. 124 CN). Si bien no fue modificado el art. 5 CN que impone a las provincias dictar una constitución que, entre otros requisitos, "asegure su régimen municipal", el nuevo art. 123 CN explicita tal mandato.

Por otra parte, la Constitución de la Provincia de Córdoba (CPC), al igual que la mayoría de las constituciones provinciales argentinas, reconoce también expresamente la autonomía municipal "...política, administrativa, económica, financiera e institucional. ..." (art. 180 CPC), y define la competencia de los municipios así como regula detenidamente otros aspectos que hacen al régimen municipal en el Título Segundo ("Municipalidades y Comunas") de la Segunda Parte.

Con este marco, implica una tarea de ingeniería institucional cuando menos difícil, organizar la totalidad del territorio provincial en regiones que coordinen convenientemente en un sistema de relaciones interjurisdiccionales según patrones estables y formalizados, el ejercicio de competencias por parte de las unidades locales entre sí y con el nivel central en un conjunto de campos o dominios significativos e interrelacionados de la política pública. Pues del mismo modo que las regiones interprovinciales no constituyen una instancia político-institucional distinta de las provincias que las crean y no pueden avanzar sobre el federalismo político, tampoco estas regiones intraprovinciales pueden avanzar sobre las autonomías de municipios y comunas o incluso del propio estado provincial que las contiene. Es decir, la región intraprovincial en nuestro sistema debe ser concebida como *organización de cooperación* y no como organización de integración en sentido propio.

Precisamente la posibilidad de incluir la cuestión de la regionalización provincial entre los temas a tratar en la Convención Constituyente que sesionó en la Provincia de Córdoba en setiembre del 2001 con el objetivo de discutir la denominada "reforma política"⁵, constituyó un punto conflictivo con la oposición para llegar a la sanción de la ley declarativa de la necesidad de reforma parcial de la constitución provincial. Difundido como de regionalización, los alcances del proyecto no llegaron sin embargo a conocerse claramente pues fue retirado por el oficialismo, a fin de evitar que abortara la reforma política que se priorizaba. Pero circuló la idea de "zonas" comprensivas de varios municipios y comunas representadas en los órganos

⁵ La misma estribó fundamentalmente en la transformación del Legislativo bicameral en unicameral, con reducción del número de legisladores y unificación temporal de los mandatos de los Poderes Legislativo y Ejecutivo.

de “entes” y a cargo de cuestiones administrativas, para incrementar la eficiencia en la gestión. Las voces opositoras enfatizaron, precisamente, la supuesta amenaza que se cernía sobre las autonomías locales⁶, particularmente de las localidades pequeñas y de menores recursos, aunque también existieron sospechas de segundas intenciones de tipo político-electoralista⁷.

Sin embargo, la regionalización que circulaba como idea para la reforma del Estado *no debiera ser confundida* con las regiones actualmente previstas por la constitución provincial. Mientras aquélla habría de conducir a una redistribución espacial del sistema de relaciones interjurisdiccionales y con la sociedad civil, las regiones constitucionalizadas carecen de entitatividad propia y de órganos, tratándose de meras divisiones territoriales en Departamento a los efectos catastrales, de racionalización de la desconcentración administrativa y electorales.⁸

No obstante es posible la concreción de formaciones de cooperación auto-coordinada para una gestión más eficiente y efectiva de diversos fines, en forma ascendente, es decir, a partir de los gobiernos locales y en las que pueden participar también otros niveles jurisdiccionales e incluso actores de la sociedad civil (entidades de asesoramiento técnico, por ejemplo). La CP de Córdoba prevé de modo expreso en su art. 190, en efecto, la creación de “organismos intermunicipales” (también denominados “entes intermunicipales” o “entes intercomunales”)⁹.

⁶ Justo es advertir que más allá de las verdaderas intenciones, la imprecisión y ambigüedad que registran algunos documentos gubernamentales cuyos textos equiparan regionalización con integración, no resultan idóneos para aventar temores. Véase, a manera de ejemplo, el siguiente fragmento: “Los instrumentos de los distintos compromisos mutuos ... debe ser resuelta entre todos, con la mayor voluntad, tolerancia y capacidad de diálogo, pues esa mancomunidad es la clave de la **integración y regionalización** provincial que se propone, cuyo éxito está probado en otras latitudes, **especialmente en países europeos.**” (*Estudios y Propuestas/ Documento N° 2/II Foro de Intendentes de la Región Centro/Gobierno de la Provincia de Córdoba*). Lo resaltado en negrita nos pertenece.

⁷ Dado que podrían modificarse los límites regionales correspondientes a los Departamentos y ellos constituyen la base de la representación en el Senado en la CP de Córdoba de 1987 (art. 83); parcialmente, esto se mantiene para la actual Legislatura unicameral (art. 104 CPC de Córdoba de 2001).

⁸ El art. 110.7 CP de Córdoba establecía: “*Corresponde al Poder Legislativo: ... Establecer los límites de las regiones de la Provincia que modifiquen el actual sistema de Departamentos, con dos tercios de votos de miembros de cada Cámara*”. V. también arts. 110.9, 174, 175 y 185 CPC. Toda estas normas no han sido alteradas por la reforma del año 2001 (v. arts. 104.7, 174, 175 y 185).

⁹ “*Las Municipalidades pueden celebrar convenios entre sí, y constituir organismos intermunicipales para la prestación de servicios, realización de obras públicas, cooperación*”.

Estos entes tienen personería jurídica de derecho público emanada de la propia constitución provincial, pero no son una instancia jurídico-política nueva y distinta de los municipios, sino creaciones de éstos y de su autonomía a favor de la cual han de operar facilitando la efectivización de diversos cometidos. La constitucionalización de entes intercomunales responde a una temprana advertencia del legislador sobre la necesidad de evitar los potenciales efectos negativos de la descentralización: la fragmentación disfuncional y antieconómica de los cometidos estatales (obras, servicios, regulaciones, controles, promociones, etc.). Las finalidades de los entes pueden ser de distinto alcance y tipo: amplias (como propender al desarrollo regional), específicas o plurales. En la Provincia de Córdoba, que presenta una interesante dinámica de relaciones interjurisdiccionales a través de entes¹⁰, se encuentran manifestaciones de todas estas alternativas.

Resta preguntarse si los entes con finalidad amplia se identifican con una región intraprovincial y no obstante las afinidades, corresponde una respuesta negativa atendiendo a la discontinuidad territorial resultante del ejido municipal. Este aspecto es, precisamente, el que pareciera modificarse con la creación de los denominados *Entes Regionales de Recaudación Fiscal y Gestión* a partir del año 2000, haciendo jugar las nociones de “agrupamiento” y “zonificación” a lo largo y a lo ancho de todo el territorio provincial bajo la modalidad y procedimientos que se resumen a continuación.

b) Las reglas de juego de la institucionalización formal de naturaleza infraconstitucional

El “Acuerdo económico, financiero y fiscal entre la Provincia de Córdoba con Municipios y Comunas para el fortalecimiento sustentable del régimen municipal y comunal” -también denominado “Pacto de Saneamiento Fiscal”-, fue firmado el 5 de febrero del año 2000¹¹ y transformado

ción técnica y financiera o actividades de interés común de su competencia. Pueden celebrar acuerdos con la Provincia, el Gobierno Federal u organismos descentralizados, para el ejercicio coordinado de facultades concurrentes e intereses comunes” (CP de Córdoba, art. 190).

¹⁰ En una publicación realizada a raíz del II Encuentro Provincial de Entes Intercomunales en el año 1998, se registra la existencia de 65 entes, los que se describen en su nombre, composición y fines. El número indicado se ha incrementado en los años subsiguientes.

¹¹ A mediados del año 2001, de las 427 unidades político-administrativas de distribución territorial del poder provincial (249 Municipalidades y 178 Comunas), 410 ya habían adherido al Pacto. En el grupo de las 17 restantes se registran casos polares: por una parte, la

en ley provincial Nº 8864 luego de su aprobación por el Senado Provincial en julio del mismo año. Esta importante medida político-institucional no sólo contempla una pura cuestión de "salvataje" de la crisis fiscal -central, por cierto, en tanto ha permitido reprogramar el pago de la abultada deuda que los gobiernos locales tienen con las Provincia de Córdoba, sus organismos y empresas, y ha abierto incluso la posibilidad de incorporar a tal sistema las deudas con el sector privado-, sino que entre otras materias de gran impacto estructural (tales como la armonización tributaria entre los distintos niveles de gobierno, la armonización catastral, la clasificación geográfica de las partidas presupuestarias provinciales, medidas para asegurar la transparencia en la gestión, lineamientos para la restricción del gasto en personal -el que no podrá superar el 50% de los presupuestos municipales con una relación óptima de 1 empleado cada 100 habitantes-, etc.), *prevé también la obligación de constituir entes de recaudación y gestión*. Dado que éstos, en el caso de las Municipalidades y Comunas con menos de 30.000 habitantes, requieren una integración *regional* por parte de las unidades locales (*entes regionales de recaudación fiscal y gestión*), se está en presencia de una interesante innovación desde el punto de vista de la cooperación interjurisdiccional, destinada a generar un proceso político de surgimiento, refuerzo, formalización y gestión de las relaciones entre gobiernos locales, de extensión y vigor sin precedentes en la dinámica político-institucional provincial.

Casi nueve meses después de concertado el "Pacto de Saneamiento Fiscal" y coincidiendo con el acto de lanzamiento por el Gobernador de los bonos para el financiamiento de la deuda (Títulos de Asistencia Municipal -TITAM-), la prensa difundió la noticia de la conformación de 25 entes de recaudación fiscal y gestión. A esta definición llegaron 379 localidades tras un intenso trabajo de recolección de información, diagnósticos y negociaciones con la colaboración y asesoramiento de la Secretaría de Asuntos Institucionales y la Dirección de Municipalidades del Ministerio de Gobierno de la Provincia, incrementándose en un número de ocho los 17 entes originariamente previstos en el proyecto oficial¹²; 40 municipios y comu-

Municipalidad de Córdoba - el núcleo urbano que constituye el polo de desarrollo y el centro político, cultural, etc. holgadamente más potente en el contorno provincial- y, por la otra, pequeñas localidades (3 Municipios y 13 Comunas).

¹² Por acuerdo posterior se autorizó a introducir cambios en la conformación de las regiones diseñadas en el Anexo "A" del Acuerdo, "...con la salvedad que tales cambios deberán respetar los *criterios de regionalización* tendiendo a un ordenamiento territorial" (lo destacado en bastardilla nos pertenece).

nas no habían llegado a consensuar sus correspondientes agrupamientos para esa fecha, mientras 7 localidades (además de la ciudad de Córdoba) permanecieron afuera de la estratigrafía provincial en base a los nuevos entes por no haber adherido (aún) al "Pacto de Saneamiento Fiscal".

Aunque con relativa tardanza, estos guarismos manifiestan un primer momento del comienzo de implementación de la política acordada que cabe preguntarse si es efectivamente de *regionalización*. De conformidad al concepto arriba indicado, corresponde observar que:

➤ Los entes regionales de recaudación fiscal y gestión configuran un sistema de relaciones de significativa complejidad e interdependencia, en tanto articulan a numerosas jurisdicciones locales entre sí, con relación a la instancia provincial e incluso a la nacional¹³, así como con actores sociales y económicos¹⁴. La materia o fin de su accionar también es amplia y relevante, pues si bien el fin inmediato y dominante de la constitución de los entes es la recaudación, los mismos "... podrán realizar obras y trabajos públicos, adquirir bienes de capital, coordinar la asistencia al régimen primario de los servicios de salud, cooperación de asistencia técnica, económica y financiera para el fortalecimiento municipal y comunal y la creación de planes estratégicos de desarrollo regional" (Cláusula XIII, último apartado, Pacto de Saneamiento Fiscal).

Hay que advertir que las ciudades de Río Tercero (Ente n° 24) y San Francisco (Ente n° 25) no se articularon con otras localidades, haciendo uso de la posibilidad acordada resultante del tamaño de sus poblaciones.

¹³ Por ejemplo, aún antes de la emisión de los TITAM, un grupo de Intendentes de muy diversos signos políticos solicitó al Presidente de la Nación Dr. Fernando de la Rúa que se les permitiera pagar con ellos deudas contraídas con el Ente Nacional de Obras Hídricas de Saneamiento -ENHOSA- (Diario *La Mañana de Córdoba*, Córdoba, 31/08/00).

¹⁴ "Mitad de los entes... conformarán entidades mixtas o del Estado para competir en las licitaciones que culminarán en las tercerizaciones... existiendo en la mayoría de ellos posiciones a favor de constitución de las mencionadas sociedades (los municipios unidos con cooperativas o empresas privadas) para luego participar..." (Diario *La Mañana de Córdoba*, Córdoba, 09/05/01). "La Federación de Sindicatos de Trabajadores Municipales de la Provincia de Córdoba junto al director de Asuntos Municipales de la Provincia Roberto Alesso y un grupo de intendentes radicales, justicialistas y vecinalistas acordaron desarrollar un trabajo común para perfeccionar los alcances del Pacto de Saneamiento Fiscal que suscribieron los municipios y comunas de Córdoba con el gobierno provincial" (Diario *La Mañana de Córdoba*, 29/03/00).

- Dicho sistema de relaciones porta intencionalidad, tiene una función o fin: la reforma o transformación del Estado a nivel de los gobiernos locales.
- El sistema tiene una referencia necesaria al espacio, con contigüidad (a diferencia de los organismos intermunicipales) y si bien para determinar la composición de los entes se han tenido también en cuenta otros criterios como el tamaño, la idiosincracia y las condiciones económicas, no se dejó de lado la distancia y el acceso a vías de comunicación comunes y más directas. La idea de estos entes como organización del espacio geográfico según premisas y variables está claramente formulada en el Acuerdo y sus Anexos; las prácticas de los actores lo confirman¹⁵.
- Como lo requiere el respeto de la autonomía municipal, se trata de formaciones consensuadas por los gobiernos locales, a lo largo de varias instancias que van desde la firma del “Pacto de Saneamiento Fiscal”, pasando por su ratificación por los Concejos Deliberantes y Juntas Comunales, la definición de los agrupamientos constitutivos de los entes, la firma del contrato con Córdoba Bursátil para que la agencia de Bolsa estatal administre los fondos de TITAM, etc. La necesidad de lograr múltiples consensos lentificó el proceso, al punto que en el mes de diciembre de 2000 alrededor de sólo el 50% de las localidades adheridas al Pacto contaba con la Ordenanza de su respectivo Concejo Deliberante, ya sea por motivos políticos o puramente burocráticos; ello obligó al gobierno provincial a intimar formalmente a las localidades retrasadas a que en menos de un mes entregaran toda la documentación requerida, so pena de denunciar a su respecto el Pacto de Sancamiento Fiscal y “perder el derecho de acceder al

¹⁵ “Aprovechando este nuevo esquema regional en que se ha dividido la geografía cordobesa trascendiendo los límites departamentales, de la Sota adelantará una serie de proyectos tendientes a usufructuar esta flamante estructura.- Así está previsto el anuncio sobre la creación de una decena de laboratorios de análisis bromatológicos y de unos 15 basurales estratégicamente ubicadosUtilizando el mismo espíritu regional mencionado para las otras problemáticas, la Provincia ha recategorizado ... establecimientos de salud...” (Diario *La Mañana de Córdoba*, Córdoba, 20/10/00). “A partir del nuevo esquema regional, es intención de la administración provincial poner en marcha, a través del Ministerio de Salud, un acuerdo para mejorar la financiación de los servicios de salud” (Diario *La Voz del Interior*, Córdoba, 21/10/2000).

auxilio del Fondo de Saneamiento Municipal (FASAMU), procediéndose a descontar de vuestra coparticipación la totalidad de la deudas existentes"¹⁶. Al finalizar el año el 90% de los adherente al Pacto había ya cumplimentado lo requerido.

➤ Trátase en realidad de un proceso negociado, pero "bajo la sombra de la jerarquía"¹⁷ en razón del fuerte rol que en relación a los arreglos institucionales juega el Gobierno provincial (redacción del Acuerdo, de los pliegos de licitación para la tercerización, emisión de los TITAM, etc.), tanto por razones técnicas cuanto políticas y financieras; incluso hay un monitoreo posterior a cargo de una Comisión denominada Unidad de Trabajo Provincia-Municipio.

El objetivo de remediar a través de la regionalización los problemas de gestión de los gobiernos locales fue claramente expresado: "La Provincia cuenta actualmente con 249 Municipalidades y 179 Comunas que requieren de una política de ordenamiento territorial, que les permita organizarse administrativa y espacialmente en *grupos funcionales equilibrados*. Es así que las asociaciones de municipios, representan una alternativa de solución adecuada para atacar el *problema de atomización de los gobiernos locales*"¹⁸. La sustentabilidad, por lo demás, reconoció en el saneamiento fiscal una variable aunque no suficiente, sí necesaria, y por ello la provincia auxilió a los municipios y comunas¹⁹, si bien bajo la condición de la creación de un ente para la recaudación y la tercerización de ésta, a fin de subsanar el clientelismo, la corrupción y la incompetencia. Cabe destacar que el diseño de la reforma se hizo en base a condicionalidades manifestadas a su vez por el BID para el otorgamiento de un crédito destinado a financiar los procesos de reforma.

¹⁶ Carta de emplazamiento con sello de "Urgente", firmada por los Ministros de Gobierno y de Finanzas.

¹⁷ SCHARPF, F. W., "Positive und negative Koordination in Verhandlungssystemen", en *Sonderheft 24*, Opiaden, WVG, 1993 pág. 67-68.

¹⁸ Introducción del apartado "Agrupamiento y Zonificación" del Anexo A del Pacto. Lo destacado en bastardilla nos pertenece

¹⁹ La provincia incentivó a los municipios y comunas proyectando refinanciar sus abultados pasivos a través de un mecanismo de emisión de bonos (TITAM). Con ello se reprogramaron las deudas de las unidades locales a un plazo de 16 años, con cuatro de gracia y por un monto consolidado de 223 millones de pesos, lo que les permitiría hacer frente, fundamentalmente, a las deudas que tienen con diversos organismos del Estado (Caja de Jubilaciones, Banco, Instituto Provincial de Prestaciones Médicas -Ipam-, Dirección General de rentas y Dirección de Viviendas, entre otros). El título se capitalizaría con retenciones de fondos coparticipables por gobierno provincial, según la envergadura de la deuda.

c) El proceso de institucionalización posterior

Si bien muchos de los entes constituidos formalizaron sus estatutos e incluso algunos comenzaron acciones para la tercerización, las resistencias de los municipios y comunas para cumplimentar el pacto fueron creciendo a lo largo del año 2001. En el marco de la crisis nacional con una aguda caída de la recaudación, a las dificultades insalvables para la emisión de los TITAM se unieron la oposición de los gremios municipales a la reforma de los aparatos burocráticos, el escepticismo de los gobernantes locales acerca del beneficio económico de la tercerización, la renuencia a la idea de un trato impersonal y economicista del vecino como mero contribuyente deudor, la imputación al gobierno provincial de pretender avanzar sobre las autonomías al desconocer las necesidades específicas de cada localidad, discusiones por el retraso en el giro de las partidas coparticipables y por supuestos tratos discriminatorios según pertenencias partidarias, etc.

Sin que se hubiera avanzado de modo significativo en la implementación del anterior, el 11 de noviembre del año 2001 debió firmarse el Pacto Fiscal II con una nueva estrategia de financiamiento para auxiliar a las exhaustas finanzas locales. El gobierno provincial insistió en la necesidad de lograr el equilibrio presupuestario con eficacia recaudatoria, presión impositiva razonable y eficiencia en el gasto, e instó a efectivizar las reformas, lo que no se evidencia hasta la fecha.

Las ostensibles dificultades que se advierten en el proceso de institucionalización de la reforma aparecen asociadas con varias cuestiones:

a) La imposibilidad por el contexto recesivo general de implementar el incentivo financiero en la forma originariamente prevista. La alta inestabilidad no favorece en general, por lo demás, el buen funcionamiento de mecanismos de incentivos a la acción colectiva, y ello se agudiza tratándose del sector público en donde siempre hay que considerar un margen más o menos significativo de discrecionalidad²⁰.

b) La existencia de un potencial reformable muy complejo en razón de la heterogeneidad de las unidades locales y, por tanto, poco apto para encuadrar en soluciones uniformes.

c) El planteamiento de objetivos excesivamente ambiciosos, especialmente para ser logrados en un corto período. Esta característica –propia

²⁰ STIGLITZ, J., "Mejorando la eficiencia y la capacidad de respuesta del sector público: lecciones de la experiencia reciente", en *Revista del CLAD* n° 22, Venezuela, 2002; pág. 34-36.

de las reformas de la Nueva Gerencia Pública en los países anglosajones resulta difícilmente compatible con nuestro contexto y prácticas.

d) Una estructura de oportunidad política para la reforma poco favorable: en tal sentido pueden mencionarse la posibilidad de una oposición política efectiva en la constelación de fuerzas provinciales, la ausencia de fuertes liderazgos políticos, el mayor descrédito de la élite gobernante ubicada en los niveles supraordenados y la fortaleza legitimante del discurso descentralizador como preservación de autonomía

Dadas estas dificultades y sin abandonar el necesario proyecto de un reordenamiento espacial de la provincia a través de relaciones intergubernamentales que tornen sustentables a las unidades locales, resulta oportuno concluir recordando las numerosas experiencias previas de cooperación entre ellas. Las mismas bien pueden constituir un potencial reformable valioso para el logro de los objetivos perseguidos.

Bibliografía:

AROCENA, José. El desarrollo local frente a la globalización. En *Hacia un nuevo modelo de gestión local. Municipio y Sociedad Civil en Argentina*. FLACSO, Of. de Pub. CBC/UBA, UCC. Buenos Aires, 1997.

BARRERA BUTELER, G. *Provincias y Nación*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

CINGOLANI, Mónica. "La cooperación intermunicipal como instrumento de la política de desarrollo. Estudio de caso de dos entes de cooperación intermunicipal en la Provincia de Córdoba" En *Hacia un nuevo modelo de gestión local. Municipio y Sociedad Civil en Argentina*. FLACSO, Of. de Pub. CBC/UBA, UCC. Buenos Aires, 1997.

DIAZ DE LANDA, M y PARMIGIANI DE BARBARÁ, M.C. *En lo pequeño y lo pobre... ¿qué pasa con la salud?. Un estudio sobre descentralización de salud en comunas de la Provincia de Córdoba*. Alveroni Ediciones, Córdoba, 1996.

HERNÁNDEZ, A. M.(h). *Integración y globalización: Rol de las Regiones, Provincias y Municipios*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 2000.

MARCH, J y OLSEN, J. "El nuevo institucionalismo. Factores organizativos de la vida política", en *Zona Abierta 63/64*. Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1993.

PARMIGIANI DE BARBARÁ, M. C. "La emergencia de un desafío: las regiones subnacionales interprovinciales en Argentina". En *Administración Pública y Sociedad*, N° 13, IIFAP/Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 2000.

Estado, Sociedad y Región. Un análisis Neoinstitucional de la Región Centro de la República Argentina. Ciencia, Derecho y Sociedad /Biblioteca Jurídica y Social -Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 2001.

POWELL, W. y DIMAGGIO, P. (comps.). *El nuevo institucionalismo en el análisis organizacional*. FCE, México, 1999.

STIGLITZ, J., "Mejorando la eficiencia y la capacidad de respuesta del sector público: lecciones de la experiencia reciente", en *Revista del CLAD* n° 22, Venezuela, 2002.

SCHARPF, F. W. "Positive und negative Koordination in Verhandlungssystemen". En *Sonderheft 24*, Opladen, WVG., 1993.

WRIGTH, D. S. *Para entender las relaciones intergubernamentales*. FCE, México, 1997.



ORÍGENES MEDIOEVALES DEL ESTADO MODERNO

por Martín Rodríguez Brizuela()*

Resumen: El Estado Moderno Occidental, cuya fisonomía actual comienza a consolidarse en el Renacimiento, resulta producto de una lenta pero constante acción que se desarrolla entre la caída del Imperio Romano y la Baja Edad Media. La consolidación de la sucesión de Pedro determinó la subsistencia del único poder centralizado post-romano. La cristianización de las tribus bárbaras constituyó al mismo tiempo su paulatina occidentalización y el orden feudal el instrumento más eficaz para poner fin al nomadismo. El Imperio Carolingio constituyó el primer intento de creación de un poder centralizado pero el derecho germano aplicado a la sucesión determinó su división. La introducción en Francia del Derecho Romano y la posterior designación, por los Señores y Obispos, de Hugo Capeto como Rey de Francia da origen a la primera dinastía occidental y al nacimiento de un poder unitario y territorial. La expansión demográfica trajo nuevas formas de produc-

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Córdoba desde 1969. En 1971 inició su carrera docente como becario continuando su adscripción a la Cátedra de Derecho Político en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, siendo designado Jefe de Trabajos Prácticos en 1973 cargo que mantiene por concurso hasta la fecha. Dicta la materia (Teoría del Estado e Historia de las Ideas Políticas) desde 1974 a la fecha.

Es miembro del Instituto de Política Ambiental de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas desde 1994 y de la Sala Ambiental del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, en cuyos Anales y separatas ha publicado distintos trabajos.

El presente trabajo fue expuesto en el Seminario organizado por la Cátedra "A" de Derecho Político de la Facultad de Derecho y C.S. de la UNC en Mayo de 1997.

ORÍGENES MEDIOEVALES DEL ESTADO MODERNO

ción e intercambio con la difusión de la propiedad de la tierra, la economía monetaria, el crédito y la expansión comercial. Las Abadías constituyeron centros de investigación y difusión en continuo crecimiento. Las Cruzadas significaron la primera aventura colonial del occidente post-romano y la influencia que en todos los ordenes tuvieron en la vida europea se hicieron sentir especialmente en la concepción del poder y la participación de los nobles en él. Estas transformaciones forjaron paulatinamente el campo en el que fue posible consolidar la unidad de poder territorial, la burocracia y el ejército permanente que a partir del S. XVI dieron forma al Estado Moderno Occidental.

Palabras clave: Historia; Estado; medioevo; bárbaros; cristianización; jerarquía; Papado; Imperio Carolingio; fragmentación; derecho germánico; derecho romano; feudalismo; sedentarismo; herejía; monasterios; abadías; cruzadas; nuevos reinos; centralización del poder.

Intentar penetrar una época cualquiera de la historia resulta siempre fascinante. Pero sin duda son los métodos de análisis y aproximación los que permiten hacer de este esfuerzo algo trascendente o estéril. Decíamos en otra oportunidad¹ que cuando el estudioso pretende aproximarse a una etapa de la historia y lo hace midiéndola con las categorías e ideas prevalentes del presente, el resultado será un vano intento por comprender el pasado, o bien de justificar el presente (lo que, por lo general, suele ser la verdadera intención). Creer, por otra parte, que el tiempo presente resulta de una trascendencia histórica superior a cualquier otro momento es incurrir en el error mas profundo y dañino que se puede inferir a la investigación seriamente emprendida. Resulta así una visión de la historia comparable a la del observador ignorante que sostiene que el tamaño de la Luna es mayor que el de Júpiter por cuanto a sus ojos así parece: no es mas que una ilusión óptica.

Lo que, por otra parte, podríamos llamar una visión plana de la historia nos muestra el pasado sin distingos sustanciales; apoyada en una "hechología" que por ser tal siempre es mezquina y parcial. Solo destaca los acontecimientos mas importantes o los que presume tales según una selección previa, y de ello infiere –sin mayores precisiones– un juicio general sobre toda una etapa de desarrollo cultural.

(Estimo que la Historia de las Ideas Políticas no es ajena a estos males y limitaciones, cuando emprende una simple descripción de ideas – fruto de la obra de pensadores y estudiosos– sin conexión con el medio y tiempo histórico en que éstos vivieron y desarrollaron sus obras).

¹ RODRÍGUEZ BRIZUELA, MARTÍN "Historia y Política" *Exposición en el Instituto de Derecho Político UNC*, 1977, inédito.

En otro sentido quienes ven en el pasado histórico una fuente permanente de comprensión o mejor comprensión del presente comienzan, por este punto, a mejorar su enfoque y –sin duda– a comprender mejor el pasado y el propio presente.

Pero quizá donde se asienta el mayor problema del análisis histórico sea en el efecto desbastador que ha causado la confusión del adelanto técnico, enorme y vertiginoso desde el S. XVIII a nuestro tiempo, respecto del ritmo de la historia. Ciertamente es que a cambios de esta naturaleza corresponden repercusiones sociales y políticas de importante significado. Nadie se atrevería a negar que la influencia de la electrónica en nuestra época tiene repercusiones en diversos aspectos de nuestra vida cotidiana que, a su vez, son causa de otros cambios en costumbres, valores, etc... Sin embargo, estoy persuadido que debemos destruir totalmente la idea de una aceleración de la historia. A poco que comencemos a profundizar períodos más o menos amplios de la historia advertimos que los cambios de las costumbres, ideas, concepciones, sistemas económicos y políticos, organización social y en general en la cultura misma han sido tan profundos y vastos como los que pueden haber ocurrido en los dos últimos siglos. Puede ser, lo admitimos, que fueran menos traumatizantes, pero la concepción del mundo que podía tener un joven de los tiempos de San Luis Rey de Francia era tan diferente de la de su abuelo como podía serlo, a fines del Siglo XIX, la de dos generaciones anteriores a la época.

El llamado medioevo

La ubicación de los Siglos VI a XVI de la historia Occidental se encuentra dentro de la comúnmente denominada Edad Media. Esta denominación entraña cierta ambigüedad e inexactitud que debemos precisar. Se forjó durante la prolongación del Renacimiento. Así, en el espíritu renacentista a partir del S. XVI la edad gótica (es decir la de los Goths, esos bárbaros venidos del Este para demoler el mundo romano) constituye una "edad media" en el sentido más peyorativo del término. Se trataba de una "edad intermedia" que había que esquivar, saltar, para encontrar la luz de la perfección cuyo modelo estaba en la antigüedad clásica grecorromana. Insensiblemente esta es la imagen que pasó a dominar las ideas y análisis sobre el período llamado "edad media". Sin considerar el extremismo Iluminista y Racionalista, que fundó toda consideración sobre esta época en un previo rechazo de la Fe Cristiana y, por ello la mostró oscura, dogmática, bárbara y sin sentido ni proyección alguna hacia el futuro. Precisamente suponían que destruyendo o desmontando cualquier herencia que

podiera tener raíz en ese período, es como podía y debía construirse el mundo de su tiempo y del futuro. Así las posturas más benévolas solo se limitan, en general, a un simple encadenamiento de hechos sin atreverse a valoraciones que juzgan peligrosas.

Pero también existe otro tipo de extremismo que pretende hacer del medioevo un período edénico en el que los hombres, perfectamente ubicados en su posición en la sociedad, asumían con todo rigor su rol convencidos del valor trascendente de su acción. La Edad de la Fe, la Edad de las Catedrales, la organización corporativa de la sociedad, el papel preeminente del papado, la idea - en fin - de un Imperio Occidental restaurado, constituyen diversos modos de presentar un todo funcionando como planetas alrededor del sol con absoluta precisión y sincronización. Ninguno de estos dos extremos encierra una visión exacta, ni mucho menos completa, del Medioevo. Parten del error de unificar diez siglos en conceptos negativos o positivos solo extraídos de los hechos en que apoyan sus afirmaciones, sin advertir que la vida misma es resultado de una unidad en que conviven virtudes y defectos, el pecado y la Redención. Cada etapa tiene lo suyo, cada estadio del desarrollo de una cultura su impronta y - con todos sus elementos - cada etapa es antecedente de la siguiente, como resulta consecuencia de la anterior.

Los comienzos del medioevo

El comienzo del período, del que solo deseo hacer una breve historia, puede ubicarse entre la caída de Imperio Romano y la división del Imperio Carolingio. Pero su sentido profundo está en la conformación - durante esa etapa - de la columna vertebral del alma Occidental: la conversión al Cristianismo de las tribus bárbaras venidas del Este. Convencida de su misión y del mandato de Cristo, la Iglesia se lanzó a la titánica tarea de evangelización que lentamente, y con esfuerzos no exentos de sangre y martirio, fue penetrando el alma bárbara. No perdamos de vista que el hundimiento del mundo romano tuvo para Europa un efecto desbastador cuya magnitud es difícil de imaginar para el hombre de nuestro tiempo. Solo la visión de una guerra nuclear nos aproxima al efecto de aquél desastre. El Imperio más vasto y consolidado de la historia de Occidente estallando en mil pedazos y sometido por masas de nómades primitivos que destruían, saqueaba y mataban sin objetivo preciso ni visión alguna del futuro. Una sociedad organizada, con un poder centralizado, una administración pública construida sobre siglos de experiencia y un sistema de justicia, pulverizada por hordas nómades que no conocían mas que la tienda, el caballo, la

lanza y la espada. A este cuadro debe agregarse la guerra permanente entre estas mismas tribus que, las mas de las veces, concluían con la completa eliminación del adversario.

En medio de todo esto solo una institución quedó en pié, aunque no sin heridas: la Iglesia. Son varios los investigadores que ha observado este fenómeno, nos parece que Rops² y De Corte³ son los que más se aproximan a la realidad de la época. La Iglesia ya asentada en el Imperio desde mediados del S. V. había constituido una organización que no se encontraba expuesta como éste; carecía de ejércitos y sus miembros podían reconocerse sin necesidad de ostentar símbolos externos. No fue motivo de particular atención por parte de los bárbaros que, por otra parte, tenían cierto respeto y temor por los ancianos Obispos que generalmente procuraban treguas evitando muertes y destrucción inútiles. Los ritos también ejercieron cierta fascinación pero nunca, salvo excepciones, los bárbaros percibieron una oposición de parte de la Iglesia que hiciera peligrar sus conquistas. Ante lo inevitable la Iglesia continuó con su ya iniciada tarea evangelizadora.

La sucesión de Pedro

Este punto resultaba de capital importancia ya que la centralización del poder en la Iglesia dependía de una indubitable interpretación de las palabras de Cristo "tú eres Pedro y sobre esta piedra edificaré mi Iglesia"(ME. 16, 18, 19, tanto como lo ocurrido con motivo del ajusticiamiento del primer Pontífice. La sucesión de Pedro se encontraba consolidada desde el S. III por la aceptación de la Epístola Clementis, dirigida en el S. I por el Papa Clemente I° a San Jaime, en la que le informa de las palabras de Pedro a los cristianos reunidos a su alrededor poco antes de su muerte: "Yo le doy/ a Clemente/ la autoridad de atar y desatar, de manera que cuanto/ él /cree conveniente decidir sobre la tierra, sea aprobado en el ciclo, ya que atará lo que debe atarse y desatará lo que debe desatarse". Esta Epístola, considerada el verdadero testamento de Pedro, pasó a integrar en el S. IX la compilación de Derecho Canónico llevada a cabo por Pseudo-Isidoro ya que éste consideró su contenido como el primer decreto Papal de la historia y la última ratio de argumentación respecto de la sucesión de Pedro.

² ROPS, DANIEL "Historia de la Iglesia

³ DE CORTE, MARCELA "La encarnación del hombre".

Consolidada así la sucesión del Pontífice Romano, el Imperio Occidental (ya desarticulado por los bárbaros) se ve paulatinamente reemplazado por el Imperio Espiritual del romano Pontífice, que hasta el S. X no cesa de extenderse. Es precisamente en los documentos de estos Siglos (VII al X) en que se advierten los primeros esbozos del intento de la Iglesia por dar forma y consolidar una cierta organización social –un cierto orden diríamos mas precisamente– que sustrajera a Europa del caos causado por el hundimiento del mundo romano. Evangelización y civilización se tornan en las preocupaciones dominantes y paralelas.

Los primeros textos y fuentes

La primera fundamentación filosófica y teológica de un orden social se atribuye a Pseudo-Dionisio, el Areopagita, Obispo de Atenas cuyos textos –relativamente breves– encuentran una estrecha dependencia con los neoplatónicos de Proclus de la segunda mitad del S.V. A él se debe, nada menos, que acuñar el término **jerarquía** al denominar su obra “De celeste hierarchia”. Su tesis principal la constituía el “Principium Unitatis” que encuentra en Dios, al único y supremo garante de la recta ordenación del mundo y el universo, de manera que el orden consiste en la dependencia del rango inferior del inmediatamente superior, de forma que todos los rangos y ordenes dependan eventualmente de un Ser Supremo, de Dios, quien es el “Principium Unitatis”. Comparando el orden de jerarquía celestial con la realidad del mundo, Pseudo-Dionisio muestra que la jerarquía de ángeles en el cielo encuentra su copia en la jerarquía eclesiástica que, mas que copia, resulta la continuación de la jerarquía celeste. Las consecuencias de esta ordenación conducen a mostrar como algunos son iluminados y otros iluminan; algunos perfeccionan y otros son perfeccionados; la imitación divina conformará a cada uno a su manera. El poder se distribuye hacia abajo a través de los distintos rangos de la jerarquía hasta que, finalmente, el poder así distribuido revierte al “equilibrio divino que distribuye a cada uno el don idóneo” porque “la jerarquía se inicia en las cosas divinas, desde donde se distribuye a sus subordinados” en una forma que “genera la armonía inspirada y sacerdotal”. Sumado a ello, la referencia de los versículos de Mateo en los que Cristo instituye la Iglesia como el cuerpo de todos los fieles y establecimiento de un gobierno sobre ese cuerpo en cabeza de Pedro, cierran ese orden desde Dios al último de los fieles, pasando en este mundo por la autoridad del Pontífice.

Desde un punto de vista eclesiástico todo lo dicho parece muy claro y simple, pero ocurre que el esfuerzo de evangelización del mundo romano

primero y del barbarizado después, que se consolidaba hacia el S. IX, transmitía estas categorías hacia toda la sociedad al mismo tiempo que la palabra del Divino Maestro.

El Sacramento del Bautismo cobra extraordinaria importancia en esta transmisión del orden jerárquico celestial al mundo. Por el Bautismo, y solo por él, se aseguraba el carácter de miembro de la Iglesia. Este es el sentido jurídico del sacramento que, sin menoscabar el aspecto sacramental, introducía al hombre en el orden jerárquico antes aludido que, al tiempo que vinculaba a todos a Dios, posibilitaba una transmisión de la Gracia desde Dios hasta el último de los fieles. Así la Iglesia podía contener en su seno a todo aquél que hubiera sido validamente bautizado, fuera alto o bajo, patriarca o villano, Rey, Emperador o esclavo. Nada los distinguía en cuanto a su salvación y distribución de la gracia.

Pero detengámonos un instante. Es en este punto en que no pocos han sucumbido a la tentación de adjudicar a la Iglesia —en el sentido de la jerarquía— una especie de imposición oscura e irracional, de formas internas propias, a la sociedad civil. A poco que penetremos la vida de esa sociedad, encontramos algo que nos es muy familiar. No existen elementos materiales que determinen las formas culturales, ni formas culturales que determinen absolutamente los elementos materiales. Entre ellos existe una permanente relación dialéctica que estrechan la interacción de un orden respecto del otro, posibilitando una rica evolución cargada de sentido.

La extensión de la evangelización trajo consigo un profundo cambio en las costumbres bárbaras. A la dulcificación de éstas se suma un paulatino asentamiento de las tribus que comienzan a poblar Europa. El Imperio Carolingio es, en este sentido, la culminación de la nueva situación.

Pero la división del Imperio en el año 806 d. C. vuelve a plantear la crisis. Las luchas estallan nuevamente abarcando desde los Pirineos hasta el Oder y desde el Báltico a Normandía. Retorna la inseguridad, y lo que se había creído un paulatino retorno a las formas del Imperio Romano, queda convertida en una ilusión que va llenando de desesperanza a los hombres de la época. La profunda visión religiosa ya encarnada en los europeos, comienza a percibir que tan profunda crisis no puede estar totalmente desvinculada de la proximidad del milenio de la Pasión de Cristo. Se suma a ello la predicación de la guerra santa musulmana contra los cristianos y el retroceso bizantino de oriente frente al empuje turco otomano. El S. IX mostró situaciones inconcebibles, posteriores a las invasiones bárbaras: la caída de Sicilia, Bari y Tarento en manos de los árabes tunecinos, y el saqueo por éstos de la propia Roma en el a 846. Como en toda época de crisis

las reacciones aparecen pero no todas orientadas en el mismo sentido. De una parte, los Obispos de Laón y Cambrai comienzan la prédica para salvar la monarquía en su concepción carolingia. Del otro, Cátaros y Arrianos muestran la otra cara de la crisis: la aparición de la herejía como respuesta. Dado que el hombre de la época piensa en términos religiosos estos movimientos son heréticos, pero con sus concepciones no solo abarcan el plano teológico, sino que importan una proposición radical a la crisis, aún en sentido político. Promedia el S. X y la proximidad del milenio de la Pasión de Cristo hace suponer el fin de los tiempos. Cientos de escritos de la época evocan el Apocalipsis y los heréticos apelan a ello para proclamar el fin de las distinciones sociales, la innecesariedad de los sacerdotes —ya que pronto todos estarán en plena comunicación con el espíritu— la inutilidad de los guerreros —que el fin próximo torna inútil la guerra— o que todo el mundo deba trabajar— se proclama que nadie más lo haga, solo subsistir y orar— los hombres y mujeres deben vivir castamente en espera del último día, así la extensión de la familia a través de los hijos carece de sentido.

Semejante panorama exige respuestas inmediatas y profundas. En esto, todos los espíritus sensibles de la época están de acuerdo y las respuestas se ponen en marcha.

Las acciones abarcan todos los terrenos, desde el religioso al económico, del político al social, y admirablemente las respuestas se van construyendo sin pausa en todos ellos al mismo tiempo. Es lógico que esto ocurriera ya que en un Occidente cristianizado escucha y responde desde la perspectiva religiosa a todos los problemas que se le presentan. El cuerpo está lacerado pero la columna vertebral está intacta.

La revolución feudal

La monarquía está debilitada y propicia a sucumbir ante los embates de los enemigos internos y externos. La división del Imperio Carolingio y las luchas que esto desencadenó puso a todo el esfuerzo anterior en riesgo de desaparecer. El mayor riesgo, sin duda, era la anarquía campesina y el retorno del nomadismo como solución para masas desprotegidas y carentes de un poder que mantuviera autoridad suficiente.

Al respecto es necesario advertir que la herejía se constituía en una suerte de ideología revolucionaria — al estilo propio de la época —que propiciaba cambios en la concepción religiosa pero, como ya lo apuntamos tenía una honda repercusión en la vida social y el orden político de todo este período.

Allí fue dirigido el ataque. Como la extensión de la herejía Cátara y Arriana no abarcaba a todo el pueblo, se predicó en él la contra herejía al tiempo que, para mayor eficiencia, se modificó la composición, forma y estilos de la propia Jerarquía de la Iglesia. Dos hombres admirables por su inteligencia, comprensión de las circunstancias y tesón, los Obispos de Laón, Aldaberon y de Cambrai, inician lo que podríamos llamar "la revolución feudal".

El orden jerárquico y su proyección social

Aquél orden jerárquico que se iniciara con Pseudo-Isidoro había concluido con la célebre frase: "aquí abajo unos rezan, otros combaten y otros, en fin, trabajan". Los tres órdenes medioevales claramente enunciados. En el origen los hombres de plegaria, después los guerreros y, por último, los cultivadores.

En el esfuerzo por salvar la monarquía y el poder real centralizado, al tiempo que combatir la herejía, los Obispos afirman la distinción de clases y funciones y éstas jerarquizadas bajo la dirección del Monarca.

La máxima anterior se torna en "combatir orando y trabajar orando". El monarca debe custodiar el sistema, no sobre la base de leyes sino como custodio de las costumbres y como querido por Dios mismo. La religión está siempre presente, pero ahora se muestra no en el sentido de los órdenes anteriores sino que impregna toda actividad. A este período corresponde el desarrollo más fecundo de la doctrina de las obras. Contra la herejía que proclama la espera pasiva del último día, se alza la que proclama la necesidad de justificar la vida con obras que orienten al hombre a la salvación de su alma. Fe y obras quedan para siempre unidas. Fundada en sólidos textos evangélicos la prédica tiene efectos definitivos.

A partir de entonces, y por un siglo y medio, no se hablará más del modelo trifuncional de sociedad en el sentido Patrístico como reproducción de las jerarquías celestiales. Podemos decir que el concepto se ha laicizado. El edificio entero de la organización social es colocado bajo el Rey y ahora, los clérigos, los guerreros y campesinos formarán los tres órdenes de la sociedad. La diferencia sustancial es que este orden no se presenta como reproducción del celestial, sino que es un orden natural – querido por Dios– bajo el gobierno del Rey.

Esta latinización del poder, de la autoridad y la jerarquía no debe tomarse como un abandono de toda relación entre el poder como fenómeno y Dios, o bien entre el Monarca y la Iglesia. Por una parte significa el nacimiento de las teorías del poder delegado por Dios (principio de unidad universal del poder Divino absoluto) a un administrador temporal y, por

otra parte, el nacimiento del poder Real como poder efectivo sobre los miembros del cuerpo social. Además es el comienzo del Galicanismo como una particular forma de Relación que, a partir de ese momento, se entabló entre la Iglesia el Monarca Francés y el Pontífice mismo.

Este momento crucial en la historia europea es resuelto con inteligencia y decisión—tanto por la Iglesia cuanto por el Monarca y los Señores— sin que a ello fuera ajeno el pueblo, como se verá.

La división del imperio carolingio (causas y efectos)

La tradición sucesoria germánica se encontraba fuertemente influida por el origen nómada de estos pueblos. A la muerte del guerrero sus bienes debían distribuirse en partes iguales entre la viuda y los hijos. El nómada solo podía portar consigo una cantidad limitada de bienes dada su propia condición trashumante. Traslada la regla tradicional al propio Imperio, Carlomagno divide su reino entre sus nietos y éstos acuerdan en Verdún (año 843) la división del mismo en tres dominios: el reino Occidental, de marcadas costumbres y procedimientos románicos, que cubre casi por completo el territorio de la actual Francia aproximadamente; el Oriental, predominantemente teutónico; y un reino central, algo indefinido constituido por una franja que abarca desde las playas holandesas hasta Roma, aproximadamente. Quedó así consagrada, y consolidada, para siempre la separación de la Galia y la Germania, no solo geográficamente sino también en costumbre, derecho y organización del Estado y la sociedad misma. Luis el Germánico, heredero de esta porción del Imperio, y sus descendientes quedaron ligados para siempre a los Señores según la tradición de los guerreros teutones. Estos intervenían con iguales derechos en la designación de su Jefe. Solo la complejidad de la vida y el aumento de la población y la desaparición del nomadismo ya no permitía que la legitimación fuera efectuada por el conjunto de los guerreros, por lo que ahora el pueblo delegaba en los Señores locales tal derecho. Con el tiempo, esto constituyó la institución de los Electores que mantuvo su poder hasta entrada la Edad Moderna. El sistema constituyó la verdadera debilidad del Sacro Imperio Romano-Germánico que lentamente fue perdiendo influencia al hacer depender el poder del Emperador del poder de los Señores. Cada sucesión se transforma en una maraña de negociaciones y concesiones que condicionan el Poder Real y limita su capacidad de decisión; en muchos casos, prolonga la vacancia del Trono trayendo consigo serios problemas de Estado. Los Señores—no todos germanos— en tanto luchan entre sí y la victoria de uno u otro inclina la sucesión en dirección opuesta, con resultados no siempre convenientes a los intereses del Estado.

El proceso de romanización

El comienzo de la sucesión carolingia en Francia enfrentó problemas similares debido al derecho germánico aplicado también en la Galia por las tribus de ese origen que la invadieron. Pero en el S. X comienza una profunda transformación debido al esfuerzo ya comentado para conjurar la crisis. Una nueva dinastía comienza a perfilarse. Roberto "El Fuerte", que la tradición menciona como hijo de un carnicero, se destaca por sus dotes de guerrero y conductor en las luchas contra los normandos, en la que muere en batalla. Su hijo Odo, Conde de París, frente al débil heredero carolingio – atado a la tradición germánica – es apoyado por algunos Señores y Obispos, en especial por sus dotes de conductor en la lucha contra los normandos. Hugo "El Grande", hijo del anterior, es considerado Duque de los Franceses pero, por mantener la tradición ejerce el poder a través del heredero carolingio que –por otra parte– él elige. El Gobierno indirecto fruto de la tradición germánica, había sido ejercido por los carolingios como mayordomos de los merovingios. Pero el hijo de Hugo "El Grande", Hugo Capeto, es nombrado por los Señores y los Obispos, Rey de Francia, con lo que desde el año 980 y por 800 años Francia tendrá su dinastía. Así se inicia un proceso de consolidación de la Nación y del Estado de Francia (con la paulatina centralización del poder en su fisonomía actual). Hugo Capeto no quiebra abruptamente la tradición germánica, sino que comienza por hacerse reconocer por el otro heredero de Carlomagno, Otón III^o, logrando de ese modo integrarse a la herencia común sin perder su propia situación.

Pero el proceso ya ha sido lanzado. Con la ayuda de la Iglesia comienza a desvincular a Francia del Derecho Germánico mediante la introducción del Derecho Romano. A diferencia del germánico, la propiedad podía mantenerse en cabeza del hijo mayor y tanto el Rey, cuanto Señores y vasallos, no encontraron dificultad alguna en aplicar la norma. La autoridad de los juristas – casi todos eclesiásticos en este período – avalaba el cambio profundo que introducía en Francia. De este modo entre los años 990 y 1010, la dinastía Capeto y sus sucesores naturales se convierten en la verdadera tradición francesa.

Pero la transformación lo abarca todo, aún al propio sistema feudal. El "axioma" en Francia es que "no puede haber tierra sin Señor". Sobre la base de ello se extiende a todo el territorio el señorío feudal. Desaparece así la tierra alodial (de all-od, palabra franca que designaba la tierra libre) y aparece la feudal (de fe-od, palabra del mismo origen que designaba la tierra concedida en usufructo por un superior).

El poder de los Señores crece así de tal manera que alcanza a amenazar al propio poder real. Pero el arma mas poderosa del Monarca estaba en la propia concepción del poder edificada en la renovada tradición romana. La concepción descendente del poder hacía al Rey el vértice de la pirámide; la Iglesia ungía reyes en nombre de Dios y con ello le otorgaba la potestad de hacer justicia en el reino. Los reyes no eran creadores de la ley sino sus defensores. El procedimiento de apelar a la autoridad real y quejarse directamente al Rey de la conducta de los Señores permite al vasallo llegar a éste y a él intervenir en los dominios de los Señores sin depender de su conformidad. Posteriormente, con la introducción de la Inquisición por Luis IX, el procedimiento se hará mas directo e inmediato contando para ello con el juicio Eclesiástico y el poder real para hacer cumplir la Sentencia.

Esto acompaña la consolidación del poder Real y el ataque directo a la herejía Cátara. Esta había proclamado la castidad a la espera del fin de los tiempos. La respuesta no se hizo esperar: la doctrina sobre el matrimonio. El carácter de cocreadores con Dios de la pareja humana destruye la idea Cátara, y justifica la familia y los hijos queridos por Dios.

La población, la producción y la iglesia

El violento fin de la herejía Cátara trajo una notable expansión demográfica, especialmente en Francia. Por otra parte esto, unido a la nueva forma de ocupación de la tierra, trae consigo nuevas formas de producción y de intercambio. Los rebaños se multiplican y la producción de trigo y cebada crece vertiginosamente. Es precisamente a comienzos del S. XI – entre el 1030 y 1045– que aparece un elemento nuevo para facilitar las transacciones: la moneda.

El sistema tradicional de intercambio por trueque, de ganados por granos o viceversa, se transforma en el pago en metálico que representa la riqueza en ganado y granos de una región. El desarrollo posterior de las nuevas formas de intercambio no es materia de este estudio pero es preciso señalar que este período vio nacer, bajo el empuje dado a la producción y al comercio – mas las crecientes necesidades de una población en permanente aumento – los medios de pago y el nuevo fenómeno de la acumulación de capital, el ahorro y con ello el crédito (indispensable para las campañas agrícolas). La ambición que despertó en los hombres de la época se ve reflejada en la preocupación de la Iglesia en acentuar la prédica de la austeridad, y no por otro motivo las órdenes mendicantes –Franciscanos y Dominicos– eligen el sayo y sin nada en que reposar sus cabezas se lanzan a retomar las enseñanzas de Jesús.

Los cambios apuntados no son del todo bien mirados por la Iglesia, al menos en dos aspectos: en cuanto importaba un cierto relajamiento de costumbres y en algunos el abandono del trabajo, para sustituirlo por la acumulación de moneda (fundada en el préstamo); y el peligro de que la riqueza así acumulada pusiera en cuestión el rol preeminente asignado a los guerreros en el orden general. El S. XI asiste a un nuevo fenómeno: al Sur de Dijon, en el año 1098, se funda la Abadía de Citeaux, de la que nace el mas imponente Imperio Espiritual que ha conocido Occidente. San Bernardo, ingresado a la Orden en el 1112, le da su vigor combatiente predicando una austeridad absoluta. San Bernardo proclama que la existencia en la tierra debe entenderse como la de un soldado lanzado a la conquista del cielo. Conquista que solo puede lograrse por el trabajo fecundo y la oración a Dios. Nada de lujo, nada de molicias. Este enfoque no tiene por objeto destruir la economía monetaria, como algunos han supuesto, sino a enmarcarla en límites precisos que los propios monjes irán mostrando en su existencia. El trabajo silencioso, el cultivo de la tierra y el estudio son, junto con la oración, sus mayores preocupaciones. En pocos años de cuatro abadías originarias se pasa a 338 hacia el año 1153. Constituyen además de centros espirituales un vasto dominio agrícola. Desde Escocia a Sicilia, desde Portugal al Oder los monjes difunden nuevas prácticas y métodos en la agricultura y la ganadería; allí comienza la popularización de la ciencia y la aplicación de la investigación a la producción en gran escala. Las Abadías son centros de difusión cultural que van moldeando el alma europea. No conquistaron en el sentido material, pero civilizaron en el estricto sentido del término.

Lo que aún resta de cristiano en nosotros mismos, lo que aún impregna nuestras instituciones y costumbres, nació en Citeaux. Lo que nadie había conseguido hasta entonces, fue lograda ampliamente por los monjes: hacer del cristianismo una religión popular y arraigarlo de tal modo en el alma Occidental que vanos han sido los intentos por borrarlo.

El nuevo perfil europeo y la gran aventura: las cruzadas

Afianzado el corazón de Europa con la constitución del poder Real en Francia, el orden de la sociedad con la preeminencia de los guerreros, mejorada y en expansión continua la economía y mantenida la columna vertebral de la cultura en el cristianismo, comienza una etapa de expansión demográfica sin precedente. Entre los S. XI y XIV casi se triplicará la población europea. Paulatinamente vuelve a renacer la vida de las ciudades y, en ellas, la seguridad que brinda el Rey.

Pero faltaba aún la gran aventura, la primera empresa colonizadora emprendida por la Europa Occidental, que va a extenderse durante todo este período: Las Cruzadas. Fueron en este sentido una empresa de conquista y colonización que solo verá nuevamente Europa después del descubrimiento de América. Este primer impulso no nació por casualidad en Francia. Esta ofrecía una realidad de unidad y organización como ningún otro país o región europea, salvo Inglaterra que comenzaba a dar forma a su monarquía feudal. El Concilio de Clermont (hoy Clermont-Ferrand) proclamó la Primera Cruzada y dos franceses—Gualterio Sans-Avoir y Pedro el Ermitaño— la predicaron. Así, la primera expansión colonial se ha puesto en marcha. Se fundan los reinos Medio Orientales en los que se gobierna bajo formas Occidentales que también sufren sus transformaciones. Balduino I° funda el reino Franco de Jerusalem, pero para ello debe dominar la tentativa de Gobierno teocrático del Patriarca Daimberto. Las instituciones francesas sufren mutaciones, obra de la necesidad y del medio en que se desarrollaban. Se suprime la Ley Sálica, y las mujeres heredan la corona. El medio hostil no permite ordenar el cuerpo social al estilo Franco. Los reyes dependen aquí, de modo casi completo, de los guerreros y éstos se hacen jurar respeto real para con sus prerrogativas y franquicias. La Alta Corte legislaba y el rey no podía conceder feudo o aplicar impuestos sin previo asentimiento de ésta. No debe extrañar que los propios Francos y los Sajones fueran viendo en estas instituciones las ventajas evidentes que representaban frente a las existentes en Europa. Los colonos europeos asentados en Medio Oriente conviven con los musulmanes y esto es motivo de escándalo en Europa, debido a la tolerancia religiosa que se observa en ellos. La Alta Corte interviene en las cuestiones suscitadas entre Nobles. La Corte de los Burgueses, compuesta por doce jurados, juzga a los hombres libres de cepa plebeya. Las Cortes de los Ráis, compuesta por jurados indígenas, juzga en los litigios entre ellos y, por último, la Eclesiástica en los casos en que se encuentran involucrados hombres de la Iglesia. En el S.XII se crean Tribunales de Comercio y Marítimos.

Esta visión del mundo medieval que he intentado mostrar deja aún muchas instituciones y hechos por comentar.

La época representa el nacimiento de la cultura Occidental con la fisonomía actual, producto de la unión—ahora insoluble—del mundo grecorromano con el de los bárbaros cristianizados. Resulta difícil para nosotros poder entender aquel estilo de vida en sujeción diaria a una norma. En nuestro tiempo carecemos de una específica cultura moral que nos

permita comprender una vida saturada de significaciones éticas al modo como lo fue entonces. De esta primaria incomprensión nace nuestra visión fragmentaria de la sociedad y el mundo medieval. **El concepto de pecado no se nos ofrece hoy en la honda vivencia que tuvo para el hombre medieval. Consecuentemente el imperativo del bien carece de una actualidad tal que le lleve a regir nuestras formas de vida.** Por ello es profundamente verdadera la afirmación de Benda cuando sostiene: **"...gracias a ellos (los clérigos) puede decirse que durante mas de mil años la humanidad hacía el mal, pero honraba el bien. Esta contradicción era el honor de la especie humana y constituía la brecha por donde podía deslizarse la civilización...". "... Exaltar el bien aunque no se lo practique, a pesar de los casuismos, es siempre superior que hacer el mal por ignorancia del bien..."**.

En esta síntesis del espíritu que impregnó el medioevo está resumido el espíritu de una época que no estuvo exenta de violencia y pecado, en sus formas más diversas, como ausencia del bien, pero con un sentido definitivo que abarca una doble concepción: de lo ordenado en la creación toda y en el destino inmortal del alma. Lo primero descendía de Dios, lo segundo se dirigía a Él. Dos obras de la época, la *Summa Theológica* y *La Divina Comedia*, son la síntesis magnífica de esta relación permanente entre el mundo y Dios y de Este con aquel.

Allí se percibe la fragua en la que se funden dos mundos, el bárbaro y el greco-romano-cristiano, sin la cual no habría habido Renacimiento posible, ni Estado moderno.

Hemos intentado mostrar como las tribus bárbaras fueron dejando el nomadismo para ingresar al mundo romano; como ingresaron al nuevo Credo Universal; cómo la Iglesia, única Institución en pie y expansión, contribuyó a la formación del poder centralizado y, con ello, a forjar la "forma formarum" del Estado Moderno Occidental.

Bibliografía:

BUORASSI, Emmanuel: "La France des Godons". *Historia Special* n°14, Nov/Dic. 1994;

DUBY, Georges "Les temps des Cathédrales" Flammarion 1980;

DUBY, Georges: "Economía rural y vida campesina en el Occidente Medioeval", Ed. Península, Barcelona 1968;

DUBY, Georges: "San Bernard et l'art cistercien". *Arts et métiers graphiques*;

GALLO, Max: "L'Occident est né a Citeaux", *L'Express* n°1495, Mars 1980;

KAHLER, Eric: "Historia Universal del hombre", FCE, México 1946;

ORÍGENES MEDIOEVALES DEL ESTADO MODERNO

LEBECQ, S: "Les origines franques V°-IX° Siecles", Paris 1990;

RICHE, Pierre: "L'Empire barbare de 476 a 774", Paris 1989;

RICHE, Pierre et MAITRE, Philippe: "Les nouveaux maîtres", Historia Special n°8, Nov./Dec. 1990.

LAS DIFERENCIAS DE GÉNERO EN EL DELITO(*)

por Mariana N. Sánchez(**)

Resumen: El trabajo revisa la evolución diferenciada por género de las tasas de delitos de homicidio, contra las personas, contra la libertad y contra la propiedad en la provincia de Córdoba y durante el período 1975-1996, con el objeto de observar las brechas delictivas existentes entre estos tipos de conductas desviadas de hombres y mujeres. Los resultados dejan apreciar una similar co-variación, a lo largo de la serie temporal, de las tasas de delitos femeninas y masculinas de comisión más frecuente, confirmando la existencia de fuerzas sociales comunes generadoras de estos tipos de conductas delictivas, independientemente se trate del sexo del actor desviante. Igualmente, el análisis de las brechas delictivas por género trasluce variaciones a lo largo del tiempo y evidencia diferencias menos amplias cuando se trata de delitos de menor gravedad y mayor frecuencia.

Palabras clave: género - delito- tasas delictivas - brechas delictivas por género

(*) Este artículo presenta parte de los resultados del informe de investigación "Género y Delito", beca segundo nivel de formación del Consejo de Investigaciones Científicas y Tecnológicas de Córdoba (CONICOR) durante el período 1998-1999 y bajo la dirección de la Dra. María Inés Bergoglio.

(**) Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Becaria del Consejo de Investigaciones Científicas y Tecnológicas de Córdoba (CONICOR) durante el período 1995-1999. Maestrando en el "Magíster en Métodos y Técnicas de Investigación Social" de la Universidad Blas Pascal con proyecto "Género y Delito". Jefe de Trabajos Prácticos por concurso de antecedentes y oposición en la cátedra Sociología A de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC.

1.- Introducción.

Todos los criminólogos concluyen que las mujeres son siempre y en todo lugar menos propensas que los hombres a cometer actos delictivos. No obstante esta conclusión, que no trae aparejada ninguna controversia, genera -entre los mismos teóricos de la criminología- algunos puntos claves de reflexión: ¿Son las diferencias de género en el delito estables o variantes a través del tiempo y el espacio? Si varían, ¿cómo pueden ser mejor explicadas? ¿Por qué se diferencian las tasas delictivas femeninas y masculinas? ¿Son las causas de delincuencia femenina diferentes o similares a las de los hombres? ¿Pueden las teorías sociológicas tradicionales del delito explicar la delincuencia femenina?

Algunos de estos interrogantes intentarán encontrar respuesta en este trabajo. Para ello, primeramente describiremos las tasas delictivas femeninas y masculinas de la Provincia de Córdoba durante el período que abarca nuestro estudio -1975/1996-, sus niveles y su evolución; y posteriormente analizaremos las diferencias de género con el intento de observar cómo se comporta la brecha en las tasas delictivas de ambos sexos.

2.- El delito de homicidio.

La Tabla 1 nos permite comparar las variaciones entre las tasas de homicidios cada 100.000 habitantes discriminadas por sexo en la Provincia de Córdoba. Como era de esperar, las tasas de homicidios cometidos por mujeres son muy inferiores a las cometidas por los hombres.

Esto está más que probado por la doctrina y la teoría, y es lo que todos los criminólogos concluyen: las mujeres delinquen menos que los hombres; las tasas de delitos masculinas son más altas que las femeninas para todas las categorías de delitos. Pero hay algo más, esta diferencia o brecha en las tasas delictivas de hombres y mujeres se hace mayor aún para delitos más graves y se achica para los delitos menos graves. En recientes estudios, diferentes autores (Hagan, 1991 - Steffensmeier, 1996 - Allan, 1996) alcanzan estas conclusiones: La participación criminal masculina en delitos graves o serios excede mayormente la femenina, cualquiera sea la fuente de los datos, el tipo de delito, el nivel de participación o la medida de la participación. Las mujeres son menos propensas a ser involucradas en delitos graves y los valores monetarios de robos femeninos, contra la propiedad, drogas, injurias, son más pequeños que para similares delitos cometidos por hombres.

En el caso de la provincia de Córdoba, esta diferencia es también muy notoria. En 1976 la tasa de homicidios femenina era de 1,51 en tanto que la masculina llega a algo más de 16 homicidios cometidos cada 100.000 habitantes; manteniéndose una diferencia semejante durante todo el período de estudio.

Tabla N° 1: Tasas de homicidios cada 100.000 habitantes. Provincia de Córdoba.

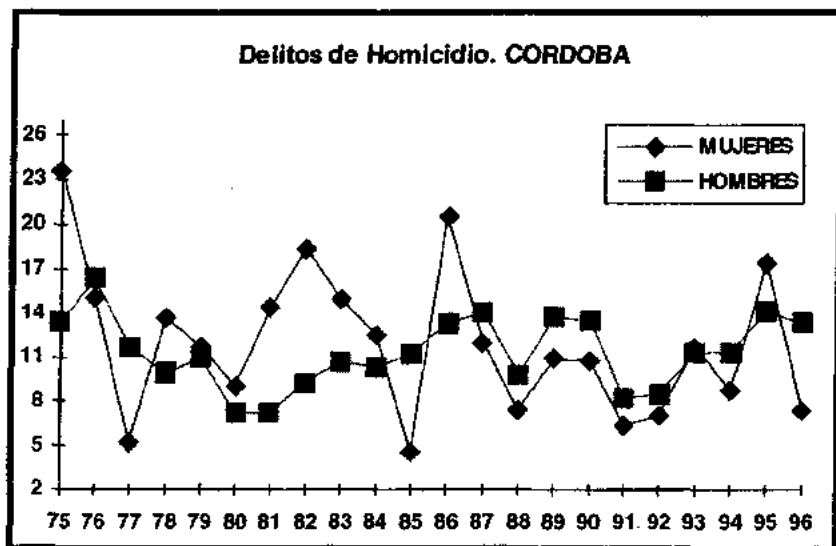
AÑO	MUJERES	HOMBRES	AÑO	MUJERES	HOMBRES
1975	2,35	13,38	1986	2,05	13,28
1976	1,51	16,35	1987	1,20	14,07
1977	0,52	11,71	1988	0,74	9,81
1978	1,37	9,91	1989	1,09	13,78
1979	1,17	10,92	1990	1,08	13,55
1980	0,90	7,22	1991	0,64	8,22
1981	1,45	7,19	1992	0,70	8,47
1982	1,84	9,33	1993	1,17	11,30
1983	1,50	10,72	1994	0,88	11,40
1984	1,25	10,35	1995	1,74	14,14
1985	0,46	11,24	1996	0,75	13,37

Fuente: Registro Nacional de Reiniciencia y Estadística Criminal. Ministerio de Justicia de la Nación.

Observamos una amplia diferencia entre ambos tipos de tasas diferenciadas por sexo. Las mujeres cordobesas se involucran en una proporción mucho menor a la de los hombres en delitos que lesionan la vida humana como el homicidio, analizado en este caso. Mientras que la mayor diferencia entre ambas tasas se registra en 1976 con casi 15 puntos, la diferencia menor se observa en 1981 con algo más de 5 puntos de distancia entre la tasa masculina y la tasa femenina del delito de homicidio. Es decir, al menos 5 homicidios son cometidos por hombres por cada homicidio cometido por una mujer en nuestra provincia.

Por último observemos en el siguiente gráfico cuál ha sido la evolución de ambas tasas a lo largo de la serie temporal, sin olvidarnos que -precisamente a los fines de la representación gráfica- las tasas femeninas se presentan cada 1.000.000 de habitantes.

LAS DIFERENCIAS DE GÉNERO EN EL DELITO



Nota: A los fines de la representación gráfica las tasas femeninas de homicidio se presentan cada 1 millón de habitantes.

Fuente: Tabla 1.

En la primera mitad del período analizado las tasas evolucionan de una manera bastante dispar una de otra. No obstante, el gráfico nos permite observar claramente que ambas tasas a partir de 1987 parecen tomar rumbos semejantes de ascensos y descensos. Los ascensos se verifican en ambas tasas hacia los años 82, 86, 89-90 y desde el 93 hasta finalizar la serie.

3.- Delitos contra las personas.

En cuanto a la evolución de los delitos contra las personas diferenciadas por sexo en la provincia de Córdoba, los índices reflejan una situación similar para ambos tipos de tasas. Tanto los delitos contra las personas (recordemos que el homicidio no está incluido) cometidos por hombres como los cometidos por mujeres, manifiestan una tendencia similar de alzas y bajas desde 1975 a 1996.

Ambas tasas comienzan la serie con tendencia descendente, encontrándose en el primer registro de la serie la tasa más alta de delitos contra las personas cometidos por mujeres (170,78) y por hombres (991,80). Igualmente, la tasa más baja de delitos contra las personas de ambos sexos la ubicamos -también- en el mismo punto de la escala temporal, 1983, con 44,71 delitos cometidos por mujeres y 355,08 cometidos por hombres.

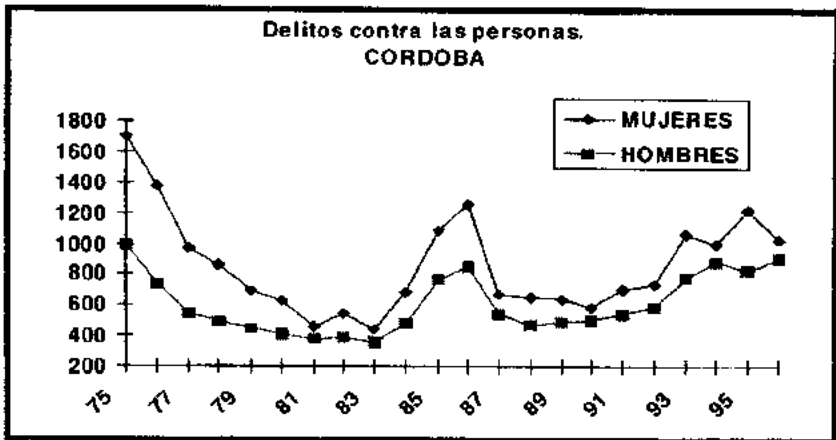
Si observamos con detenimiento la Tabla N° 2, veremos que casi en la totalidad de los 22 años ambas tasas se comportan de igual manera, registran los mismos ascensos y descensos en los mismos puntos y con la misma intensidad. La única excepción más notoria la constituyen los tres últimos años del período estudiado, en los que las tasas toman rumbos dispares, aunque no con demasiada relevancia.

Tabla N° 2: Tasas de delitos contra las personas cada 100.000 habitantes. Provincia de Córdoba.

AÑO	MUJERES	HOMBRES	AÑO	MUJERES	HOMBRES
1975	170,78	991,80	1986	125,64	858,58
1976	137,12	737,78	1987	67,17	547,78
1977	97,56	545,91	1988	65,59	475,30
1978	86,47	500,52	1989	64,82	500,87
1979	69,60	456,45	1990	58,84	504,78
1980	62,96	412,60	1991	70,76	554,41
1981	46,23	382,38	1992	74,17	590,53
1982	55,41	394,74	1993	106,93	780,82
1983	44,71	355,08	1994	100,03	885,73
1984	69,05	484,57	1995	122,56	831,17
1985	109,26	776,60	1996	104,07	913,29

Fuente: Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal. Ministerio de Justicia de la Nación.

El siguiente gráfico nos ayudará a ver lo descripto con más claridad:



Nota: A los fines de la representación gráfica las tasas femeninas se presentan cada 1 millón de habitantes.

Fuente: Tabla 2.

En el gráfico no deberemos observar los totales de ambas tasas sino su evolución (las femeninas fueron calculadas cada 1 millón de habitantes para poder ser graficadas). Las tasas femeninas de delitos contra las personas siguen siendo muy inferiores a las masculinas, y eso lo observamos en la Tabla. Lo importante que nos muestra el gráfico es la similar evolución que manifiestan las tasas. Se detecta un notorio crecimiento en ambas hacia los años 1984, 1985 y 1986, que luego desciende para retomar sus cauces medios en 1987. Se forma así un pico de crecimiento en ambas tasas alrededor de estos años que, pese a retomar sus tasas medias comienza -desde ese punto (1987)- a incrementarse sostenidamente hacia el final de la serie temporal. Sin embargo, no parece haber influido tan intensamente en este incremento el momento de crisis inflacionaria que abarca el período en estudio, alrededor de 1989, pues las tasas registran en esos puntos una fase de estabilidad.

La similitud en las tendencias de las tasas delictivas masculinas y femeninas de estos delitos contra las personas observada en la provincia de Córdoba, nos sugeriría -en principio- que las conductas desviantes de ambos sexos son influenciadas por dimensiones sociales comunes, similares; independientemente de la condición única de hombre o mujer. Observemos cómo se desenvuelven los siguientes delitos.

4.- Delitos contra la libertad.

Si bien las tasas de delitos contra la libertad cometidos por hombres son, evidentemente, más altas que las femeninas calculadas cada 100.000 mujeres, la diferencia entre ambas es más pequeña que la analizada en las restantes clases de delitos. A primera vista, podemos decir, que -con relación a los hombres- las mujeres participan más en estos tipos delictivos que en los delitos de homicidio o contra la honestidad.

Tabla N° 3: Tasas de delitos contra la libertad cada 100.000 habitantes. Provincia de Córdoba.

AÑO	MUJERES	HOMBRES	AÑO	MUJERES	HOMBRES
1975	23,04	114,56	1986	40,79	223,82
1976	18,14	92,66	1987	24,68	206,43
1977	16,59	102,20	1988	29,51	196,38
1978	24,06	121,87	1989	28,89	244,41
1979	24,62	130,03	1990	31,79	239,74
1980	22,08	126,86	1991	35,95	239,97
1981	19,64	117,01	1992	34,61	218,65
1982	24,91	130,91	1993	30,14	254,45
1983	16,80	120,82	1994	40,17	314,35
1984	20,79	145,53	1995	57,16	352,69
1985	26,51	182,68	1996	48,07	430,62

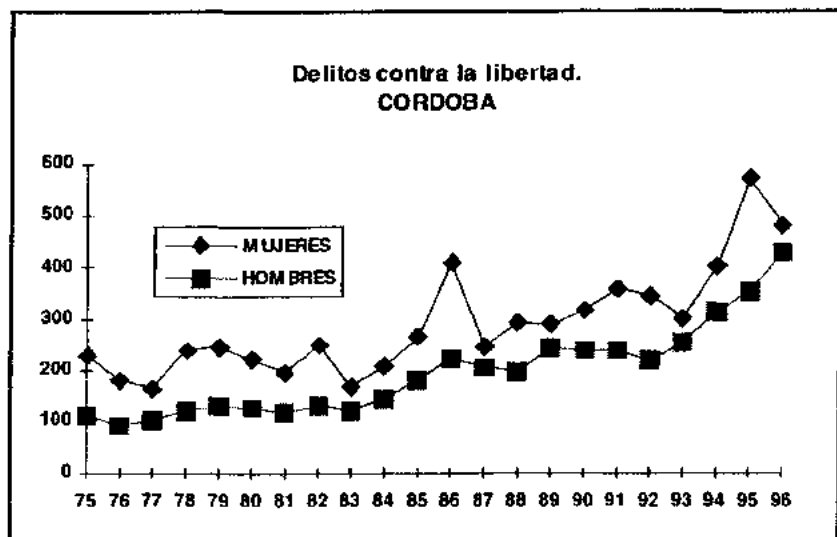
Fuente: Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal. Ministerio de Justicia de la Nación.

La Tabla N° 3 muestra una evolución muy similar para ambos tipos de tasas. Ambas manifiestan una tendencia de ascenso que se concreta con una fuerte suba en los últimos puntos de la serie. Los primeros años del período reflejan las tasas más bajas encontradas en los 22 años en cuestión: en 1977 los delitos contra la libertad cometidos por mujeres no llegan a 17 cada 100.000 mujeres; al igual que para el caso de los cometidos por hombres que en 1976 apenas superan los 90 cada 100.000 habitantes. El último punto de la serie registra la tasa más alta de esta clase de delitos contra la libertad para hombres; 430,62; en tanto que para mujeres el punto más alto es 1995 con 57,16 delitos contra la libertad cometidos cada 100.000 habitantes.

El ascenso en ambos tipos de tasas es constante y gradual, coincidiendo en los cursos de subas y bajas. En el gráfico se aprecia el análogo comportamiento que manifiestan las tasas en los 22 años de nuestro estudio. Si bien ambas se proyectan en sentido ascendente de manera gradual, se observan dos grandes crecimientos pronunciados alrededor del año 1986 y en los puntos finales del período.

El comportamiento y evolución similares para las tasas de delitos de hombres y mujeres también se comprueba para esta clase de delitos contra la libertad.

LAS DIFERENCIAS DE GÉNERO EN EL DELITO



Nota: A los fines de la representación gráfica las tasas femeninas se presentan cada 1 millón de habitantes.

Fuente: Tabla 3.

El gráfico precedente permite observar el casi idéntico desenvolvimiento de las tasas diferenciadas por género de estos delitos contra la libertad. En éste no es posible comparar el nivel de ambos índices, puesto que las tasas femeninas a los fines de su graficación están calculadas cada 1 millón de habitantes, pero sí la similar evolución que manifiestan. El pico de ascenso alrededor del 86-87 que también se observaba en los delitos contra las personas se encuentra distinguido claramente en este gráfico.

Resulta también notorio la fase de mayor estabilidad que se distingue en estas tasas delictivas. En efecto, hasta 1983, tanto las tasas masculinas como femeninas se mantienen alrededor de los mismos valores sin demasiada variabilidad. Es en cambio, a partir de este año, donde los graduales incrementos se hacen muy claros y cada vez más intensos hacia los años finales. Es 1996 el último punto registral donde se observa una pequeña caída en las tasas femeninas, algo que también se apreciaba en otros tipos delictivos.

5.- Delitos contra la propiedad.

El desenvolvimiento a lo largo de los años de los delitos contra la propiedad de hombres y mujeres cometidos en Córdoba se presentan de una manera similar a la observada en la descripción de este mismo tipo

delictivo en otras poblaciones desviantes (población total y población de menores de 21 años)¹. Las tasas comienzan la serie con una tendencia descendente hasta el año 1980 y de allí en adelante invierten su dirección para proyectarse hacia tasas cada vez más elevadas, con curvas de ascenso muy intensas durante los años más críticos de procesos hiper-inflacionarios y crudas situaciones socio-económicas.

Al igual que lo observado para los delitos contra la libertad y contra las personas, son también los delitos contra la propiedad los que presentan menores diferencias entre los géneros. Esto es, si bien los hombres siguen registrando tasas más elevadas que las mujeres, es en este tipo delictivo en el que las diferencias entre ambos sexos se acorta.

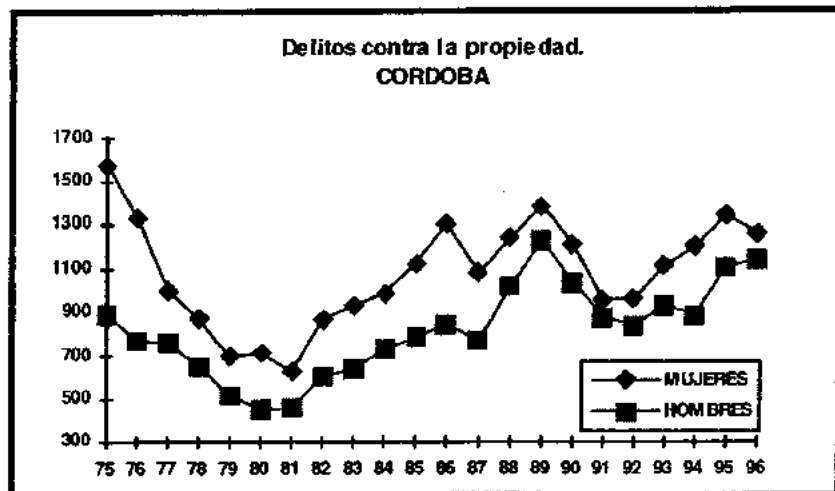
La similar evolución que manifiestan las tasas de delitos contra la propiedad de hombres y mujeres es fácilmente observable en la Tabla que sigue. Punto por punto de la serie cuando las tasas masculinas suben las femeninas también lo hacen, y cuando las primeras bajan también se produce un descenso en las segundas. Evidentemente, son las mismas fuerzas, motivos u orígenes los que conducen tanto a hombres como a mujeres a cometer delitos contra la propiedad. El curso afín de las tasas de delitos contra la propiedad cometidos por mujeres y por hombres deja interpretar la existencia de un fundamento común que comparten tanto hombres como mujeres y que los lleva a la comisión de este tipo de conducta desviada.

Tabla N° 4: Tasas de delitos contra la propiedad cometidos cada 100.000 habitantes. Provincia de Córdoba.

ANO	MUJERES	HOMBRES	ANO	MUJERES	HOMBRES
1975	157,68	891,93	1986	130,11	844,00
1976	133,12	770,56	1987	108,09	768,96
1977	100,53	763,21	1988	124,03	1018,34
1978	87,15	650,45	1989	138,62	1224,96
1979	69,76	518,30	1990	120,70	1032,94
1980	71,47	453,67	1991	95,32	878,25
1981	62,55	457,99	1992	96,08	835,93
1982	86,95	604,90	1993	111,27	933,14
1983	92,81	638,15	1994	119,90	884,63
1984	98,87	728,90	1995	134,14	1106,13
1985	112,41	785,13	1996	125,92	1138,63

Fuente: Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal. Ministerio de Justicia de la Nación.

¹ Ver SANCHEZ, MARIANA, "Delitos, Macro-economía y Control Social", Informe CONICOR 1997.



Nota: A los fines de la representación gráfica, las tasas femeninas se presentan calculadas cada 1 millón de habitantes.

Fuente: Tabla N° 4.

Es alrededor de 1980 cuando se registran las tasas de delitos contra la propiedad más bajas, 62.55 para las mujeres y 453.67 para los hombres. Es 1975 el punto de registro más alto para las tasas femeninas (como en la mayoría de los delitos femeninos descritos hasta ahora) y 1989 para las tasas masculinas².

En el gráfico se observa claramente la evolución común que experimentan ambas tasas. No sólo el mismo curso, también puede observarse que el segmento que une cada punto del registro con el inmediato siguiente es compartido -en cuanto a tamaño- entre las tasas femeninas y masculinas. Este segmento que mide la intensidad del aumento o el descenso también es coincidente, en la mayoría de los puntos del período, entre los delitos contra la propiedad cometidos por hombres y los cometidos por mujeres.

Los picos de ascenso más pronunciados que se observan alrededor de los años 1986 y 1989 no nos sorprenden en absoluto. Hemos comprobado en análisis anteriores que la inflación en esta provincia de Córdoba correlacionaba con un nivel de significación de .00 con el delito de hurto y de .01 con el delito de robo en el análisis de la población desviante general

² Recordemos que cuando analizábamos esta clase de delitos contra la propiedad en la población total y en la población de menores de 21 años era también este año, 1989, el punto en que las tasas registraban el índice más alto. SÁNCHEZ, informe citado.

(Mariana Sánchez, 1997). Es precisamente alrededor de estos años de crisis económica y de hiperinflación cuando también se registran picos de ascenso en las tasas de delitos contra la propiedad cometidos por hombres y por mujeres.

6.- Correlaciones entre las tasas delictivas masculinas y femeninas.

En los puntos precedentes hemos revisado, en un análisis comparativo, las conductas delictivas masculinas y femeninas de la provincia de Córdoba. Observamos que los modelos masculinos y femeninos de delitos son notables tanto por sus similitudes como por sus diferencias. Tanto hombres como mujeres participan o se involucran más en delitos contra la propiedad y delitos contra las personas que en delitos de mayor gravedad como homicidios. Sin embargo, los hombres delinquen en tasas mucho más altas que las mujeres para todas las categorías de delitos y, además, esta brecha delictiva por sexo se hace aún mayor para delitos graves y menor para delitos contra la propiedad o contra las personas.

Del análisis de la evolución de cada clase de delitos diferenciada por sexo hasta aquí realizada, también pudimos extraer que en la mayoría de ellas las tasas masculinas y femeninas varían muy similarmente. Su evolución a lo largo de los 22 años de nuestro estudio es semejante.

Tabla N° 5: Correlaciones entre las tasas delictivas masculinas y femeninas. Provincia de Córdoba, 1975-1996.

<i>DELITOS</i>	<i>Coficiente de Correlación r</i>	<i>Significativo para p <</i>
HOMICIDIOS	.3023	.172
C/PERSONAS	.8905	.000
C/LIBERTAD	.9036	.000
C/PROPIEDAD	.8094	.000

Fuente: Tablas N° 1 a 4.

Los coeficientes de correlación de Pearson calculados en la tabla precedente confirman la similar evolución que veníamos percibiendo para algunos delitos. En la provincia de Córdoba, la variabilidad de las tasas femeninas y masculinas de delitos es afín con un nivel de significación muy alto ($p < .00$) para los delitos contra las personas, contra la libertad y contra la propiedad. Las correlaciones no son significativas para el caso de los delitos de homicidio que alcanzan un coeficiente r de .3023.

A lo largo de los 22 años de nuestro análisis, las tasas delictivas masculinas y femeninas de los delitos contra las personas, la libertad, la propiedad comparten la misma evolución. La variabilidad es similar para ambos tipos de tasas. Esto confirma la existencia de fuerzas sociales comunes que dan origen a estos tipos de conductas delictivas, independientemente se trate del sexo del actor desviante. Es decir, la situación descrita nos lleva a descartar una explicación *natural* de la relación entre mujeres y delitos, dado que las tasas femeninas no son estables, varían de manera afín con las masculinas a lo largo del tiempo, esto es, se supone responden a las mismas causas sociales independientemente de cualquier condición asociada a la *naturaleza* que distinga al hombre de la mujer.

La literatura, especialmente de países anglosajones, es coincidente con estos resultados. Diferentes autores (Chesnesy, 1986 - Hagan, 1991 - Steffensmeier, 1996) sugieren en referencia a esta temática, descartar las teorías de la desviación que sostienen explicaciones biológicas en la relación entre género y delitos; dado que las tasas femeninas no son estables, varían de manera afín con las masculinas a lo largo del tiempo, es decir, responden a las mismas causas sociales o legales, sin que la variable sexo adquiera relevancia en la explicación de esta problemática.

7.- A modo de conclusión: La evolución de las diferencias de género a través de las medias por períodos.

Por último, analizaremos con más profundidad esta diferencia que hemos observado entre las tasas masculinas y femeninas. ¿Las mujeres delinquen menos que los hombres pero, siempre en la misma proporción?. ¿Esta diferencia entre tasas delictivas masculinas y femeninas es siempre estable, es siempre la misma o ha variado a través del tiempo?. Las respuestas a estos interrogantes pueden encontrarse si se analizan con mayor detenimiento las brechas delictivas por género de cada clase de conducta desviada. Para ello hemos construido un coeficiente³ representativo de esta brecha delictiva, para medir la relación que existe entre las tasas femeninas y masculinas, permitiendo observar si la brecha entre ambas tasas se ha modificado.

Algunos autores reconocen ver mayores cambios a lo largo del tiempo en las tasas delictivas femeninas con relación a las masculinas (Adler 1975, Simón 1975⁴). Otros encuentran mayores similitudes que diferen-

³ El coeficiente es igual a las tasas delictivas masculinas sobre las tasas delictivas femeninas de las respectivas clases de delitos a lo largo de los 22 años.

⁴ Citados por STEFFENSMEIER et. al., 1996.

cias a lo largo del tiempo. Steffensmeier (1997) observa que para los tres períodos analizados en su trabajo (1960-70, 1970-80 y 1980-1990) la porción femenina de arrestos -con relación a la masculina- fue de 15% o menos y precisamente más pequeña para los delitos más graves. Mayores cambios encuentra el autor en la porción de arrestos femeninos por delitos contra la propiedad leves: 15% en 1960 y 43% en 1990.

Observemos, ahora, la Tabla N° 6 que proporciona los promedios quinquenales de los coeficientes calculados, a los fines de verificar su variabilidad por períodos. De esta manera podrá ser mejor observada la disposición de la brecha a través del tiempo, es decir, verificar si la brecha evoluciona con estabilidad a lo largo de este período, aumenta o tiende a achicarse:

Tabla N° 6: Promedios por períodos de las diferencias por sexos en cada clase de delitos. Córdoba.

PERIODOS DELITOS	PROMEDIO TOTAL	1975-1979	1980-1984	1985-1989	1990-1996
HOMICIDIOS	11,07	11,12	6,69	13,70	12,29
C/ PERSONAS	7,23	5,82	7,38	7,41	8,01
C/LIBERTAD	6,61	5,31	6,23	7,17	7,41
C/PROPIEDAD	7,54	6,78	6,97	7,52	8,50

Fuente: Tablas N° 1/4.

En primer lugar, en la segunda columna de la Tabla precedente que nos proporciona el promedio de los 22 años de nuestro estudio, observamos que son los delitos de homicidio la clase en la que existen mayores diferencias por género. El coeficiente de 11,07 lo evidencia. Esto significa que, en promedio en todo el período, por cada delito de homicidio cometido por una mujer se registran más de once cometidos por hombres; y que por cada delito contra la honestidad femenino se producen más de 37 de autoría masculina. Igualmente, los delitos en los que se registran las menores diferencias son los delitos contra la libertad, contra las personas y contra la propiedad. Es decir, las diferencias de género se achican cuando se trata de la comisión de estas clases de delitos que, en las observaciones anteriores, manifestaban una evolución más que semejante entre ambos sexos.

En segundo lugar, también en la Tabla detectamos que las brechas delictivas entre los sexos son variables a través del tiempo. Se modifican a través de los años y, en general, las brechas tienden a aumentar. A través de

los años las diferencias entre las tasas delictivas cometidas por hombres y mujeres en la provincia de Córdoba, se incrementan. Más precisamente - con excepción del delito de homicidio- todos los coeficientes aumentan de período en período, registrándose el coeficiente más bajo en la primera etapa y el más alto en la última.

Los delitos contra las personas son los que presentan la mayor estabilidad a través de los años, aunque es notable que las diferencias a partir de 1980 se agrandan en relación a 1975. En los tipos de delitos de menor gravedad y de más frecuente comisión que aquí hemos analizado, las diferencias se han ampliado de la década de los 70 a los 80 y de ésta a la de 1990.

Bibliografía:

* BERGALLI Roberto y otros, *"El Pensamiento Criminológico 1. Un Análisis Crítico"*, Ediciones Península. Barcelona, 1983.

* BERGOGLIO María Inés, *"Desigualdades en el Acceso a la Justicia Civil: diferencias de género"*, Informe SECYT-UNC (mimeo), 1997.

* BETRAND Marie, *"New alternatives for old challenges: Women's rights"*. Ed. Fanny Tabak, Oñati Papers, Oñati 1997.

* CARRIE MENKEL-MEADOW, *"The content, method, and epistemology of gender in sociological studies"*, Law and Society Review, volume 25, 1991.

* CHAFETZ Janet, *"Feminist theory and sociology: underutilized contributions form mainstream theory"*, Annu. Rev. Sociol. 23: 97-120, 1997.

* CHESNEY LIND Meda, *"Women and Crime: the female offender"*, journal of Women in Culture and Society, vol 12 N°1, 1986.

* CODIGO PENAL DE LA NACION ARGENTINA, Pensamiento Jurídico Editora. Buenos Aires, 1988.

* DE LA CUESTA AGUADO Paz, *"Perfiles criminológicos de la Delincuencia femenina"*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2-1992.

* FEELEY Malcom y LITTLE Deborah, *"The vanishing female: the decline of women in the criminal process, 1687-1912"*, Law and Society Review Vol. 25, N° 4, 1991.

* GARCIA Carmen A., *"Feminismo y Criminología"*, Capítulo Criminológico, Vol. 23, N° 2 445-456, 1995.

* HAGAN J. et al., *"Class in the Household: a power-control theory of gender and delinquency"*, AJS, Volume 92 N° 4:788-816, 1987.

* HAGAN J., *"Destiny and Drift: subcultural preferences, status attainments, and the risks and rewards of youth"*. American Sociological Review, 56: 567-582, 1991.

* LARRAURI Elena, *"La Herencia de la Criminología Crítica"*, Editores Siglo 21. México 1994.

* LENGERMANN P. y NIEBRUGGE J., *"Teoría Feminista Contemporánea"*, en RITZER George, *"Teoría Sociológica Contemporánea"*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1993.

* LLOVET Juan J., *"Las mujeres vistas por la sociología clásica: las diferencias intersexuales según William Y. Thomas"*, Desarrollo Económico Vol 36, N° 141, 1996.

* MOGHADAM Valentine, *"La mujer en la sociedad"*, Revista Internacional de Ciencias Sociales N° 139, pág. 115-137, 1994.

* PAVARINI Massimo, *"Control y Dominación"*, Siglo veintiuno editores. México, 1999.

* PITCH TAMAR, *"A sexual difference approach to the criminal question"*, Social and Legal Studies, Vol 1, 357-369, 1992.

* PITCH Tamar, *"Teoría de la Desviación Social"*, Editorial Nueva Imagen. México, 1981.

* SANCHEZ Mariana N., *"Delito y condiciones macro-económicas"*. Colección de Opúsculos de Derecho Penal y Criminología, N° 70, Editorial LERNER. Córdoba, 1998.

* SANCHEZ Mariana N., *"Delito, Macro Economía y Control Social"*, Informe Final de Investigación Beca Primer Nivel – Renovación, Consejo de Investigaciones Científicas y Técnicas de Córdoba (CONICOR), mimeo 1997.

* SANCHEZ Mariana N., *"Género y Delito"*, Informe Final de Investigación Beca de Formación Segundo Nivel – Renovación, Consejo de Investigaciones Científicas y Técnicas de Córdoba (CONICOR), mimeo 1999.

* STEFFENSMEIER D. y ALLAN E., *"Gender and Crime: Toward a gendered theory of Female Offending"*, Annu. Rev. Socio. 22:459-87, 1996.

* STEFFENSMEIER D., KRAMER J., STREIFEL C., *"Gender and imprisonment decisions"*. Criminology 31, 411-446, 1993.

* YOUNG G. et. al., *"Moving from the status of women to gender inequality: conceptualisation, social indicators and an empirical application"*, Internacional Sociology Vol. 9, N° 1: 55-85, 1994.

LA CORRUPCIÓN, DE ESO SÍ SE HABLA: APUNTES PARA EL DEBATE

por Patricia E. Scarponetti¹

Resumen: La complejidad del fenómeno de la corrupción en los innumerables análisis que del tema se disponen actualmente, forman parte del contexto e interés por tratar nuevamente de fijar una cartografía que delimite sus zonas de incertidumbre.

El presente ensayo tiene por objetivo una revisión que posibilite su interpretación a partir de considerarlo como uno de los obstáculos importantes en el actual diseño democrático de los países de la región. Para ello se profundiza en el tratamiento de los diversos estudios realizados tratando de superar una postura disciplinar sobre el tema. En segundo lugar de resituar el debate sobre la eficacia del sistema de administración de justicia y el rol que les compete a los jueces, frente a las actuales dimensiones que cobra el fenómeno en Argentina.

Palabras claves: Niveles de análisis - Definiciones y actores de la corrupción - Estructura de poder y democracia - Poder judicial y corrupción.

¹ Dra. en Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Profesora Adjunta de la cátedra de Sociología e investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales en la misma Facultad. Profesora a cargo de la cátedra de Sociología de la Carrera de Abogacía y Coordinadora del Diplomado en Derechos Humanos en la Universidad Blas Pascal. Docente de Metodología de Investigación en los seminarios de posgrado en Relaciones Internacionales -CEA UNC- y del Seminario para Docentes Adscriptos de la carrera de abogacía de la UNC.

1. Introducción

Con determinados temas tan viejos como es el caso de la corrupción, ocurre siempre, que vuelven a tratarse despertando novedosas curiosidades a partir de hitos históricos que parecen trasponer ciertos umbrales. Y en este caso, dos hechos internacionales con diversas consecuencias, como fueron la revuelta de los fiscales italianos o "*mani puliti*" y la relevancia mediática del juez español Garzón, se sumaron al profuso tratamiento mediático, que el mismo ocupa en los últimos años en la vida cotidiana de los argentinos.

Como con la corrupción opera lo que sucede con la violencia y la pobreza, por un lado parece tremendamente visible, todo el mundo sabe, los medios de comunicación informan en grado tal, que el periodismo de investigación en uso de cámaras ocultas han demostrado su materialidad palpable, sin embargo, como sucede con la violencia o la pobreza, una suerte de inmaterialidad de zona gris no legislada ni reflexionada socialmente, vuelve a colocar una profusa variedad de tratamientos. Desde diversos análisis, cuyas opciones epistemológicas -sociedad o actores individuales- análisis descriptivos o interpretativos, diacrónicos o sincrónicos, nacionales o internacionales, jurídicos, políticos o sociológicos se pretende un tratamiento acabado de este móvil y constante fenómeno, que según los datos que se disponen, no distingue entre horizontes culturales en su creciente expansión.

La mayoría de los actuales análisis latinoamericanos sobre la corrupción se vinculan a complejos hechos, desatando nuevamente la atención sobre el fenómeno en varios países de América Latina. Así la década de los noventa marca un hito en comparación a la denuncia y auge de sucesivos escándalos de corrupción que implicaron a varios países². La seguidilla de escándalos sobre la corrupción judicial llevó a ciertos autores a ampliar la conceptualización "judicialización de la política", resultando extensiva su

² Las solicitudes de procesamientos, renuncias y/o destituciones contra los presidentes de Venezuela, Carlos A. Pérez; de Brasil, Collor de Mello; de Colombia, Ernesto Samper; el hermano del presidente Raúl Salinas de Gortari en México, y en Argentina, la prisión de Carlos Saúl Menem. El tema de los sobornos en el Senado Argentino con el fin de garantizar la aprobación de la reforma a las leyes laborales que por igual implicaba a senadores del partido opositor como a asesores, ministros y amigos del partido gobernante. El escándalo por las denuncias del ex vicepresidente Carlos Alvarez y su renuncia, se constituyó en una de las primeras debates del gobierno aliancista durante la presidencia de Fernando De La Rúa.

aplicación a la "judicialización de la justicia", expresada en los casos en que diversos operadores jurídicos han sido vinculados con casos de corrupción. Ambos tipos de sucesos colocan al poder judicial como un árbitro central de los procesos democráticos en América Latina.

Mientras crecen las denuncias por tráfico de influencias empresarial en Estados Unidos, en nuestro país la situación tiene una marcada relación con las diversas manifestaciones en el ámbito de lo público. Sin embargo la actual percepción del fenómeno se traduce en un aumento visible, desde el que puede hipotetizarse que ya no se trata de conductas de uno o de algunos funcionarios, sino de una constante comprobación mediática de comportamientos corruptos denunciados en los diversos niveles de la administración pública y en los distintos poderes del Estado. El problema actual no es singular y algunos estudios focalizan las consecuencias de su institucionalización.

Desde los niveles internacionales los analistas ensayan instituciones y promueven estudios a fin de obtener una definición común, dada la heterogeneidad de los sistemas jurídicos nacionales, hecho que se apunta como "multiplicador de los obstáculos para limitar las prácticas corruptas"³. Países e investigaciones que puede uno considerar guiados por distintos intereses, como lo representan los casos de filósofos, jueces y catedráticos que desde Francia, Italia o España o Estados Unidos, tratan de situar la débil frontera del tratamiento temática en fenómenos como la globalización comercial, la corrupción judicial (Malen Seña, 1997 y 2000)⁴, el corporativismo político (della Porta D., e Yves Mény, 1998), la responsabilidad de los funcionarios (Thompson Dennis, 1999) o los procesos de transformación democrática con el fin de la inmunidad para aquellos que no eran justiciables -políticos o jueces- (Garapon, 1997) representan algunos de los más reciente análisis realizados.

Como se desprende de la lectura de análisis y trabajos sobre el tema, estos no son pocos; sin embargo, algunas consecuencias parecen instaladas en la opinión pública, dada la profusión y el tratamiento de datos por los

³ GONZÁLEZ JOAQUÍN (2000) *Corrupción y justicia democrática*. Madrid: Editorial Clamores. Véase Cf. Capítulo 2, p.104.

⁴ La pelea por la interpretación social sobre la corrupción no escapa así a los países desarrollados, sobre todo después de los casos más disímiles, tales como de la empresa Enron en USA y la renuncia del Gabinete en pleno del Gobierno Holandés, o la renuncia de todo el cuerpo gerencial del Banco Vizcaya en España, por nombrar tan sólo algunos de los sucesos ocurridos últimamente.

medios de comunicación. Son las consecuencias de esta profusión de análisis y datos, de los que prefiero ocuparme en este ensayo⁵.

La existencia de posiciones que asumen valoraciones “escépticas” apuntan al hecho de que su permanencia es estructural a los sistemas democráticos, y parten de argumentar que la desarticulación de redes de connivencia nacional e internacional, parecen haber instalado la opinión generalizada de utopía a la posibilidad de encontrar un sistema de control y unos funcionarios dispuestos a su erradicación. En el otro extremo, las posiciones “voluntaristas”, que bajo la creencia en la mágica reformulación del sistema penal y de las reformas judiciales de las administraciones de justicia, proveerá por sí misma la solución del control del fenómeno.

Las consecuencias sociales de este “estado de cosas”, me sugieren que debería revisarse el tratamiento histórico de la cuestión, en tanto el discurso pendule entre “siempre existió pero no se denunciaba” y en consecuencia “siempre existirá”, naturaliza, uno de los obstáculos más serios a los diseños de democracia y del estado de derecho en la actualidad. Como el problema conlleva el análisis de sus diversas facetas, es necesario entonces desmantelar la naturalización de su existencia, para trazar sus diversas implicancias.

El fenómeno al igual que otros es rápidamente incorporado al discurso y diseño político⁶. Mientras que algunos ponen el acento en las reformas judiciales, acuciados por las manifestaciones mediáticas de poderes judiciales dependientes de los poderes políticos, otros se interrogan por las nuevas funciones del derecho y sobre todo del juez, en los diseños democráticos, a lo que se agrega la insistencia sobre el tema, desde organismos internacionales de financiamiento.

⁵ La temática forma parte de las dos últimas investigaciones una ya realizada “La cultura organizacional en los Tribunales de Córdoba” (1999-2001) y la segunda, en curso “El rediseño institucional del Estado como ámbito de control ciudadano” (2002-2003).

⁶ La lucha contra la corrupción fue incorporada en calidad de factor convocante en los discursos de campaña de los ex presidentes C. Menem y F. De La Rúa, además de la implementación de diversas líneas de acción que mediante la reforma del Estado, crearon oficinas y canales para su denuncia. Las figuras del *Ombusman* y *Fiscales Anticorrupción* constituyen un ejemplo del rápido tratamiento de estos problemas mediante un rediseño institucional. Si bien por Ley N° 24.759 se aprobó en enero de 1997, la Convención Interamericana contra la Corrupción, recientemente una Comisión de Investigación destacó que a pesar de esta normativa y otras existentes en el país, -a las que se califica de dispersas y superpuestas- se violan los tratados contra la corrupción. Véase artículo *La Nación* 2/6/02.

También están quienes señalan la nuevas dinámicas sociales marcadas por el accionar de los movimientos sociales y la participación ciudadana en el crecimiento de las denuncias. Tanto Blankenburg (1991) como Thompson J. B (2002) remarcan que el aumento de los escándalos por corrupción, no puede ser interpretado simplemente como un incremento de la frecuencia de comportamientos corruptos, dado que si aumentan las denuncias, éstas constituyen también un signo de mayor atención y control ciudadano sobre la corrupción.

De dichos análisis puede rescatarse que las dimensiones son múltiples, y que un nuevo tratamiento de la temática debe partir insoslayablemente de las relaciones que estas dimensiones disciplinares y conceptuales abordadas plantean, bajo la interrogación de la necesidad de revisar las divergencias y /o posibilidades de un análisis interdisciplinar en vista a la complejidad manifiesta del fenómeno⁷.

2. El tratamiento de las diversas facetas de la corrupción

Al igual que otros fenómenos la metamorfosis de la corrupción es histórica⁸ y por tanto resulta imposible de aislarla de su contexto productor; partir de su configuración socio-histórica, no sólo permite ponderar la relación que guarda con la totalidad social sino además observar sus consecuencias.

Un rápido repaso histórico puede ayudarnos a precisar que la corrupción fue una preocupación central en el diseño democrático argentino, y que su implicancia para el proceso de construcción nacional fue motivo de acertadas inquietudes en Alberdi⁹, a las que luego Hernández, constituiría

⁷ Véase al respecto los planteamientos WALLERSTEIN sobre la necesidad de superar las separaciones artificiales de lo político, lo económico, lo sociocultural y lo jurídico como reinos autónomos, los intelectuales realizan actualmente esta separación, permea, todavía, las formulaciones y teorizaciones en ciencias sociales. WALLERSTEIN IMMANUELLE (1999) *Abrir las Ciencias Sociales*. México DF: Editorial Siglo XXI. P 82 y ss.

⁸ JOHNSTON puntualiza que los clásicos tratamientos desde Aristóteles, Tucídides, Platón y Maquiavelo conceptualizaron la corrupción desde una perspectiva de la salud moral de la sociedad más que en las acciones individuales. En las sucesivas etapas de conformación de la tradición occidental de lo político han estado presente diversos tratamientos sobre el tema. Véase JOHNSTON M (1997), CALCAGNO A.E. y CALCAGNO E.(1999) y PEGORARO J.(1999).

⁹ ALBERDI postula sus *Bases*, definiendo el contexto del debate sobre la construcción de la nación como el de "un derecho que existe o deja de existir, según el buen humor del que pretende poseerlo, no es un derecho sino un despotismo"- En THONIS LUIS (2002) *Estado y ficción en Juan Bautista Alberdi*. Buenos Aires: Editorial Paradiso.

en temática central de la literatura gauchesca. Quién no recuerda las disertaciones de Martín Fierro sobre el tema, a los que pueden sumarse los cuentos de Payró en la primera década del siglo XX. Una interesante anécdota entre Ramón Cárcano y el Presidente Saénz Peña, recordada por Sarlo (1986) sobre la consideración de la función pública como un bien de familia¹⁰ permite reseñar una tradición en el modo de hacer política en el país. Sin embargo, detenernos en estas inquietudes y anécdotas puede cooperar a la naturalización aludida como una de las consecuencias del fenómeno.

El tratamiento de la temática tuvo cierto desarrollo en la década de los sesenta en Estados Unidos y Europa y luego de *un impasse*, se revitalizó en la década de los noventa. En América Latina, salvo algunos tratamientos aislados, no se consolidó como temática de estudios sino hasta finales de esta década desde diversas disciplinas que han promovido una importante cantidad de análisis. Para reseñarlos, podríamos establecer dos grandes líneas de investigación, por un lado, aquellas que colocan el acento en la corrupción de funcionarios de la administración pública y por otro, la corrupción de actores políticos. En ese sentido los analistas del campo jurídico y los sociólogos, en menor medida trabajaron en la primera línea, en tanto que la segunda fue ampliamente relevada por los cientistas políticos. Mientras que a los primeros se le adjuntaron con el tiempo innumerables monitoreos de opinión pública sobre la corrupción¹¹, los segundos fueron eclipsados por los diversos estudios sobre clientelismo político.

Una primera generación de estudios sobre corrupción en Argentina, se inscribe en explicaciones muy marcadas por la concepción de anomia de E. Durkheim y R. Merton. Dinámicas como el cambio y el desarrollo so-

¹⁰ BEATRIZ SARLO cita la obra de Cárcano (1943:261) *Mis primeros ochenta años*, en la que el ex Gobernador cordobés rememora las palabras del Presidente Saenz Peña: "No hago ninguna objeción a la persona, sino al hecho de convertir la función pública en un bien de familia, de uso doméstico". Esta respuesta del presidente la dio con motivo de un gobernador que pretendía que le sucediera su propio padre. En SARLO B. prólogo a PAYRÓ ROBERTO J. (1986) *Cuentos del Pago chico y otros escritos*. Buenos Aires: Hyspamérica.

¹¹El análisis de la corrupción y la opinión pública que realizan BERGOGLIO M. I y J. CARBALLO (1996) permite mostrar que el aumento de las denuncias obtiene como una consecuencia directa que la lucha contra la corrupción se convierte en una nueva meta política y mostró además, la asociación que su escalada produce tanto en el deterioro de la imagen de la Magistratura, considerada responsable por no combatir la corrupción, así como en la falta de confianza en la imparcialidad de la Ley. Los datos demuestran que ambos factores reducen la disposición de los ciudadanos a procesar sus conflictos privados a través del aparato del Estado, lo que apoyaría la concepciones de ciudadanía de baja intensidad, propias de formaciones democráticas delegativas, según O'Donnell (1996).

cial, la superposición y/o dispersión normativa y los patrones culturales, se representan en el clásico análisis de Carlos Nino (1992) cuando analiza los factores y procesos que se sitúan *al margen de la ley*, focalizando el problema como un débil proceso de integración social argentino. El análisis de Isuani (1996) sigue el mismo eje de discusión, centrado en una amplia descripción de la inoperancia de los controles institucionales del Estado. Aún hoy, y como se observará más adelante, las consecuencias explicativas de la visión durkhemiana son altamente valoradas.

Frente a las agudas crisis de la democracia en los países de la Región, la legalidad y el estado constitucional de derecho vuelven al centro del debate con una segunda generación de análisis sobre la corrupción, focalizando las explicaciones en los procesos de control social, político y judicial sobre el fenómeno, desde el marco de los diagnósticos sobre la Democracia. Las teorizaciones de Thompson John B, de O'Donell, Smulovitz y Perozutti, entre otros, corresponden a esta segunda generación de estudios, en los cuales, la corrupción es analizada en relación con las consecuencias que su denuncia está marcando para los procesos democráticos de América Latina.

Para relevar entonces a los diversos intereses que guían a los autores en la formalización de conceptos y teorías que analizan el fenómeno, sugiero tomar en cuenta *tres ejes* de reflexión: Las definiciones y tipologías de la corrupción tomadas desde diversos ángulos e intereses de exploración, los contextos propiciatorios de la corrupción y las consecuencias políticas y jurídicas que la misma implica.

2.1. Definiciones, dimensiones e intereses

La referencia a la gran diversidad de definiciones y tipologías sobre la corrupción, que incluye variantes y alternativas obliga a replantearnos la complejidad del fenómeno, por lo que se tratan conjuntamente aquellos enfoques según el carácter de su argumento fundamental.

Los elementos y características definitorias que pueden encontrarse en las diversas conceptualizaciones acuerdan en considerar que el acto de corrupción implica la violación de un deber posicional en organizaciones o instituciones- posición que puede ser de naturaleza pública o privada- mediado por la existencia de un sistema normativo de referencia, y la expectativa de obtener algún tipo de beneficio extraposicional, no necesariamente económico- que generalmente se realiza en secreto. Para que esta violación se de, los autores coinciden desde diversos análisis, sobre la valoración de la ventaja que representa para el que transgrede las normas, el logro de un

beneficio más alto que el costo de violar los diversos órdenes normativos – formales e informales- o lo que comúnmente se caracteriza como niveles de impunidad.

Parecería existir cierto consenso entre quienes lo tratan desde una perspectiva temática, por lo que la noción de corrupción se encuentra anclada en “ el abuso de la función pública para obtener ganancias personales directas o indirectas”¹²; o en la violación del deber de probidad de los funcionarios, en pos de su enriquecimiento personal” o la corrupción como “el abuso de una función o recurso público para beneficio personal”. Otra de las propuestas clásicas resulta del trabajo Rose Ackeman (2001:9), ex funcionaria del Banco Mundial, para quién el análisis de la corrupción representa “ la interacción entre la actividad económica productiva y la búsqueda improductiva de ingresos centrándose en el fenómeno *universal de la corrupción en el sector público*”¹³, resaltando en este caso la relación entre la dimensión económica y la pública.

Abundantes y diversas tipologías como la de Capriles basada en los actores¹⁴, Mény, quien presenta los modelos que viabilizan la corrupción¹⁵,

¹² MALEN SEÑA (2001) cita esta definición del informe del Secretario General de Naciones Unidas a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, En *Globalización, comercio internacional y corrupción*. Madrid: Gedisa p 23.

¹³ Sobre todo cuanto estos hechos y otros, se empiezan a escrutar bajo la lupa de Organismos Internacionales como el Transparencia Internacional que construye un orden por empresas y países según el mayor o menor nivel de corrupción.

¹⁴ BERGOGLIO M.I y J.CARBALLO (1996:4) presentan un análisis desde la perspectiva sociológica y recuperan la clasificación de Capriles (1991) para distinguir los diversos niveles de corrupción, a partir de *los actores que intervienen* en: a) la distribución irregular de pequeños favores desde el poder hacia la masa de los ciudadanos, que no beneficia sino indirectamente al funcionario que los otorga. b) el soborno administrativo a funcionarios de nivel medio, efectuado por grupos empresariales que desean obtener permisos, contratos, u otro tipo de decisiones estatales. c) los fraudes y estafas cometidos por los dirigentes políticos de más alto nivel. Este tipo de comportamientos son los más susceptibles para generar escándalos y rumores, debido a la notoriedad pública de los participantes. d) la corrupción judicial y policial, efectuada para encubrir hechos delictivos pertenecientes a los niveles anteriores.

¹⁵ Básicamente pueden sistematizarse en la necesidad de influencia en la toma de decisiones sea para contrarrestar la lentitud de los procesos, sea para lograr decisiones favorables de cualquier nivel de la administración pública. Un segundo modelo que describe como la discrecionalidad administrativa, en el caso de adjudicación de contratos públicos es permeable a prácticas corruptas, y un tercer modelo, que se detiene en el análisis de *las redes de sociabilidad* que proveen de un acceso privilegiado a los decisores políticos, administrativos y judiciales, favoreciendo comportamientos corruptos Cf. GONZÁLEZ J. (2000) p. 102, op cit.

se unen también a varios de los análisis realizados desde el marco planteado por Klitgaard, en la fórmula por la cual la corrupción resulta de sumar discrecionalidad al monopolio de poder y restarle responsabilidad¹⁶. Este hecho descrito como “balcanización” política del estado, describe a aquellos grupos de poder que responden a sus propios intereses, más que al cargo que representan en el estado. El pacto de silencio o la protección del secreto con el cuenta la política (González, 2000) o la zona de incertidumbre que diluye la discrecionalidad de los funcionarios públicos (Croizer, 1996), plantea para algunos autores la necesidad de observar los fenómenos de corrupción en un entramado institucional que permite el desarrollo de una serie de prácticas ilegales, antiéticas y antidemocráticas. En algunos de ellos, se atribuyen a tales conductas, el uso de cálculos racionales sobre costo y beneficio.

Por otro lado, una serie de teorizaciones ligados a la influencia de determinados procesos, propiciatorios de incidir en cambios de comportamientos, conductas, valores, como lo representan aquellos análisis basados en los procesos de desarrollo y cambio social, y los más reciente procesos de internacionalización económica o la crisis de los partidos políticos, sindicados como factores o ambientes que contribuyen a recrear un contexto para el desarrollo de la corrupción¹⁷.

En Italia, Pizzorno (1992) y della Porta D. (1998) analizaron los cambios en los modos de hacer política con las crisis de los partidos políticos. Ejemplo de este tipo de corrupción se singulariza en la figura del *político de negocios* que Della Porta describe a través de presentar cómo en los partidos políticos italianos, se refuerzan corrupción y clientelismo, creando “un contexto socializador” de los partidos políticos, lo cual permite una creciente movilidad social a estos gestores de negocios de la política. En

¹⁶ MALEN SEÑA (1997), GONZÁLEZ J. (2000) y VARGAS VIANCOS (2001) refrencian la obra de KLITGAARD *Controlando la corrupción*. Versión castellana Buenos Aires: Sudamericana.

¹⁷ Los análisis producidos sobre la corrupción son posteriores a la década de los setenta y formaron parte de un contexto general de crecimiento y expansión económico. Así por ejemplo para Huntington, (1972) la corrupción resulta asociada a los procesos de cambio social como una rápida modernización económica. Este autor y otros, pusieron el acento en diferenciar cómo los nuevos empresarios y políticos que comenzaban a operar, no podían ser reconocidos como actores de no introducir prácticas de sobornos y tráfico de influencias. La explicación para estas conductas se centró en las diferencias de clase o raza de los actores políticos o en la rigidez de las viejas estructuras partidarias y las elites económicas que resistían la incorporación de los nuevos valores.

este contexto socializador, el valorpreciado es el intercambio de favores que se legitima mediante el uso de estos gestores por parte de los líderes partidarios, permitiendo tanto la recaudación de fondos de financiación para la política, como su distribución¹⁸.

Si en el primer caso se puntualizaba el concepto de corrupción a conductas que buscan una recompensa pecuniaria personal de modo ilícito, de estas segundas referencias se observa como ciertas definiciones se desvinculan de ganancias personales, y permiten que los políticos dispongan de sus decisiones e influencias para beneficio de un conjunto de actores. Otros análisis señalan además, el daño que la corrupción representa para el interés público¹⁹.

Comparando las conceptualizaciones, puede decirse que las mismas se convirtieron en inmanejables clasificaciones sobre la conducta, tales como activa o pasiva, pública o privada, negra, blanca y gris²⁰, en donde las nociones de abuso e interés público y beneficio personal, que en las mismas suele describirse, constituyen desde la óptica de algunos autores como Johnston (1998), ciertos riesgos, a pesar de poder materializarse en definiciones operativas de unpreciado valor empírico. Para este autor, la estrecha relación entre corrupción y poder, y su relación con los valores de la democracia, no debe perder de vista “ las conexiones entre la idea de corrupción y la vitalidad del proceso político”.

Una diversidad de posiciones pueden encontrarse a partir de este factor nucleante. Desde aquellas en donde el poder es incorporado de modo tangencial e impreciso: “consiste en algún tipo de abuso de poder”²¹. Pare-

¹⁸ DELLA PORTA DONATELLA (1998) ... “esta redes de relaciones crea la posibilidad de organizar y concluir con éxito transacciones ilegales, y a la vez, de protegerse ante la amenaza de una denuncia y de recoger el apoyo electoral necesario para su propia carrera y para mantener el sistema de partidos”. En op. Cit. p 8

¹⁹ Tanto CARLOS NINO(1992) como JOAQUÍN GONZÁLEZ(2000) citan el trabajo de CARL FRIEDRICH, quién entre otros, destaca el daño al interés público como un elemento central de las prácticas corruptas.

²⁰ A partir de las diferencias o confluencias de opiniones de elites y opinión pública en general, ARNOLD HEIDENHEIMER establece esta escala de colores por la cual el color negro destaca el consenso en sancionar determinados actos como corruptos, la gris indicaría disparidad de opiniones y la blanca manifestaría igualmente un consenso sobre corrupción tolerables. Cf. MALEN SEÑA (2001) *Globalización, comercio internacional y corrupción*, p 34 y GONZÁLEZ JOAQUÍN (2000) *Corrupción y justicia democrática*. Madrid: Editorial Clamores Véase Cf. Capítulo 2.

²¹ MALEN SEÑA (2001) cita esta definición del informe del Secretario General de Naciones Unidas a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, en “Corrupción y Poder Judicial”. p 23.

ciera que la discusión sobre la relación entre poder y corrupción se diferencia entre quienes afirman que no es posible diferenciar la corrupción del poder, mientras que para otros la corrupción es un instrumento del poder. En el caso del análisis de Johnston, el autor sugiere detenerse en las dimensiones políticas de la corrupción para revelar “el juego de las instituciones formales y las prácticas sociales”; recupera la conceptualización de Thompson Dennis (1999) sobre “corrupción mediatizada”, definición que permite relevar la importancia de las conductas de los funcionarios en contextos democráticos, en tanto que la ganancia obtenida más que descripta como ganancia personal y material resulta una ganancia política, de tipo simbólico, en tanto los beneficios otorgados a alguien no son en sí mismos ilícitos, sino que lo impropio es cómo la autoridad otorga el beneficio. En coincidencia con esta óptica, Johnston suma las definiciones aportadas en contextos de transiciones políticas como las operadas en Polonia y Rusia. Toma en tal sentido la realizada por Tarkowski (1989) cuyo núcleo central para definir la corrupción es “la violación no sólo de leyes sino de normas reconocidas como vinculantes por la sociedad”²².

Cuando estas prácticas se extienden a toda una red de relaciones entre funcionarios y diversos actores sociales, la corrupción se acomoda institucionalmente, y ya no es posible tratar a la corrupción como actos individuales sino como “prácticas articuladas de poder”. En estos casos el enriquecimiento personal no es el único beneficio, sino que la derivación de beneficios se utiliza para la subsistencia del grupo, como es el caso de financiamiento de campañas políticas con fondos públicos. Para Pegoraro (1999) la corrupción lejos de poder tratarse como actos individuales de algunos funcionarios, funciona en la actualidad como “una práctica de gubernamentalidad”, tanto la corrupción como su revelación y la impunidad de los actores políticos devela su uso como una herramienta táctica en un marco de mercantilización para el tratamiento de lo político, lo administrativo e inclusive lo social²³.

Entre la existencia de prácticas ilícitas esporádicas y aquellas prácticas sistemáticas como las que ocurren en el financiamiento de partidos y el clientelismo político se desvirtúan los modos y procesos de adopción de decisiones democráticas, y el intercambio por la cual se “distribuyen” todo

²² JOHNSTON cita a THOMPSON DENIS (1993) y TARKOWSKI JACEK (1989) en op cit p.11 y 12.

²³ PEGORARO JUAN (1999) “La corrupción como cuestión social y como cuestión penal”. Buenos Aires: *Revista Delito y . Sociedad* N°13 ,Año VIII, p.29.

tipo de bienes, incluidos los simbólicos, se convierte en moneda de curso habitual, que en los estudios sobre clientelismo político, ha sido ampliamente tratada²⁴. Como la responsabilidad es elidida, elusiva, diluida, en aquellos casos, en los cuáles, éstas prácticas ilícitas no permitan “ver” los hechos delictivos o infractores al orden normativo, la confusión generaliza la pérdida tanto de la importancia de atribuir responsabilidad como de la atribución de culpabilidad. A esta consecuencia Dennis Thompson (1999) la ha caracterizado como el problema de responsabilidad de “las múltiples manos”.

Sin embargo y a pesar de lo expansivo del tema y de su resonancia en contextos nacionales e internacionales, la insuficiencia de las acciones para su prosecución y la falta de consenso entre los diversos actores democráticos, han relegado a los planos del tratamiento normativo y hacia el rediseño institucional, una lenta transformación. De allí cobran importancia la opinión pública y el escándalo mediático. El hecho público que adquieren los casos de corrupción los configura como escándalos, determinando que los medios de comunicación, se conviertan en uno de los principales mecanismos mediante el cual se visibiliza la corrupción, según la conceptualización de John B. Thompson (2002).

El análisis de Waisbord (2002) representa uno de los análisis sobre escándalos políticos en Argentina. El escándalo de las armas asociado con la corrupción oficial del gobierno de Menen, resulta el caso paradigmático de *cause d'état* relacionado con el interés público, como uno de los casos de más larga duración en el escenario mediático²⁵. Constituye además, el corolario de una serie de hechos –Swift, Yoma, Pami- durante los diez años de presidencia de Carlos Menen. Sin embargo para el autor, el escándalo de las armas se diferencia de una segunda categoría de escándalos de corrupción, generados en aquellos casos de violación de derechos humanos, que tales como el de M. Soledad Morales en Catamarca, la muerte del soldado Omar Carrasco o el asesinato del periodista José L. Cabezas, y que pueden sumarse, a las dificultosas investigaciones y procesos de los atentados a la Embajada de Israel y la Amia.

Si en los primeros se trata de los integrantes de la élite política, que puede encuadrarse mediante el sufijo *gate*, aludiendo a *Watergate*, -aún sin que la consecuencias de éstos produzca lo que *Watergate* produjo en Estados Unidos- en los segundos, los actores denunciados son ciudadanos co-

²⁴ Véase al respecto, los trabajos de VICENTE PALERMO y MARCOS NOVARO.

munes, generalmente en el centro de la historia o que participan en calidad de testigos o informantes, frente a intereses corporativos que protegen alteraciones en las investigaciones y a responsables de organizaciones de encubrimiento. Si bien las reacciones sociales frente a ambos tipos de escándalos de corrupción son diversas, los “*escraches*” a políticos y las marchas y movilizaciones por la violación de derechos humanos posibilitan según Waisbord (2002: 318) una lectura durkheimiana en tanto constituyen momentos de reafirmación de un determinado orden social, y la muestra de una sociedad preocupada por la afirmación de determinados valores y comportamientos.

Sin embargo, para este autor, resulta difícil asumir socialmente que el primer género de escándalos de corrupción, y sobre todo el escándalo por la venta de armas se constituya en un reflejo acerca del funcionamiento de la democracia argentina, que expresa al funcionamiento de las instituciones. Pareciera que el escándalo mediático centrado en dismantelar las conducta ilegales de determinados individuos opaca la importancia central de los primeros.

Smulovitz y Peruzzotti (2002) presentan una visión alternativa a partir de diferenciar los procedimientos de control sociales y políticos desde la concepción de *Accountability*. Diferenciando entre procesos de control legal y políticos, la *accountability* legal o control horizontal entre las instituciones del propio Estado, debería darse en un marco de coherencia entre controles normativos, constitucionales y de derechos humanos con instancias y procedimientos administrativos que permitiría un adecuado control; la eficacia de este tipo de control depende de la existencia de un sistema legal con capacidad para imponer la ley a sus gobernantes²⁶. A diferencia de la anterior, los mecanismos de *accountability* política implica mecanismos externos al Estado, se desplaza verticalmente y constituye expresión de la representación democrática, marco en el cuál, el voto y los procesos

²⁵Waisbord S. (2002) “Lo que ha sostenido el escándalo de las armas durante cuatro años, es la confrontación de una estructura institucional de tres patas integrada por la Justicia, el Congreso y los medios”. “Interpretando los escándalos. Análisis de su relación con los medios y la ciudadanía en la Argentina contemporánea” En PEROZZOTTI y SMULOVITZ edit. *Controlando la política*. Buenos Aires: Temas. p. 307

²⁶O’ DONELL G. (1998) define la *accountability* horizontal como la existencia de órganos estatales que disponen fácticamente de la autoridad legal para emprender acciones, que van desde el control rutinario hasta la aplicación de sanciones legales a aquellos actos ilícitos, tanto de funcionarios como agencias estatales. En “*accountability horizontal*”. Buenos Aires: revista *Agora*, N° 7, pp.18.

electores son su institución central. Tanto la *accountability* política como la legal han constituido el foco de atención de innumerables análisis en Latinoamérica, mediante los cuales se ha demostrado la inexistencia y / o debilidad de estos mecanismos²⁷.

No obstante estos antecedentes, el crecimiento y desarrollo de la participación ciudadana junto a las denuncias mediáticas permite a estos analistas concebir un nuevo tipo de *accountability* de dimensión social: *“El concepto de Accountability hace referencia a la capacidad para asegurar que los funcionarios públicos rindan cuentas por su conductas(...) La Accountability social es un mecanismo de control vertical, no electoral, de las autoridades políticas basado en las acciones de un amplio espectro de asociaciones y movimientos ciudadanos así como en acciones mediáticas”* (Peruzzotti y Smulovitz 2002:32).

Como el problema del control invariablemente conduce al tema de la imposición de sanciones, algunos analistas parecen observar cierta fragilidad en estos nuevos mecanismos de control, ante lo cual, los mencionados autores, remarcan la importancia que representan los costos reputacionales y las expectables consecuencias políticas que su pérdida pueden acarrear para aquellos políticos implicados en prácticas corruptas. Para ello se plantea la necesidad de investigar la litigiosidad en sus efectos extralegales argumentando que *“aun cuando no en todos los casos la estrategia judicial produce sanciones penales, el costo simbólico y reputacional de la acusación ni el estado de sospecha pueden ser evitados”*²⁸. Hasta aquí se utilizaba la opinión pública como una forma clásica de monitorear la población, sin embargo, el trabajo de Peruzzotti y Smulovitz tiene la ventaja de mostrar el crecimiento de la denuncia y el uso actual de los canales de participación.

En un trabajo anterior Smulovitz (2001) revela que si se comparan los datos de acciones realizadas entre los años 1994 y 2000, solamente en la

²⁷ O' DONELL ha puntualizado que los marcados déficits en los mecanismos de *Accountability legal* y *horizontal* cuestionan la calidad de la representación democrática por lo que en América Latina se configuran democracias delegativas, en los cuales si bien el electorado autoriza al presidente como representante, no existe instituciones capaces de controlar al poder ejecutivo.

²⁸ *“por lo tanto el potencial punitivo de estas acciones no debe analizarse únicamente a partir de las sentencias resultantes. Su poder y su control también se asientan en la visibilidad pública de los casos, en la amenaza del uso masivo de la querrela judicial como recurso para transacciones políticas o en la amenaza de una larga marcha de sucesivas y continuas disputas judiciales”*. SMULOVITZ (2001: p. 23).

Defensoría General de la Nación, las cifras alcanzadas se acrecentaron en considerables valores pasando de 7.256 casos a 30.434 en el año 1998, bajando a la mitad para el año 2000. Igual incremento tienen los expedientes iniciados en la oficina Anticorrupción que entre diciembre de 1999 a mayo del 2001 alcanzan a un total de 1.400 expedientes iniciados. Si bien las denuncias, en su mayoría, son iniciadas por individuos particulares, su crecimiento demuestra el alcance de las actividades de control ciudadano basado en el reclamo de derechos²⁹.

2.2 Los contextos propiciatorios y consecuencias de la corrupción.

Agrupados los contextos principalmente en dos planos: el problema del control político y judicial, la diversidad intradimensional entre los diversos autores es nuevamente compleja y posiblemente muestre lo contingente que la corrupción resulta a determinados contextos socio-históricos. Las causas políticas, que para gran parte de los análisis devienen del intervencionismo estatal³⁰, de la relación entre partidos políticos y Estado, cuyo tema candente es el financiamiento de los partidos, se une a diversas carencias legales, tales como la discrecionalidad que opera en diversos niveles de la administración pública para la adjudicación de contratos públicos. Desde la dimensión política se alude a la necesidad de la reforma política, y en tal sentido se avanza en el diseño de instancias institucionales que promuevan la denuncia ciudadana.

Dos nuevos contextos propiciatorios resultan sin embargo muy discutidos en los últimos análisis. Estos aluden a la dimensión judicial y a la

²⁹ SMULOVITZ, (2001): "Judicialización y Accountability social en Argentina". Ponencia presentada al IV Congreso de Ciencia Política SAAP- Universidad Nacional de Río IV, Córdoba, p24 y 25.

³⁰ Sobre todo en aquellos países que el Estado de Bienestar tuvo un amplio desarrollo. Como bien señala MÉNY el análisis de las causas de la corrupción va en direcciones opuestas, dependiendo de las preferencias ideológicas. Así los análisis desde una matriz neoliberal consideran que "la corrupción es manifestación de los mercados negros originados por el exceso de intervencionismo estatal. Cuanto más interviene el Estado, más reglamenta y más fomenta la invasión de las burocracias, más riesgos hay de que se den procedimientos y mercados paralelos, origen de comportamientos delictivos". Estos argumentos se contraponen a aquellos que en vez de centrarse en la perversidad intrínseca del Estado, insisten en otro aspecto: el debilitamiento de la ética pública, la deslegitimación del Estado como encarnación del interés general, y la disolución de los valores colectivos por la búsqueda de beneficios mediados por intereses personales y privados. Cf. MÉNY YVES "Corrupción "fin de siglo": cambio, crisis y transformación de valores". Revista Internacional de Ciencias Sociales - N° 49: La corrupción en las democracias occidentales.

creciente internacionalización económica. Ambos despiertan intereses nacionales como extranjeros. Si en el primer caso, se alude a un problema normativo – superposición, falta de aplicación o simple ausencia de regulación- y al funcionamiento del poder judicial, caracterizado por la inoperancia de sus controles internos y mediada por una organización corporativa, en el segundo contexto se aducen el crecimiento del desarrollo monopólico empresarial, la concentración del poder económico y la falta de controles en los movimientos del capital.

Si las definiciones jurídicas tiene la ventaja de la seguridad y certeza: “es corrupción lo que el código penal define como tal”, no obstante los nuevos análisis sobre el tema plantean que esta aproximación jurídica tiene algunos problemas, señalados ya por los mismos jueces, como lo fue en el caso italiano de *Mani Pulite*. En general, dado que las prácticas corruptas incorporan otros delitos en conexión, resultan insuficientes los tipos delictivos y las calificaciones jurídicas proveídas por las leyes penales. Así los ejemplos de delitos tales como la malversación o la simple ingerencia en las decisiones públicas que constantemente forman *el corpus* de las prácticas corruptas, resultan un saber que no tiene encastre en la técnica jurídica de la prueba, de modo que las definiciones jurídicas no pueden sancionar aquello que constituye el origen de tales disposiciones, el comportamiento ético³¹.

Respecto de la internacionalización de los intercambios comerciales, Malen Seña(2000) reseña el rol que cumplen las asimetrías de todo tipo, pero sobre todo las jurídicas, en los dinámicos movimientos del capital, creando el contexto por el cuál la elección de países para las inversiones, sucede en jurisdicciones en las cuáles no sólo las ganancias se multiplican sino que la existencia de vacíos legales e institucionales contra las investigaciones por prácticas corruptas, constituyen un fuerte incentivo para las radicaciones del capital. El segundo elemento de importancia, resulta de la conjunta y creciente multiplicación bancaria que acompaña a los “nuevos” procesos de internacionalización económica. Mediante ésta, se fortalece el secreto de múltiples operaciones de lavado de dinero³². Algunas

³¹ De hecho debe recordarse las discusiones acerca del delito de asociación ilícita respecto a la venta de armas y su implicancia para la liberación del ex presidente Carlos Menem.

³² LEVI MICHEL (2001) “Lavado de dinero: la banca privada se vuelve menos privada”. En Informe Global sobre la corrupción. Transparencia Internacional. <http://www.globalcorruptionreport.org>

legislaciones nacionales protege a los titulares de cuentas y a sus transacciones, formando parte del cuadro de ventajas comparativas con los que se mueve el capital. Suiza y en un contexto más próximo, la banca uruguaya, son reconocidos refugios, en donde el secreto bancario protege legalmente. Algunas investigaciones, como la realizada en Italia por la operación *Mani Pulite*, han demostrado la operatividad de estos sofisticados mecanismos, pero la dificultad señalada por diversos análisis, muestra la complejidad internacional que el tema revela.

Los análisis que insistieron en la importancia de dimensiones culturales encontraron algunos inconvenientes para generalizar contextos, dadas las diferencias que internamente cuenta cualquier sociedad, como las que se producen en términos comparativos. Como bien señala Mény (1998), implica diversos niveles de relativismo cultural y permite que una situación no parezca una consecuencia tan grave en comparación con otra, como se observa del análisis realizado por Waisword.

Sin embargo, tanto la volatilidad de la dimensión cultural como la ética pública y sus palpables consecuencias deben revisarse, dado que las diferencias entre determinadas sociedades, especifican su importancia³³. Algunos análisis clásicos sobre estas dimensiones contextuales, como los de Leclerq³⁴, aluden a la existencia de dos órdenes normativos cuya disonancia en la aceptación de las elites y la ciudadanía en general, permite distinguir entre órdenes culturales ideales y operativos, siendo éstos últimos, los que en realidad se han descubierto en la base de los modos de hacer política en los últimos años. Resulta interesante la causalidad atribuida a las crisis porque ponen en evidencia la presencia de ambos órdenes y obligan en cierto modo a discutir nuevamente a la corrupción.

La corrupción sigue siendo un intercambio clandestino³⁵, salvo cuando la corrupción es un hecho tan integrado en las costumbres que ni sique-

³³ MÉNY señala la diferencias resultantes de la comparación entre Inglaterra y Francia, con innumerables problemas de corrupción, frente al escaso desarrollo que esta problemática ha tenido en Suecia.

³⁴ CARLOS NIÑO (1992) *Al margen de la ley*, toma como referencia la obra de LECLERQ.

³⁵ MÉNY puntualiza que parece evidente que lo único clandestino es el pacto de la corrupción, porque todos los demás elementos del trato conviven tranquilamente en los contornos de la legalidad y normalidad. E igualmente este autor remarca que el aumento de las prácticas corruptas y de su carácter cada vez menos oculto, es lo primero que ha contribuido a la toma de conciencia. Lo que al principio sólo sabían unos círculos de "iniciados" muy restringidos (por ejemplo, los dirigentes de los partidos y algunos responsables de grandes empresas), acaba siendo un secreto a voces cuando la corrupción se extiende y difunde mediante las denuncias mediáticas y ciudadanas.

ra hay necesidad de tomar la precaución de disimular el intercambio, como son los casos por los que se representa su institucionalización social, en términos tales como la *mordida mexicana* y el *jeitinho* brasileiro, o las frases populares *hecha la ley hecha la trampa a pague Dios*, indicativas de corrupción, en Argentina.

3. Jueces, Guardianes de promesas

Es a Antoine Garapon (1998) a quién le pertenece la anterior metáfora, por medio de la cual caracteriza el actual contexto de cómo la actuación de los jueces resulta privilegiada como guardiana de la democracia. La complejidad de esta situación agrega un factor no carente de importancia al análisis de la temática, tal cual se venía produciendo.

Cuando la corrupción supone el escenario judicial, las explicaciones invariablemente conducen a la separación de poderes y a la independencia del poder judicial. En ello se detectan dos problemáticas cruciales, por un lado la discusión de las posibilidades de independencia del poder judicial, en tanto "la jurisdicción se desenvuelve en el marco diseñado por el poder político" como sostiene González (2000:211)³⁶, alejando las posibilidades que tanto la actividad legislativa como la judicial puedan ejercer algún tipo de control sobre los políticos que han cooperado a sus designaciones. Tanto Garapon como González, definen la caducidad de la vigencia ficcionaria - fruto de la tradición francesa revolucionaria - que mantenía a los jueces distanciados de la sociedad, y que en base a tal distancia, se pudo recrear la ficción de imparcialidad e independencia del poder político.

También Malen Seña (1997)³⁷ señala las implicancias de la noción en una múltiple referencia, que incluye tanto a la separación física de las personas que ocupan cargos públicos, al control mutuo entre los diversos poderes, o a la incompatibilidad de los cargos. En referencia concreta a la independencia judicial se alude a la necesidad de marginar las influencia de los otros poderes e inclusive se suele precisar la necesidad de la independencia interna de los jueces frente a otros jueces. Vargas Viancos (2001) puntualiza el tema, al expresar que se coloca el acento en la independencia del poder judicial y no en la independencia de los jueces, que desde una fuerte cultura corporativa y jerárquica ha lesionado internamente, la inde-

³⁶ GONZÁLEZ JOAQUÍN (2000) *Corrupción y justicia democrática*. Madrid: Editorial Clamores.

³⁷ MALEN SEÑA J. (1997) "La corrupción en el Poder Judicial". Conferencia en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNC. Córdoba, 9/9/97

pendencia del juez. Frente a ello, las reformas judiciales en la Región ha demostrado ser "poco funcionales" para combatir mediante un control eficaz la corrupción interna³⁸.

En el análisis que para Venezuela realizara Perez Perdomo (1999) retrata la existencia de *redes clientelares* como "interferencias" en los sistemas judiciales. Las formas de corrupción asumen diversos modos pudiendo contabilizarse entre ellas las influencias que se utilizan para la manipulación de las decisiones judiciales³⁹. Esto indudablemente coloca el cuestionamiento en otro nivel ¿cómo lograrán estos jueces que no son independientes controlar la corrupción que se genera en otros ámbitos de la sociedad?⁴⁰ Para este autor el problema es general a las administraciones de justicia latinoamericanas, y encuentra su raíz "en la lógica misma en que ellos funcionan". Lógica contenida mediante una estructura institucional autónoma y vertical en la cual se mezclan y confunden jerarquías administrativas y procesales, generadoras de una cultura institucional autoreferencial y corporativa. Vargas Viancos (2001) propone la recuperación del poder judicial de cada juez, no como resultado de un poder delegado por sus superiores, sino mediante una adecuada definición de los ambiguos roles judiciales que permita operativizar la vaguedad del juez como resolutor de

³⁸ En las reformas a la carrera judicial implementadas en el Continente no se desmantelando el protagonismo de las Cortes Supremas. "los sistemas de evaluación de desempeño de los jueces se convierten así en un nuevo y peligroso mecanismo de sumisión de éstos a sus superiores. A través de ellos se van imponiendo los valores y lógicas corporativas y se disciplina a quienes pretendan separarse de ellos". En VARGAS VIANCOS (2001) "Poder Judicial, políticas judiciales y corrupción". <http://magnet.undp.org>. Véase también para el caso argentino, el interesante estudio de CATALINA SMULOVITZ sobre las relaciones de la Corte Suprema de Justicia y el poder político.

³⁹ Para el autor la marginalidad de la administración de justicia contribuyó a que durante mucho tiempo la corrupción judicial no se tomara en cuenta. El total de los conflictos que pudieran suscitarse en la esfera económica llegan rara vez a tribunales, siendo solucionados por las relaciones familiares o de amistad, "el sistema era predecible, pero la seguridad derivaba (o deriva) del sistema político, no del funcionamiento del derecho En PÉREZ PERDOMO R.(1999)"Las profesiones Jurídicas en América Latina: Tendencias de fin de siglo" en FRIEDMAN L y PÉREZ PERDOMO R.(comp.) *La cultura legal en Europa Mediterránea y América Latina*.

⁴⁰ El diseño institucional judicial latinoamericano estructurado vertical y jerárquicamente tiene a las Cortes Supremas como cabeza del sistema; siendo un órgano con un marcado carácter político y con la mayor injerencia del poder político en su designación, remoción y control. La concentración de poder de las Cortes o Tribunales Superiores ha contribuido en este esquema institucional a supeditar todo el sistema judicial al órgano más permeable a los criterios políticos. Cf. SMULOVITZ (1995) y VARGAS VIANCOS (2001).

conflictos. Con ello se evitaría la superioridad de unos jueces sobre otros basada más en un criterio procesal, que para nada fomenta la autonomía judicial sino que por el contrario recrea la dependencia a las lógicas jerárquicas institucionales.

Malen Seña hipotetiza que si existe cierto monopolio decisonal unido a amplios márgenes de discrecionalidad sin que por ello competa ninguna responsabilidad, el juez cuenta con un contexto favorable para corromperse. Si bien, no es posible negar las consecuencias positivas de este cuasi monopolio que abundantemente han sido ya trabajadas, resulta notorio que de diversos posicionamientos, se comience en la década de los noventa, a llamar la atención sobre las consecuencias negativas de este monopolio. El tema de la responsabilidad disciplinaria, penal o civil de los jueces constituye en este sentido el talón de Aquiles del tratamiento de la cuestión.

La combinación de legitimidad tanto de la administración de justicia como de sus funcionarios, debe resultar de una combinación que trascienda el modelo de neutralidad del juez en términos de un exégeta de la ley. Para Garapon, el juez debe representar los valores de la democracia, esquema en el cuál ningún poder puede detentarse sin una responsabilidad equivalente. Para ello es necesario abandonar las paradojas de *la neutralidad, de la legalidad*, y del control autoreferenciado en la propia institución judicial: "para que pueda ser censor de la ética de los demás, ha de poder responder de su propia ética", expresa el autor (Garapon 2002: 265). Si bien el mismo autor reconoce que este difícil problema no ha sido resuelto por ninguna democracia moderna, nos alerta sobre la composición equilibrada que debe representarse en Los Consejos de la Magistratura para que esta institución pueda responder a los necesarios controles.

4. Consideraciones finales para proseguir el debate

Las perspectivas clásicas sobre la corrupción colocan el acento en el funcionario público y, en las acciones personales, desde una variada gama de descripciones y tipologías, en el afán de lograr legislaciones estratégicas que puedan cercar a los crecientes contextos de corrupción. Leyes inadecuadas, controles politizados, la no responsabilidad de políticos y funcionarios son algunos de los problemas revisados.

Sin embargo a pesar de esta aparente unificación en la conceptualización, cuando los analistas se proponen transponer los análisis descriptivos de cómo y por qué funciona la corrupción, la elaboración de una serie de estrategias para su desarticulación opera en otro nivel que el simple delito. Es en estos contextos en los que el fenómeno para amplificarse,

salirse del campo del delito individual y cobrar la especificidad de las dimensiones culturales y éticas, en tanto la extensión de conductas ilegales supera el ámbito específico del sistema legal. Porque más allá de la existencia del castigo, la existencia de interrelaciones sociales e institucionales neutraliza la capacidad propia del sistema de justicia. A ellos se suman, otros análisis que se interrogan acerca de las instituciones y dinámicas políticas en los marcos de un estado constitucional de derecho en los diseños democráticos.

Algunos analistas centran la causalidad de la extensión de la corrupción en las crisis de antiguos modelos de modos de pensar y de actuar, propiciatorios de oportunidades de corrupción en momentos de transición, en contextos de drásticos cambios tales como los se vienen desarrollando desde la década de los noventas. Al parecer las convenciones socioculturales del pasado –sobre las que se asienta la dimensión jurídico-político- ya no son ni válidas ni legítimas y no están todavía establecidas nuevas reglas de juego.

Los diversos intereses que promueven los estudios sobre la temática nos inducen a reflexionar que se ha superado gran parte de la barreras disciplinares que atentaban con la complejidad del tema como objeto de estudio. Entre la flexibilidad y la elasticidad de los conceptos de crisis y transiciones políticas, mediados por la rapidez y el crecimiento de factores como la internalización del capital y las nuevas tecnologías, algunas conclusiones permiten marcar un avance sobre tan estructural problemática. Al parecer ninguna sanción penal puede ya resolver el problema de la corrupción, si ésta no se concibe además como un problema de ética democrática y de responsabilidad –diferenciada- de todos los actores sociales, porque tanto jueces y políticos como funcionarios, periodistas o ciudadanos deben sopesar que la democracia es el resultado de una continua construcción colectiva.

Bibliografía

BERGOGLIO MARÍA INÉS CARBALLO- Julio(1996) "Corrupción y opinión pública en Argentina", *Politeia*, N° 19, Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela, 371-386.

CALCAGNO A.E. y CALCAGNO E.(1999) *Para entender la política*. Buenos Aires: Grupo Editorial Norma.

DELLA PORTA DONATELLA (1998) " Los actores de la corrupción: políticos de negocios en Italia". *Revista Internacional de Ciencias Sociales*. N° 49: La corrupción en las democracias occidentales.

GONZÁLEZ JOAQUÍN (2000) *Corrupción y justicia democrática*. Madrid: Editorial Clamores.

GARAPON ANTOINE (1997) *Juez y Democracia*. Madrid: Flor del viento ediciones.

HUNTINGTON S. (1972) *El orden político en las sociedades en cambio*. Buenos Aires: Paidós.

ISUANI ERNESTO "Anomia social y anemia estatal". Buenos Aires: revista Sociedad. Pp 103-128.

JOHNSTON MICHEL (1998) "La Búsqueda de definiciones: la vitalidad de la política y el problema de la corrupción". Revista Internacional de Ciencias Sociales. N° 49: La corrupción en las democracias occidentales.

LEVI MICHEL (2001) "Lavado de dinero: la banca privada se vuelve menos privada". En Informe Global sobre la corrupción. Transparencia Internacional. <http://www.globalcorruptionreport.org>

MALEN SEÑA JORGE (1997) "La corrupción en el Poder Judicial". Conferencia en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNC. Córdoba, 9/9/97.

- (2000) *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Madrid: Gedisa.

MÉNY YVES (1998) "Corrupción "fin de siglo": cambio, crisis y transformación de valores". Revista Internacional de Ciencias Sociales - N° 49: La corrupción en las democracias occidentales.

NINO CARLOS (1992) *Un país al margen de la ley*. Buenos Aires: Emecé.

O' DONELL G. (1998) "Accountability horizontal". Buenos Aires: revista Agora, N°7, pp. 5-34.

- (2002) "Acerca de varias accountabilities y sus interrelaciones". En Peruzzotti y Smulovitz edit. (2002) *Controlando la política*. Buenos Aires: Temas.

PEGORARO JUAN (1999) "La corrupción como cuestión social y como cuestión penal". Buenos Aires: Revista Delito y . Sociedad N°13 ,Año VIII. Pp 5-37.

PÉREZ PERDOMO R. (1999) "Las profesiones Jurídicas en América Latina: Tendencias de fin de siglo" en Friedman L y Pérez Perdomo R.(comp.) *La cultura legal en Europa Mediterránea y América Latina*.

PERUZZOTTI y SMULOVITZ edit. (2002) *Controlando la política*. Buenos Aires: Temas.

ROSE-ACKERMAN SUSAN (2001) *La corrupción y los Gobiernos*. Argentina: siglo XXI Editores.

SARLO BEATRIZ prólogo a PAYRÓ ROBERTO J. (1986) *Cuentos del Pago chico y otros escritos*. Buenos Aires: Hyspamérica.

SMULOVITZ CATALINA (1995) "Constitución y poder judicial en la nueva democracia argentina. La experiencia de las instituciones". En Acuña C (comp) *La nueva matriz política argentina*. Editorial Nueva Visión. Buenos Aires.

- (2001) *Judicialización y Accountability social en Argentina*". Ponencia presentada al IV Congreso de Ciencia Política SAAP- Universidad Nacional de Río IV, Córdoba.

THOMPSON DENNIS (1999) *La ética política y el ejercicio de los cargos públicos*. Barcelona: Gedisa.

THOMPSON JOHN, B (1998) *Los media y la modernidad*. Madrid: Paidós.

- (2002) "Naturaleza y consecuencia de los escándalos políticos" En Perozutti y Smulovitz edit. *Controlando la política*. Buenos Aires: Temas.

VARGAS VIANCOS JUAN ENRIQUE (2001) "Poder Judicial, políticas judiciales y corrupción" <http://magnet.undp.org>.

WAISBORD SILVIO (2002) "Interpretando los escándalos. Análisis de su relación con los medios y la ciudadanía en la argentina contemporánea" En Perozutti y Smulovitz edit. *Controlando la política*. Buenos Aires: Temas.

WALLERSTEIN IMMANUELLE (1999) *Abrir las Ciencias Sociales*. México DF: Editorial Siglo XXI.

SANTIAGO DERQUI EN LA UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA*

por Félix A. Torres

*"Los hombres se dignifican postrándose ante la ley,
porque así se libran de arrodillarse ante los tiranos"*

Santiago Derqui

Discurso de clausura del Congreso Constituyente de 1853.

Resumen: El artículo reseña la formación universitaria del Dr. Santiago Derqui en la Casa de Trejo. Su paso por el Colegio de Monserrat y los contenidos curriculares de las carreras de Filosofía y posteriormente Derecho, conforman la primera mitad del trabajo. En la segunda parte, se describe la tarea docente de Derqui en la universidad, principalmente al frente de la

(*) El presente artículo forma parte del trabajo de investigación "*Santiago Derqui y la Universidad de Córdoba*", realizado en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, en el marco del proyecto *Alumnos ilustres de la Universidad de Córdoba*.

(**) Licenciado en Historia. Se desempeñó en el Ministerio de Educación de Córdoba, como Coordinador del proyecto educativo de Rescate Histórico Cultural. Participó en la publicación de catorce libros sobre Historia Oral de distintas localidades cordobesas, en carácter de compilador. Es autor de los libros *La historia que escribí. Estudios sobre el pasado cordobés* (1990); *Amadeo Sabattini: su pensamiento político 1935-1940* (1997); *Dalmacio Vélez Sarsfield en la universidad y su correspondencia en Córdoba* (1997) editado por la U.N.C.; *San Martín y Cónoba. Las cartas desconocidas del Libertador 1814-1822* (2000) declarado de interés educativo por el Ministerio de Educación de Córdoba. Ha publicado alrededor de ciento veinte artículos y ensayos sobre su especialidad. En 1988 ganó el Premio Especial en el certamen histórico-literario "Mariano Moreno y la Revolución de Mayo", organizado por el Colegio de Abogados de Córdoba. Desde 1996 se desempeña como docente-investigador en la Universidad Nacional de Córdoba.

cátedra de Derecho Público creada en 1834 durante el gobierno de Reynafé. Las características generales de la nueva asignatura y la bibliografía utilizada en ella, son aspectos fundamentales de la etapa docente del futuro presidente constitucional de la Confederación Argentina. Los avatares políticos concluyeron con la actividad universitaria de Derqui, quien en 1835 se alejó de su provincia natal para engrosar las huestes que promoverán en los años siguientes, la regeneración político-institucional de la Argentina.

Palabras Claves: Santiago Derqui – Historia – Biografía – Universidad – Córdoba – Siglo Xix – Monserrat – Enseñanza – Filosofía – Derecho

La formación universitaria

Santiago Derqui ingresó a la Universidad de Córdoba con 16 años de edad, el 9 de marzo de 1826. Ese día el Dr. José María Bedoya comisionado por el rector, procedió a matricular a los alumnos de Lógica, en la carrera de Filosofía o Artes como se la denominaba entonces, y entre aquellos se encontraba Santiago.¹ Un mes después su madre lo anotaba como alumno del Colegio de Monserrat. Los datos de filiación que el rector del establecimiento –José María Bedoya- estampó en la hoja número 67 del Libro de Ingresos, son los siguientes: “El 12 de abril de 1826 entró al colegio don Santiago Derqui, natural de Córdoba, e hijo legítimo de don Manuel Derqui, finado, y doña Ramona Rodríguez. Su madre queda obligada a pagar 90 pesos para sus alimentos”. En otros renglones del mismo folio se encuentra la apretada síntesis de su paso por el Monserrat: “Pagó el primer año. Salió de vacaciones el 30 de diciembre de 1827. Volvió el 1º de marzo de 1828. Pagó veinte pesos y sesenta pesos más. Se fugó el 10 de abril de 1829 y debe cien pesos. Bedoya”².

En el plan de estudios, la carrera de Filosofía, comprendía cuatro años de estudio, con las siguientes materias: en primero Lógica y Metafísica; en segundo Filosofía Moral; en tercero Aritmética, Geometría, Trigonometría rectilínea y Geometría práctica. En esta última se incluía la nivelación y el álgebra hasta las ecuaciones de primer grado; por último en cuarto año se estudiaba Física general y particular con la expresa recomendación del Dr. José Gregorio Baigorri, “de preferir la [física] experimental a la sistemática y de mera controversia”³. El tiempo de clase de las materias

¹ Archivo Universidad Nacional de Córdoba, en adelante A.U.N.C., Libro de Matrículas N° 2 1805/1888, f. 36 r.

² U.N.C., Colegio de Monserrat, Libro de ingreso de los estudiantes de Monserrat 1810/1853, f. 67 vto.

³ GARRO, JUAN M., *Bosquejo histórico de la Universidad de Córdoba*, Buenos Aires, 1882, pág.290.

filosóficas tenía una duración de hora y cuarto por la mañana, e igual cantidad horaria por la tarde. En este último turno se explicaba y tomaban las lecciones, y si el tiempo lo permitía, se hacían conferencias sobre el tema desarrollado. Los exámenes duraban cuarenta y cinco minutos y a partir de este plan se suprimía la evaluación final en el cuarto año, en donde los estudiantes debían brindar conocimientos generales de toda la carrera cursada. De ahora en adelante en ese año solamente rendían examen sobre las materias dictadas en el período lectivo. Esta medida se justificaba porque el examen general era "gravoso e innecesario" para los estudiantes. Los días jueves y festivos se dedicaban a horas de academia, dictándose Historia de la Filosofía, materia ésta introducida en tiempos del Deán Funes.⁴ La bibliografía básica utilizada era el manual *Elementa Philosophiae* de Lorenzo Altieri, ya en uso desde la época del Deán Funes y según Caturelli "un pésimo manual de física", que para este autor debió ser sustituido en ese momento.⁵ A ese texto se agrega en el plan de Baigorri, los dos tomos de las *Institutiones Philosophicae* escritos por el padre José Valla, siendo este libro más conocido como el *Lugdunense*, en referencia a la ciudad francesa de Lyon en donde enseñaba el autor⁶.

En forma sucinta, este era el panorama de la carrera de Filosofía al momento de matricularse Santiago Derqui. Como ya sabemos se inscribió en el curso de Lógica y Metafísica que se dictaba en primer año, y aprobó su asistencia "ante el rector Dr. Pedro Ignacio de Castro Barros", en noviembre de 1826⁷. Pocos días después el 21 de noviembre exactamente, "se examinó del 1º año de Filosofía y fue aprobado por el señor rector y catedráticos plenamente"⁸.

Al año siguiente en abril de 1827, se matriculó en el segundo año de Filosofía,⁹ rindiendo el examen de Ética o Filosofía Moral el 24 de noviembre de ese año, y como el anterior "plenamente aprobado por el señor rector y catedráticos"¹⁰.

El tercer año en que se estudiaba aritmética, geometría y trigonometría rectilínea, Derqui lo cursó en 1828, teniendo de compañero de estudios

⁴ *Ibidem*, págs. 290 y 291; ver también, CATURELLI, ALBERTO, *Historia de la filosofía en Córdoba 1610-1983*, Tomo II, Córdoba, 1993, pág. 121 Y 122.

⁵ CATURELLI, ALBERTO, *op. cit.*, pág. 121.

⁶ *Ibidem*, pág. 125.

⁷ A.U.N.C., Libro de Pruebas de Cursos 1791/1882, f. 42 vto., 9/11/1826.

⁸ A.U.N.C., Libro Exámenes de filosofía 1794/1856, f. 97 r.

⁹ A.U.N.C., Libro de Matrículas N° 2, f. 37 vto.

¹⁰ A.U.N.C., Libro Exámenes de filosofía 1794/1856, f. 99 vto.

a Marcos Sastre; ambos rindieron en noviembre y "resultaron plenamente aprobados por el rector y examinadores de la facultad"¹¹. Por entonces era profesor de matemáticas el Dr. José María Bedoya que, según Derqui, tenía una vieja rivalidad política con su familia, lo cual habría influido para que el presbítero intentara separarlo "de la carrera literaria que había abrazado"¹².

En marzo de 1829 el rector Dr. Miguel Calixto del Corro, "matriculó para oír el segundo año de jurisprudencia" a don Santiago Derqui¹³. Pero poco tiempo después en el mes de abril y a causa de ocupar el general José María Paz, la gobernación de Córdoba, Derqui abandonó sus estudios. Los libros de matrículas de 1830 y 1831 no registran su nombre que, recién aparece luego de que Paz fuera tomado prisionero por tropas de Estanislao López en mayo de 1831. Al asumir la gobernación el coronel, don José Vicente Reinafé en agosto de ese año, se dio un cambio favorable para Derqui y su familia. En efecto, con fecha 13 de agosto, esto es, seis días después de asumir el nuevo gobernador propietario, Derqui le envió una nota a quien era "visitador y Patrón de esta universidad"¹⁴. En ella le solicita que interceda ante las autoridades universitarias, para que se le "permita desempeñar los exámenes y demás funciones que me restan para la conclusión de mi indicada carrera en leyes, sin asistencia de aula y en el tiempo en que me sea posible"¹⁵. Fundamenta su pedido en que a partir de la toma del gobierno de Córdoba, por parte de los militares "decembristas" —se refiere a la revolución de diciembre de 1828 encabezada por Lavalle para derrocar a Dorrego— tuvo que abandonar sus estudios forzado por esa circunstancia. Hace aquí especial referencia a su enemistad con el Dr. Bedoya, como elemento coadyuvante en el abandono de su carrera en esos momentos difíciles de su vida. Más adelante escribe que "destruida la arbitrariedad", es decir, derrocado Paz, "la razón y la ley han vuelto al digno ejercicio de su imperio", léase a través del gobierno de Reinafé, y por lo tanto "es ésta la época de resarcir lo perdido en aquella"¹⁶. Añade entre las causas de su petición, que a raíz de los problemas políticos, su familia no dispone de los medios económicos para solventar "la larga demora que es indispensable

¹¹ *Ibidem*, F 101 r.

¹² A.U.N.C., Libro de Documentos N° 8, f. 275 r., 13/8/1831.

¹³ A.U.N.C., Libro de Matrículas N° 2, f. 40 r., 2/3/1829.

¹⁴ A.U.N.C., Libro de Documentos N° 8, f. 275 r.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

en el curso material de las aulas, máxime cuando me hallo en actitud de sujetar a examen las materias que en ellas se trata"¹⁷. La respuesta del gobernador fue favorable. Reinafé con la firma de su ministro Calixto María Gonzalez, fundamenta que "el gobierno está altamente persuadido así de la justicia que lo acompaña, como de otros muchos títulos por lo que es acreedor a la gracia que solicita"¹⁸. Añadiendo que de todos modos, no quieren decidir ellos solos sobre la petición, por lo tanto "la remite al Ilustre Claustro para que se sirva deliberar con arreglo a la solicitud, teniendo presente los méritos que ha contraído este importante joven en la causa de los pueblos"¹⁹. En consecuencia le envían al rector y claustro la nota de Derqui para su resolución. Este detalle en aquella época era más una formalidad que otra cosa, ya que el fuerte patronato que ejercía el gobierno provincial sobre la universidad, lo facultaba de hecho para tomar decisiones por su cuenta; aunque sí respetaba ciertos requisitos, como por ejemplo "consultar" a las autoridades universitarias. Pero el sólido respaldo del gobernador a Derqui, contenido en la nota, condicionaba de por sí la respuesta universitaria.

El pedido en cuestión fue tratado por el claustro en la sesión del 17 de agosto, suscitándose una extensa discusión al respecto. El eje del debate pasaba por definir si la dispensa solicitada estaba dentro de las atribuciones del claustro o por el contrario, era una facultad "peculiar del gobierno". Se designó una comisión para que dictaminara sobre el asunto, suspendiéndose para una próxima sesión la respuesta²⁰. Dos días después, el 19 de agosto, la reunión del claustro continuó debatiendo la solicitud de Derqui. Sobre ese tema la comisión "se expidió en que no estaba en las atribuciones del claustro conceder la gracia solicitada"; fundamentándolo en lo dispuesto por la visita a la universidad de 1823, y la práctica constante de años anteriores en casos similares. El acta informa que además, se dieron "otras muchas razones" aunque sin especificarlas, y finalmente por unanimidad se acordó comunicar al gobierno que no estaba en las facultades de los conciliarios decidir sobre el particular, devolviendo la nota al gobernador junto con copia del auto de la visita señalada, "para que con arreglo a su mérito delibere lo que crea más conveniente"²¹. La respuesta del gobierno

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*, f. 274 r.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ A.U.N.C., Libro sesiones del Claustro 1828/1836, f. 33 r.

²¹ *Ibidem*, f. 34 r.

fue leída durante la sesión claustral del día siete de setiembre, en donde le comunicaba a la universidad “haber concedido y dispensado en todo conforme a la solicitud del estudiante don Santiago Rafael Derqui”; a renglón seguido el acta de sesiones informa que el claustro se da por enterado “de esa Superior orden”, y no habiendo otros temas a considerar “se dio fin a la sesión”²².

De esa nota de Derqui y la posterior respuesta a la misma, se extraen dos conclusiones. La primera de ellas que el claustro no estaba de acuerdo en acceder a la petición, es decir, no le permitía rendir las materias sin cursarlas porque así lo disponía la reglamentación universitaria en vigencia, aunque finalmente terminó aceptando lo solicitado ante la “orden superior” de quien ejercía el patronato de la universidad. La otra conclusión es que para esa fecha (1831) el joven Derqui ya habría realizado importantes actividades políticas a favor del partido federal, esto se infiere de la frase gubernamental donde rescata “los méritos que ha contraído este joven...” Que en el lenguaje del gobernador es acreditar servicios al bando federal en Córdoba; lo que en definitiva le valió el beneficio solicitado.

Así estaban las cosas, cuando el 18 de setiembre Derqui “a virtud de la gracia concedida por este Supremo Gobierno, desempeñó su primer examen de Derecho Civil y resultó plenamente aprobado por los Señores rector y examinadores”²³. Un mes después “desempeñó su segundo examen en esta facultad de Derecho Civil y resultó plenamente aprobado”²⁴. Esta fulgurante carrera tuvo otro jalón importante cuando el cuatro de noviembre el joven Santiago rindió “su tercer examen de Derecho Civil”, siendo aprobado por la totalidad del tribunal examinador²⁵. Posteriormente en la primera quincena de diciembre, rindió dos exámenes más, el día siete la Previa de Derecho Civil donde también fue aprobado, y el catorce el cuarto examen de Derecho Civil, con el mismo resultado positivo²⁶. Finalmente, el 22 de diciembre de 1831, en la Iglesia de la Compañía de Jesús, Derqui “desempeñó su Ignaciana en Derecho Civil... y resultó concluido el acto plenamente aprobado por los Señores rector y catedráticos”²⁷. Ese mismo día y en ese templo el rector de la universidad de Córdoba Dr. José Dámaso

²² *Ibidem*, f. 34 vto.

²³ A.U.N.C., Libro exámenes de Derecho 1791/1841, f. 40 vto.

²⁴ *Ibidem*, 17/10/1831.

²⁵ *Ibidem*, f. 41 r.

²⁶ *Ibidem*, f. 41 vto. y f. 42 r.

²⁷ *Ibidem*, f. 42 r.

Gigena, "concluida la Ignaciana [de] don Santiago Rafael Derqui, en la facultad de Derecho Civil le confirió el grado público en esta facultad de Bachiller, Licenciado y Doctor, previo el juramento acostumbrado", según da fe de ello el Secretario de la universidad, don Olmos y Aguilera²⁸. Es decir, que, en menos de un año académico Derqui se recibió de doctor en Leyes. Pocos días antes de rendir el examen final, esto es la Ignaciana, el gobierno provincial por nota al claustro del 5 de diciembre, lo eximió del pago de todo tipo de aranceles por exámenes y grados obtenidos. La universidad cumplimentó la orden "a pesar de la inexistencia de fondos para el pago de los catedráticos, de conformidad de quedar impagados absolutamente en el presente año"²⁹. Como lo demuestra este documento las finanzas universitarias estaban colapsadas, de allí la importancia que los alumnos pagaran los derechos correspondientes a todas las funciones académicas, en ese momento el único ingreso genuino que había para abonar sueldos a los profesores y empleados. Por eso que este tipo de privilegio —el no pagar— constituía una verdadera excepción, sólo aceptable cuando la orden provenía del gobierno provincial. Pero no fue aquella la última petición del alumno Derqui. Dos días antes de rendir la Ignaciana —lo más parecido a una tesis doctoral— solicitó y obtuvo del Claustro la autorización para que inmediatamente rendida la prueba, y en el caso de ser aprobado, se le otorgare "el grado de Doctor en Leyes". Fundaba el pedido en su "escasez" económica ya que la multiplicidad de los actos académicos usuales en la época, le significaban gastos extras a su magro presupuesto, que no estaba en condiciones de atenderlos con "la debida decencia" propia de un nivel universitario. Los claustrales accedieron, una vez más a esto, aclarando en el acta de sesión "que se le conceda la gracia solicitada con la calidad de sin ejemplar para la sucesión... y no se confiera dicho grado el mismo día en que se desempeña la función"³⁰. Como puede observarse la llegada del clan Reinafé al gobierno de Córdoba, significó para Derqui —más allá de su innegable capacidad de estudio y dotes intelectuales— la posibilidad cierta de completar su carrera rápidamente, y otros reconocimientos que vendrían más adelante.

Dijimos que en menos de un año Derqui concluyó sus estudios de jurisprudencia civil, carrera que por entonces tenía una duración normal de

²⁸ A.U.N.C., Libro de Grados N° 2, 1806/1893, f. 28 vto.

²⁹ A.U.N.C., Libro sesiones del Claustro 1828/1836, f. 46 vto.

³⁰ *Ibidem*, f. 47 r., del 20/12/1831.

cuatro años. De acuerdo con el plan vigente después de la reforma del Dr. Baigorri, en el primer año el profesor enseñaba "el primero y segundo libro de la Instituta de Justiniano por los Comentarios de Vinnio, prefiriéndose la edición en latín y castellano para facilitar su estudio"³¹. En el segundo curso se estudiaba el tercer y cuarto tomo de Justiniano; mientras que en el tercer año se enseñaba "el derecho patrio o leyes del Estado, teniendo en cuenta que a través de ellas y no otras se han de juzgar y sentenciar los pleitos"³². A continuación el plan de estudios hacía la salvedad de que en tanto los códigos españoles tuvieran vigencia, "y hagan las veces de aquellas", esto es, de las leyes del Estado, se enseñará la Instituta de Castilla y se estudiarán las Leyes de Toro a través de los Comentarios de Antonio Gomez, utilizándose con preferencia el compendio que de esa legislación hiciera don Pedro Nolasco de Llano. Por último, en el cuarto año los alumnos se dedicaban al estudio del derecho público y de gentes como materia principal. Entre otras consideraciones relacionadas con los horarios y temas del plan de estudios, para la carrera de Leyes, se destaca el dictado de conferencias en tercer y cuarto año, sobre la enseñanza del tratado de *Regulis Juris* y "ejercicios prácticos del género judicial". Estos últimos muy importantes para el conocimiento forense y que hacen al oficio del abogado³³.

Ya lo tenemos a Santiago Derqui con el grado de doctor en Leyes. Culminaba de esta manera la primera etapa de su paso por la universidad: la relacionada con su formación académica, aunque un tanto atípica y discontinua por causa de los avatares políticos. De él como alumno podemos señalar que fue aplicado, nunca reprobó en sus exámenes y a pesar de que no cursó las materias de Derecho, por las razones antedichas, tuvo la constancia y el empeño de prepararse por su cuenta para rendir las materias. Sus estudios de Leyes pueden definirse como los de un autodidacta dispuesto a recuperar el tiempo perdido, y cuando ese momento llegó, en cinco meses aproximadamente, rindió las materias que no pudo cursar durante los años 1829, 1830 y parte de 1831. Se ha escrito sobre Derqui que "aprendía fácilmente y cumplía en los exámenes sin ir más allá de lo normal. Por eso en sus años de estudiante no suscitó envidias ni levantó admiraciones. Tenía el respeto de sus condiscípulos y el afecto de sus maestros"³⁴.

³¹ GARRO, JUAN M., *op. cit.* págs. 296-297

³² *Ibidem*

³³ *Ibidem*, pág. 298.

³⁴ *Vidas de grandes argentinos*, Ediciones Antonio Fossati, Bs. As., 1960, pág. 306.

La etapa académica

Anteriormente dijimos que el arribo al gobierno de Córdoba de los hermanos Reinafé, le permitió a Santiago Derqui concluir sus estudios de jurisprudencia en breve tiempo, sin asistir al dictado de las materias y también eximirse de los aranceles universitarios debido a su situación de pobreza.

Una vez graduado a fines de 1831, con veintidós años cumplidos, sus buenos contactos con el gobierno provincial –de quien dependía la universidad– le posibilitaron obtener el nombramiento de profesor en la casa de estudios. El decreto en cuestión, tiene fecha 10 de febrero de 1832, apenas empezado el año lectivo y es interesante citar los fundamentos de la disposición. Ella dice que encontrándose vacante la cátedra de Lógica, y siendo obligación del gobierno atender que los establecimientos de enseñanza pública bajo su patrocinio, “sean servidos por personas que reúnan conocimientos y **pública decisión por la causa del orden para que puedan difundir ideas benéficas para el país**”, viene a nombrar al Dr. Santiago Derqui catedrático de Lógica. En el designado, a quien se lo trata de “benermérito ciudadano”, se reúnen –según el gobierno– las más altas cualidades para desempeñar el cargo en propiedad, por lo tanto y a partir de esa fecha queda al frente de la cátedra. El decreto está firmado por Calixto María Gonzalez, ministro del gobernador Reinafé³⁵. Es decir que para la opinión gubernamental de la época, el ideal del profesor debía aunar los saberes intelectuales junto a la identificación ideológica con el gobierno de turno. Si estas dos cualidades coincidían, se estaba entonces ante el paradigma del profesor universitario. El caso de Derqui parece corroborarlo.

En el Claustro del 18 de marzo las autoridades académicas acordaron “su más puntual cumplimiento” a la designación de Derqui. En esa misma sesión se leyó un oficio de Reinafé por el cual nombraba rector de la universidad, al Dr. José Roque Funes³⁶. Pocos días después, a finales de marzo, atendiendo a la necesidad de nombrar vicescancelario (vicerrector) de la universidad que se encontraba vacante, el gobernador decidió “nombrar como de facto nombra”, al Dr. Santiago Derqui para ese cargo. En la sesión del 24 de marzo el Claustro tomó el juramento de rigor “y demás solemnidades de costumbre” al flamante vicerrector; de este modo, en muy

³⁵ A.U.N.C., Libro de Documentos 1827-1832, f. 336 r., del 10/2/1832.

³⁶ A.U.N.C., Libro de Actas de Sesiones 1828-1836, f. 48 vto.

poco tiempo de graduado, obtuvo los nombramientos de profesor y autoridad académica en la casa de estudios³⁷.

Según Juan M. Garro en su obra *Bosquejo histórico de la Universidad de Córdoba*, durante el año 1834 se produjo en la universidad de Córdoba, "el único acto de alguna importancia en relación a ella, debido a la administración de don José Antonio Reinafé", y esto fue la creación de una cátedra de Derecho Público en febrero de ese año³⁸. Sobre este tema Enrique Martínez Paz escribe que fue "una extraordinaria iniciativa, la cual revelaría una visión que sin duda, la historia no se ha atrevido a reconocer a sus iniciadores"³⁹. Lo primero que llama la atención de esta iniciativa, tendiente a incorporar una nueva cátedra a la facultad de Derecho, son las consideraciones que la preceden. Vale la pena citarlas aún a costa de abusar de la paciencia de nuestro lector: "Considerando este Gobierno que los conocimientos en la gran ciencia de legislar son aquellos por donde el país debe marchar a su organización y que son los únicos que pueden hacer a esta producir los efectos que aseguren la felicidad del Estado; y viendo por otra parte que al paso que se ha cuidado de instruir a la juventud en Códigos e ideas que están en perfecta conformidad con las bases y formas de gobierno adoptadas en el mundo civilizado, se ha descuidado enseñar lo que puede ponernos en la aptitud de acomodar a ellas nuestra legislación; ha creído uno de sus más sagrados deberes poner en la parte que las circunstancias le permiten un remedio a este mal adoptando medidas que perfeccionará en mejor oportunidad..."

A continuación, en la parte resolutive, el artículo 1º determina la creación de una cátedra de Derecho Público, y en el artículo 2º se efectúa una pequeña reforma al plan de estudios. En ésta se estipula que el estudio del Derecho Civil y Canónico queda reducido "a los tres primeros años (para los legistas) en virtud de hacerse inoficioso el cuarto, que antes se estudiaba, con la erección que habla el artículo anterior"⁴⁰.

La apertura de la cátedra debía hacerse durante el año lectivo, y los días de dictado eran los lunes, jueves y sábados, durante una hora, empe-

³⁷ Libro de Documentos... *op. cit.*, f. 352 r., del 24/3/1832; Libro Actas de Sesiones..., *op. cit.*, f. 51 r., del mismo día.

³⁸ GARRO, JUAN M. *Op. cit.*, pág. 331.

³⁹ MARTÍNEZ PAZ, ENRIQUE, *La formación histórica de la provincia de Córdoba*, Córdoba, Imprenta de la Universidad, 1941, pág. 219.

⁴⁰ Libro de Actas de Sesiones 1828-1836, t. 93 r., sesión del 3/3/1834, fecha del decreto gubernamental 28/2/1834; ver también *Compilación de Leyes, Decretos, Acuerdos de la Excma. Cámara de Justicia...*, desde 1810 a 1870, Tomo I, Córdoba, 1871.

zando a las cuatro de la tarde para los alumnos de primero y segundo año, y a las nueve de la mañana para los de tercero. En el primer año de la cátedra los alumnos estudiaban "los elementos de los derechos público, político y de gentes; en el segundo los del derecho constitucional u orgánico con aplicabilidad de los anteriores, y en el tercero los de economía política"⁴¹. Especial importancia tenía este último tema, ya que era la primera vez que se estudiaba en Córdoba, cátedra que Velez Sársfield había dictado en la universidad de Buenos Aires, en tiempos del gobierno de Rivadavia.

La bibliografía adoptada para el primer año de Derecho Público, fue el *Espíritu del Derecho* de Alberto Fritot, y para el segundo el *Curso de política* de Benjamín Constant, quedando a elección del profesor el texto de tercer año. Caturelli señala que el libro de Constant "prueba la penetración de la ideología francesa en la filosofía política", y citando a Picavet lo ubica a aquel "en la segunda generación de los ideólogos, es decir de los auxiliares, discípulos y continuadores de Cabanis y Destutt de Tracy de quienes, en efecto, Constant fue amigo"⁴².

Por su parte F. L. De Yturbe en el prólogo al libro de Constant *Curso de política constitucional*, afirma que "la influencia de Benjamín Constant en el mundo de habla hispánica, ha sido enorme"⁴³. Más adelante escribe que la primera edición en castellano hecha en España, fue en 1820, realizada por don Marcial Antonio López, diputado a Cortes, quien advierte que realizó una traducción libre del libro de Constant. Para Yturbe lo tradujo en forma demasiado libre, suprimiendo "lo que no le gusta", y añadiendo "páginas enteras que a veces no tienen nada que ver con lo que decía Constant"⁴⁴. Este libro en su versión francesa ya había sido condenado en España por el Tribunal del Santo Oficio en 1817, por contener "máximas y proposiciones falsas en política y en el orden monárquico, conrarias al espíritu de la religión... antidinásticas, conducentes al cisma y a la tolerancia religiosa, y perniciosas para el Estado"⁴⁵. Por lo cual Yturbe concluye que la versión en castellano no tuvo gran difusión en España, pero sí se difundió más en América, "donde no pudo ser recogida la edición a la caída de Riego". Es muy probable que la edición utilizada en la Universidad de Córdoba, fuera la traducida por López, con todos los déficit que ella tenía.

⁴¹ Libro de Actas de Sesiones..., *op. cit.*, f. 93 r.

⁴² CATURELLI, ALBERTO, *Op. cit.*, pág. 124.

⁴³ CONSTANT, BENJAMÍN, *Curso de política constitucional*, Editorial Taurus, Madrid, 1968, pág. XXXVI.

⁴⁴ *Ibidem*, pág. XXXVII.

⁴⁵ *Ibidem*, pág. XXXVII y XXXVIII.

En uno de sus artículos el decreto de creación de la cátedra, trasladada a la universidad el aspecto financiero, al afirmar que “será del deber del Ilustre Claustro reglamentar en lo económico de la Aula erigida”; esto es, que el pago del profesor debía afrontarlo la casa de estudios, por cuanto el documento no menciona partida alguna para dotarla. Como el gobierno sabía del estado crítico de las finanzas universitarias, logró salvar la situación a través de la “oferta generosa del Dr. Don Santiago Derqui, de servir la cátedra... sin otro compensativo que el de prestar a Córdoba este servicio”. Por lo tanto en el mismo decreto, lo nombra profesor titular de la cátedra de Derecho Público. “sin perjuicio de la de Filosofía que [ya] sirve”⁴⁶. Este acto de desinterés por parte de Derqui, se corresponde con las numerosas oportunidades en que el gobierno de la familia Reinafé, lo había distinguido en relación a su carrera académica.

El Claustro en esa misma sesión del día tres de marzo, acordó cumplir con lo dispuesto por el gobernador. A continuación se trató del lugar físico donde se dictaría la cátedra, resolviéndose que fuese “en la de Filosofía que dictaba el Dr. Derqui”. Con lo cual se cerró el acta⁴⁷.

Derqui estuvo algo más de un año en forma continuada al frente de la cátedra, ya que en marzo de 1835 expuso ante el Claustro que “el Benjamín Constant, autor por el cual dictaba el Derecho Público Constitucional, no tenía el método ni era propio para los estudiantes; y que este mismo defecto había encontrado en otros varios autores que trataban la materia y que ni lo había, y que era necesario tomar alguna medida sobre este particular”⁴⁸. No están claro aquí los motivos de fondo por los cuales Derqui cuestionaba el texto, sin dar una alternativa bibliográfica que a su juicio lo reemplazara. ¿Era un problema de textos inadecuados o ya no le interesaba dictarla porque sus otras ocupaciones se lo impedían? No existen testimonios documentales que nos den, al menos, indicios para una respuesta. Lo cierto fue que el rector —José Gregorio Baigorri— propuso al Claustro y fue aprobado, “que él daría en pocas lecciones o conferencias las bases fundamentales del Derecho Público, y que los estudiantes leyesen por los diversos autores que había, el desarrollo y explicación de los principios”⁴⁹. El rector consideró que de esta forma se solucionaba el problema planteado por Derqui, “y al mismo tiempo tomarían los estudiantes mayores y más extensos conoci-

⁴⁶ Libro de Actas de Sesiones..., *op. cit.*, f. 93 r. y ss., artículo 11°.

⁴⁷ *Ibidem*, f. 93 r. y ss.

⁴⁸ Libro de Actas de Sesiones..., *op. cit.*, f. 100 r., sesión del 26/3/1835.

⁴⁹ *Ibidem*, f. 100 r.

mientos”⁵⁰. Así entonces Derqui continuó vinculado a la cátedra, pero por pocos meses más, prosiguiendo con esa tarea el Dr. Ramón Ferreira, quien permaneció hasta agosto de 1839⁵¹. Oportunidad en que el gobierno provincial nombró al Dr. Enrique Rodríguez catedrático de Derecho Público, designación que el Claustro aprobó sin ninguna objeción⁵².

El tema de la cátedra de Derecho Público volvió a tratarse en la sesión universitaria del 2 de marzo de 1841. En esa oportunidad los claustales plantearon al rector que por ausencia del titular, era necesario informar al gobierno “que desde su creación siempre la ha provisto, a fin de determinarse quien debía desempeñarla”. Allí entonces se planteó la propuesta de si no “sería más útil a la enseñanza el suprimir esta aula, y se continuase enseñando conforme al Plan reformado”. Llevada a votación la propuesta para suprimirla, fue aprobada por mayoría, con lo cual se determinó informar al gobierno para que resolviese en definitiva sobre la continuidad o no de la cátedra⁵³. La respuesta llegó pocos días después de la siguiente forma: “Artículo 1º- queda suprimida la cátedra de Derecho Público que se plantificó por decreto de 19 de febrero de 1834, quedando derogado en todas sus partes. Artículo 2º- Se estará a lo dispuesto por el reglamento de Visita como anteriormente se ha observado y bajo cuya disciplina se han conseguido constantemente frutos y ventajas muy sólidas en la ilustración de la juventud. Artículo 3º- Comuníquese al rector e I. C. y demás a quien corresponda e insértese en el Registro Oficial”. El decreto estaba firmado por el gobernador delegado Claudio Antonio Arredondo, a nombre del titular Manuel López (a) “Quebracho”, que se encontraba en campaña militar⁵⁴. El acta de sesión nos informa que “el Claustro después de prestar el más grato obediencia al Supremo Decreto”, dispuso reglamentarlo de tal forma que los estudiantes que ya habían cursado el 3º año, concluyan de acuerdo a su estatuto, es decir, que puedan rendirla. En cambio los que “sólo han estudiado el 1º año, queden sujetos a lo dispuesto por el reglamento y plan de Visita”, refiriéndose a la de 1823, o sea el plan viejo. Por lo tanto, estos últimos no podían concluir la materia y tampoco rendirla, perdiendo de este modo el año cursado⁵⁵.

⁵⁰ *Ibidem*, f. 100 r.

⁵¹ GARRO, JUAN M., *op. cit.*, pág. 333.

⁵² A.U.N.C., Libro Actas de Sesiones 1836-1853, f. 35 r., sesión del 8/8/1839.

⁵³ Actas de Sesiones... *op. cit.*, f. 44 vto.

⁵⁴ *Ibidem*, f. 45 r., sesión del 8/3/1841, la fecha del decreto gubernamental es del 5/3/1841.

⁵⁵ *Ibidem*, f. 45 r.

Así finalizó podríamos decir sin pena ni gloria, el dictado de esta cátedra que fue una experiencia educativa muy importante para su época, como formadora de futuras generaciones destinadas a construir constitucionalmente el país. Sobre el particular, Garro afirma que la cátedra "según parece fue de poco provecho para la enseñanza universitaria, lo cual debe atribuirse en gran parte a la circunstancia de no tener dotación, prescindiendo de otras causas secundarias, tales como la falta de textos adecuados y la novedad de la materia"⁵⁶. Nosotros creemos que entre las "causas secundarias", tuvo una importancia fundamental precisamente, el contexto político - institucional que por entonces tenía el país. En esa configuración política, de cuño profundamente autoritaria, que caracterizó la formación institucional del país antes de su organización constitucional, cabe preguntarse: ¿de qué o para qué servirían conceptos políticos de un autor como Benjamin Constant?; únicamente para un ejercicio de índole intelectual. Solamente en un medio donde se ejerciera la libertad política, podían llegar a ser útiles y constructivas las ideas de Constant, tales como: "Una constitución es la garantía de la libertad de un pueblo; por consiguiente, todo lo relativo a la libertad es constitucional, y también por consiguiente nada que no se refiera a ello puede ser constitucional"⁵⁷. Cómo compatibilizar la realidad política del rosismo, imperante entonces en Argentina, con el pensamiento de un autor que afirma que "el mayor triunfo de la tiranía es lograr que los esclavos se crean y proclamen que son libres"⁵⁸. O cuando sostiene que "los ciudadanos poseen derechos individuales independientes de toda autoridad social o política, y toda autoridad que viola estos derechos se hace ilegítima"⁵⁹, dentro de un contexto político donde el dictador, conculca permanentemente esos mismos derechos. Por cierto que habría que esperar otros tiempos, para que cátedras como la de Derecho Público, y autores como el citado, tuviesen una razón práctica y valedera para existir.

La tarea docente de Derqui en la universidad continuó hasta finales de setiembre de 1835, momento en que hizo llegar al Claustro un oficio informando que "dejaba en su lugar al Dr. Atanacio Velez para la cátedra de Filosofía y al Dr. Ramón Ferreira para la de Derecho Público"⁶⁰. Su alejamiento de la docencia corre paralelo con los sucesos políticos ocurridos en

⁵⁶ GARRO, JUAN M., *op. cit.*, pág. 333.

⁵⁷ CONSTANT, BENJAMÍN, *op. cit.*, pág. XXXIII.

⁵⁸ *Ibidem*, pág. XXXIII.

⁵⁹ *Ibidem*, cap. 1º, pág. 9.

⁶⁰ Libro Sesiones del Claustro 1828-1836, f. 104 r., sesión del 24/9/1835.

Córdoba, posteriores al asesinato de Facundo Quiroga, y el desplazamiento del poder del clan Reinafé en agosto de 1835. De este modo concluyó la primera etapa en la vida de Derqui. La de su actuación docente y legislativa en la provincia natal, donde también ejerció el periodismo para sostener sus ideas políticas. Fueron años de práctica, de entrenamiento, de preparación fecunda para una nueva época: la de la Argentina organizada constitucionalmente. Esos años de experiencia en el manejo de la cosa pública, de enseñanza de los aspectos jurídicos de una sociedad organizada, llevan a que Jorge A. Mitre afirme que "ya en 1838 Derqui era maestro en las aplicaciones de la ley en la política"⁶¹. Por su parte León Rebollo Paz, sobre la personalidad de Derqui escribe: "Ha estudiado Humanidades en los libros y en el trato de los hombres. Ha conocido la adversidad, que temple los espíritus sin endurecer los sentimientos. Ha formado convicciones en torno de unos cuantos principios fundamentales, pero también ha aprendido a transigir y contemporizar en aquello que no vulnere la rigidez de esos principios"⁶².

⁶¹ MITRE, JORGE A., "La Universidad de Córdoba y la Constitución de 1853" en *La Nación*, 22/3/1953.

⁶² REBOLLO PAZ, LEÓN, "Derqui, el Presidente de 1860", en *La Nación*, 25/9/1960.



REPRESIÓN Y CASTIGO EN LA CÓRDOBA BORBÓNICA

por Jaqueline Vassallo ()*

Resumen: El presente trabajo intenta reflexionar sobre la represión y el castigo en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán durante los últimos años de dominación hispánica, a partir del abordaje de un peculiar caso jurisprudencial, por el cual la justicia capitular de la ciudad de Córdoba, juzgó y condenó a muerte a Josefa Herrera, bajo el cargo de homicidio en la persona de Jerónimo Miranda.

Palabras Claves: Represión - Castigo- Justicia- Derecho Penal- Régimen Colonial- Homicidio- Pena- Córdoba del Tucumán.

I. A manra de presentación.

El presente trabajo intenta reflexionar sobre la represión y el castigo en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán durante los últimos años de dominación hispánica, a partir del abordaje de un peculiar caso jurisprudencial, por el cual la justicia capitular de la ciudad de Córdoba, juzgó y condenó a muerte a Josefa Herrera, bajo el cargo de homicidio en la persona de Jerónimo Miranda.

II. "Vigilar y castigar" en Córdoba del Tucumán.

Al ser notificada de la confirmación de su sentencia de muerte el 1° de mayo de 1808, Josefa Herrera posiblemente ya conocía los pormenores

(*) Abogada. Procuradora. Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora de la Cátedra "B" de Historia del Derecho Argentino, en la Facultad de Derecho y Cs. Sociales (UNC).

de la ejecución, por haber presenciado la realización de innumerable cantidad en la plaza Mayor de la ciudad de Córdoba a lo largo de treinta años que allí llevaba residiendo¹.

Todo comenzó la noche del 22 de junio de 1805, cuando Josefa degolló con un cuchillo de zapatero a un niño de 8 años en la casa de los hermanos Bustos, por suponerlo espía informante de un antiguo amante suyo, que días atrás le había amenazado de muerte si no retornaba junto a él.

Sólo bastó que uno de los dueños de casa, Joseph Bustos anoticiara al juez, para que la maquinaria judicial se pusiera en funcionamiento, y con ella todas las reglas del sistema jurídico penal y procesal castellano de raíz romana y bajo-medieval, que había sido adoptado tres siglos antes por Isabel y Fernando, buscando fortalecer su autoridad tanto en la península como en América².

Josefa, pues, iba a ser juzgada por reglas penales de tipo casuistas, surgidas del ejercicio del "ius puniendi" real, que describían las distintas formas de matar en las que podía incurrir un homicida; y por un procedimiento inquisitivo de cuño romano-canónico, que pretendía llegar a la "verdad material", al conocimiento de lo realmente ocurrido, con prescindencia de la voluntad de las partes³.

En este sentido, fue sometida a un proceso penal enteramente escrito, pero fundamentalmente secreto, con una clara desigualdad entre ella y su juzgador, cargando con una inicial presunción de culpabilidad, y a merced de un sistema de pruebas legales que conducían indefectiblemente hacia una sentencia condenatoria.

Como todos los "indiciados de culpabilidad", y devenida en "rea" una vez que se le formara causa en su contra, fue apresada y conducida a la Real Cárcel de Córdoba, lugar en el que permanecería encerrada durante toda la substanciación del proceso. Proceso que además de "delincuente" también la consideraba "pecadora", por el peculiar paralelismo trazado por los teólogos castellanos medievales y modernos entre "delito" y "pecado"⁴.

¹ Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba. Sección "Crimen". Año 1808. Legajo 110 Expediente 19.

² FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE. "El Derecho Penal del tiempo de Beccaria". Prólogo a la obra *De los Delitos y las penas*. Editorial Kapeluz. 1983. p17.

³ ANGEL LOPEZ-AMO MAKIN. "El derecho penal español en la baja Edad Media". *Anuario de Historia del Derecho Español* Tomo XXVI. Madrid, 1956. pp. 554-5.

⁴ BARTOLOMÉ CLAVERO. "Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones". *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*. Alianza Universidad. Madrid, 1990. pp57-89.

Ahora bien, siguiendo la lógica de los tribunales americanos de la época- cuyas actuaciones se enmarcaban en un sistema de tipo inquisitivo, el juzgado cordobés suponía que Hererra debía ser castigada, porque con su accionar había ofendido a "*Dios, al muerto y a sus parientes, a la República y al Príncipe como rector de aquélla*"⁵.

Todo lo cual repercutía en la concepción misma del sistema probatorio, que tendía necesariamente a su confesión. Y así como en el "sacramento" de la "penitencia", el "pecador" debía acusarse de sus propias "culpas"- es decir, confesar su "pecado"-, se consideraba que también ante el tribunal de la justicia humana debía guardar la actitud obligada de confesar su delito - pecado⁶.

De allí la consideración de la confesión judicial como la "reina" de las pruebas- aunque entendida siempre como confesión de culpabilidad -, por carecer de todo valor la afirmación de inocencia -. Prueba decisiva, además, porque de tomarse "con arreglo a los usos", dispensaba al acusador de suministrar otras en los casos particularmente de difícil probanza como el adulterio, entre otros⁷.

Pero la sola confesión otorgada sin la aplicación de tortura - aunque siempre realizada en el marco del padecimiento de "apremios" tales como el permanecer en el encierro o portando "grillos"-, no bastaba para su condena según lo prescrito por la "aritmética" trazada por la legislación castellana que las llegó a clasificar de acuerdo a su valor, en pruebas plenas y semiplenas⁸.

⁵ ALFONSO ACEVEDO. *Commentarium iuris civilis in Hispaniae reglas Constitutiones*. Madrid, MDCII.

⁶ TOMAS Y VALIENTE. *El derecho penal del tiempo ...* Ob cit. p.17

⁷ MARQUES DE BECCARIA. Ob cit. p.104.

⁸ El hecho de que el derecho castellano hubiera adoptado una usual clasificación-similar y hasta idéntica a la del resto de los países europeos -, reconociendo que hacían plena prueba la confesión judicial, los dichos contestes de dos o más testigos hábiles y los instrumentos público; o que los instrumentos privados, la confesión extrajudicial, la fama, la fuga de la cárcel durante el proceso o el dicho de un solo testigo, hicieran semi plena probanza. tenía su razón de ser en el marco del régimen de pruebas legales. Ya que no constituían "una sutileza teórica", sino que respondían a una "aritmética penal", con una clara "función operatoria": obtener la "verdad real". Aritmética, que en palabras de Foucault se hallaba "modelada por una casuística que tiene por función definir cómo una prueba judicial puede ser construida", y que sólo podía tener lugar en un proceso de tipo inquisitivo en el cual el juez gozaba de amplias facultades para efectuar la "pesquisa", y producir la prueba contando con amplios elementos de coacción tanto para los testigos renuentes-que hasta podía, ser sometidos a tormentos, como para los procesados que podían ser

En el particular caso que estamos analizando, la acusada - amén de confesar el hecho-, también tenía en su contra las declaraciones de cuatro testigos hábiles, presenciales y "contestes"- es decir, que no habían incurrido en contradicción al narrar lo percibido por sus sentidos -. Lo que significó que el alcalde Losa Bravo quedara habilitado para sentenciarla a muerte, por contar con elementos que hacían "plena prueba".

Ahora bien, en el supuesto de no haberse hallado la rea "*convicta y confesa*", o de contar sólo con pruebas "semiplenas" en su contra, el juez podría haber apelado a la tortura, en el intento de descubrir la "verdad"-entendiéndose que la "verdad" quedaba revelada cuando el reo atormentado confesaba su culpabilidad, pero no si afirmaba insistentemente su inocencia. La tortura, aparecía por entonces como una práctica reglamentada, sujeta a una serie de condiciones, claramente expuestas en las obras de los más reconocidos prácticos del derecho de la época- Hevia Bolaños, Castillo de Bovadilla o Francisco de Elizondo -, en las cuales detallaban precisamente las condiciones y circunstancias en que debía efectuarse, como asimismo, las formalidades que debían cumplirse con posterioridad, para hacer de ella una prueba "válida"⁹.

enrillados, azotados y hasta torturados. JOAQUÍN DE ESCRIBIE. *Diccionario Razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*. Librería de la Calleja e Hijos. Madrid, 1842. Tomo II; MICHEL FOUCAULT. *Vigilar y Castigar*. Siglo XXI Argentina Editores. Edición 17ª, 1989. pp. 42-3.

⁹ Partidario de la tortura se mostró Castillo de Bovadilla, quien durante sus años de corregidor en Castilla ordenó aplicarla con frecuencia: "*En los delitos notorios y en los ocultos, enormes y muy atrozes; y contra hombres facinerosos y de mala fama...*" Por su parte, HEVIA BOLAÑOS sostenía que el juez podía arbitrariamente elegir la clase de tormento que le aplicaría al reo, aunque debían tener en cuenta la sugerencia dada por Gregorio López de que no se innovara demasiado, en la glosa a la ley I, tit. 30 de la "Setena". Mientras que Elizondo, advertía al juez, que antes de proceder debía "*saber el instrumento con que ha de ejecutarse...*" Dándoles -a renglón seguido-, numerosos métodos susceptibles de ser empleados: "*El primero echarles agua por las narices, tapándoles la boca... El segundo, el del sueño Italiano, que se executaba en un instrumento símil al reloj de arena, lleno de calvos con las puntas ácidas adentro, donde se colocaba al reo, tan estrecho, que apenas cabía; y como no tuviese movimiento sin clavarse, era dolor incomparable. El tercero es el de la cabra, quien después de haver estado encerrada, y sin comer por algún tiempo, se suelta para que lama al reo los pies, que tiene untados con sal, despeduzándoselos con el gusto de ésta, y el hambre, cuya pena es inexplicable... El cuarto el del ladrillo, que se ponía á los pies del reo... teniéndolos antes bien fríos. El quinto el del fuego, [quemándoles los pies]... El sexto el del moscon, que se ponía en el ombligo del paciente, de forma que no pudiese irse, el que hora daba casi las entrañas. El séptimo se hacia metiendo unos garrotes entre los pies, y manos de los reos, apretándoles con cordeles. El octavo el de toca, que le entran*"

En este orden de cosas, el segundo alcalde interviniente - Francisco Antonio González -, hizo jugar en soledad y sin asesoramiento alguno las reglas de valoración de estas pruebas, y en combinación con el ejercicio del "arbitrio", llegó a condenar a Josefa "á la pena ordinaria de muerte, suspendida en la horca según forma acostumbrada...".

Resultado al que no siempre solían arribar solos sus colegas de entonces, por un lado, porque eran mayoritariamente iletrados- característica que compartía la mayoría de los jueces capitulares de toda América -; y por el otro, porque seguían la arraigada práctica de sus antecesores, de solicitar dictamen a los asesores letrados¹⁰.

Es imperioso, asimismo, tener presente que Herrera fue juzgada en una época en que los alcaldes disponían de un gran margen de discrecionalidad al aplicar la ley penal. Con relativa frecuencia los textos legales no determinaban la pena concreta aplicable a un delito, sino que se remitían al juez para que éste la impusiera en función de las particularidades del caso juzgado. Al mismo tiempo la apreciación y valoración de las circunstancias agravantes o atenuantes dependían también por entero - incluso cuando el delito tuviera pena legal cierta- del arbitrio judicial.

En este orden de ideas, diremos que esta facultad otorgada a los jueces de poder producir las pruebas que conformaban la sumaria, sumada a las características ya mencionadas de la escritura, el secreto y el valor previamente tasado por las reglas jurídicas, hizo de la instrucción "una máquina susceptible de producir la verdad en ausencia del acusado"¹¹.

al reo por el gznate, echándole algunos quartillos de agua. El noveno el de la garrucha, que se siente más que si le cortaran ambas manos al reo... Hoy [siglo XVIII] solo se usa del tormento de condeles [potro], y aun algunas veces con éste del de agua, echandosela fría por la espalda, y espinazo al reo, estando en la cuerda, habiendo tomado ya calor...". CASTILLO DE BOVADILLA. *Política para Corregidores, y Señores de vasallos*. Tomos I y II Amberes. MDCCL.; HEVIA BOLAÑOS. *La Curia Filípica*. 1783; FRANCISCO DE ELIZONDO *Práctica universal forense de los Tribunales de España e Indias*. Madrid, 1793-1791. Es importante aclarar que en la instancia de la aplicación del tormento sólo podían hallarse presentes el juez de la causa, el escribano y el verdugo; debiendo tener lugar en un lugar apartado, para que ninguna otra persona pudiera ver ni oír lo que en la cámara acontecía. Ahora bien, si el reo confesaba para que fuera válida debía ratificarla "espontáneamente" luego de las 24 hs. de transcurrido, en sede judicial, según lo ordenaba la ley 4 tit. 30 de la Partida VII.

¹⁰ ROBERTO IGNACIO PEÑA. "El Derecho Penal Castellano Indiano: un caso jurisprudencial de homicidio (1788-1801)". *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Año XLV: 27-92. Enero- diciembre de 1981.p.55.

¹¹ FOUCAULT. ob cit. p.44.

Pensando en el caso propuesto, si la "rea" nunca hubiera sido apresada, al juez de la causa le hubiera bastado el testimonio de los tres testigos "contestes" y el peritaje sobre el cadáver de la víctima para poder juzgarla en ausencia y hasta sentenciarla a muerte- aún cuando la ejecución debiera suspenderse hasta tanto se la pudiera hallar y apresar¹². Es decir, la falta de su presencia física no obstaba para la condena cuando se contaban con pruebas que - aplicando la aritmética procesal -, así lo habilitaban.

Como se podrá observar, en definitiva, si el juzgar significaba que se debía establecer la verdad de un delito, determinar su autor, y aplicarle una sanción legal, el sistema procesal inquisitivo puso en manos de los encargados de la función de justicia, todas las herramientas que creyeron necesarias para su obtención, y al mismo tiempo fortalecer el poder del rey¹³.

Por otra parte, cabe acotar que Herrera fue juzgada en una época en que las leyes penales y procesales vigentes operaban conjuntamente sobre el cuerpo del "reo"¹⁴. Las primeras estableciendo penas que "llevan en sí una dimensión de suplicio", como la exposición, la picota, el látigo, la marca, la amputación, el presidio o las galeras. Y las segundas, por considerarlo una "pieza esencial" tanto a lo largo del proceso propiamente dicho como en el ceremonial del castigo, al disponer del encierro durante la substanciación del juicio, inmovilizando con grillos o cepos, torturando, exhibiendo, paseando, exponiendo y supliciendo al condenado.

En este sentido, la mujer permaneció encerrada por un lapso de casi tres años en la Real Cárcel del Cabildo de Córdoba, debió cargar con grilletes durante los tres primeros meses de detención y fue obligada a comparecer ante las autoridades que oficiaban las "visitas de Cárcel" el primer sábado de cada mes. Sin olvidar, que finalmente, debió acatar las prescripciones del ceremonial con miras a su ejecución, y soportar el suplicio al momento que el verdugo "le diera garrote"¹⁵.

¹² Ley 7, tit.26, libro 8 de la Recopilación castellana y ley 13, tit 29 de la Séptima Partida.

¹³ FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE. "Delincuentes y pecadores". *Sexo Barroco*, cit. pp11-32.

¹⁴ FOUCAULT pp39; 48. ASIMISMO, LUCIANO ALONSO. "La mutilación corporal como institución de control social" *Estudios Sociales*. Revista Universitaria Semestral. Año 5; N°9. 1995. pp81-103

¹⁵ JAQUELINE VASSALLO "Algunas notas sobre la aplicación de la legislación penal castellano indiana en la justicia capitular de Córdoba a principios del siglo XIX". Ponencia presentada en las Jornadas de Historia Municipal. Córdoba, septiembre de 2000. En prensa.

Ahora bien, dada la ya mencionada relación correlativa entre delito y pecado, en el marco de este esquema, la pena aparecía principalmente como un “castigo merecido” por el delincuente- pecador; teniendo consecuentemente su imposición visos de una “justa venganza”, ejercida por la sociedad debido a la “ofensa pública” que había sufrido¹⁶. Venganza que sólo podía tomar en el marco de la idea acuñada desde la tradición jurídico-política medieval contenida en las Partidas, de que el rey era sinónimo de justicia: él respondía ante Dios por su efectivización, lo que significaba que “para descargar su conciencia”, debía organizar el aparato institucional y hasta delegarla; apareciendo como engranaje de la maquinaria el citado Alcalde, encarnando su “oficio”¹⁷.

Esta “justa venganza”, significaba para Josefa, la condena a muerte, castigo que solicitara el fiscal Roque de Ambroa, en su primera intervención del 13 de agosto de 1805 para ser aplicado “*con todo el rigor y pena de ley pa perpetuo escarmiento a sus semejantes*”; y al que se acogiera González al momento de sentenciarla. Porque con su muerte, y sólo con ella-, “purgaba” la muerte ejecutada como asimismo servía de ejemplo intimidante al resto de la población que debía acudir a la ejecución convocada previamente por la lectura de la sentencia a través del pregonero¹⁸.

Clara es la idea, que junto a este fin “expiatorio”, la pena era utilizada por el rey- legislador como arma represiva, como invitación a la obediencia de la ley por el camino del “*ius puniendi*”.

En definitiva y siguiendo al autor de “Vigilar y Castigar”, nuestra “rea” fue sentenciada en el marco de una “mecánica ejemplar del castigo”, cuyos viejos –pero todavía aceitados engranajes habían sobrevivido a la nueva mecánica del castigo propuesta por los ilustrados del siglo de “las Luces”. En este sentido, esta justicia del escarmiento y de la ejemplaridad, sólo podía funcionar con el montaje de una pública escenografía de la ejecución de las sentencias, que satisfacía tanto la afición barroca de los hom-

¹⁶ Es por ello que en los documentos procesales encontramos la expresión generalizada de la “vindicta pública”. TOMAS Y VALENTE. *El derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)* Editorial Tecnos. Madrid, 1969. pp.236-237

¹⁷ CARLOS GARRIGA ACOSTA. “La Justicia en la Monarquía Católica”. Disertación pronunciada en el marco del Seminario Internacional de Postgrado de Historia del Derecho: Historia de la Justicia. Organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba Días 26, 27, 28 y 29 de septiembre de 2000.

¹⁸ ABELARDO LEVAGGI. *Historia del Derecho Penal Argentino*. Editorial Perrot. Buenos Aires. 1978 p 53.

bres de entonces, como el fin de atemorizar preventivamente a unos, con el castigo de otros¹⁹.

De allí que Josefa Herrera fuera "sacada de capilla" la mañana del 9 de mayo de 1808, a las 9: 30 hs por el maestro ejecutor Don Manuel Casimiro González y fuera conducida por un cortejo a la Plaza Mayor (hoy San Martín), en donde se hallaba dispuesto el patíbulo.

Desde el momento mismo en que le ordenaron atravesar las puertas del Cabildo para conducirse hasta el cadalso, el velo del secreto terminaba de descorrerse para el pueblo- revelación que se había iniciado unos días antes con la lectura de la sentencia por el pregonero según lo ordenara el alcalde-

Y a medida que iba avanzando con el cortejo integrado por autoridades seculares, eclesiásticas y soldados, escuchando la voz del pregonero que lo encabezaba diciendo "*Esta es la justicia que manda hacer el Rey Nuestro Señor y en su renombre el Sr. Don Bruno Martínez Alcalde Ordinario de Segundo Voto, en esta muger por la muerte que executo en la persona del muchacho Geronimo Miranda, la que ha sido condenada á la pena de muerte de Orca, que tal hace que tal pague*"; su cuerpo- vestido para la ocasión con una túnica-, que hasta entonces había permanecido oculto ante el pueblo, volvía a confesar una vez más, el hecho imputado. Tampoco resulta casual la hora prefijada por las autoridades locales, para su ejecución; puesto que la justicia debía exhibir a la luz del día, la reparación de la "ofensa".

Esta ceremonia de suplicio llevaba por entonces, siglos de vigencia y repetición tanto en España como en América, y cuyas formas de producción se hallaban sujetas a las costumbres locales, siempre basadas en la premisa general de penar delitos concretos con penas desiguales según la condición social del delincuente. Inmersos en una sociedad estamental, tanto el juez como los oidores de la Audiencia- que confirmaron su sentencia- fallaron según la práctica acostumbrada, no sólo en la clase de pena impuesta sino también en el modo de ejecución: sabido es, que Josefa Herrera pertenecía al amplio sector que fuera considerado por la jurisprudencia india como "carne de horca", y fue ajusticiada con métodos para la época "infamantes", que de haber pertenecido al sector más acomodado no la hubiera padecido.

En este sentido, fue estrangulada mediando el "garrote vil", por Lorenzo Molina- el verdugo de turno-, y luego, una vez muerta, se procedió a

¹⁹ TOMAS Y VALIENTE. "Delincuentes" ob cit. p20

colgarla de la horca. En esta instancia, y al pie del cadalso, el alcalde González dirigió una palabras amenazadoras hacia los presentes: *"que persona alguna de cualquier estado y condicion que sea no saque de la orca este cadaver que queda colgado en ella"*. Con lo cual no sólo buscaba prolongar los efectos resonantes del suplicio padecido por Josefa, sino también la satisfacción de la "vindicta pública" con la imposición de esta pena accesoria.

A las tres de la tarde, y cuando su cuerpo sin vida era entregado a requerimiento de Don Hipólito García- hermano mayor de la Hermandad de la Caridad-, para darle "eclesiástica" sepultura; concluía el ceremonial, quedando una vez más restaurado el "orden social", que con la comisión de su ilícito Josefa había puesto en jaque.

En este punto, es importante acotar que si bien esta economía del castigo que ejercía una "acción sobre el cuerpo", todavía gozaba de amplia vigencia en la Jurisdicción a principios del siglo XIX; desde finales del siglo anterior había comenzado a convivir con la economía de las "disciplinas" diseñada por la Ilustración, que buscaba castigar a través de la pérdida de un bien o un derecho, condenado a trabajos forzados o incluso a presidio.

De allí, entonces, que se destinara a gran parte de los condenados a la realización de obras públicas en la ciudad – como la cañada o la reparación de la cárcel misma -, a tareas de barrido y limpieza de calles, a prestar servicios en el hospital o en la Casa de Huérfanas; como asimismo a vivir en la línea de fortines del sur de la provincia, como Río Cuarto o La Carlota en calidad de "pobladores". Sin olvidar, por cierto, que muchos también fueron remitidos al presidio de Buenos Aires -las mujeres, a la Casa de Ejercicios -, y hasta el existente en las islas Malvinas²⁰.

La materialización de esta nueva economía puede también observarse en la causa que analizamos - a pesar de que el castigo impuesto responde sin lugar a dudas a la del suplicio-, en las palabras del abogado defensor al interponer un recurso de súplica ante la Audiencia de Buenos Aires- , a través del cual buscaba la conmutación de la pena de muerte por la de presidio, y al mismo tiempo, la consideración del tiempo que llevaba encerrada en la Cárcel: *"que es una infeliz mujer viviente sepultada por el largo espacio de dos años y ocho meses y medio en un lugar que por las inmun-*

²⁰ Diarios de Visitas de Cárcel. Oficialía Mayor. Municipalidad de Córdoba.. Años 1778-181

REPRESIÓN Y CASTIGO EN LA CÓRDOBA BORBÓNICA

dicias, hedor, estrepito de prisiones, y tristezas de los presos, es especie de tormento y se equipara a la muerte”.

A manera de conclusión diremos que ambas economías supieron convivir en nuestro país durante toda la época revolucionaria, llegando inclusive hasta prevalecer en algunos delitos- como el hurto, robo o la deserción , la vieja economía del suplicio. Recién con el dictado de la Constitución nacional en la segunda mitad del XIX y con la aparición de los primeros códigos procesales, se fue llegando lentamente a la economía de las disciplinas.

Proceso al que se arribaría de manera definitiva a principios del XX, con la inauguración de numerosos penales a lo largo y ancho del país, siguiendo muchos de ellos- como el Presidio de Ushuaia -, el diseño del panóptico de Howard; todo ello en combinación con la adopción de procesos penales que conducían a juicios orales, públicos y contradictorios, a la libertad de las pruebas y su valoración mediando el sistema de la “sana crítica” judicial.

INCIDENCIA DE LA MEDIACIÓN EN LA PROBLEMÁTICA DEL ACCESO A LA JUSTICIA*

por José Lucas Vilanova(**)

Resumen: Se analizan relaciones entre acceso a la Justicia y resolución alternativa de conflictos. En este marco, se comienza a indagar si la implementación de la mediación en la provincia mejora el acceso a la Justicia. En primer término, se consideran aspectos normativos, examinando en que medida las disposiciones de la ley 8858 resguardan el derecho de acceso a la Justicia. En segundo término - desde la perspectiva del usuario - se releva el funcionamiento del servicio de mediación implementado por el Poder Judicial de la provincia, prestando especial atención a sus condiciones de accesibilidad y a las causas procesadas en esta instancia.

Palabras claves: acceso a la Justicia – mediación – beneficio de litigar sin gastos.

* Este trabajo se integra en un proyecto de investigación mayor, orientado a describir la situación de la mediación en Córdoba, dirigido por la Dra. María Inés Bergoglio: *Imágenes de la mediación*, subsidio Secyt – UNC 194/00. El mismo ha sido declarado de interés por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba.

(**) Abogado y Procurador, Universidad Nacional de Córdoba (2000). Ex becario de investigación del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Cs. Soc. de la U.N.C. Participa en proyectos de investigación subsidiados por la Secretaría de Ciencia y Técnica de la U.N.C. y la Agencia Córdoba Ciencia. Adscripto Cátedra "A" Sociología Jurídica de la Facultad de Derecho y Cs. de la U.N.C. Mediador e integrante del Centro Judicial de Mediación del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba. Ganador del 2º premio "10º Aniversario Fundación de Estudios para la Justicia 2001 - Acceso a la Justicia. Propuestas de optimización"

1- Introducción y marco teórico

En la década del '90, en el campo extrajudicial, se iniciaron en Córdoba algunas experiencias en materia de resolución alternativa de conflictos (RAC)¹. Con la creación del Fuero de Familia en 1991, aparece una nueva forma de conciliación en el ámbito judicial².

Varios años después, el Tribunal Superior de Justicia (T.S.J.) crea un Centro Piloto de Mediación, competente en casos derivados en forma *voluntaria* por los jueces o las partes³. La ley 8858, institucionaliza dicho Centro, que pasa a denominarse Centro Judicial de Mediación (C.J.M.) y crea un nuevo organismo - competente en disputas no judicializadas - dependiente del Poder Ejecutivo⁴.

Centrándonos en sede *judicial*, se prevé que el sometimiento de causas a la mediación tiene en principio carácter voluntario para las partes. Pero también, a diferencia de la anterior experiencia, se establece que será *obligatorio* concurrir a la instancia en tres supuestos: juicios de monto reducido, causas con beneficio de litigar sin gastos y cuando el juez competente lo decida (art. 2 ley 8858). La segunda causal, abarca una franja determinada de litigantes: sectores de menores recursos.

Por otro lado, un estudio reciente efectuado entre pequeños y medianos empresarios, mostró el grado de difusión de la mediación: dos tercios de ellos conocían esta institución (Bergoglio 2001). A su vez, la imagen de la misma era altamente positiva (95%). Estos datos sugieren que la aceptación pública de la RAC se va ampliando en la provincia, en especial entre sectores de ingresos medios y altos. Esto es concordante con la clásica imagen de la mediación, asociada al movimiento comercial. En otros estratos sociales - en especial los más bajos - el discurso sobre las ventajas de la mediación no aparece tan claro.

Al respecto, puede verse que clásicamente las iniciativas en RAC responden a la intención de ampliar el acceso a la Justicia, en especial de las reclamaciones pequeñas o las presentadas por litigantes pobres. Así aparecen por ejemplo, en el estudio de Cappelletti y Garth (1996). Recientemente, sin embargo, diversos estudios empíricos han mostrado que el re-

¹ La Oficina Municipal de Atención al Consumidor instrumenta procedimientos de conciliación, así como en el Centro de Mediación del Colegio de Escribanos (CAMEREC) se comienza a aplicar la mediación

² A la par de la tradicional conciliación laboral.

³ Acuerdo Reglamentario N° 407/98.

⁴ Se crea un régimen plural, donde tanto el Ejecutivo como el Judicial tienen atribuciones para procesar conflictos.

sultado final puede ser contrario al esperado. Estudiando la conciliación laboral en México, Correa Vázquez (1994) concluye que la negociación entre *partes dispares* en recursos económicos y sociales, realizada sin la protección de las normas, favorece a los mejor situados socialmente. Igualmente, Engle Merry (1990), mostró que la presión excesiva hacia el tratamiento informal de los conflictos puede acentuar las vivencias de exclusión del sistema judicial.

Las disposiciones de la ley 8858, que establecen la obligatoriedad de la instancia de mediación para los litigantes de bajos recursos, hacen que este riesgo resulte doblemente significativo en el caso de Córdoba.

En este marco, el presente artículo se orienta a describir la situación de la mediación en Córdoba, desde su contribución a la accesibilidad de la Justicia.

Se abordará en primer término, el régimen previsto para el beneficio de litigar sin gastos en la ley 8858 de mediación. En particular, y dado que el instituto forma parte del sistema de asistencia jurídica gratuita, se analizará en qué medida la nueva norma garantiza el derecho de acceso a la Justicia. En segundo término, se releva el funcionamiento del servicio de mediación implementado por el Poder Judicial de la provincia. Se describe la accesibilidad del C.J.M. de la Ciudad de Córdoba y el volumen de causas procesadas bajo el principio de la gratuidad de las actuaciones, es decir los beneficios de litigar sin gastos.

El examen efectuado contribuirá a dilucidar la cuestión planteada alrededor de la constitucionalidad y calidad del nuevo servicio. En otras palabras: ¿cuánto de verdad encierra el argumento que sostiene que la mediación es una "justicia de segunda para los pobres"?

2- Análisis de la normativa vigente

2.1- Generalidades

En julio de 2000, es sancionada la ley 8858 de mediación. Entre los caracteres del procedimiento, se destacan la oralidad, la confidencialidad, la voluntariedad y la informalidad.

En la regulación de la instancia en sede judicial, existen diferencias sobre todo, entre el ordenamiento nacional (ley 24.573) y la ley 8858, ya que en Capital Federal la mediación funciona como una instancia prejudicial para todos los juicios, salvo los expresamente excluidos. En cambio, en Córdoba la mediación no ha sido implementada como una instancia previa, es decir, no desplaza la competencia del juez natural prevista en los distintos códigos procesales. La ley habilita dentro del procedimiento ordinario, una etapa facilitadora para la negociación.

En suma, la nueva norma amplía el elenco de vías procesales disponibles, permitiendo que los particulares cuenten con un nueva opción para poner fin a sus conflictos. Sólo en los supuestos excepcionales previstos en el art. 2 de la ley, la instancia de la mediación será obligatoria.

Con respecto a este sistema, en el cual la mediación sólo es obligatoria para algunos tipos de causas, Picker (2001) ha señalado que los programas tribunalicios que requieren que la mayoría o todos los casos sean sometidos a mediación, no son tan efectivos como aquellos en los cuales se retiran del sistema jurisdiccional sólo casos determinados. Se apunta que cuando casi todos los juicios deben pasar por la mediación, los mediadores no pueden dedicarle el tiempo necesario que cada causa en particular requiere. En este sentido, Ferreyra de De la Rúa y Gonzalez de la Vega de Opl (1997), entienden que el sistema de la Capital Federal, puede conducir a un abarrotamiento de causas, las cuales serán imposibles de atender o no serán tratadas con el cuidado adecuado.

2.2- El beneficio de litigar sin gastos en la instancia de mediación

El art. 2 de la ley 8858 establece que excepcionalmente será obligatorio intentar la instancia de la mediación en aquellas causas en las que se haya solicitado el beneficio de litigar sin gastos.

Respecto de los fundamentos que llevaron a la inclusión del instituto entre las causales de remisión obligatoria, se tuvo en cuenta la situación suscitada al disponer el Código Tributario que la interposición del beneficio de litigar sin gastos suspendía el trámite del juicio principal: la previsión apuntaba a mejorar la situación de las partes, habilitándoles una vía de negociación mientras el juicio permanecía suspendido. Luego, aunque la norma tributaria fue derogada, la previsión permaneció, esta vez por razones de política legislativa, que buscan la difusión del instituto de la mediación.

Finalmente, es conveniente aclarar otro aspecto de la causal prevista en el inc. "b": sólo abarca a los beneficios de litigar sin gastos, excluyendo los juicios con patrocinio gratuito regulados por la ley 7982. La ley mantiene la diferencia entre insolventes y pobres de solemnidad. En este sentido, datos de una investigación empírica anterior (Vilanova 2001a) mostraban que los requirentes del beneficio de litigar sin gastos y quienes patrocinan los asesores letrados en virtud de las disposiciones de la ley 7982, pertenecen a distintos estratos sociales: los primeros son personas clase media o media baja y los segundos son de clase baja.

¿En qué consiste este sometimiento obligatorio a la instancia? Tal como señalan Barmat y Rivero (2001), la ley sólo establece la concurrencia obligatoria a una audiencia. Una vez que se ha llevado a cabo esta primera audiencia, las partes pueden optar por proseguir el juicio o continuar intentando la mediación. Por ello, no están obligadas a someterse a una vía engorrosa o dilatoria.

Respecto del trámite, El A.R. N° 586 Serie "A" reglamenta el art. 2 inc. "b", disponiendo que quedan comprendidas todas las causas en las que el actor, en oportunidad de demandar o antes de la traba de la litis, solicitare el beneficio de litigar sin gastos, o lo hiciera el demandado al momento de contestar la demanda, cualquiera sea el monto o el procedimiento aplicable⁵.

La remisión a mediación se efectuará después de contestada la demanda o reconvenición, o decaído el derecho a hacerlo, y antes de la apertura a prueba. En el caso de rebeldía, no se efectuará la remisión (A.R. N° 555 Serie "A"). En síntesis, la derivación se hará luego de la traba de la litis.

El C.J.M. recepciona la causa y procede a citar a las partes a una audiencia preliminar, que culmina con la designación del mediador⁶. Luego se cita a las partes a la primera audiencia de trámite. Finalmente, de alcanzar un acuerdo, puede solicitarse al juzgado de origen lo homologación y en caso de incumplimiento, podrá ser directamente ejecutado (art. 23 ley 8858).

2.3- Sistema de costas de la ley 8858. El Fondo Especial de Financiamiento

Las partes deberán afrontar los honorarios del mediador. Los mismos son en principio libremente pactados entre las partes y el mediador. De no llegar a un acuerdo sobre los mismos, el decreto reglamentario 1773/00 establece una serie de pautas subsidiarias para regular honorarios, teniendo en cuenta si se trata de un juicio con monto determinado o indeterminado⁷.

La ley establece un régimen que tiende a la *onerosidad reducida* (art. 34 ley 8858). Esto se desprende, de los montos razonablemente bajos que

⁵ El decreto 1773/00 lo hace en los mismos términos.

⁶ Dicha designación podrá hacerse de común acuerdo o por sorteo.

⁷ a) Causas con monto determinado: los honorarios del mediador serán el 5% del monto del acuerdo, con un tope de 60 jus. De no haber acuerdo, serán el 2,5% del monto reclamado, con un tope de 10 jus. b) Causas con monto indeterminado: 1 jus la primera reunión y de 2 a 4 jus por cada reunión ulterior.

establece el mencionado decreto. Asimismo, el bajo costo es una de las características esenciales de la RAC.

En este marco, para los requirentes del beneficio de litigar sin gastos - en concordancia con el art. 49 de la Constitución Provincial - se establece la *gratuidad de las actuaciones*⁸. Se dispone que en las mediaciones en causas judiciales, en las cuales una de las partes haya obtenido el beneficio de litigar sin gastos, o estuviere tramitando el mismo o acreditara en los términos que determine la reglamentación la imposibilidad de pago de los honorarios, la mediación será gratuita para el que solicitó el beneficio de litigar sin gastos (art. 35 ley 8858).

Este artículo es reglamentado por el decreto 1173/00, que dispone que en el caso de acuerdo por el cual el beneficiario de la gratuidad obtuviere una prestación económica suficiente, deberá abonar los gastos, costos y costas resultantes de la mediación. En otras palabras, si se opera una *mejora de fortuna*, se deberán abonar los honorarios. Esta disposición es congruente con una de las notas que caracteriza al beneficio de litigar sin gastos: la provisionalidad de la franquicia.

Con la finalidad de cubrir los honorarios de los mediadores que intervengan en estas mediaciones, se crea un Fondo Especial de Financiamiento⁹. Estos honorarios serán regulados por el C.J.M. mediante resolución fundada.

En este sentido, la jurisprudencia sentada establece que los honorarios del mediador se dividen entre las partes que participaron de la mediación y que sólo el porcentaje que corresponde al requirente será soportado por el Fondo¹⁰. Asimismo, el mediador sólo podrá convenir honorarios con la parte que no sea beneficiaria; el porcentaje correspondiente al beneficiario no podrá pactarse y deberá ajustarse a las referidas pautas subsidiarias establecidas en el decreto 1773/00¹¹.

Finalmente, cuando el beneficiario es demandado y *paga* un monto acordado, se adopta el criterio de que si el mismo ha demostrado capacidad económica para asumir el acuerdo, puede también pagar honorarios¹².

⁸ Art. 49: En ningún caso puede quedar limitado el acceso a la Justicia por razones económicas.

⁹ Que se rige por las disposiciones de la ley 8002.

¹⁰ Res. 12/01, Res. 23/01, Res. 28/01, Res. 29/01.

¹¹ Res. 09/01, Res. 15/01, Res. 24/01, Res. 35/01, Res. 36/01.

¹² Res. 04/01, Res. 07/01, Res.22/01, Res. 33/01.

Al respecto, es de esperar que prevalezca otro criterio de interpretación armónico con el referido principio de mejora de fortuna. Su interpretación contrario sensu indica que el beneficiario que paga afronta una situación gravosa y si a su vez, se le imponen las costas del proceso, la misma se vuelve *más onerosa*. La situación planteada puede agredir el derecho de acceso a la Justicia.

3- Implementación de la mediación en sede judicial

3.1- Accesibilidad de la Justicia provincial y del Centro Judicial de Mediación

Cappelletti y Garth (1996) han subrayado que el acceso a la Justicia incluye tanto una dimensión cultural como una *física*: aunque el problema se agudiza en los sectores menos pudientes de la sociedad, no sólo afecta a los mismos¹³. En varios sentidos este no es un aspecto secundario: se trata de prestar atención a condiciones que favorecen la inclusión en el espacio público.

En este marco, cabe preguntarse acerca de la accesibilidad de la Justicia ordinaria. Un relevamiento efectuado tres años atrás mostraba, sin que la situación fuera homogénea, que este era un aspecto en general descuidado. En la actualidad, y en el marco de una política de modernización, puede afirmarse que la Justicia provincial ha mejorado su accesibilidad física¹⁴.

Por otro lado, ha comenzado a prestarse atención a otros aspectos también susceptibles de ser mejorados sin necesidad de mayores erogaciones económicas. Tal es el caso de las cédulas de notificación, las cuales eran remitidas por muchos juzgados sin consignar domicilio ni ubicación de los mismos. La expansión edilicia que se ha producido en la Justicia provincial – que en la Capital se reparte en cuatro edificios – producía inconvenientes a los ciudadanos comunes a la hora de concurrir a citaciones. Ante este problema, el A.R. N° 610 Serie “A” dispone que se deberá indicar junto al nombre del Tribunal y Secretaría, su dirección y para el caso de oficinas ubicadas en el Palacio de Justicia I, también en que planta y pasillo se encuentran.

Centrándonos en la situación de la mediación, se describe el C.J.M., en lo que respecta a sus condiciones de accesibilidad e infraestructura.

¹³ Tal es el caso de los discapacitados motrices.

¹⁴ Entre otras medidas implementadas, pueden señalarse la reubicación de los juzgados en el Palacio de Tribunales I, los cuales han sido agrupados, de acuerdo al fuero y la instancia a la que pertenecen. Asimismo, la remodelación del edificio abarcó el aspecto de la señalización.

El mismo se encuentra ubicado en el Palacio de Justicia III. Este edificio de dos plantas fue construido hace unos cuarenta años y ha albergado a distintas dependencias de la administración pública. En 1998 fue cedido al Poder Judicial y comenzó a funcionar la Cámara del Trabajo. El C.J.M. es de medianas dimensiones y se encuentra ubicado en el subsuelo y en la planta baja del edificio. Cuenta con un total de 15 salas donde se desarrollan las mediaciones y con un sector donde funciona su administración, la cual está totalmente informatizada¹⁵.

La fisonomía de esta oficina es diferente a la que puede observarse en el resto de Tribunales. Por ejemplo, no cuenta con algo típico de los ámbitos judiciales: la barandilla. Sus paredes están pintadas con colores cálidos, predominando los tonos naranjas; las plantas y los cuadros refuerzan un ambiente de distensión, presupuesto mínimo para que las partes puedan intentar un acuerdo. En la recepción hay sillas distribuidas en distintos puntos para que el público espere ser atendido y existen carteles señaladores ubicados en distintos puntos. Aunque la señalización de la oficina es óptima, podría mejorarse emplazando carteles en el exterior del edificio.

El horario de atención al público es de 8 a 20 hs., siendo la única dependencia de la Justicia provincial que atiende tanto en horario matutino como vespertino. Esto permite mayor disponibilidad horaria para concurrir a las audiencias de mediación, ya que las partes pueden elegir el horario más conveniente para celebrar dichas audiencias, una práctica bastante distante de las vigentes en el resto del Poder Judicial.

3.2- Beneficios de litigar sin gastos procesados

En primer lugar, se expone el volumen de solicitudes de beneficio de litigar sin gastos iniciadas en la Justicia ordinaria de la Ciudad Capital, de acuerdo a las últimas estadísticas disponibles¹⁶.

Cuadro N° 1: Beneficios de litigar sin gastos - Capital

Año	Beneficios de litigar sin gastos iniciados
1998	1539
1999	1399
2000	1661

¹⁵ Una de estas salas de mediación cuenta con una cámara Gesell para observadores.

¹⁶ Fuente: Fiscalía General de la Provincia.

Tal como puede observarse en cuadro N° 1, las causas con beneficios de litigar sin gastos se han mantenido estables en los últimos tres años. Más aún, parecen experimentar una leve tendencia creciente. Esto conducía a esperar que la aplicación de la ley 8858 marcaría un notorio incremento del volumen de causas mediadas en sede judicial¹⁷.

Cuadro N° 2: causas procesadas por el C.J.M. en el año 2001

Causal de remisión		Frecuencia	Porcentaje
Obligatorias (art. 2)	Inc. a: pequeñas causas	76	18%
	Inc. b: beneficios de litigar sin gastos	130	30%
	Inc. c: decisión del juez	133	31%
	Total	339	79%
Voluntarias (art. 6 - 7)		91	21%
Total		430	100%

Pero la cantidad de causas ingresadas al C.J.M. ha sido mucho menor al previsto. Como puede verse en el cuadro N° 2, entre el 1 de febrero y el 28 de diciembre de 2001, ingresaron 430 causas¹⁸. Esto plantea interrogantes sobre el movimiento de causas en los Juzgados Civiles.

Sobre este total, 130 causas fueron remitidas en virtud del art. 2 inc. "b": los juicios con beneficio de litigar sin gastos representan el 30% del total de las causas que procesa en la actualidad el C.J.M. Dentro de un marcado predominio de las causas remitidas en forma obligatoria (79%), el instituto representa un tercio del volumen de causas procesadas anualmente.

Cuadro N° 3: Beneficios de litigar sin gastos: fuero de remisión y resultados

Juzgados	Con acuerdo	Sin acuerdo	Desistidas	No mediables	Multa	En trámite	Total
Civiles y Com.	16	35	1	8	5	32	97
Correccionales	10	12	2	1	3	5	33
Total inc. "b"	26	47	3	9	8	34	130

¹⁷ En dos años, el Centro Piloto de la Capital había procesado un total de 300 causas.

¹⁸ Informe Anual C.J.M. del T.S.J.

Los beneficios de litigar sin gastos provienen exclusivamente de los Juzgados Civiles y Comerciales (74,61%) y de los Juzgados Correccionales (25,38%). En estos últimos, se tramitan acciones civiles derivadas de delitos con penas que no superan los 3 años y aquellos que sean de instancia privada, tales como homicidios culposos. Curiosamente, en estos juicios derivados de accidentes de tránsito, a pesar del ánimo vindicativo de las partes, de las situaciones de insolvencia, del hecho de que la parte asegurada carece de poder de negociación autónomo y de la actitud de las compañías aseguradoras que rechazan la mediación, el porcentaje de acuerdos es alto (30,3%) y notoriamente superior al de las causas remitidas por el Fuero Civil (16,49%).

Cuadro N° 4: comparación con otras causas

Forma de derivación		Resultados	
		Frec.	%
Beneficios de litigar sin gastos	Con acuerdo	26	20,00%
	Sin acuerdo	47	36,15%
	Desistidas	3	2,30%
	Multa art. 20	8	6,15%
	No mediables	9	6,92%
	En trámite	37	26,15%
	Total	130	100,00%
Otros tipos de causas	Con acuerdo	63	21,00%
	Sin acuerdo	84	28,00%
	Desistidas	20	6,66%
	Multa art. 20	31	10,33%
	No mediables	14	4,66%
	En trámite	88	29,33%
	Total	300	100,00%

Como puede observarse, existen similitudes entre los resultados a los que se arribara en las mediaciones derivadas de juicios con beneficio de litigar sin gastos y en el resto de las causas que procesa el C.J.M., las cuales tienen un común denominador: en todas ellas se ha pagó Tasa de Justicia para iniciarlas. En especial, el nivel de acuerdos alcanzados en los juicios con beneficio de litigar sin gastos (20%) es sumamente coincidente con el logrado en el resto de los juicios sujetos a mediación (21%).

Esta paridad de las cifras refuerza la tesis de que los justiciables que inician beneficios de litigar sin gastos son insolventes, o en otras palabras personas de escasos recursos pero no pobres de solemnidad. Por ello, las

causas remitidas en virtud del inciso "b" tienen un comportamiento similar a la generalidad de las causas, que involucran a personas que sí pudieron afrontar la Tasa de Justicia.

4- Conclusiones

El análisis efectuado muestra distintos aspectos de la situación de los requirentes del beneficio de litigar sin gastos en la instancia de la mediación.

Comenzando con la constitucionalidad de las disposiciones relativas al beneficio de litigar sin gastos, el examen efectuado muestra que las mismas en principio no menoscaban la vigencia del derecho de acceso a la Justicia. En primer lugar, se habilita una etapa procesal facilitadora que no puede calificarse como una instancia previa y los beneficiarios tampoco se ven sometidos a un procedimiento engorroso o dilatorio. En segundo lugar, se resguarda la gratuidad de las actuaciones: la instancia de la mediación no torna más gravosa la situación de los beneficiarios.

Pasando a la implementación, el relevamiento efectuado muestra que el servicio cuenta con óptimas condiciones de funcionamiento. Se ha prestado atención a aspectos tales como señalización, acondicionamiento del espacio físico y atención al público, lo cual muestra que la política de modernización del Poder Judicial encarada también parece abarcar el mejoramiento del acceso a la Justicia¹⁹.

El análisis hasta aquí efectuado muestra las inconsistencias del argumento que sostiene que la mediación es "una Justicia de segunda para los pobres". Tanto la regulación procesal como las condiciones en las que se desarrolla el servicio, parecen preservar la igualdad de los ciudadanos ante la ley. En otras palabras, esta no parece ser una instancia para pobres ni tampoco un servicio de baja calidad.

Frente al referido argumento, también cabe una última reflexión. Para ello, conviene recordar que en el procedimiento civil ordinario tanto las previsiones del Código Procesal Civil y Comercial, como los criterios de los funcionarios del Fuero Civil que intervienen en el trámite, han tomado excesivamente *gravosa* la situación del beneficiario en dicha instancia²⁰.

¹⁹ Aún cuando en la actualidad las condiciones de infraestructura y accesibilidad aparecen cubiertas, en un futuro próximo puede plantearse la situación del Fuero de Familia, que ha sido desbordado por la cantidad de requirentes del servicio.

²⁰ Vg., diligenciando la prueba. De todas maneras, la situación ha mejorado, con la derogación de la norma que establecía que el trámite incidental paralizaba la causa principal.

Al respecto - teniendo en cuenta que en muchos casos la situación de necesidad del beneficiario puede requerir una solución más o menos rápida: ¿por qué no otorgarle la opción de sentarse cara a cara con su contraparte y llegar a un eventual arreglo amistoso? Si éste por el contrario considera que su derecho no se comparece con la oferta efectuada, podrá continuar con la vía ordinaria.

Finalmente, cabe señalar que el abordaje efectuado muestra la importancia de analizar las relaciones que pueden establecerse entre resolución alternativa de conflictos y acceso a la Justicia. Más allá de que clásicamente la mediación - con sus características de informalidad, bajos costos y celeridad - surge como una respuesta frente a las barreras que dificultaban el acceso a la Justicia, los resultados finales pueden ser contrarios a los esperados.

En este orden de ideas, puede decirse que es difícil establecer un modelo normativo abstracto que garantice a priori el éxito de los programas de mediación anexos a tribunales. El tratamiento que dispense la norma a situaciones específicas - que comprometen garantías procesales, tales como el de acceso a la Justicia - y las condiciones en que se presta el servicio, condicionan en gran medida los resultados a esperar. Estos aspectos han sido tenidos en cuenta para la implementar la mediación en Córdoba, lo cual permite ser optimistas con respecto a las respuestas que este instituto proporcionará en el futuro.

Bibliografía:

BARMAT Norberto, RIVERO Silvia (2001). *Ley provincial de mediación N° 8858 y su reglamentación*. Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba.

BERGOGLIO María Inés (2001). *Litigar en Córdoba. Investigaciones sociológicas sobre la litigación*. Editorial Triunfar, Córdoba.

CAPPELLETTI Mauro, GARTH Bryant (1996). *El acceso a la Justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. Fondo de Cultura Económica, México.

CORREA VÁZQUEZ Florencia (1994) "La Justicia Laboral en Puebla" en *Revista de Investigaciones Jurídico - políticas*, Universidad Autónoma de Puebla, Año V, No 7-8, p.75-85.

DÍAZ SOLIMINE Luis Omar (1995). *Beneficio de litigar sin gastos*. Editorial Astrea, Buenos Aires.

ENGLE MERRY S. (1990) *Getting Justice and Getting even: Legal consciousness among working-class Americans*, The University of Chicago Press, Chicago and London.

FERREYRA DE DE LA RUA Angelina, GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL Cristina (1997) *Lineamientos para un proceso civil moderno. La simplificación procesal. Medios alternativos de resolución de conflictos*. EDIAR Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires.

MOORE Christopher (1995). *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*. Granica, Buenos Aires - Barcelona.

PICKER Bennet G. (2001). *Guía práctica para la mediación. Manual para la resolución de conflictos comerciales*. Paidós, Buenos Aires.

RODRÍGUEZ JUÁREZ Juan Manuel (1998) *Cuestiones Procesales*. Editorial Alveroni, Córdoba.

VILANOVA José Lucas (2001a) "El Asesoramiento Legal Gratuito en el Marco de las Políticas Sociales" en *Anuario V* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales - U.N.C., Córdoba.

VILANOVA José Lucas (2001b) "Acceso a la Justicia y resolución alternativa de conflictos: el beneficio de litigar sin gastos en la mediación" en *Libro de ponencias del II Congreso Nacional de Sociología Jurídica* - U.N.C., Córdoba.

LA EMERGENCIA CONSTITUCIONAL EN EL TRANCURSO DE LOS AÑOS 1891 Y 1892

por Ramón Pedro Yanzi Ferreira (*)

Resumen: La investigación estudia el origen y desarrollo de las declaraciones de Estado de Sitio, dictadas en la República Argentina durante los años 1891 y 1892.

Se analiza la declaración del instituto registrada en la República Argentina y que tuvo lugar en Capital Federal en 1891, en todo el territorio del país en 1892, y en Mendoza en 1892.

Palabras claves: Historia - Derecho - Emergencia - Estado de sitio.

I. Introducción

En nuestra historia política y constitucional se utiliza la expresión “*estado de sitio*” por primera vez, en la Constitución Nacional de 1853 y se

(*) Abogado, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Profesor por Concurso de Historia del Derecho Argentino. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho; del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Miembro Fundador y Director del Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas, Roberto I. Peña, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro Correspondiente de la Sociedad Chilena de Historia y Geografía en la República Argentina. Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas en la Provincia de Córdoba.

encuentra delineado en su art. 23 que dispone: "*En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino*".

El estado de sitio, es el único caso de emergencia que se encuentra contemplado en nuestra Ley Suprema y está motivado por la necesidad pública que lo origina.

La presente investigación es parte de un trabajo mayor sobre la aplicación de esta medida excepcional en el período 1853-1930, donde se han investigado los alcances de su dictado, en 34 oportunidades: 1 por ataque exterior y 33 por conmoción interior, 12 por ley del Congreso Nacional y 22 por decreto del Poder Ejecutivo, 10 para todo el país y 24 para áreas, provincias o regiones determinadas.

En este trabajo se estudia el desarrollo histórico de la implantación del estado de sitio en: Capital Federal 1891, República Argentina 1892, y Mendoza 1892.

II. Capital Federal, 1891

El año de 1891 amanece en un franco clima subversivo. Se reorganiza y cobra nuevos bríos el partido derrotado en la revolución de 1890.

Dice Miguel Angel Cárcano "*El Jefe de la revolución vencida, Leandro N. Alem, continuó recibiendo la adhesión entusiasta y bullanguera de sus correligionarios de la Capital y Rosario. El mitin de la "moralidad administrativa" exhibe la fuerza de su partido y pide al gobierno que continúe su acción moralizadora. El caudillo inicia su propaganda para las próximas elecciones y ya plantea su oposición al gobierno: Recién se inaugura la Presidencia y sólo tenemos promesas*"¹.

Se desatan enconadas campañas periodísticas. Son enviados a lejanos destinos fronterizos, oficiales y personal militar que había participado en la revolución fallida.

¹ MIGUEL ANGEL CÁRCANO: Presidencia Pellegrini (1890-1892) en Historia Argentina.

El 18 de febrero de 1891, un contingente de 40 oficiales enviados a nuevos acantonamientos, considerándose injustamente castigados, resuelven expatriarse, embarcándose para la vecina Montevideo.

Al día siguiente, en horas de la tarde, el Ministro del Interior, General Julio A. Roca sufre un atentado al retirarse de la Casa de Gobierno. Un menor dispara contra el General un tiro de revólver sin alcanzar a herirlo.

Pellegrini resuelve, entonces, demostrar a la ciudadanía su voluntad de imponer el orden a cualquier precio. El orden era, en su opinión, "condición esencial para el progreso".

Enemigo acérrimo de los movimientos revolucionarios, como procedimientos para el cambio de las instituciones políticas del país, decide utilizar, con todo rigor, los mecanismos que la Constitución prevé, para la vigencia del sistema republicano.

El 20 de febrero, con el acuerdo de sus Ministros Vicente Fidel López, Eduardo Costa, Juan Carballido, Julio A. Roca y Nicolás Levalle considerando:

"Que la capital de la República pasa en estos momentos por un estado de excitación y de alarma que afecta hondamente los intereses sociales y el crédito de la Nación;

Que ese estado ha tenido ya diversas manifestaciones y tiende a agravarse si no se adoptan medidas autorizadas por la Constitución para prevenir y reprimir en su caso, hechos que arrastrarían a la sociedad a una profunda perturbación;

Que es tanto más necesario proceder así, cuanto que la Nación tiene que vencer dificultades financieras que no pueden ser resueltas sin que se afirme sólidamente el orden público y la acción de la autoridad;

Que ese estado peligroso constituye precisamente el caso de conmoción interior a que se refiere el artículo 23 de la Constitución Nacional, y en el que puede encontrarse en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella;

Que el Poder Ejecutivo tiene el deber de velar por la tranquilidad pública y de reprimir los excesos a que puede dar lugar la excitación de las malas pasiones;

Por todo esto, y en presencia del atentado incalificable que ha tenido lugar en la tarde del día de ayer contra la persona del Ministro del Interior².

² Registro Nacional de la República Argentina, año 1891. Tomo VIII, pág. 96.

Decreta el estado de sitio en el territorio de la Capital Federal, sin mención expresa de su término, pero con la salvedad de rendir oportunamente cuenta al Congreso Nacional.

No parece haber ocurrido incidente alguno de consideración durante el desarrollo de la declaración de estado de sitio, pues la Memoria del Ministerio del Interior correspondiente a dicho año de 1891, acotaba con relación al Instituto "... *no ha tenido siquiera sus aplicaciones comunes y tradicionales. Ninguna persona ha sido arrestada, internada o desterrada a consecuencia de ella. El único efecto de esa resolución ha consistido en la suspensión, ordenada por el Presidente, de aquellos periódicos de circunstancia que se dedicaban a excitar las malas pasiones, agravando el malestar profundo de la situación*".

El 17 de abril de 1891, "*habiendo desaparecido las causas que obligaron a decretarlo*", fue levantado el estado de sitio.

III. República Argentina, 1892

La presidencia del doctor Carlos Pellegrini concluye también como su inicio, en medio de una fuerte agitación política.

Alem encabeza y lidera una ardorosa propaganda, enarbolando las banderas de su programa político "*libertad política, honradez administrativa y sentimiento nacional*". Así lo proclama el manifiesto del 27 de agosto de 1891 y en el "*meeting*" que lleva a cabo en el Teatro Politeama de Buenos Aires, el 2 de setiembre de 1891.

Una recorrida por las provincias del interior del país: Rosario, Córdoba, Tucumán, Santiago del Estero, Salta, Jujuy, Santa Fe, Entre Ríos, San Juan y Mendoza significa la celebración de decenas de manifestaciones donde no falta la violencia y los ánimos enardecidos. Rodeados de escuadrones policiales, varios "*meeting*" concluyen a tiros. Hay muertos, heridos y centenares de detenidos. Las parroquias porteñas de San Juan, Balvanera, Santa Lucía, San Telmo, la Boca y el Socorro muestran una agitación inusitada, grupos armados controlan los comités y en todas las manifestaciones suenan los disparos de las armas. Es herido el hijo de Alem. En el "*meeting*", que precedido por el manifiesto del 24 de noviembre de 1892, se realiza ese mismo mes, en el Frontón, Buenos Aires logra demostrar la importancia numérica de la oposición a la fórmula acuerdista que propiciaba el gobierno y desborde pasional, que caracterizaba su campaña, y que encontraba encendido eco en la prensa adicta.

"*Todas las promesas del Presidente son un mito*" proclama Alem, en los actos que preside con su arenga vibrante y emocionada.

La revolución se corporiza y sólo espera la forma de su estallido.

Pero el Presidente Pellegrini estaba dispuesto a imponer la fórmula del Acuerdo que con Roca y Mitre había logrado perfeñar.

Es entonces, cuando, el 2 de abril de 1892, el Presidente Carlos Pellegrini, con el acuerdo de los Ministros José V. Zapata, Estanislao Zeballos, Juan Balestra y Nicolás Levalle teniendo conocimiento:

"... el gobierno, desde tiempo atrás, de que una fracción política tramaba un movimiento subversivo contra el orden constitucional en esta Capital y en varias provincias;

Que como medios para la ejecución de este plan se procuraba sobornar jefes y oficiales del ejército y la armada, empleados de policía, se regimientaban turbas y se acopiaban armas;

Que el objeto propuesto excedía en barbarie a todo lo que hasta hoy ha presenciado la República con motivo de movimientos anárquicos, pues incluía el asesinato de personas que ejercen autoridad, jefes principales del ejército y ciudadanos de prestigio popular, debiendo emplearse con prodigalidad las materias explosivas que aglomeran y se distribuyen en toda la República;

Que el gobierno nacional acaba de obtener la prueba evidente y escrita de la verdad de todas estas denuncias, estando el plan de conspiración a punto de realizarse³.

y considerando:

Que esta conspiración que intentaba conmover la República entera con escenas de sangre, a efectos de derrocar las autoridades existentes y sustituirlas por una dictadura surgida del crimen y de la anarquía aunque, sería sofocada por las fuerzas fieles de la Nación, una vez que estallara, lo sería a costa de sacrificios dolorosos;

Que es deber del gobierno prevenir estos hechos, una vez que tenga la prueba de su verdad, usando de las facultades que la Constitución le acuerda en los casos de conmoción interior que ponga en peligro su ejercicio o las autoridades creadas por ella: artículo 23 de la Constitución"⁴.

decretaba todo el territorio de la República "en estado de sitio", debiendo oportunamente darse cuenta al Congreso de la Nación.

³ Idem.

⁴ Idem.

Suspensas, pues, en todo el país las garantías constitucionales, por efecto de la declaración del estado de sitio, el gobierno moviliza con decisión todos los recursos a su favor. La oposición es destruida.

Relata Miguel Angel Cárcano:

“La policía procede con extraordinaria energía. Allana domicilios particulares, registra sus casas, secuestra documentos, la correspondencia se examina, los teléfonos y telégrafos se interrumpen, se clausuran los diarios y el público ansioso espera las pruebas de este diabólico plan subversivo que el gobierno promete ofrecer. En el interior, los gobernadores proceden con semejante energía. En los allanamientos y registros efectuados por la policía no se hallaron armas en poder de la oposición. El candidato Bernardo de Irigoyen declina toda responsabilidad del movimiento revolucionario, cuyo pronunciamiento ignoraba, agregando que tenía la seguridad de triunfar en los comicios”⁵.

Las detenciones de los principales dirigentes de la Unión Cívica Radical comenzaron en la misma madrugada del 2 de abril. Rápidamente son conducidos a bordo del buque de guerra “La Argentina”.

Entre los detenidos se encontraba el jefe del movimiento Leandro N. Alem, e importantes activistas, tales como Liliedal, Castellanos, Leguizamón, Saldías, Barrotaveña, Marcelo T. de Alvear, Martín M. Torino, Juan Posse, Rufino Pastor, Víctor M. Molina y Julio Figueroa.

Juzga el autor que citamos:

“Con drástico procedimiento empleado por el Poder Ejecutivo, la oposición fue destruida y en la Unión Cívica Radical, encarcelados sus caudillos y sorprendidos sus correligionarios, el Comité Nacional resolvió la abstención en los próximos comicios. Con una decisión propia de su carácter, el Presidente Pellegrini y su amigo el General Roca habían armado una máquina electoral eficiente que actuó en un ambiente de silencio y soledad, presidiendo los comicios menos concurridos y más bochornosos que hasta entonces había realizado el país. El Presidente Pellegrini apercibióse que fue el instrumento impuesto por los partidos del acuerdo para sortear los peligros de la anarquía a costa de la libertad electoral que él había sostenido desde su tesis doctoral. Sacrificó con mediocres resultados la reforma electoral para resolver la crisis política e imponer un candidato de “insuficiencia

⁵ MIGUEL ANGEL CÁRCANO, op. cit. pág. 3133.

*notoria", durante cuyas funciones se produjo el estallido violento de un proceso que el Presidente Pellegrini no consiguió dominar*⁶.

Inmerso en este clima se realizaron las elecciones presidenciales del 10 de abril de 1892, con "*una elección ganada antes de efectuarse el escrutinio*", donde la fórmula del "Acuerdo", obtuvo 9.420 votos en la Capital y una cifra parecida en el interior del país, hecho puntual que revela el ausentismo del pueblo a las urnas.

En las horas en que se practicó la elección fue levantando el estado de sitio por un decreto del día 9 de abril, concluida la elección de electores para Presidente y Vice, volvió a recobrar su lozanía y se extendió hasta el 8 de julio de 1892 en que fue levantado por ley 2.870.

IV. Mendoza, 1892

En el mes de enero de 1892, el Presidente Carlos Pellegrini se ausenta unos días a la ciudad de Mar del Plata.

El Senador por Tucumán Miguel M. Nougués se encontraba a cargo del Poder Ejecutivo cuando estalla un conflicto entre el Gobernador de Mendoza, Pedro N. Ortíz y la Legislatura mendocina. Quince Diputados de la Legislatura solicitan al Gobierno Nacional la intervención de la Provincia. Se precipitan los acontecimientos. La mayoría de la Cámara de Diputados suspende a Ortíz en el ejercicio de sus funciones y exigen al Gobernador su renuncia. Es designado Gobernador interino Manuel Bermejo, pero el Gobernador Ortíz se opone a su reemplazo. Encontrándose ausente Bermejo, se dispone a que asuma el Presidente de la Legislatura Carlos González, hecho que tampoco puede efectivizarse por la decidida oposición del Gobernador Ortíz.

Allanamiento dispuestos por la policía en los domicilios de los legisladores concluyen con ribetes sangrientos, son atacados por grupos armados el Vicepresidente de la Legislatura y varios diputados más, reunidos en casa de éste. De resultas de este episodio, es herido el Vicepresidente del Cuerpo Legislativo, muerto el Secretario de la Cámara de Diputados y perseguidos a balazos varios diputados.

En vista de los acontecimientos ocurridos, y ante el expreso y formal pedido de la Legislatura mendocina, considerando el Poder Ejecutivo Nacional:

⁶ Idem, pág. 3134.

"... 5° Que la falta de garantía en que los diputados fundaban su pedido de intervención está justificado por los hechos sangrientos recientemente producidos;

6° Que resulta evidente que, a pesar de las protestas del gobernador de Mendoza, la Legislatura no está garantida en su existencia, por no estarlo sus miembros, y por lo mismo desaparece del gobierno provincial uno de sus más altos poderes;

7° Que, desapareciendo de hecho la Legislatura de Mendoza como cuerpo deliberante y solicitada la intervención por la mayoría de sus miembros a objeto de sostenerla o restablecerla, corresponde al Poder Ejecutivo Nacional, estando en receso el Honorable Congreso, acordarla o denegarla"⁷.

El Senador Nougés a cargo del Poder Ejecutivo Nacional, con el acuerdo de los Ministros José V. Zapata, Estanislao S. Zeballos, Vicente Fidel López, J. Balestra y Nicolás Levalle declara el estado de sitio e intervenida la Provincia de Mendoza, designado interventor a Francisco Uriburu y Comandante en Jefe de las fuerzas nacionales al servicio de la intervención al General de División Luis María Campos⁸.

El interventor llevaba como misión específica sostener o restablecer en el ejercicio de sus funciones a la Honorable Cámara Legislativa de la Provincia de Mendoza, con arreglo a su constitución.

Se indicaba expresamente que todos los Jefes, oficiales de la Nación y fuerzas militares residentes en la Provincia de Mendoza se pondrían inmediatamente a las órdenes del Interventor Nacional.

Por el Ministerio del Interior se impartían las instrucciones pertinentes al Comisionado Federal, en tanto el Ministerio de Guerra libraría a disposición del Comandante, las fuerzas necesarias para las operaciones militares que la intervención requiriera.

La intervención a Mendoza, en 1892, significó el desplazamiento de una verdadera expedición que marchó a ocupar la Provincia desde Zárate.

Francisco Uriburu convocó a elecciones el 14 de febrero de 1892. Se instaló una nueva Legislatura que procede rápidamente a anular leyes provinciales que disponían que las elecciones fueran juzgadas por la Legislatura, aunque los legisladores hubiesen concluido su mandato.

Con el decidido apoyo de la intervención federal es elegido Gobernador Diocleciano García.

⁷ Registro Nacional de la República Argentina, 1892. Tomo VIII, pág. 134.

⁸ Idem.

Para posibilitar la elección del Gobernador, y de los diputados de la Provincia, por decreto del 8 de febrero, se suspende para el día 14 la declaración del estado de sitio.

El 17 de marzo de 1892, el Poder Ejecutivo Nacional decretó concluida la intervención a Mendoza, aprobando la gestión del Interventor Uriburu. El decreto en cuestión no traía mención alguna a la declaración de estado de sitio.

Un significativo colofón lo constituye el hecho que el mismo día 17 de marzo, la Legislatura mendocina invalidaba el nombramiento de Oseas Guñazú, como senador Nacional, eligiendo en su reemplazo al Ministro del Interior Zapata, pero el Senado Nacional aprobó el diploma cuestionado, por quince contra seis votos.

Bibliografía:

ABAD DE SANTILLÁN, DIEGO. *Historia Argentina*, tomo 3. Buenos Aires, tipográfica Editora Argentina, 1981.

ALCORTA, AMANCIO. *Las garantías constitucionales*. Buenos Aires, Editor J. Lajouanc, 1897.

AVELLANEDA, NICOLÁS. *Escritos y discursos*. Buenos Aires, 1910.

BARRAQUERO, JULIÁN. *Espíritu y práctica de la Constitución Argentina*. Buenos Aires, Tipográfica del Colegio Pío IX de Artes y Oficios, 1889.

BAUDÓN, HÉCTOR R. *Instituciones y garantías de la Constitución*. Buenos Aires, 1930.

BIDART CAMPOS, GERMÁN J. *La Constitución Argentina*. Buenos Aires, 1966.

- *Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Editorial Ediar, 1966.

- *Historia e ideología de la Constitución Argentina*. Ediar, 1969.

- *Manuel de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires, Ediar, 1981.

- *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires, Ediar, 1989.

BIELSA, RAFAEL. *Derecho Constitucional*. Buenos Aires, 3ª cd., Depalma, 1958.

BOSCH, BEATRÍZ. *Urquiza, Gobernador de Entre Ríos*. Paraná, 1940.

- *Urquiza y su Tiempo*. Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1980.

BOSANO ANSALDO, DANIEL. *El estado de sitio*. Rosario, 1943.

CÁRCANO, MIGUEL ANGEL: "Presidencia Pellegrini 1890-1892" en *Historia Argentina*. Colección Historia de los pueblos de América, Buenos Aires. 1968.

CLUSELLAS, EDUARDO L. GREGORINI. *Estado de sitio y la Armonía en la relación individuo-Estado*. Buenos Aires, Depalma, 1987.

CONGRESO NACIONAL. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1870-1874.

- *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 1873-1874.*

DEL VALLE, ARISTÓBULO. *Nociones de Derecho Constitucional.* Buenos Aires, Editorial Albatros, 1953.

FERNÁNDEZ, JUAN RÓMULO. "San Juan 1810-1862", en *Academia Nacional de la Historia de la Nación Argentina (Desde los orígenes hasta la organización definitiva en 1862)* dirigida por Ricardo Levene. Volumen X Historia de las Provincias, límites interprovinciales y territorios Nacionales. Buenos Aires, Librería y Editorial "El Ateneo", 1947.

FERNÁNDEZ SEGADO, F. *El estado de excepción en el Derecho Constitucional Español.* Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1977.

GARCÍA BELSUNCE, HORACIO A. *Garantías Constitucionales.* Buenos Aires, Depalma, 1984.

GONZÁLEZ, JOAQUÍN V. *Manual de la Constitución Argentina.* Buenos Aires, 1897.

- "Estado de sitio", en *Obras Completas*, ts. III y V, Buenos Aires, 1927.

- *Estudios Constitucionales.* Buenos Aires, "La Facultad", 1930.

- *Manual de la Constitución Argentina.* Buenos Aires, Estrada, 4ª ed., 1951.

- LINARES QUINTANA, Segundo V. "La suspensión de las garantías constitucionales en la teoría y en la práctica constitucional argentina", *Revista La Ley*, T. 39.

MABRAGAÑA, HERÁCLITO. "Los Mensajes". *Historia del desenvolvimiento de la Nación Argentina redactada cronológicamente por sus gobernantes 1810-1910.* Comisión Nacional del Centenario. Tomo III, 11.852-1880. Buenos Aires, 1910.

MARTÍNEZ PAZ, ENRIQUE. "Córdoba 1810-1862" en *Academia Nacional de la Historia de la Nación Argentina desde los orígenes hasta la organización definitiva en 1862.* Dirigida por Ricardo Levene. Vol. IX. Historia de las Provincias. Buenos Aires, Librería y Editorial "El Ateneo", 1946.

Registro Nacional de la República Argentina. Tomo VIII.

SÁNCHEZ VIAMONTE, CARLOS. *Ley marcial y estado de sitio en el derecho argentino.* Montevideo, 1931.

- "Estado de sitio", en *Estudios sobre la Constitución Nacional.* Santa Fe, Imp. de la Universidad Nacional del Litoral, 1943.

- "El estado de sitio", *Estudio sobre la Constitución Nacional*, Homenaje en el 90 aniversario de su sanción, Santa Fe, 1943.

- *Manual de Derecho Constitucional.* Buenos Aires, Kapelusz, 1956.

- *La ley marcial y el estado de sitio.* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1957.

ZIULU, ADOLFO GABINO. *Estado de sitio ¿emergencia necesaria o autoritarismo encubierto?* Buenos Aires, Depalma, 2000.

Sección IV

INFORMES Y CRÓNICAS

SIMULACIÓN DE RELACIONES INTERNACIONALES VÍA INTERNET

**La simulación en la enseñanza de la Ciencias Sociales.
La experiencia del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales**

por Leopoldo Schapira()*

Resumen: El artículo continúa la exposición de temas relacionados a la aplicación de juegos y simulaciones en la enseñanza de las Ciencias Sociales que fuera iniciada en el Anuario N° 4 (1999). El propósito de esta exposición es ejemplificar los conceptos teóricos del artículo de referencia mediante la descripción de un Juego Internacional de Simulación de Relaciones Exteriores que se realiza anualmente en el CIJS vía Internet. En esta presentación se describen los ajustes de organización y tecnología que fueron necesarios luego de 15 años de experiencia y los contenidos de cada una de las etapas del proceso de participación.

La realización de un nuevo ejercicio en Abril de 2002 es una muy buena oportunidad para que nuestros estudiantes visualicen, desde nuevas perspectivas, a los factores externos que condicionan nuestra actual crisis. La pretensión es que este material no sólo dé cuenta de una experiencia del Centro de Investigaciones sino también que sea útil para quienes estén interesados en aplicar el método de juegos / simulaciones a la enseñanza del Derecho y las Ciencias Sociales.

Palabras Claves: Ciencias Sociales, Ciencias Políticas, Métodos de Enseñanza, Juegos de Simulación, Relaciones Internacionales

(*) Arquitecto, Master en Planificación Urbana y Regional (UK.), Profesor Asociado de Planificación Social del Territorio – Centro Universitario de Política Social – (1983-1989), Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (1989-), Socio Gerente de Perspectivas Sociales, Consultora de Mercado.

En el artículo anterior¹, se ha definido a un juego - simulación como el uso, de acuerdo a reglas, de un modelo con el objeto de enseñar, conocer y predecir el desarrollo de un fenómeno social.

En esta oportunidad, se intenta ejemplificar los conceptos teóricos expresados anteriormente mediante la descripción de una experiencia que se realiza anualmente en el Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho. Esta ejemplificación debe aportar mayor claridad y por ende, posibilidades de difusión de esta técnica a la enseñanza del Derecho y las Ciencias Sociales².

Como se desprende de ese artículo una experiencia de enseñanza – aprendizaje mediante juegos de simulación reúne los siguientes elementos:

- Un modelo del fenómeno a reproducir;
- Un operador o grupo de operadores del modelo;
- Reglas de las acciones posibles de los operadores dentro del modelo;
- Un escenario o situación inicial hipotética del modelo;
- La fijación de objetivos por parte de los participantes
- Una experiencia de Debriefing o reestructuración de los operadores para generar conocimiento a partir de la experiencia

La Simulación de Relaciones Internacionales vía Internet que se realiza en el Centro de Investigaciones de la Facultad, contiene todos estos elementos cuyos atributos se enuncian a continuación.

El modelo

Un modelo es una representación conveniente y reducida de una parte de la realidad en estudio.

La simulación ICONS³, desarrollada en la Universidad de Maryland, representa el sistema de relaciones entre países que se dan con motivo de las conferencias internacionales sobre temas de interés común. En ese sen-

¹SCHAPIRA, LEOPOLDO "Los Juegos y Simulaciones en la enseñanza de las Ciencias Sociales", Anuario IV, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Córdoba, 1999. pag 263-275

² En el curso de Metodología de Enseñanza a Adscriptos de la Facultad de Derecho, se dicta un seminario sobre la aplicación de las técnicas de Juegos y simulaciones

³ ICONS: "International Communications and Negotiations Simulation" Department of Government and Politics. University of Maryland

tido, el modelo representa el plano de la realidad de los procesos políticos de toma de decisiones⁴, influenciado por las normas y valores de los participantes

La comunicación entre los participantes se canaliza vía el Internet. El modelo funciona en dos ambientes de comunicaciones: el correo electrónico y las conferencias en líneas. El correo electrónico reproduce las condiciones del correo diplomático con sus atributos de absoluta privacidad y confidencialidad. Las conferencias en línea representan los plenarios de las conferencias internacionales de ministros.

Forman parte de las facilidades de comunicación, el acceso a una biblioteca virtual de tratados internacionales y vínculos con sitios externos de interés como organismos internacionales y embajadas extranjeras en Washington D.C.

Operador o grupo de operadores del modelo

Los participantes son estudiantes de Derecho, Relaciones Internacionales, Comercio Internacional, etc. de distintas universidades del mundo. En algunos casos, esos equipos representan los intereses de sus naciones. En otros casos, simulan el desempeño de países cuya política exterior están estudiando.

Reglas de las acciones posibles de los operadores dentro del modelo

Los equipos participantes recrean las reglas de la diplomacia. Cada equipo representa el ministerio de relaciones exteriores de un país. Mediante el correo diplomático se trata de forjar acuerdos sobre las posiciones frente a los problemas comunes. Las distintas propuestas se discuten en las conferencias en línea que representan las conferencias internacionales. Como fin último en las conferencias se votan los proyectos de acuerdo y resolución.

En ambos ambientes, en el del correo y en las conferencias en línea, se desarrollan relaciones bilaterales y multilaterales.

En el correo diplomático cada país redacta sus mensajes en su idioma, en tanto que en las conferencias internacionales se usa exclusivamente el inglés.

⁴ Ver el artículo mencionado

Evaluación de desempeño.

Como en la realidad, la evaluación de desempeño la realiza cada equipo, comparando los objetivos planteados al inicio del ejercicio, con los logros obtenidos y el nivel de protagonismo en el juego. No existe una evaluación externa. Por eso ICONS es un verdadero ejercicio de cooperación horizontal, multicultural y multilingüístico. Cada equipo cosecha según lo que siembra.

Un escenario o situación inicial hipotética del modelo

El escenario, es la situación hipotética que aceptan los participantes y que sirve de marco para el desarrollo de la simulación.

En ICONS, el escenario⁵ representa una situación mundial probable dentro de seis meses. Este avance de los acontecimientos es una estrategia para evitar que el comportamiento de los participantes sea influenciado por las noticias periodísticas del momento

Esto contribuye a que los participantes sean creativos desarrollando sus propias políticas y propuestas en vez de duplicar los eventos y decisiones de la realidad.

Los temas objeto de negociación son :

- Seguridad Internacional;
- Medio Ambiente;
- Derechos Humanos;
- Política Económica Internacional;
- Globalización; y
- Salud Mundial

Temas de discusión - Seguridad Internacional

Terrorismo y Estados Bandidos

¿Cómo se puede lograr una creciente cooperación internacional para parar el terrorismo? Las naciones que albergan al terrorismo, deseándolo o no, ¿deben ser consideradas responsables?, ¿En qué medida?

¿Cuál debe ser el estándar para considerar a un estado bandido? ¿Se puede adoptar un único estándar internacional? Y si así fuera, ¿quién tomará la decisión final de aplicarlo a un estado?

¿Cómo puede la comunidad internacional limitar (o contener) amenazas de terroristas y estado bandidos? ¿Se pueden adoptar medidas pre-

⁵ El texto que sigue es una traducción selectiva del escenario utilizado en el ejercicio de este año

ventivas que aseguren que no accederán a armamento, en particular, con capacidad de destrucción masiva?

Mantener y construir la paz.

¿Cuál debe ser el papel de las intervenciones internacionales durante las crisis?: ¿Deben estas fuerzas quedar activamente comprometidas en actividades de construcción de la paz (por ejemplo, intervenir para detener las hostilidades, desarmar a las partes beligerantes, con mayor riesgo para las tropas de intervención), o deben estar limitadas a reforzar los acuerdos de paz?

¿Puede reconciliarse la intervención y la soberanía?. ¿En qué circunstancias debe actuar la comunidad internacional para prevenir el genocidio, y puede acordarse un sólo conjunto de criterios?

Las tropas de mantenimiento de la paz, ¿deben estar compuestas por fuerzas internacionales o regionales? ¿La ventaja del tiempo de reacción de tropas regionales supera la preocupación acerca de su neutralidad?

Medio Ambiente

Calentamiento Global

El actual protocolo de Kioto, ¿es un instrumento viable para lograr la reducción de emisiones. ¿Debe plantearse un estándar único para todas las naciones, o el sistema de dos niveles actual ofrece un mejor enfoque?

¿Qué medidas se pueden tomar para limitar la relocalización de industrias polutantes hacia naciones en vías de desarrollo para escapar a las regulaciones ambientales? ¿Se puede crear un conjunto universal de normas para evitar que las multinacionales exporten sus industrias sucias?

¿Qué se puede hacer para balancear la preocupación mundial acerca de la deforestación y la necesidad de desarrollo de países individuales?

Tecnología Verde

Teniendo en cuenta el hecho que las tecnologías ambientalmente amigables no han demostrado su rentabilidad, ¿cómo puede alentarse al mercado para continuar desarrollando estos avances? ¿Qué puede hacerse para alentar a los consumidores para que elijan productos ambientalmente responsables?

Las tecnologías verdes existentes han mejorado la calidad ambiental, pero siguen siendo prohibitivamente costosas de poner en práctica, especialmente para los países en desarrollo. ¿Cómo se puede lograr incrementar la accesibilidad a estas tecnologías a las naciones en vías de desarrollo?

¿Cómo se puede resolver la preocupación sobre la seguridad y la ética de las especies de bio ingeniería? ¿Se puede llegar a un acuerdo que balancee estas preocupaciones con el potencial de mejoramiento en la producción de alimentos?

Derechos Humanos

Estándares Internacionales:

1. ¿Será posible, o aún deseable, transformar La Declaración Universal de los Derechos del Hombre de un "estándar de objetivos" a un acuerdo internacional vinculante? ¿Qué derechos merecen prioridad de protección?

2. Una Declaración Universal de los Derechos del Hombre vinculante ¿puede aplicarse a toda la humanidad o solamente a aquellos gobiernos que lo aceptaron?. Un intento de una nación o grupo de naciones de influir sobre cómo otro país trata a sus ciudadanos ¿es una violación a la soberanía?

3. ¿Tendría que establecerse una penalización para aquellos países que no respetan los derechos que se han comprometido a garantizar a sus ciudadanos? ¿Es posible sancionar a las naciones de una manera no política?

Imposición y la Corte Criminal Internacional

1. Debería la Corte Criminal Internacional ejercer una jurisdicción internacional, eso es, atender cualquier caso aún cuando el Consejo de Seguridad no se lo remita?

2. ¿Cómo pueden impedir los países que las acciones de la Corte no se politicen y socaven la soberanía nacional?

Política Económica Internacional

Deuda

1. ¿Cuál es la responsabilidad que tiene la comunidad internacional para asegurar que los préstamos a los países sean realmente usados para el desarrollo y no malversados por gobiernos corruptos?. ¿Qué puede hacer la comunidad internacional para recuperar los activos que ya han sido tomados por corruptos?

2. El perdón de la deuda a los países más pobres, ¿es una opción práctica y realista? ¿Cuáles serían los mecanismos o enfoques más efectivos para tratar el perdón de la deuda?

3. Con tantos cambios políticos y económicos de la última década, ¿cuál es el papel futuro de la ayuda externa? Los países desarrollados ¿de-

ben proveer ayuda para promover sus propios objetivos o debe ser dirigida en relación a las metas y necesidades del receptor?

Desarrollo

1. La rápida transformación de la nueva economía de la información ¿ha dejado afuera a naciones enteras?. ¿Qué se puede hacer, si hay algo posible, para que todas las naciones tenga la oportunidad para participar en los beneficios de esta nueva economía?

2. ¿Cómo se puede balancear la necesidad de atraer inversiones a las naciones en desarrollo con la preocupación de no hacer caer tanto los estándares de vida?. ¿A qué estándares o acuerdos internacionales se puede llegar para asegurar la transparencia de la inversión extranjera y asegurar que la inversión sea beneficiosa para todas las partes?

3. ¿Cómo se podría alentar el desarrollo humano permitiendo la mismo tiempo que el mercado se desarrolle y funcione independientemente? ¿Qué equilibrio puede crearse entre el gobierno y el mercado que asista a las necesidades humanas sin estorbar al desarrollo económico?

Globalización

Comercio

1. Las naciones en desarrollo, ¿deben bajar sus barreras comerciales para permitir la competencia de las industrias locales, o el proteccionismo es una solución mejor para el desarrollo?. El incremento de la competencia, ¿hará que las industrias locales se fortalezcan o las destruirá?

2. Los acuerdos de libre comercio regional, ¿son útiles a la meta de un libre comercio mundial? ¿Deben las naciones en desarrollo establecer preferencias comerciales entre ellas como una manera de fortalecer sus economías para competencias futuras en un nivel global?

3. ¿Qué se puede hacer para crear estándares laborales internacionales que protejan a los trabajadores tanto en el Norte como en el Sur? ¿Es posible asegurar que los beneficios del libre comercio a las multinacionales será compartido con sus trabajadores?

Derechos de propiedad

1. ¿Se pueden balancear los derechos a la propiedad privada con las necesidades e intereses públicos? ¿Hay alguna posibilidad de que la comunidad internacional asegure que los nuevos desarrollos y proyectos sean accesibles a todos?

2. ¿Se deben proteger los beneficios corporativos aún al precio de impedir el acceso a las nuevas tecnologías de los ciudadanos de las naciones en desarrollo? ¿Habrá alguna manera de dar acceso a estos productos a países de bajo ingreso balanceando el interés corporativo?

3. ¿Cómo se pueden balancear los derechos de los países subdesarrollados a beneficiarse con sus recursos genéticos y los derechos de propiedad intelectual de las firmas biotecnológicas y farmacéuticas?

Salud Mundial

HIV/SIDA

1. ¿Qué precauciones se deben tomar para evitar la dispersión del SIDA? ¿Cómo pueden financiarse esos esfuerzos?

2. ¿Cómo puede lograrse que los tratamientos efectivos para el HIV/SIDA estén disponibles en los países en desarrollo?

Crisis Humanitarias

1. ¿Son suficientes los esfuerzos internacionales en emergencias humanitarias? Si no, ¿cómo pueden ser mejoradas?

2. ¿Cómo puede brindarse asistencia humanitaria de manera que alivie el sufrimiento presente sin llevar a padecimientos futuros?. ¿En qué circunstancias, si la hubiera, no debe brindarse ayuda?

3. ¿Cómo puede ser mejor protegida la población civil, incluyendo a los socorristas, en situaciones de conflicto?

La fijación de objetivos por parte de los participantes y un orden para desarrollar las tareas

El ejercicio de simulación se desarrolla en cinco semanas en tiempo real, es decir que un día de simulación, cuenta por un día de vida diplomática. Esto fuerza a una intensa y excluyente actividad de participación que impide programar paralelamente tareas formativas y de elaboración de estrategia.

Las necesidades formativas y de elaboración de estrategias incluyen:

1. Poner al tanto a los participantes sobre el desarrollo contemporáneo de los acontecimientos y criterios de los temas a discutir.

Período de Nivelación:

2. La definición de objetivos de la "participación argentina" y la preparación de estrategias de intervención;

3. La generación de un mecanismo por el que todos los participantes conozcan el estado de avance del ejercicio en todos los

temas que se discuten y por el que se definan los consensos sobre las "acciones argentinas"

Los dos primeros requerimientos deben ser satisfechos antes del comienzo de la simulación, en tanto que el tercero debe darse, necesariamente, durante el ejercicio.

El equipo que representa a las delegaciones argentinas en las distintas conferencias internacionales, debe ajustar los objetivos de cada comisión a los objetivos globales de todo el equipo argentino. Esto implica un proceso de análisis del escenario, de búsqueda de antecedentes y de discusión de posturas de los estudiantes.

Para mejorar la calidad de la propuesta, una semana antes del comienzo de la simulación se dictó un seminario de nivelación sobre los temas de negociación⁶.

A partir de la definición de la explicitación de contenidos de los temas de discusión, los estudiantes estuvieron en condiciones de subdividirse en comisiones responsables de llevar adelante las investigaciones y negociaciones correspondientes a cada conferencia internacional.

Como primer paso, cada comisión presentó al plenario para su consideración su documento de posición (position paper). Esto enmarcó el desempeño del grupo de alumnos y sirvió para una manifestación inicial de la posición de nuestro país ante los demás equipos.

La preparación del documento de posición (position paper) es una instancia crucial para una exitosa participación en la simulación ICONS. El position paper no sólo brinda una importante oportunidad para conducir la investigación en los distintos tópicos sustantivos, sino que también permite que los participantes formulen sus metas políticas y estrategias apropiadas de negociación antes que comience el ejercicio.

Se trata de una excelente oportunidad para afinar los mecanismos de funcionamiento grupal de los estudiantes, ya que los documentos no son individuales sino que tienen que reflejar los acuerdos de las subcomisiones y del plenario

El documento debe contener:

Las metas políticas generales de la nación;

Las metas generales de cada tema de negociación;

⁶ Los docentes invitados a exponer fueron:

En Seguridad Internacional, Dr. EDUARDO BELTRÁN; en Política Nuclear Argentina Lic. HUGO MARTÍN; Medio Ambiente Global, Dr. ERNESTO REY CARO; Derechos Humanos; Dra. ZLAJA DRNAS DE CLEMENT; Política Económica Internacional, Globalización, Deuda y Desarrollo, Dra. SUSANA GÓMEZ; Salud Mundial, Dr. HUGO ARSELAN.

Breve descripción de la estrategia general de negociación de la nación.

El position paper no debe contener ninguna recomendación de políticas que sean contradictorias

Cada sección temática debe contener la siguiente información en el presente formato

El tema sustantivo

¿Cuál es la significación del tema a nivel internacional?;

¿En qué medida es significativo para su nación?

Para que todos los participantes conozcan el estado de avance del ejercicio en todos los temas que se discuten y para que se definan los consensos sobre las "acciones argentinas" (tercera necesidad), los participantes fijaron dos días a la semana en la que se realizaron reuniones plenarias. En esa oportunidad, los participantes intercambiaron información sobre el estado de las negociaciones de las cuales eran responsables y, en conjunto, tomaron decisiones sobre las estrategias a seguir, como representación argentina, en el desarrollo de la simulación.

Una experiencia de Debriefing o reestructuración de los operadores para generar conocimiento a partir de la experiencia

Al finalizar el ejercicio se entra en un período crítico de la simulación. La solicitud de informes inmediatos (Debriefing) es un componente esencial de la simulación. Durante esta etapa, los estudiantes son traídos de vuelta a la realidad desde su mundo simulado y inducidos a focalizarse nuevamente en la realidad. Esta es una etapa de re estructuración, donde son asistidos en la construcción colectiva de conocimiento a partir de la experiencia vivencial. Las preguntas que orientaron esta actividad grupal fueron:

1. ¿Cómo se sintieron?, ¿Cuáles fueron sus éxitos?, ¿Fallas?, ¿Frustraciones?, ¿Aspectos favoritos?, ¿Mayores disgustos? Ya que muchos estudiantes sienten la necesidad de hablar del proceso en sí mismo. Han atravesado un período de intensa actividad y necesitan expresarlo. Antes que nada, es necesario dejar aflorar los aspectos afectivos.

2. Discutan el papel de los otros equipos. ¿Porqué los equipos actuaron como lo hicieron? (Por ejemplo: ¿personalidad?, ¿Falta de información? ¿Retrato ajustado del perfil del país?) ¿Cómo hubiera reaccionado el mundo real ante sus propuestas? .

3. ¿Cuál es el grado de aproximación con el que la simulación reflejó la realidad? ¿En qué términos fue un espejo de la realidad? ¿En que términos fracasó en capturar la realidad?

4. ¿Cuáles fueron las metas de política exterior de nuestro país? ¿Se modificaron las metas en el transcurso de la negociación?

5. ¿Qué tratados, normas e instituciones del mundo real se discutieron en el ejercicio? ¿Existieron diagnósticos compartidos?, ¿Hubo propuestas superadoras?, ¿En qué medida los acuerdos reflejan la postura de nuestro país?

6. ¿Qué habilidad o estrategia particular usó el equipo para tratar de alcanzar sus metas?, ¿Fueron efectivas? ¿Qué ejemplos del mundo real hay de esas estrategias (tanto de las relaciones internacionales, cuanto de sus experiencias personales)?

7. ¿Qué tipos de estrategias de negociación utilizaron otros equipos?, ¿Qué negociaciones fueron efectivas? ¿en que temas los equipos mostraron interés en tomar compromisos.

8. ¿Cuáles fueron sus aliados durante la simulación? ¿Cómo se vincula nuestro país con sus aliados del mundo real?, ¿Hubo equipos que trabajaron con sus aliados del mundo real?

9. ¿Cómo hubieran reaccionado los ciudadanos de nuestro país frente a las metas del equipo, sus decisiones y propuestas?, ¿En qué medida los ciudadanos de nuestro país influyen en la política exterior?

10. ¿En que medida la limitación de tiempo afectó a las negociaciones?, ¿Hubo algún punto en el que el grupo hubiera llegado a un acuerdo si la simulación hubiera durado más?, ¿En esos puntos que aspectos quedaron sin tratamiento?

11. ¿Cómo trabajó el equipo como grupo?, ¿Hubo conflictos en los procesos de toma de decisiones?, ¿Cómo se asemejan a los procesos de decisiones del mundo real?

La labor de los estudiantes en los sub grupos fue intensa en cada tema. Esto significó un meticuloso seguimiento de las negociaciones en la simulación y una muy marcada presencia argentina en el ejercicio internacional. Como resultado de esta actividad y del nivel de la misma, nuestro equipo recibió las felicitaciones del coordinador de la Universidad de Maryland.

Organización institucional

La actual organización institucional del ejercicio en el Centro de Investigaciones responde a la acumulación de experiencias y cambios de contexto de un proceso iniciado hace 15 años. En ese lapso, se han producido avances tecnológicos de importancia en las comunicaciones a nivel mundial, mayor accesibilidad a servicios de comunicaciones a nivel local, cambios en la articulación de recursos dentro de la Universidad y la Facultad y modificaciones en los criterios de selección de los participantes y en el arancelamiento.

Antecedentes del proyecto en el CIJS

La organización de equipos en la Universidad de Córdoba comenzó en 1986 cuando desde el **Centro de Política Social** se comenzó a participar en la simulación.

La disponibilidad de Internet en la Facultad de Derecho facilitó la realización de nuevas experiencias ya que bajó considerablemente los costos y facilitó el uso los servicios que ofrece la Universidad de Maryland por esta vía.

En la programación de la simulación del año 2001, se trataron de superar inconvenientes detectados en las últimas experiencias. El Centro de Investigaciones se vinculó con el Centro de Estudiantes quienes se encargaron de realizar la convocatoria y facilitar los servicios de fotocopias del material. Además, se lograron fondos del Comité de Asignaciones de la Facultad para cubrir los costos de matriculación del equipo en la Universidad de Maryland. La participación resultó, entonces, gratuita.

Un acuerdo informal con la Facultad de Lenguas permitió contar con el apoyo de las traducciones necesarias para operar en el ejercicio lo que contribuyó a esta buena experiencia.

Estas alianzas dieron por resultado una considerable matriculación. Esto permitió crear una subcomisión de varios miembros por tema de debate. La evaluación realizada por los participantes fue, asimismo, muy positiva. Muchos de ellos se ofrecieron a trabajar voluntariamente como ayudantes en próximos ejercicios.

El futuro inmediato del ejercicio

El próximo ejercicio de simulación, dentro de la misma estructura organizativa, tendrá lugar en Marzo – Abril de 2002.

Esta es una excelente oportunidad para ensayar propuestas creativas para superar los acontecimientos socio económicos que vive La Argentina

internamente y que están relacionados al contexto internacional como las exigencias de la deuda externa, la especulación financiera internacional, las políticas y directivas del Fondo Monetario Internacional y las transacciones en un mundo globalizado.

En este ejercicio el equipo argentino tendrá la posibilidad de presentar su visión particular de los acontecimientos y ensayar estrategias de inserción mundial compatibles con nuestras expectativas de desarrollo.

Sección IV

SÍNTESIS DE TRABAJOS APROBADOS DE
BECARIOS DE PREGRADO DEL CIJS



ALTERNATIVAS DE ARTICULACIÓN DE LOS ENTES SUBNACIONALES EN EL MERCOSUR¹

por Ana Carolina Garriga

La limitada capacidad del Estado-nación para satisfacer todos los requerimientos que presenta la convivencia en el contexto internacional actual lo hace aparecer como “demasiado grande respecto de muchos problemas de la vida cotidiana y demasiado pequeño, paradójicamente, con relación a las grandes cuestiones globales que afectan a la comunidad internacional en su conjunto”².

En este plano el *solo* análisis del Estado tampoco parece bastar. Sin embargo, todavía ponemos en sus manos la responsabilidad de ensayar respuestas, a él seguimos mirando en busca de políticas que orienten el mercado, que generen y encaucen solidaridades³. Esto no es un contrasentido. Aún no aparece otra estructura que se demuestre capaz de ordenar la convi-

¹ Director: Dra. ZLATA DÍKAS DE CLÉMENT.

² CARRILLO SALCEDO, J. *Op. cit.*, pág. 26.

³ Los agentes privados no se encargarán de construir el *espacio público de la integración* del que habla GARCÍA CANCLINI. Lo público trasciende la esfera del Estado-nación: la integración aparece como una herramienta de gestión antes que como una *armadura conceptual todopoderosa*. Se propone planificar y gestionar regionalmente, entendiendo esto como un cambio en la escala a partir de la cual se enfrentan los problemas.

Cf. GARCÍA CANCLINI, NÉSTOR. “Sobre estudios insuficientes y debates abiertos” en *Las industrias culturales en la integración latinoamericana*. EUDEBA. Buenos Aires, 1999. Pp. 12-13.

vencia, pero no es el Estado *clásico* al que estamos apelando, sino a nuevos enfoques de los mecanismos de regulación de las sociedades, del Estado y de sus instituciones, y de las relaciones internacionales.

Ello conduce asimismo a la búsqueda de alternativas para dar respuestas a las demandas insatisfechas, en la que se enmarcaba la primera hipótesis que orientó este trabajo:

“La institucionalización de vías de participación de los entes subnacionales en espacios integrados facilita su inserción activa y contribuye a la consecución del desarrollo de los ámbitos locales”.

Ya la experiencia de las organizaciones internacionales demuestra la conveniencia de la gestión internacional de un cúmulo de necesidades vinculadas -en muchos casos- al desarrollo en los ámbitos nacionales. Las competencias de la organización constituyen el instrumento para alcanzar objetivos, en un marco de cooperación que puede revestir distintos grados de intensidad -desde la *simple* coordinación o armonización de políticas, hasta la transferencia del ejercicio de algunas competencias en favor de la organización.

En el caso concreto de las ventajas de la inserción institucional de los entes subnacionales en los espacios integrados -en sentido estricto, siguiendo el marco teórico que hemos desarrollado, en organizaciones internacionales de coordinación y de integración- entendemos que el análisis de la experiencia europea brinda elementos adecuados para su contrastación.

Los beneficios de esta participación se advierten en los resultados positivos de la interacción entre los niveles subnacionales y comunitario, sin depender en forma exclusiva de la mediación del Estado central, resultados que han motivado el crecimiento cuantitativo y cualitativo de materias en las que la participación de los entes subnacionales se ha institucionalizado, sea por iniciativa de los Estados miembros -en forma directa⁴ o indirecta, al reformar la estructura institucional comunitaria, creando un órgano para la representación de estos entes primero y exigiendo su consulta en un número cada vez mayor de materias luego- o de los propios entes subnacionales, acordando con el Gobierno central las materias en las

⁴ Tal el caso de las leyes que han dictado los Estados miembros con estructura de tipo federal para canalizar la participación de entes subnacionales en su actividad exterior vinculada con la Unión Europea, por ejemplo, la Cuarta *Ley sobre cooperación enure la Federación y los Estados federados en asuntos relacionados con la Unión Europea* de 12 de marzo de 1993 -BGBl. I S. 313/1993- en Alemania, la *Moción del Senado español*,

que podían participar en las Instituciones Comunitarias y explotando las alternativas que les abría el sistema institucional y la organización de los Fondos Europeos.

Hemos entendido que dicha experiencia encuentra cierta correspondencia con las alternativas de que disponen los entes subnacionales de e integrados por la Provincia de Córdoba en el Mercosur, por lo que presentamos su análisis a los fines de contribuir a elaborar un marco para la toma de decisiones que conduzcan a la mayor participación de estos entes en Mercosur.

El protagonismo que han alcanzado los entes subnacionales en el proceso de integración europea, sobre todo desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, ha llevado a hablar de una *Europa de las Regiones*, en la que estos entes configuran otro plano de diseño y ejecución de políticas comunitarias.

La acogida institucional de la intervención de los entes subnacionales no sólo jerarquiza su participación, sino que permite dinamizar las relaciones entre las distintas esferas de poder, ganándose en coordinación de esfuerzos, en comprensión de directrices generales, en visión de conjunto y evitando superposiciones⁵.

En relación con nuestra segunda hipótesis, que presumía la existencia de vías aún no explotadas para encauzar la participación de entes subnacionales en el Mercosur⁶, señalamos no sólo su existencia, sino también individualizando tanto el ámbito material de las relaciones jerárquicas de los entes subnacionales de e integrados por la Provincia de Córdoba en el Mercosur, como las alternativas presentes en el seno de cada uno de los órganos del Mercosur.

Las posibilidades de actuación de los entes subnacionales en el sistema argentino se limitan al llamado *núcleo blando* de la política exterior. Si nos situamos en el nivel de la Provincia, sus relaciones jerárquicas estarán condicionadas por el marco que impone la delegación de competencias a la

votada el 20 de octubre de 1993 - *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, Serie I, n° 34, 28 de octubre de 1993-, la *Local Government Act* de 1991 y en la *Regional Authorities Establishment order*, de 1993 de Irlanda...

⁵ Entendemos que la idea de subsidiariedad sólo alcanza adecuada dimensión cuando los actores capacitados para obrar tienen entre sí canales efectivos de comunicación, en la doble vertiente de descentralización y control.

⁶ "El Mercosur ofrece, jurídicamente, vías para encauzar la participación de entes subnacionales que aún no han sido explotadas".

Nación, dejando como espacio de acción a las facultades propias y concurrentes⁷.

Estas materias encuentran cierto *paralelismo* en los objetivos del Mercosur, enunciados en el Preámbulo del Tratado de Asunción, lo cual justificaría el establecimiento de relaciones entre estos entes subnacionales y la organización internacional. Evidentemente las nociones de promoción del progreso económico y del desarrollo humano están comprendidos en el objetivo general que se persigue con “la ampliación de las actuales dimensiones de sus mercados nacionales, a través de la integración”, *id. est.*, “acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social”, reiterado en términos de “mejorar las condiciones de vida de sus habitantes”⁸. Los Estados partes de Mercosur consideran como otras vías para alcanzar este objetivo “el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles” –los cuales no son patrimonio exclusivo de la Nación⁹-, “la preservación del medio ambiente” –tégase en cuenta que la formulación y aplicación de políticas ambientales es facultad de *todos* los niveles de poder¹⁰-, “el mejoramiento de las interconexiones físicas” –facultad que entendemos concurrente también¹¹- y “la complementación de los diferentes sectores de la economía”¹² ...

Las materias que pueden ser objeto de este tipo de relaciones por otros entes subnacionales *nunca podrán exceder* las que están en manos de

⁷ Entre las materias que pueden ser objeto de este tipo de relaciones se encuentran la promoción del “progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura”, de su industria, de la inmigración, la interconexión en sus territorios, la colonización de tierras de propiedad provincial, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos.

⁸ Cf. Preámbulo Tratado de Asunción, 1° y 6° párrafo.

⁹ Téngase presente que corresponde a las provincias “el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio” –aún cuando el Tratado de Asunción no se refiere en forma exclusiva a este tipo de recursos-. Art. 124, 3° párrafo, C.N.

¹⁰ Vg., el Gobierno federal –Art. 41 C.N.-, el Gobierno provincial (Cf. Arts. 11, 66 –“el Estado Provincial *protege* el medio ambiente, preserva los recursos naturales ordenando su uso y explotación, y resguarda el equilibrio del sistema ecológico...”-, 68, 110 inc. 11 CPC) y el Gobierno municipal, conforme al Art. 186 inc. 7 CPC –en relación con la competencia material de los municipios-.

¹¹ Y que para su efectivo logro exige de la cooperación de todos los niveles de gobierno.

¹² Tampoco puede considerarse la promoción del “desarrollo científico y tecnológico de los Estados Parte” una competencia exclusiva de la Nación, materias expresamente enunciadas como competencia provincial en el Art. 125, 2° párrafo C.N.. Por otra parte, la tendencia a buscar una “adecuada inserción internacional” no se verifica solamente entre los objetivos del Gobierno nacional, sino también entre los provinciales y locales, una de las consecuencias propias de la internacionalización de los procesos de producción.

la Provincia. Por definición, ni una región interprovincial por integración ni una región intraprovincial por descentralización podrían estar revestidas de facultades de las que carece el ente creador por haberlas delegado a la federación. La región interprovincial tendrá las competencias con las que el ente creador la haya investido en el momento de su creación o que le hubiere delegado por un acto ulterior de igual naturaleza.

El objetivo de este trabajo no era solamente señalar las alternativas vigentes, sino también, en un ejercicio prospectivo, proponer formulaciones normativas e institucionales adecuadas a los requerimientos regionales, para alcanzar la más provechosa participación de estos entes subnacionales en el marco del Mercosur. Es por ello que al examen del sistema institucional vigente¹³ se sumó el análisis de alternativas institucionales en dos escenarios posibles: el mantenimiento de la actual estructura en el corto y mediano plazo —organización intergubernamental de *coordinación*— y su adecuación a las demandas del entorno mediante modificaciones en la estructura institucional y la hipotética transferencia del ejercicio de competencias al Mercosur —aparición de atributos de supranacionalidad—¹⁴.

En el primero de los escenarios, trabajamos en torno a las alternativas que permite la actual organización institucional, fundamentalmente, las facultades de órganos de Mercosur para crear *nuevos órganos*, reconocidas expresamente o fruto de la interpretación del derecho originario y derivado y otras alternativas de participación, tales como las decisiones y acuerdos de ejecución subnacional o la iniciativa de los propios entes subnacionales. El segundo escenario planteó la necesidad de “entender al federalismo desde una óptica de cooperación”¹⁵, porque aún cuando la soberanía está en manos del Estado federal¹⁶, es posible que la Nación, delegando el ejerci-

¹³ En la cual, si bien no hay un órgano *destinado* a canalizar la participación de los entes subnacionales en este proceso, sí existen vías que permitirían institucionalizar estas relaciones jerárquicas.

¹⁴ El hecho de que la noción de integración lleve ínsita la idea de *proceso* parece oponerse a la idea del mantenimiento indefinido de las características actuales del Mercosur. Ello motivó a analizar en prospectiva el proceso de Mercosur, lo cual implica construir escenarios posibles.

¹⁵ FERRANDO, ISMAEL. “El Municipio en la Perspectiva de la Integración” en PÉREZ GUILHOU, DARDO y otros. *Derecho Público Provincial*. Tomo II. Ed. Depalma, Mendoza, 1993. Pág. 429.

¹⁶ Reconociendo el atributo de soberano sólo al Estado central y se reserva la calidad de autónomos a los Estados miembros. *Vide*, apartado 3.1.1. *Introducción. Consideraciones generales en torno a las provincias de nuestro trabajo*.

cio de competencias propias, esté transfiriendo implícitamente también facultades provinciales¹⁷.

Entendemos haber señalado una amplia gama de vías políticas e institucionales de participación de la Provincia, municipios y comunas cordobesas y de las regiones intra e interprovinciales en el Mercosur. No queremos, sin embargo, el sobredimensionar las posibilidades de abordar la problemática del desarrollo local desde las alternativas que se abren desde la integración internacional. Deberá tenerse especialmente en cuenta las dificultades que pueden plantearse a la hora de proponer estos entes, que tradicionalmente no han explotado las oportunidades que les ofrecía tanto el sistema federal como el régimen de las autonomías municipales, hacerse cargo de este desafío y encararlo probablemente, con escasos recursos de orden económico o técnico. Es por ello que a la hora de proponer vías de articulación no omitimos los mecanismos más *simples*, cuya implementación gradual pueda ir dando a estos entes la experiencia suficiente como para aceptar o impulsar retos mayores.

¹⁷Valga la remisión al ejemplo español en el que ante Tratados -incluso de Derecho Internacional clásico- que requieran de medidas legislativas o reglamentarias de aplicación, CARRILLO SALCEDO se pregunta "¿quién deberá adoptar estas medidas? ¿Los órganos centrales o los de las Comunidades Autónomas? El problema [es] complejo, ya que si bien las relaciones internacionales son competencia exclusiva del Estado, no puede ignorarse que la acción exterior del Estado puede referirse a materias que, como la agricultura, la ganadería, la industria, el comercio, la cultura, etc., no son de competencia exclusiva del Estado en el marco del Título VIII de nuestra Constitución. Hubiera sido preferible que la Constitución distinguiera entre *ejecución* de una obligación y *fiscalización* de la ejecución, porque si en la primera las competencias de las Comunidades Autónomas es innegable, en las segundas en cambio se trata de competencias exclusivas del Estado". CARRILLO SALCEDO, J. *Op. cit.*, pág. 160.

**EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS
CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES.
ANÁLISIS DESDE LA TENDENCIA DE CONSOLIDACIÓN
DEL PROCESO MERCOSUR.
LA PERSPECTIVA BRASILEÑA(*).**

*Por Claudia Marcela Macías(**)*

I- Consideraciones Preliminares

Las previsiones de las Naciones Unidas en relación al estado del agua en el mundo indican que la misma se está convirtiendo en un recurso natural escaso. Grandes áreas de sequías, deforestación, desertificación, degradación del suelo, demanda humana creciente, y contaminación, son algunos de los factores que han ido creando focos de tensión en torno al uso y aprovechamiento del recurso. Teniendo en cuenta estos factores, sumados al hecho que trescientas de las cuencas hidrográficas más importantes atraviesan el territorio de dos o más países, el Banco Mundial ha predicho que las guerras del presente siglo XXI serán libradas por el agua.

(*) Director: Nelson Daniel Marcionni.

(**) Claudia Marcela Macías. Abogada (UNC). Investigador Asistente ad honorem del CIJS en el proyecto "Propuestas Institucionales para Políticas Sociales en MERCOSUR". Ex becaria de pre grado del CIJS (1999 y 2000). Ex ayudante alumna de Derecho Internacional Público (1998-1999). Ex pasante de la Organización de las Naciones Unidas (Repertory of Practice and General Legal Division, 2000). Ex becaria del Programa de Intercambios con la Université Laval (Québec, Canadá, 2000).

Considerando que los países miembros del MERCOSUR comparten importantes cuencas hidrográficas, y, específicamente, que Brasil cuenta en su territorio con cinco cuencas¹, cuatro de ellas internacionales, y tres de entre las más importantes del mundo, el interés del presente proyecto de investigación estuvo centrado en el análisis de la legislación Brasileña en materia de recursos hídricos, y de los Tratados internacionales suscritos por Brasil, para examinar su adecuación a la legislación internacional vigente, y determinar los principios que la rigen.

II- Algunas conclusiones

Entre la Edad Media, cuando surgieran las primeras regulaciones en materia de ríos internacionales, y la adopción de la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Cursos de Agua Internacionales para fines distintos de la Navegación*, por parte de la Asamblea General, en 1997, una importante evolución tuvo lugar en esta rama del Derecho Internacional Público. Los conceptos de recursos naturales compartidos, cuenca hidrográfica, curso de agua internacional, sumados a la idea de cooperación internacional en la administración de los recursos naturales, fueron incorporándose poco a poco, bajo la influencia de la evolución experimentada por otras ramas del derecho. Una multiplicidad de normas y la inexistencia de principios de comunes, dieron lugar a la referida Convención de las Naciones Unidas. Ésta, concebida como "acuerdo marco", está organizada a partir de una serie de definiciones y principios², destinados a orientar futuros acuerdos sobre cada curso de agua en particular, y a brindar mecanismos para la solución de posibles controversias, con un particular énfasis en el arbitraje.

La República Federativa del Brasil regula sus recursos hídricos en directa correlación con la materia ambiental desde 1981, en que se sanciona la ley 6.938, que instituye la Política Nacional del Medio Ambiente, y otorga al Consejo Nacional del Medio Ambiente³ la facultad de regular los aspectos ambientales de los Cursos de Agua. Esta correlación inescindible

¹ Cuenca del Amazonas, Cuenca del Plata, Cuencas del Atlántico Sur, Cuenca de Araguaia-Tocantins y Cuenca del Río San Francisco.

² Entre otros consagra los siguientes: buena fe, utilización equitativa, óptima y razonable, disfrute máximo del Curso de Agua, igualdad de usos, cooperación, intercambio regular de informaciones y datos, información de medidas proyectadas, notificación de medidas que puedan tener efectos adversos, *alterum non laedere*, protección del medio ambiente, y protección en caso de conflicto armado.

es ratificada por la Constitución de 1988, que al establecer la distribución de competencias entre la Unión y los Estados Federales en la materia establece que la Unión es la encargada de legislar en todo lo atinente a la explotación económica del bien, y de brindar las directivas generales en materia de tutela ambiental. Esta última facultad es concurrente con los Estados federales, quienes deberán completar los lineamientos establecidos por la Unión, y quienes además tienen competencia común con ésta en acciones de índole cooperativa⁴.

El énfasis puesto por la Carta Magna de 1988 en la preservación del medio ambiente, determinó cambios en la legislación y en la composición ministerial. Anteriormente, los recursos hídricos brasileños estaban orientados principalmente a la generación de energía hidroeléctrica, y en consecuencia, los Ministerios de Minas y Energía y de Agricultura estaban a cargo de los mismos. A esta época responden también el Código de Aguas (1934), y el Código de Aguas Minerales (1945). En 1997, en respuesta a la nueva orientación ambiental de las políticas, se sanciona la ley 9.433, que junto con el decreto 2.412, y la ley 9.984 comienzan a delinear el Sistema Nacional de Gerenciamiento de los Recursos Hídricos- SINGREH, (en el cual tiene una importancia particular el Ministerio de Medio Ambiente) y establece la Política Nacional en la materia. Esta política, toma como base los lineamientos del capítulo XVIII de la Agenda XXI⁵, a la que privilegia por encima de otros textos internacionales⁶.

En el orden regional y bilateral, la mayor parte de los Tratados suscritos por Brasil han sido concluidos en la década del setenta, y en el primer quinquenio de la década del ochenta. La gran mayoría, ha sido suscripto con países del MERCOSUR, y muchos se han desarrollado al amparo de otros dos de ellos: El Tratado de Cooperación Amazónica, y el Tratado de la Cuenca del Plata. Sin embargo, estos acuerdos no son, en general, lo que la Convención de las Naciones Unidas entiende por "acuerdos de curso de

³ Órgano deliberativo consultivo del Sistema Nacional del Medio Ambiente.

⁴ La Constitución no es clara a este respecto. Para una ampliación sobre el tema, ver SILVA, VICENTE GOMEZ DE: *Comentários à legislação ambiental*, Brasília DF, Editora W.D. Ambiental, 1999.

⁵ Documento adoptado en la Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río de Janeiro, 1992).

⁶ Específicamente: La Declaración de París (1998), la Declaración Ministerial de la Haya sobre Seguridad Hídrica en el Siglo XXI (2000), y la Declaración de Santa Cruz de la Sierra. Según declaraciones de Brasil, la Agenda XXI constituye la base para la elaboración de las políticas en materia de recursos hídricos.

agua". Son, por el contrario, o bien ellos mismos "acuerdos marco", o bien, Tratados que hacen referencia a un aspecto específico del Curso de Agua, dependen de reglamentaciones posteriores para su implementación, y surgen en el marco de Tratados del primer tipo⁷.

Estos Tratados tienen la particularidad de consagrar, en general, ciertos principios comunes, como son: utilización racional, preservación ambiental, aprovechamiento máximo y equitativo, no daño sensible, deseo de integración de las economías regionales, cooperación, y respeto del Derecho Internacional Público. Asimismo, ya en la época en que fueron concluidos, se avanzaba en la previsión de mecanismos institucionalizados de gestión conjunta de los recursos, llegando incluso a adoptarse tratados para reafirmar mecanismos de gestión ya existentes⁸. Un aspecto de importancia que ha sido, por contraposición, pasado por alto en casi todos los Tratados, es aquél relativo a los mecanismos de solución de controversias.

De acuerdo con todo lo antes expuesto, puede afirmarse que nos encontramos ante un proceso de cambio, tanto de la legislación internacional, como del Sistema brasileño en la materia. Brasil se encuentra, en efecto, en pleno proceso de institucionalización de un nuevo sistema (proceso éste que ya lleva cuatro años) por lo cual resta aún un largo camino para evaluar su funcionamiento⁹. La producción legislativa a nivel internacional (en materia de tratados y acuerdos regionales y bilaterales) evidencia el mismo proceso de cambios que la legislación interna¹⁰. Cabe esperar, entonces, y en vistas de las predicciones antes expuestas, que la Comunidad Internacional organizada, por una parte, asuma el desafío de profundizar las regulaciones en la materia; y que los países miembros del MERCOSUR, por otra, sepan aprovechar las potencialidades del mismo como foro de discusión y formulación de políticas comunes, armonización legislativa y marco de amortización de posibles conflictos.

⁷ Un ejemplo de éstos es el Tratado de Itaipú.

⁸ Este es el caso del Tratado de la Cuenca del Plata, cuyos organismos ya habían sido establecidos por el Estatuto de Santa Cruz de la Sierra.

⁹ Sin embargo, la inclusión de una Cámara técnica de gestión de los Recursos Hídricos Transfronterizos en el seno del Consejo Nacional de Recursos Hídricos, demuestra la creciente importancia del tema, y constituye una señal positiva en lo referente a futuras reglamentaciones.

¹⁰ Los órganos del Tratado de la Cuenca del Plata, por ejemplo, están siendo reestructurados.

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL CODIGO PROCESAL PENAL DE CÓRDOBA Y EL PRINCIPIO DE INOCENCIA

Por Pablo D. Pupich (*)

I. Introducción

El C.P.P. de Cba. en su art. 281 inc. 1° establece: siempre que existieren elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado, se dispondrá su **prisión preventiva**: si se tratare de delitos de acción pública reprimidos con pena privativa de la libertad y **no aparezca procedente, prima facie, la condena de ejecución condicional (C.P. art. 26)**. Esta medida de coerción, en tanto restricción excepcional de los derechos de un inocente, **probablemente vulneraría** el principio de inocencia, pues tal como se encuentra redactado el art. de referencia, podría **producirse** una “confusión” de los motivos que fundamentan esta medida cautelar con los fines de la pena. Vale decir, **al remitir la procedencia de la prisión preventiva a la concurrencia de pautas propias de la pena, la privación de la libertad de la persona sería a título de “pena anticipada” y no ya como medida cautelar, involucrándose en el fundamento de la misma, cuestiones que son tenidas en cuenta y que operan como elementos para la determinación judicial de la pena**. Por lo expuesto el trabajo realizado se propuso analizar si el inc. 1 del art. 281 del C.P.P. de Córdoba **podría vulnerar el principio de inocencia consagrado expresamente en la Const. Prov. (art. 39, 3er párrafo) y en la Const. Nac. (art.18)**.

(*) Director: Dr. MANUEL N. AYAN.

II. Metodología

En un primer momento se realizó un análisis teórico de la bibliografía relevada y relacionada con la temática investigada. Posteriormente y a los fines de indagar sobre los criterios utilizados para la procedencia de la prisión preventiva en función de lo dispuesto por el art. mencionado se llevó a cabo un relevamiento de proveídos dictados por los fiscales de instrucción que imponen la medida estudiada.

III. Reflexiones Finales

La prisión preventiva, en cuanto medida cautelar, supone el reconocimiento judicial de la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener como probable, la existencia del hecho enrostrado y que el imputado es punible como eventual partícipe responsable del mismo. Asimismo la acción de la justicia no puede perseguir otra cosa que lo que se persigue con el proceso: la investigación de la verdad y la actuación de la ley penal en el caso concreto. La primera de estas puede entorpecerse cuando se pretenda trabar la actividad probatoria, en tanto que la actuación de la ley penal puede eludirse mediante la rebeldía del imputado que paraliza el juicio, o su fuga, luego de condenado, que frustra la ejecución de la pena.

Por ello no puede mantenerse detenida a una persona sólo por su peligrosidad criminal (material o sustancial) pues esto **importa un adelanto de pena que no atiende a la peligrosidad procesal, único criterio de imposición de la prisión preventiva.**

En cuanto a este último punto la ley se encarga de darle al intérprete una serie de pautas para que éste determine si el sujeto va a eludir o entorpecer el accionar de la justicia. Estos criterios pueden ser indiciarios de que el imputado va a eludir la acción de la justicia, o entorpecer su investigación. La primera pauta la toma del monto punitivo con el que está conminado el delito atribuido. Se trata de un único indicador de peligrosidad procesal desde el cual se crea una presunción iure et de iure de que quien está imputado de un hecho conminado en abstracto con pena privativa de la libertad, cuyo mínimo sea superior a tres años, siempre será peligroso procesalmente (C.P.P., art. 281, inc. 1°).

El sistema normativo de la prisión preventiva opera bajo el estado de inocencia y el juicio previo, con el pleno reconocimiento de la libertad ambulatoria, la que se restringe sólo para salvaguardar la llegada al juicio en el que, por sentencia, se declara la obtención jurisdiccional de los fines procesales. La reglamentación procesal exige que para privar de la libertad ambulatoria a una persona, se verifiquen en causa penal concreta los presu-

puestos de la prisión preventiva y que además se efectúe un pronóstico punitivo para el caso. Este no pretende sustancializar la medida cautelar, sino que solamente tiene en miras la determinación de la peligrosidad procesal y no el dictado de una sentencia provisoria que adelante la pena.

El pronóstico punitivo que debe sumarse a los presupuestos de la prisión preventiva, **debe basarse en elementos estrictamente objetivos**, esto es, el monto de la pena con que abstractamente se reprime al tipo penal imputado a una persona perseguida, **y no en los elementos subjetivos, lo que significaría asimilar las categorías de imputado y condenado, violentando de esta manera el estado constitucional de inocencia que detenta todo ciudadano.**

Por lo expuesto precedentemente y teniendo en cuenta los datos relevados se llega a la conclusión que es necesario introducir un cambio en la norma correspondiente a la regulación de la prisión preventiva a fin de adecuarla al marco constitucional. Las razones de inclinarse por un cambio legislativo, además de las ya señaladas, residen en el hecho de que dada nuestra realidad jurídica (el 10 % de los proveídos de prisión preventiva se aplican por criterios subjetivos y el 35 % por criterios subjetivos-objetivos), el legislador debe brindar una norma absolutamente clara a favor de una concreta interpretación liberal de un instituto como la prisión preventiva. Cuando es la libertad individual lo que está en juego no pueden permitirse normas portadoras de oscuridad o ambigüedad en grado tan significativo. Si bien es cierto que la mayoría de los operadores judiciales de acuerdo a los datos relevados utilizan criterios objetivos o procesales para la procedencia de la prisión preventiva esto no impide exigir un cambio legislativo el que se encuentra justificado por la existencia de interpretaciones subjetivas minoritarias.

En cuanto al contenido de la nueva norma, Gabriel Perez Barbera¹ expresa que si se quiere continuar haciendo referencia a la condena de ejecución condicional, lo cual es correcto en virtud del principio de proporcionalidad², tal referencia debería concretarse en forma implícita, señalándose bajo qué requisitos la prisión preventiva puede imponerse, y siendo ellos justamente la negación de los llamados requisitos objetivos de la condena

¹ Cfr. PEREZ BARBERA, GABRIEL E. ¿Como debe interpretarse el artículo 315 del Código Procesal Penal de Córdoba?, en semanario jurídico n° 999, Año XVIII, página 169 y sgtes.

² Este principio expresa que no puede encarcelarse a un inocente si es de esperar que, de ser condenado, soportará esa pena en libertad.

de ejecución condicional: mínimo de la escala penal considerada en abstracto no mayor a tres años de prisión y ausencia de condena anterior en los antecedentes del imputado. Así se respeta el principio de proporcionalidad y se evita el sistema de remisión expresa y global al instituto de la condena condicional, con todos los reproches ya mencionados aquí que desde una óptica constitucional dicha regulación trae aparejados.

**LA CAPACIDAD DE ACTUACIÓN EXTRATERRITORIAL DE
LAS SOCIEDADES COMERCIALES
en el Derecho Internacional Privado Argentino(*)**

por María Virginia Fourcade

En el marco del comercio internacional la sociedad comercial puede actuar en Estados distintos de aquel en donde fue creada. El Derecho Internacional Privado argentino interno, Ley 19.550 (arts.118/124), frente estas sociedades extranjeras, adopta un *Sistema de Extraterritorialidad Parcial* con criterio *cualitativo-cuantitativo*, ergo, distingue varias categorías de actuación en el país, regulándolas según la clase de capacidad que exterioriza¹: Para realizar actos aislados y estar en juicio, expresión de *capacidad genérica*, se exige sólo la válida constitución, reconociendo su capacidad de pleno derecho; pero si procura desplegar su *capacidad específica*, ejerciendo *habitualmente*² actos comprendidos en su objeto social o constituyendo sociedad en el país, el ente deberá cumplir ciertos requisitos. Discrepa la doctrina acerca del alcance de los conceptos *acto aislado*, *ejercicio*

* El presente es un extracto del Informe Final del Proyecto de Investigación, aprobado por Resolución 6/02, desarrollado por la becaria MARÍA VIRGINIA FOURCADE, en el marco del Sistema de Becas de Pregrado del C.I.J.S..

¹ Arts. 118 y 123, Ley 19.550 de Sociedades Comerciales.

² La exigencia de la *habitualidad* para calificar el acto como de *capacidad específica* es la característica del *criterio cualitativo - cuantitativo* en que se enrola el legislador argentino.

habitual, y constitución de sociedad, ya que en la letra de la ley es muy claro su tratamiento, pero en los hechos el límite entre ellos se desdibuja.

Problema e Importancia. Intentamos establecer doctrinariamente cuándo un acto deja de ser aislado para comenzar a ser habitual en el Derecho Internacional Privado argentino, para eventualmente lograr una interpretación unificada de las normas o proponer su reformulación. Aclarar el alcance de cada una de las categorías es una cuestión de seguridad jurídica. Nuestro objetivo es evitar que, ante normas demasiado flexibles y confusas, se frustre el interés estatal de atraer la inversión extranjera. No podemos confiar la calificación de estos actos a la opinión, por cierto relativa, del ente o de sus asesores, pudiendo encontrarse con tribunales locales que no compartan su criterio. Por lo tanto, es vital que los operadores jurídicos cuenten con una interpretación pacífica o una normativa clara, evitándose sanciones innecesarias.

Análisis de Normativa. Se recopilaron textos de fuente convencional e interna, argentina y extranjera. Estos, una vez analizados en lo referente al problema planteado, fueron clasificados según los sistemas de reconocimiento de capacidad de actuación extraterritorial de las sociedades, y seleccionados aquellos que adoptaban el de *Extraterritorialidad Parcial* con criterio *cualitativo-cuantitativo*. En este sistema encontramos distintos grados de reconocimiento de la extraterritorialidad de los actos societarios: a) normas que califican un acto como de capacidad específica atendiendo a la mera habitualidad en su realización; b) normas que requieren que esa habitualidad se manifieste en determinadas formas de representación permanente; y c) normas que prescinden del término *habitual* y sólo someten al régimen local a las sociedades que pretendan instalar en el territorio sucursal o agencia, sin atender al número o calidad de sus actos. La mayoría de las legislaciones prescinde del término *habitual* o lo acota agregando el requisito de la representación permanente, sólo una minoría, en ella nuestra ley interna, recurre a aquel término para calificar los actos de capacidad específica.

Análisis de Doctrina. Esta última opción presenta el problema *filosófico* de tener que determinar cuándo un acto es o no habitual. A tal fin, hemos extraído de la bibliografía consultada aquella que toma una posición definida respecto de tres tópicos que son fuente de debates doctrinarios: a) *Interpretación del término "Actos Aislados"*. La mayoría de los autores interpreta restrictivamente este concepto, tomando una posición más territorialista que la de la normativa antes analizada, al extender la aplicación del art. 118, 3° párrafo a todas los entes extranjeros que realicen en el país cualquier acto que no sea estrictamente esporádico. La crítica que ha-

ceamos a la utilización del término *acto aislado*, sea restrictiva o ampliamente interpretado, es que si no se registra de alguna forma el primero, no puede determinarse cuándo empieza a repetirse el acto, ni la frecuencia con la que se repite. b) *Calificación de la "Adquisición de Acciones en Sociedad Local por parte de una Extranjera"*. La doctrina concuerda en que no es un acto aislado, y en que la participación en una sociedad por cuotas o partes de interés lleva a la aplicación necesaria del artículo 123 L.S., por la injerencia que tienen los socios en la administración y gestión del ente. Pero, en el caso de sociedades por acciones, no es uniforme el grado de participación requerido para aplicar el artículo. Sintetizamos las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales en tres criterios: 1) *Rígido*: la participación en una sociedad local supone un *status* de socio que implica el ejercicio habitual del comercio en la república; 2) *Flexible*: en cada caso depende de la real intervención de la sociedad extranjera en el funcionamiento de la local, ejerciendo sus derechos políticos para la formación de la voluntad social, sin que necesariamente la conduzca, y 3) *De control*: toma como parámetro alguno de los supuestos del art. 33 L.S., requiriendo control social, de hecho o de derecho. Criticamos a los dos últimos criterios la necesidad de determinar en el caso concreto la existencia de supuestos de hecho y la inseguridad que ello representa. La mayoría de los autores analizados adopta el criterio *rígido*, y creemos que es el más coherente en su planteo. No ignoramos, sin embargo, la posibilidad de que sociedades extranjeras participen en locales con fines especulativos a corto plazo, sin generar la relación de permanencia en la que basamos nuestra elección. Pero esto sólo puede presumirse si se trata de sociedades enumeradas en el art. 299, inc. 1 L.S. No le interesa al inversionista la marcha de la sociedad y las operaciones se caracterizan por comprender paquetes reducidos de títulos, que no otorgan control. Desde este criterio de interpretación, si *participar* equivale a *constituir*, y la esencia de su regulación reside en el ejercicio de actos permanentes de comercio en el país, no existe razón para regular diferencialmente el ejercicio de actos habituales de su objeto, por medio de sucursales, etc. y la constitución de sociedad en el país. c) *Adquisición de Inmuebles en el Territorio Argentino*. Pocos autores reparan en este asunto, y quienes lo hacen se limitan a considerarlo un acto aislado o a exigir la inscripción de la sociedad extranjera para poder adquirir el bien, sin mayor explicación. Consideramos que esta hipótesis no puede equipararse al acto aislado, ni al establecimiento de sucursal o a la constitución de sociedad, sino que debe ser autónomamente regulado, fijando requisitos que no excedan los límites del interés de fiscalización del Estado.

Conclusión. El *Sistema de Extraterritorialidad Parcial*, si utiliza un criterio *cualitativo-cuantitativo* no es conveniente a los fines de la prevención de posteriores conflictos, pero tampoco lo es si se enrola en uno puramente *cualitativo*. Ello así, puesto que no distingue grados de actuación que, a nuestro entender, necesitan diferente regulación. Por lo tanto, sugerimos solucionar el problema con una *propuesta legislativa* que sea más útil al empresario, a sus asesores y al Juez; que contenga un método de exigencias graduales de acuerdo al nivel de inserción de la sociedad extranjera en el comercio local. **Propoñemos:** 1) Para la realización de actos aislados en el país exigir una registración mínima en el Registro Público de Comercio, de trámite sencillo y a cargo del contratante local, que deje sentado que en una determinada operación participará una sociedad extranjera. Inscribir los datos de identificación del ente, y el domicilio especial que fijó su representante a los fines de la realización de ese acto. Ello es útil a los fines del debido control de legalidad (art. 118, párr.1), protege al contratante local, y facilita el emplazamiento a juicio del ente extranjero (art. 122). 2) Cuando esa sociedad, inicialmente registrada, realice más de una cierta cantidad de actos de naturaleza análoga dentro de un determinado período de tiempo (presumiéndose de su objeto), exigir que fije algún tipo de representación permanente, cumpliendo los requisitos del art. 118, párr.3 y 120, bajo apercibimiento de agravar las responsabilidades de la sociedad y los representantes que participen en los actos realizados en infracción a la ley. 3) Someter a idéntico régimen legal tanto la *constitución* (art.123), interpretado con criterio *rígido* (equivalente a *participación*), y al ejercicio de actos de su objeto (punto 2). Eximir de inscripción a las sociedades por acciones que realicen oferta pública bursátil o extra-bursátil, cuando la participación sea efectivamente realizada a través de este tipo de oferta, y mientras no realizaren actos que exijan su registración. 4) Regular la adquisición de bienes inmuebles como una forma de acto aislado en el sentido del punto 1 precedente, puesto que al registrarse e identificarse la sociedad adquirente, se subsanan los defectos señalados cuando se consideraba un acto aislado sin exigencia alguna de inscripción.

LA CONTRACULTURA DE LOS GRUPOS DE ROCK EN CORDOBA, EN RELACIÓN CON EL CONSUMO DE DROGAS.

por Fernando Javier Volcoff ()*

Introducción

El presente resumen muestra los resultados de una investigación de marco exploratorio, realizada en Córdoba en los años 2000 y 2001, cuyo objetivo general apuntaba a describir los comportamientos, motivaciones, actitudes y procesos de interacción de los integrantes de los grupos de rock locales y de sus seguidores, en relación con el consumo de drogas prohibidas y el consumo abusivo de drogas de circulación legal. La relevancia del tema investigado, radica en el hecho de que estos grupos humanos, a través de sus creencias, valores y prácticas, pueden ejercer en forma voluntaria o no, influencia sobre los procesos de socialización en la Argentina y contribuir al quiebre de las identidades culturales, ya que el fenómeno del Rock y el consumo de drogas son cuestiones que se encuentran hoy, ligadas a los procesos de globalización de la economía y mundialización de la cultura.

Marco Teórico

Se abordaron los conceptos de cultura, juventud, desviación, tribus urbanas, medios de comunicación y despenalización entre otros. Con res-

(*) Abogado; Adscripto a la Cátedra de Sociología del Derecho de la Facultad de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC; ex Becario del CIJS bajo la dirección de la Dra. Patricia Scarponetti.

pecto a la acepción de **Cultura**, se intentó brindar un concepto que permitiera superar la clásica definición socioespacial, que ligaba la idea de Identidad a un territorio geográfico determinado o un colectivo humano particular, enfatizando que, el actual concepto de cultura debe adicionar a los aspectos mencionados un componente sociocomunicacional¹, ya que, coincidiendo con David Matza², cabe afirmar que la influencia provocada por el aumento de los medios masivos de comunicación, entre otros aspectos, contribuye a impedir la formación de culturas aisladas, dificultando la visualización de los límites entre lo global y lo local y configurando de ese modo una **Cultura Mundializada**³. En ella, los **jóvenes** – entendidos como miembros de una categoría cultural y no etaria – tienden a agruparse en **Tribus Urbanas**, colectivos humanos sin base territorial pero con valores compartidos por sus integrantes, pudiéndose citar entre estas, a los “Rolingas”, los “Marcheros” o los “Psico-bolches”, cuyos miembros se diferencian entre sí por sus gustos musicales y vestimentas, pero comparten todos ellos, la afición por el consumo de drogas. Este último hecho, entra en contradicción con los valores oficiales de la sociedad - ligados a la cultura del trabajo – y por ello, los consumidores de drogas se valen frecuentemente de “**técnicas de neutralización**” que les permiten justificar sus conductas y anular de ese modo las normas sociales y transgredirlas, siendo tildados por el resto de la sociedad como **desviados**. Pero en una sociedad decididamente multimediatizada, los valores dominantes y los contraculturales se confunden debido a que el **discurso mediático**⁴ es contradictorio, ya que por un lado condena estas conductas y por otro, tiende a fomentarlas. En medio de este juego de discursos – oficial, mediático, desviado – el Estado intenta regular los comportamientos conforme a los valores de la cultura dominante. Pero debido al fenómeno de la aceleración con la que se producen los cambios y a la fragmentación de las identidades culturales nacionales, sus normas quedan descontextualizadas y el ejercicio de su poder desdibujado, al tiempo que incurre en incoherencias al contradecir con sus actos el propio ordenamiento jurídico.

¹ MUÑOZ GERMAN ED BARBERO J. et al., *Cultura, medios y sociedad*. Ed. Ces/Universidad Nacional de Colombia, 1998

² citado por LARRAURI ELENA, *La Herencia de la Criminología Crítica*, Ed. Siglo XXI, 1991

³ REGUILLO CRUZ ROSSANA, *Emergencia de culturas Juveniles. Estrategias del desencanto*. Ed. Norma, 2000

⁴ COSTA PERE-ORJOL ET. AL. *Tribus urbanas. El ansia de la identidad juvenil: entre el culto a la imagen y la autoafirmación a través de la violencia*. Ed. Paidós, 1996

Metodología

Se utilizó en la investigación, una metodología cualitativa basada en la combinación de observación participante con entrevistas en profundidad. Para la selección de informantes se empleó la técnica "Bola de Nieve", trabajándose sobre tres líneas de investigación, lo que permitió cubrir diferentes subgéneros musicales.

Aproximaciones

Se analizaron: el lenguaje utilizado por los investigados, los códigos compartidos, la visión que respecto del futuro estas personas tienen y la posición de los mismos frente a la política, las instituciones tradicionales y el derecho. Es de destacar el hecho de que los grupos abordados durante la investigación tuvieron una **existencia efímera**, encontrándose en la actualidad disueltos, habiéndose observado frecuentes migraciones de músicos de una banda a otra y también migraciones de una tribu urbana a otra. Se observó que los investigados basan su vida en relaciones poco duraderas y carecen de una proyección de futuro a largo plazo. Respecto de las sustancias consumidas, el alcohol, el tabaco y la marihuana son utilizadas prácticamente por todos los investigados, y en menor medida la cocaína. Para **neutralizar** el efecto disvalioso que entraña la violación de las normas oficiales, los investigados justifican sus conductas atendiendo a la valorización de los efectos producidos por las sustancias (sobreestimulación nerviosa, acceso a "estados espirituales elevados") y minimizando los efectos nocivos provocados por las mismas (en el caso de la marihuana). Respecto del **lenguaje** utilizado por los investigados, puede decirse que todos comparten códigos similares y los utilizan para referirse a las sustancias consumidas, los actos de consumo, los efectos provocados por el consumo, etcétera, así como también es constante el ánimo de renovación, el permanente afán por diferenciarse del resto de la sociedad, la construcción de neologismos y la generación de nuevos consumos culturales. Con respecto a la difusión pública de las ideas, es de destacar, al margen de las manifestaciones orales de los investigados, la circulación de un abundante **materi- al gráfico** compuesto por revistas, graffities y fanzines en los cuales se preconiza públicamente el consumo de estupefacientes, y que son frecuentemente hallados en bares, pubs, recitales y eventos culturales a los que asisten los investigados. Estas publicaciones suelen estar patrocinadas por el Estado, observándose una contradicción entre la normativa vigente y el accionar del gobierno.

Conclusiones

Al iniciar la investigación se centró la atención en los significados atribuidos por los informantes a las palabras, pero luego se observó que entre ellos, la imagen y el sentimiento prevalecen sobre el habla. Además de este hecho, se observó una fuerte influencia de los medios de comunicación en la construcción de las identidades juveniles y un desprecio de los investigados hacia el orden normativo establecido. Sumando a estos hechos la existencia de fenómenos tales como la fragmentación, la aceleración y la mundialización de la cultura, las viejas estructuras sociales tambalean ante la inminencia de los cambios posmodernos. Todo ello, obliga a ensayar un necesario replanteo en torno a la problemática del consumo de drogas, generando un cambio legislativo que permita sincerar la normativa vigente con la realidad circundante y contribuya a la vez, a producir un cambio cultural que reordene los valores y nos enseñe a vivir en un mundo sin fronteras.

**ONG'S VINCULADAS A LA PROMOCIÓN SOCIAL:
EL DERECHO COMO LIMITADOR O POTENCIADOR DE
SUS ACCIONAR. ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA
SOCIOLÓGICA.**

por Matías Castro de Achával ()*

Planteamiento del Problema y Estrategia Metodológica

En la presente investigación nos preguntamos acerca del modo en que actúa el Derecho en cuanto marco de oportunidades y restricciones al funcionamiento de las ONG's vinculadas a la promoción social. Dicho de otro modo, intentamos observar en qué medida el ordenamiento jurídico aparece como limitador o potenciador del accionar de este tipo de ONG's.

Para ello limitamos el objeto de estudio a entidades que cumplimentaran determinados requisitos, apelando a diversas fuentes documentales y entrevistas en profundidad con los actores vinculados, utilizando estrategias cualitativas para el análisis de los datos obtenidos.

Conclusiones

El denominado "Tercer Sector" se encuentra constituido por un conjunto de actores que, dentro de la Sociedad Civil, se distinguen por ser

(*) DIRECTORA: DRA. MARTHA DÍAZ DE LANDA

instituciones de carácter privado, que realizan actividades "sin fines de lucro" orientadas a la consecución de objetivos de interés público. En relación a esto aparecen dos cuestiones de fundamental importancia: por un lado el desconocimiento empírico y la confusión conceptual que impera respecto de esta temática, y, por el otro, la gran heterogeneidad que caracteriza al sector.

Si bien es posible rastrear la génesis de este fenómeno en la evolución histórica de conceptos tales como el de "caridad" o "fraternidad", o buscar sus antecedentes en la tradición de instituciones "sin fines de lucro" instaurada a partir del siglo XIX, consideramos que la constitución del "Tercer Sector" como agente diferenciado de la vida social en las sociedades contemporáneas se configura a partir de fines de la década del setenta y principios del ochenta. Respecto de los motivos de esta conformación como sector diferenciado destacamos la importancia del proceso conocido como la "crisis del modelo del Estado de Bienestar", aunque relativizamos la unilateralidad causal del mismo.

Dentro del "Tercer Sector", las "Organizaciones no Gubernamentales" se constituyen como un tipo particular de entidad, que como el sector en su conjunto, se caracterizan por un alto grado de heterogeneidad. Como un subtipo de éstas, encontramos organizaciones que tienen un fin específico: el de "promoción y desarrollo social" -ONGDs-.

Del desarrollo de nuestra investigación, apareció además como relevante una distinción que, no obstante ser desconocida por gran parte de los desarrollos teóricos y por los distintos relevamientos de ONG's realizados, se vislumbran claramente en la práctica social, esto es, la distinción entre organizaciones *intermedias* y *de base*.

Un nuevo aspecto del análisis nos indica la necesidad -por parte de las ONGDs- de adopción de un legal específico que le permita adquirir personería jurídica y -de ese modo- actuar como sujeto de derecho. Es aquí donde se vislumbra entonces -a partir del discurso de los propios actores connotado con fuentes documentales y teóricas- un contraste entre esta "necesidad" y la oferta actual de figuras jurídicas por parte del ordenamiento vigente en el país.

Del análisis de los problemas que se desprenden de la adopción de estos tipos jurídicos, y atendiendo a la distinción entre ONGDs "intermedias" y "de base", surge una clara diferenciación en relación a las capacidades de las propias entidades para afrontar y solucionar las distintas dificultades que se presentan.

Por un lado, las ONGDs “intermedias” cuentan con mayor capital cultural y económico, lo que les permite llevar adelante la vida de las organizaciones en búsqueda de la consecución de sus fines.

Por el otro, las ONGDs “de base”, por su escaso capital cultural y económico, no poseen herramientas suficientes para afrontar las exigencias que el Derecho les impone en tanto organizaciones.

Respecto de éstas últimas –ONGDs “de base”–, a partir del análisis desde la perspectiva sociológica, el Derecho aparece como claro limitador de su accionar. Debiendo entonces preguntarnos cuáles son los elementos, que caracterizan a la legislación vigente, que se encuentran en pugna con la potencialización del accionar de dichas entidades; confrontándolo, en el análisis, con una mayor descripción del funcionamiento de estas organizaciones, de particular relevancia en el contexto actual de crisis y empobrecimiento de amplios sectores de la sociedad.

Bibliografía Consultada

BIDART CAMPOS, Germán: *Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1966.

BRÜGGE, Juan F. y MOONEY, Alfredo : *Derecho Municipal Argentino*, Ediciones M.J.García, 1994.

FRÍAS, Pedro J. y otros : *Derecho Público Provincial*, Depalma, 1987.

HERNÁNDEZ, Antonio M. (h) : *Derecho Municipal*, Bs. As., Depalma.

HERNÁNDEZ, Antonio M. (h) : *Federalismo, autonomía Municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Bs.As., Depalma, 1997.

Libro de Ponencias : *Primer Congreso Nacional de Derecho Público*, Sta. Fe, 1998.

PEREZ GUILHOU y otros : *La Provincia y el Municipio*, Depalma, 1993.

VICENTE SOLA, Juan : *Intervención Federal en las Provincias*, Abeledo - Perrot, 1982.

WALDOVINO, Alejandro de Jesús: U.N.T., F.D.C.S., *Libro de Ponencias: Intervención a los Municipios Argentinos*, Tucumán, C.U.D., 2000, pág. 62.

ZARZA MENSAQUE, Alberto : U.N.C., F.D.C.S., *Homenaje al bicentenario 1791-1991 : Autonomía Municipal en el Constitucionalismo Provincial*, Córdoba, Advocatus, 1991.

ZUCCHERINO, Enrique: *Teoría y práctica del Derecho Municipal*.

Bibliografía General

BARLOT, Raúl : *Autonomía Municipal : antecedentes nacionales, anotaciones y concordancias*, Montevideo Ur., Barreiro y Ramos, 1925.

BIELSA, Rafael : *Principios de Régimen Municipal*, Buenos Aires, La Jouane, 1930.

DANA MONTAÑO, Salvador M. : *La Autonomía Municipal*, La Plata, Instituto de Derecho Municipal y Urbanismo, 1982.

DE OLIVERA, Ives : *Curso de Derecho Municipal* / traducido por Beatriz F. Dalurzo, Buenos Aires, Abeledo - Perrot, 1960.

LAZZARINI, José Luis – *El Juicio de Amparo* – p. 198 y 199.-

LOSA, Néstor Osvaldo : *El Derecho Municipal en la Constitución vigente : su análisis jurisprudencial y doctrinal en lo Nacional, Provincial y Contravencional*, Buenos Aires, Abaco, 1995.

TAGLE, Carlos : *Derecho Público Provincial y Municipal*, Córdoba, [S.N.], 1926.

VERA, Pablo Lisandro: *Expediente de la Demanda de Amparo de la Municipalidad de Paso de los Libres contra la Intervención Federal*, 2000/01.

ZAVALLA, Clodomiro : *Tratado de Derecho Municipal*, Buenos Aires ; KRAFT, Guillermo, 1941.

ZUCCHERINO, Enrique: *Tratado de Derecho Federal, Estadual y Municipal*.

INTERVENCIÓN A LOS MUNICIPIOS ARGENTINOS LUEGO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

por Alejandro Waldovino ()*

Introducción

La reforma constitucional de 1994 consagró la Autonomía Municipal, que ya había sido admitida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cuál a su vez se vio superada por el movimiento modificador de las Constituciones Provinciales en este sentido. De esta manera se hace necesario establecer los límites del instituto de la Intervención a los Municipios bajo el nuevo estatus.

Importancia del Tema

El régimen Municipal es sumamente importante en el orden Institucional de nuestro país, su origen es constitucional y es parte fundamental del régimen federal. Además la vida política de nuestro país desde 1853, demuestra que históricamente se utilizó el extremo remedio de la Intervención para centralizar el país.

Principios rectores de la Intervención

Declarada una Intervención Federal la Constitución de la provincia intervenida mantiene intacta su vigencia cediendo únicamente en lo que se

(*) Director: Dr. Zarza Mensaque, Alberto.

contraponga con la ley federal. De esta forma cualquier acto de la Intervención Federal violatorio de la Carta Magna Provincial, es inconstitucional y así debe ser declarado judicialmente. La intervención federal, por ser excepcional, debe ser interpretada estrictamente. Además también debemos aclarar, que si bien el Interventor Federal actúa en virtud de la caducidad de los poderes provinciales, no por ello sustituye legalmente a éstos, por lo que no ejerce todas las atribuciones propias de estos poderes. El delegado federal tiene delimitada sus facultades y competencias exclusivamente a lo dispuesto por la ley que declara la intervención federal, y la finalidad que le dio origen. Asimismo el interventor debe hacer prevalecer la Ley que declara la Intervención, sobre lo que disponga el Presidente de la Nación, por la natural supremacía de la Ley sobre el decreto del Poder Ejecutivo. A su vez el Poder Judicial debe ejercer el pertinente control de constitucionalidad del proceso intervencionista, siendo inadmisibles descartar de plano dicho control bajo el pretexto de ser una Cuestión No Judicial. No debe admitirse, so pretexto de cuestión política, la encubierta violación de la Constitución y de los Derechos que ella garantiza.

La Doctrina

El relevamiento reveló su escasa existencia, no obstante, es dable mencionar algunos exhaustivos trabajos sobre intervención federal en general, pero sin referencia específica a la Intervención en los Municipios, temática tan cara para nuestro federalismo. Esta ausencia puede notarse incluso en tratados del Derecho Municipal.

La Legislación

Cabe recordar aquí que es obligación primordial para las provincias, de acuerdo al artículo 5º, afianzar en sus constituciones el régimen municipal asegurando su Autonomía, y reglando su alcance y contenido en el quintuple sentido precisado por el 123º: en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.

El Derecho Comparado

En el orden internacional existen Constituciones que regulan lo atinente a la Intervención de los Municipios. En este sentido podemos citar en el ámbito americano a: **Brasil, Paraguay, Panamá y Chile (diferiéndolo a la Ley).**

Autonomía e Intervención Municipal

Es de gran importancia para la temática abordada lo atinente a la Autonomía Municipal, porque es justamente éste pilar fundamental de nuestro federalismo, el que subyace detrás de todo análisis que hacemos de la problemática del Derecho Municipal en general, y del mecanismo de la Intervención en los Municipios, en particular. Es de hacer notar, que la dependencia económica de los Municipios atenta contra su autonomía, ya que los inclina a ceder facultades y a ser concesivos con el poder central.

Conclusiones

El gobierno federal al intervenir la provincia, debe limitarse a realizar los actos autorizados por el Congreso Nacional al declarar la Intervención sin posibilidad de extralimitarse. Por lo que de acuerdo a la autonomía municipal consagrada en el artículo 123° de la C.N., el Interventor Federal no puede disponer la intervención a los Municipios, si la Ley del Congreso Nacional no lo autoriza¹, o bien para poder hacerlo deberán cumplirse los requisitos dispuestos por la Constitución Provincial respectiva y siempre que sea ello necesario de acuerdo a los fines perseguidos por la Intervención.

Consideramos correcta la tesis de las Constituciones Extranjeras que protegen al municipio desde la letra misma de la Carta Magna, por dos motivos fundamentales:

1. Porque en el caso de nuestro país, los recaudos existentes en las Constituciones Provinciales, Leyes y Cartas Orgánicas Municipales, no han logrado detener la arbitrariedad intervencionista.
2. Porque estas normas que disponen ciertas limitaciones con la finalidad de frenar los abusos del poder central, pueden ser cuestionadas de inconstitucionales, ya que la capacidad de nuestros estados provinciales se integra con todas las facultades no delegadas al estado federal y no prohibidas a las provincias², y éstas han delegado sin reservas la facultad de intervenir al Gobierno Federal (6° C.N.).

Propuesta. Por todo lo expuesto consideramos como idónea a los fines de superar las dificultades detectadas a lo largo de la investigación, la

¹ En el mismo sentido se expresa el Dr. ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ (h), en su libro de *Derecho Municipal*, Buenos Aires, Depatma.

² BIDART CAMPOS, GERMÁN J. -- *Manual de Derecho Constitucional Argentino* - EDIAR - Bs. As. - 1983 - p. 497.

Incorporación a nuestra Constitución Nacional de un artículo cuyo texto sugerimos sea el siguiente:

“La intervención federal a la Provincia no implica, ni habilita la intervención a los Municipios, a no ser que así lo hubiera dispuesto en forma expresa la Ley del Congreso que declara la intervención”.

De esta manera se resguarda a los municipios, de abusos intervencionistas, dejando abierta la posibilidad para que sea el Congreso el que evalúe la necesidad o no de extender el remedio federal a los Municipios Autónomos.

**SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD UNIPERSONAL EN EL
PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA
ARGENTINA – UNIFICADO CON EL CÓDIGO DE COMERCIO-
PARA EL AÑO 2000, COMPARADO CON LOS SISTEMAS
JURÍDICOS DE OTROS ESTADOS**

María Cristina Arriazu()*

Conceptualmente nada impide que la Sociedad de Responsabilidad Limitada Unipersonal sea considerada persona jurídica por el Derecho Argentino, tal como lo dispone el Proyecto de Código Civil para la República Argentina – Unificado con el Código de Comercio – para el año 2000. La Estructura admite que se puede organizar de manera originaria (Constituida) o derivada (Devenida). Se integra con un solo socio, siendo indiferente si es persona física o jurídica. Para su de nominación basta con lo regulado por el artículo 147¹ de L. S., cuya modificación no es necesaria, ya que en modo alguna perjudica o beneficia a terceros el hecho que sea unipersonal o pluripersonal su integración, lo que le importa al eventual tercero interesado es el respaldo económico que tiene el ente con el que va a contratar y no cuantos socios la forman.

El socio único limita su responsabilidad, como consecuencia del tipo adoptado, a la cantidad de cuotas de capital suscriptas r integradas. Este forma un patrimonio propio de la Sociedad, separado del suyo. Con el que

(*) Director: Prof. MARÍA CRISTINA MERCADO DE SALA.

la misma (como persona jurídica independiente) afrontará las obligaciones adquiridas en su nombre. En caso que el socio quiera contratar con la Sociedad, son los terceros a quienes hay que proteger. Si el socio actúa con fines extra-societarios, por ejemplo actuando con fraude, se le aplicaría el último párrafo del art. 54 de la L. S.², por lo que perdería la limitación de responsabilidad por la contratación realizada con fraude o dolo para terceros. Lo único que sería conveniente prever, como ya lo han hecho algunas legislaciones en el derecho comparado y a los fines de protección a terceros, es exigirles a las Sociedades de Responsabilidad Limitada Unipersonal un capital mínimo que sea suficiente para hacer frente a las obligaciones sociales.

Con respecto a los órganos sociales, se les aplica el régimen general de al S.R.L., salvo al órgano de Gobierno, en este caso no se emplearía el régimen de Asambleas, ya que las decisiones las tómale socio único, cualquiera sea el método que adopte, pero siempre dejando constancia de las mismas en el Libro de Actas.

La doctrina y legislación nacional ya vienen reconociendo y proponiendo a esta figura desde principio del siglo pasado. Falta su consagración legislativa en nuestro derecho. Hoy la propuesta es incluirla dentro de un proyecto de Código de Unificación, a diferencia de las Normas de los otros Sistemas Jurídicos comparados en esta investigación, que la regulan en leyes, salvo el caso de Paraguay que la incorpora dentro del Código de Comercio, pero bajo la forma de Empresa y no de Sociedad como la legislan en las demás.

Beneficios de la Figura Investigada

Es útil, simple y en opinión de muchos perfecta. Posibilitando al comerciante, empresario individual limitar su responsabilidad sin tener que recurrir a ficciones como la asociación con un prestanombre para cumplir con las exigencia de la Ley.

¹ ARTÍCULO 147 L. S. -- La denominación social puede incluir el nombre de uno o mas socios y debe contener la indicación "sociedad de responsabilidad limitada", su abreviatura o la sigla S.R.L.

² ARTÍCULO 54 L. S. in fine -- La actuación de la sociedad que encubre la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controladores que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

Es muy posible que se dé, con esta propuesta plasmada en el Proyecto de Código Civil para la República Argentina – Unificado con el Código de Comercio – para el año 2000, un impulso al desarrollo económico interno argentino, como ya ha sido el objetivo perseguido por las legislaciones europeas que contemplan el instituto, y el que encontramos dentro de la exposición de motivos del citado Proyecto, animando a muchos empresarios individuales a emprender nuevas actividades bajo la protección legal de la limitación de responsabilidad.

Quizás, si a nivel del MEROCSUR se dictara una normativa similar a la Duodécima Directiva 89/667/CEE del Consejo (Unión Europea), podrían impulsar el desarrollo económico de los Estados que lo integran a través de emprender nuevas actividades, tal vez interestatales, los comerciantes y empresarios individuales, constituyendo **SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA UNIPERSONALES**.

Es necesarios un instituto como el análisis y por eso debe continuara la investigación para lograr ante la Legislación su regulación, solucionando las posibles dificultades que se han previsto, y claramente la doctrina ha señalado.

**EL CANDIDATO Y LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN LA
REPÚBLICA ARGENTINA.
UNA VISIÓN COMPARATIVA CON LA REPÚBLICA ROMANA¹**

por María Franciulli ()*

Nuestro país está sumido en una aguda crisis institucional. El pueblo no confía en los gobernantes. Las personas están desilusionadas, se sienten ignoradas y traicionadas por quienes las representan. Hoy política es sinónimo de corrupción. Una de las causas de este problema ha sido la actitud del pueblo ante las elecciones que, infinidad de veces, ha votado sin fijarse en la persona, en el hombre, en la integridad del individuo, en el **candidato** tras el partido.

Alberdi advirtió *“La Constitución debe dar garantías de que sus leyes orgánicas no serán excepciones derogatorias de los grandes principios consagrados por ella... Es libre el sufragio, dice la Constitución; pero vendrá la Ley orgánica electoral, y a fuerza de requisitos y limitaciones excepcionales convertirá en mentira la libertad de votar... La Ley, la Constitución, el Gobierno, son palabras vacías, si no se reducen a hechos por la mano del juez que, en último resultado, es quién los hace ser realidad o mentira”*².

¹ Este trabajo se ha realizado con la intención de encontrar en la vida republicana de la antigua Roma ideas, principios e institutos que puedan ayudar en la construcción de una nueva Argentina: más libre, más justa, más representativa y más democrática.

(*) DIRECTOR : DR. JUAN CARLOS GHIRARDI

² ALBERDI, JUAN BAUTISTA; *Bases*; Ed. Plus Ultra; Bs. As. 2001.

Actualmente la ley no contempla la presentación de candidatos independientes; los jueces fallaron contra la presentación de las candidaturas independientes³; pero la sociedad exige cambios urgentes en esta materia.

Luego de un extenso estudio sobre las magistraturas de la república romana, las normas electorales argentinas y los fallos de la C.S.J.N. me atrevo a proponer, a modo de conclusión, algunas ideas que a continuación expongo.

1-Dar cabida a las candidaturas independientes en el ordenamiento jurídico positivo argentino. No se trata sólo de agregar o suprimir palabras en las constituciones y en las leyes. La presentación de candidatos independientes implicaría transformar sustancialmente los sistemas electorales. Cuantos padres de familia, vecinos emprendedores, maestros y profesores, jóvenes con aspiraciones, trabajadores, empresarios e intelectuales viven lejos de la vida partidaria. Ellos son el pueblo, a ellos se les debe garantizar el derecho a participar en el gobierno.

2-Crear escuelas de capacitación política donde las personas puedan perfeccionarse para poder en el futuro poner en acción sus ideas. Los partidos políticos, según la C.N., las Constituciones Provinciales y las Cartas orgánicas, son los encargados de tal tarea, pero no han podido o no han sabido llevarla a cabo. Para vivir la democracia en plenitud sería aconsejable que estos centros de formación funcionaran regularmente y que estuvieran abiertos no sólo a los afiliados de los partidos sino a todo aquel interesado en comenzar la carrera política.

3-Hacer transitar a los políticos un "Cursus Honorum"⁴. Buen gobernante es el que se hace con la práctica, ocupando primero pequeños cargos con pequeñas responsabilidades, ascendiendo paso a paso cada escalón de la carrera hasta llegar a los más altos puestos con la madurez y experiencia necesarias para gobernar una nación.

4-Realizar un examen integral de admisión de candidatos antes de cada elección con el objetivo de asegurar la idoneidad y las condiciones personales de todos ellos. El mismo debería estar compuesto por evaluaciones teóricas, prácticas, de moralidad y de conducta cívica, con presentación de antecedentes y defensa ante una Asamblea Pública. Si un Consejo de la Magistratura ayuda a elegir a los mejores jueces ¿Porqué no implementar un sistema similar para los aspirantes a legisladores, intendentes, gobernadores y presidentes?

³ CSJN; 22/4/87; Ríos, ANTONIO J. - La Ley; 1987 C; págs.273-289.

⁴ Entendiendo a este como "Carrera Política"

5- Procurar una aproximación de las remuneraciones de los funcionarios políticos a los ingresos de un trabajador común. No predico la gratuidad como en Roma, porque es justo que quien dedica su tiempo a determinada actividad reciba una remuneración. Pero lo que sucede hoy es que los sueldos de los políticos son exageradamente mayores al lado de los salarios de quienes tienen la suerte de tener uno. Se está utilizando a la política como una actividad lucrativa más que como una actividad de servicio. Bajemos las remuneraciones de los funcionarios y veremos cuantos políticos lo son verdaderamente por vocación.

6- El tema de la responsabilidad política no es menos importante. Existen en nuestro ordenamiento jurídico positivo diversos artículos de la Constitución Nacional, Provincial y Municipal que aluden a la responsabilidad. Por ejemplo: el art. 36 C.N. establece que el Congreso dictará una Ley sobre Ética Pública para el ejercicio de las funciones y además castiga a quienes atenten contra el orden democrático; los arts. 53, 59 y ss., 66, 70 y 115 C.N. regulan lo relativo a Juicio Político, Remoción, Desafuero y Jurado de Enjuiciamiento; los arts. 67 y 93 C.N. imponen el Juramento al tomar posesión del cargo que comprende los deberes de desempeñarlo debidamente, vale decir con lealtad y probidad, y de observar y hacer observar fielmente la C.N.; el art. 14 de la C.Cba. expresa que todos los funcionarios públicos son responsables civil, penal, administrativa y políticamente; y el derecho público municipal llega a contemplar inclusive el instituto de la Revocatoria Popular (art.31 de la Ley Orgánica Municipal de Cba.). Las normas existen. El gran problema en este punto es la falta de uso o el mal funcionamiento de las instituciones previstas para hacer que al final del mandato los gobernantes irresponsables no queden impunes.

7- Otra idea que surgió al estudiar las magistraturas romanas es la del intervalo de tiempo entre cargo y cargo. La perpetuación en el poder es inconciliable con el principio republicano de periodicidad de los mandatos. Que los dirigentes descansen y se preparen para encarar el próximo mandato con fuerzas renovadas y una visión clara de la realidad; que gobiernen por y para el pueblo y no con el único fin el de saciar su adicción al poder.

8- Establecer la prohibición de postulación para un cargo electivo cuando se está ocupando otro cargo público al tiempo de la elección. Con esa simple prohibición se evitarían problemas de acefalía y a la vez se impediría que los políticos hagan campañas cuando debieran estar ocupados en otras funciones.

Argentina necesita "gente nueva" que tenga ideas brillantes, que no esté contaminada, que luche por los intereses de la gente en general y no

sólo por los de un reducido grupo de amigos partidarios. Gente común, capacitada, que se reconcilie con el poder y que sepa utilizarlo, como dice el preámbulo de la Constitución Argentina, *para afianzar la justicia, consolidar la paz, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino...*

Nota: el Informe Final de la Beca está a disposición de los interesados en el C.I.J.S. En el mismo se menciona la bibliografía utilizada para realizar el trabajo.

DERECHO PENAL TRIBUTARIO EN EL MERCOSUR: ANÁLISIS COMPARATIVO A EFECTOS DE SU POSIBLE ARMONIZACIÓN

por Evangelina Magalí Checa (*)

El proceso de integración económica-regional modifica la vida de los pueblos, es por ello que el Derecho no debe estar ajeno a este proceso debiendo tutelar y regular intereses comunitarios fundamentales, sobre todo los vinculados a las relaciones económicas entre los Estados Miembros de la Región.

La hipótesis de trabajo planteada al iniciar esta investigación, fue tratar de esbozar los lineamientos que sirvan para una futura armonización de leyes penales tributarias de los Estados Miembros del M.S., y tal como lo advirtiera desde el comienzo, el Tratado de Asunción y el Protocolo de Ouro Preto, no instituyen el M.S., sino que esta es su máxima aspiración, de tal manera que no es posible extraer conclusiones definitivas. Para ello, es necesario que se satisfagan una serie de condiciones, entre ellas: *la armonización de los sistemas tributarios* para lograr el objetivo de la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos; *un catálogo de derechos fundamentales*; *un Parlamento* que cumpla genuinas funciones le-

(*) Ex Becaria de Pregrado del CIJS por Res. CIJS N° 7/00 - Directora: Prof. ANA MARÍA CORTÉS DE ARABIA - Codirector: Dr. CARLOS J. LASCANO. El presente artículo condensa los resultados obtenidos y plasmados en el *Informe Final de Beca* aprobado por Res. CIJS N° 6/02

gislativas supranacionales y *un Tribunal* que ejerza facultades jurisdiccionales que permita la imposición de sanciones comunitarias a los Estados Miembros del M.S.

Si bien la conformación de un ordenamiento penal comunitario es deseable, esta hipótesis es deseable *a priori* hasta tanto no se satisfagan los requisitos señalados anteriormente, la armonización legislativa interna se muestra como el único camino transitable.

Para trasladar este esquema al M.S. se debe partir de dos esferas legislativas diferenciadas: por un lado el *Tratado de Asunción* y el *Protocolo de Ouro Preto* que dan el marco legal de soluciones a las controversias que se generan en el proceso integratorio; y por otro las *legislaciones penales tributarias* de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

- En **Argentina**: Ley 24.769 “*Régimen Penal Tributario. Delitos Tributarios*” (B.O. 15-01-97);

- En **Brasil**: Ley 8.137 “*Crímenes contra el Orden Tributario, Económico y Relaciones de Consumo, y otras Providencias*” Capítulo I “*De los Crímenes Contra el Orden Tributario*” - Sección I y II (D. O. 27-12-1990).

- En **Uruguay**: “*Código Tributario*” (Decreto- Ley 14.036 del 29-11-74 y Decreto-Ley 15.294 del 23-06-82) *Capítulo V* (infracciones) y *Capítulo VI* (delitos);

- En **Paraguay**: Ley 125/91 “*Nuevo Régimen Tributario*” y Código Penal de Paraguay, *Libro II, Título VI, Capítulo I, arts. 261° y 262°*¹.

El **bien jurídico protegido** en la los diversos ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros del M.S. es:

- En **Argentina**: “*los recursos tributarios del fisco nacional*” y “*los recursos de la seguridad social*”, en su doble relación *recursos* “*evasión fiscal, fraude fiscal, insolvencia fiscal fraudulenta, simulación dolosa de pago y alteración dolosa de registros*” y *gastos* “*aprovechamiento indebido de subsidios y aprovechamiento indebido de recursos de la seguridad social*”;

- En **Brasil**: “*el orden tributario*”, abarcando tanto los *tributos* como las *contribuciones a la seguridad social*, y la doble relación *recursos* “re

¹ Una confrontación de los ordenamientos penales tributarios permite advertir esquemas diferentes: **Argentina y Brasil**, poseen leyes penales especiales, mientras que **Uruguay** regula las figuras penales dentro de su Código Tributario generando problemas de doble imputación al considerar delitos e infracciones administrativas en la misma ley con figuras similares pero con penas diferentes y **Paraguay** omite figuras delictivas en su Nuevo Régimen Tributario remitiendo a las figuras contenidas en el Código Penal

ducir o suprimir tributo o contribución social y cualquier accesorio” y *gastos “incentivos fiscales”*;

- En **Uruguay**: solamente considera delitos contra los *recursos*² del Estado;

- En **Paraguay**: la Ley 125/91 señala el “*perjuicio al fisco*” y el Código Penal Paraguayo³ el “*erario público*”, incurriendo en un error de concepto⁴, ya que atribuye al (concepto patrimonialista y estático compuesto simplemente por dinero, valores, créditos, derechos y obligaciones) el significado de “*hacienda pública*” (concepto funcional dinámico, vinculado a la relación recurso-gastos).

No obstante las disimilitudes señaladas, se podría enunciar como **bien jurídico tutelado** por los Estados Partes del M.S., a la “*Hacienda Pública*”.

Para poder diseñar un futuro lineamiento del Sistema Penal Tributario en el M.S., es necesario advertir la necesidad de una doble clasificación penal y administrativa, con legislaciones diferenciadas que eviten el problema de la doble imputación y la confusión de figuras administrativas y penales⁵.

En el **campo administrativo** es necesario basarse en el respeto al principio de competencia, las formas jurídicas y la presencia de garantías requeridas por la doctrina tributarista tradicional —*nullum tributum sine lege*— finalidad, proporcionalidad, legalidad, equidad, no confiscatoriedad, etc.

En el **campo penal**, sobre la base de postulados garantistas. Pero dicha división, no implica negar la interrelación que necesariamente se produce entre ambas áreas; por ello es necesario recurrir al criterio de *coordinación* que sostiene *João Marcello de Araujo Junior* y no al funcionamiento acumulativo de algunas legislaciones. Asimismo es necesario la subordinación de la instancia administrativa a la penal, de modo que una absolución en el ámbito penal admitirá una posterior decisión administrativa cuando subsista la falta (v.g.: omisión formal).

² son punibles las acciones que atentan contra “*los derechos del Estado a la percepción de sus tributos*” (art. 96 y 110 del C.T.U.).

³ regula la “*evasión fiscal*” y la “*adquisición fraudulenta de subvenciones*” en el Libro Segundo: “*Parte Especial*”, Título VI “*Hechos Punibles contra el Orden Económico y Tributario*” en el Capítulo I bajo la epígrafe “*Hechos Punibles contra el Erario*”

⁴ al regular en el mismo capítulo delitos que atentan contra los *recursos* “*evasión impositiva*” y contra los *egresos* “*adquisición fraudulenta de subvenciones*”

⁵ Es lógico que esta división produzca el interrogante de cuándo una sanción administrativa se transforme en pena, y la respuesta no es académica sino de política institucional.

La clave para diagramar un *tipo penal central* eje del *Sistema de Derecho Penal Delictual en el MERCOSUR*, que sirva como base de una futura armonización legislativa en la materia, reside en considerar como pilares fundamentales a la *defraudación tributaria* y al *hecho imponible* que la sustenta. No existe coincidencia en los términos empleados para designar los delitos tributarios, utilizando los vocablos *defraudación* y *evasión*⁶ en modo indistinto, en las legislaciones de los cuatro Estados Miembros del MERCOSUR.

- En **Argentina**, la Ley N° 24.769 utiliza el término “evasión” (art. 1°, 2°, 7° y 8°).

- En **Brasil**, la Ley N° 8.137, utiliza los verbos “suprimir o reducir” (art. 1° y art. 2°), sin asignarle un nombre genérico, aunque la ley 4.729 (14/07/1965) utilizaba la palabra *evasión fiscal* (*sonegação fiscal*)

- En **Uruguay**, el Código Tributario uruguayo, emplea la palabra “defraudación tributaria” (art. 110°).

- En **Paraguay**, el Código Penal emplea el vocablo “evasión fiscal” (art. 261°) y en la Ley 125/91 “defraudación fiscal” (art. 172° C.P.).

Es necesario adoptar una denominación unificada para un futuro Sistema Penal Tributario en el MERCOSUR, proponiendo que se utilice el término “**defraudación**”, ya que la *evasión* es una modalidad de ésta, y se puede defraudar tanto evadiendo como afrontando o compareciendo, mientras que la *evasión* mediante engaño no cubre todas las modalidades del fraude. La defraudación tributaria requiere de dos elementos: **subjetivo**, la intención de dañar al fisco y **objetivo**, la realización de maniobras con el fin de hacer aparecer el incumplimiento de la obligación tributaria como legítima.

En las legislaciones penales tributarias de los Estados miembros del MERCOSUR, sin realizar una exégesis profunda, se observa en común que la *evasión o defraudación* requiere del **fraude como componente** y expresa o implícitamente el **engaño como medio para su comisión**, salvo en la ley brasileña que prevé distintas modalidades en las cuales no lo abarcan v.g.: art.2° de la ley 8.137. En el caso de la ley argentina se requiere un *plus*,

⁶ En el diccionario de la Real Academia Española *Lexis/22 Vox*. Círculo de Lectores, S.A., Valencia, Barcelona, España, 1985, en el tomo 8, p.2254, define el término **evadir** como: “(del *l. evadere*) tr. Evitar (un daño o peligro inminente); eludir con arte y astucia (una dificultad prevista)// prnl. Fugarse, escaparse”. Y en el tomo 6, p. 1678, **defraudar** en su primera acepción: “(del *l. defraudare*) tr. Privar /a uno/ con dolo o engaño de lo que le toca de derecho: d. a la hacienda”.

el ardid “*el astuto despliegue de medios engañosos*”⁷, es decir además de la disposición patrimonial de la víctima como consecuencia del error, una especial maquinación, una *mise en scène*- gran aparatosidad, lo cual confunde y asimila la evasión fiscal a la estafa (figura del art. 172° del Código Penal).

El basamento del tipo central de la *defraudación* en el desarrollo real del proceso, a partir de la distorsión del hecho imponible, plantea la necesidad de escindir dos zonas diferenciadas, para diseñar un tipo penal comprensivo de las diversas etapas defraudatorias:

- La primera, comprende los distintos mecanismos engañosos enderezados a la evasión o defraudación. Esta conducta constituirá un tipo autónomo –**delito de peligro potencial**.

- La segunda, abarca a la defraudación misma, tendiente a la aplicación de esos mecanismos y el perjuicio efectivo producido a la hacienda pública. Esta conducta podrá configurarse en un **tipo de daño -peligro efectivo-**. En estas etapas se deberá variar las escalas penales, debiendo ser más severa en los delitos de daño que en los de peligro.

Carece de importancia describir cada uno de los medios o modalidades de la defraudación tributaria, ya que la realidad supera la imaginación del legislador al momento de reglamentar, cayendo en el excesivo causalismo o dejando fuera del tipo penal figuras instrumentales no previstas por la norma. Lo relevante reside en el “*quebrantamiento de la relación tributaria mediante maniobras engañosas*” a través del “*engaño*” para la configuración de la “*defraudación*”. Es necesario destacar que el “*engaño*” como clave del tipo desecha la posibilidad de la modalidad culposa, desplazándose estas figuras a las infracciones reguladas por el derecho penal administrativo y captando solamente las figuras dolosas.

En relación al régimen de la **responsabilidad penal de las personas jurídicas**, se puede señalar lo siguiente:

- El único ordenamiento jurídico que reconoce con claridad la posibilidad de imputar penalmente a las personas jurídicas en sentido lato en las categorías de participación, es la ley N° 24.769 (art. 14°) de la República Argentina.

- La atribución de responsabilidad en términos reales, tanto en el ordenamiento jurídico argentino y brasileño, es imputada a los miembros (personas físicas) de los órganos de dirección y de administración del ente

⁷ En SOLER, SEBASTIÁN. *Derecho Penal Argentino*. Tomo IV, 10ª reimpresión total, Edit. TEA, Buenos Aires, Argentina, 1992, p. 347.

colectivo (directivos, funcionarios y representantes) art. 14° de la ley 24.769 (Argentina) y art. 11° de la ley 8137 (Brasil).

• Los ordenamientos tributarios de Paraguay y de Uruguay, diseñan un esquema de infracciones tributarias en la esfera penal administrativa, recepcionando el régimen de la doble imputación para los entes colectivos (art. 104° C.T.U. en Uruguay y art. 181° en la ley 125/91 en Paraguay), estableciendo como sanción la multa y la clausura.

En este punto en particular, compartimos el criterio propuesto por David Baigún, de adoptar el *Régimen de la Doble Imputación de la Persona Jurídica*, para un futuro Sistema Penal en el MERCOSUR, estableciendo por un lado la responsabilidad penal de las personas físicas y por otro el de la persona jurídicas⁸. Apoyamos este régimen, ya que por un lado deja intacta la responsabilidad penal de las personas físicas conforme las reglas de autoría y participación y por otro, permite sancionar efectivamente a las personas jurídicas, sujetos activos potenciales de delitos de mayor peligrosidad, aplicándoseles tanto penas *tradicionales* de multa o inhabilitación y *específicas* como la cancelación de la personería, pérdidas de beneficios económicos y descartando la posibilidad de hacer recaer a los órganos de dirección o administración penas privativas de la libertad. Asimismo es posible aplicar medidas de seguridad correctivas⁹.

Como **consideraciones finales** de este trabajo de investigación, debemos reseñar una serie de propuestas que sirvan de basamento para una futura armonización legislativa del Derecho Penal Tributario de los cuatro Estados Miembros del MERCOSUR:

1. Establecer un Sistema Penal Tributario, que recepte principios mínimos de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal, diferenciado en dos esferas: por un lado el *Ámbito Penal* y por otro el *Administrativo-Penal*, evitando duplicidad de figuras san-

⁸ Si bien la adopción de este *Régimen de Doble Imputación de Responsabilidad*, no es sencillo, ya que se precisa de la elaboración de un tipo penal que permita atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas y para ello se deben reformular las categorías del derecho penal convencional (acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y tipo de pena o medida de seguridad), ya que en el sentido tradicional las personas jurídicas carecen de acción y de culpabilidad de manera autónoma.

⁹ v.g.: consejo especial de vigilancia determinado judicialmente, auditoría periódica de las actividades de la persona jurídica, obligación de presentar estados contables en plazos fijados judicialmente, y la obligación de solicitar autorización para efectuar actos particulares determinados.

cionadas con diferentes penas y el problema de la doble imputación.

2. Consagrar a la *Hacienda Pública*, como bien jurídico protegido del futuro ordenamiento comunitario, en su sentido funcional-dinámico, y compuesta por la realización recursos-gastos.

3. Adoptar la *Defraudación Tributaria* como un tipo básico de peligro, donde el elemento principal es el fraude y el medio instrumental el engaño, sin caer en un excesivo rigor causalista descriptivo de maniobras enderezadas a defraudar al fisco, que permita atrapar a todas las acciones que persigan esta finalidad.

4. Incluir figuras penales como el *Aprovechamiento Indebido de Subsidios* y la *Retención Indebida* o la *Omisión de Retener Tributos por los Agentes de Percepción y de Retención*, diseñados como tipos autónomos de peligro.

5. Implementar el *Sistema de la Doble Imputación de la Responsabilidad de las Personas Jurídicas*, estableciendo penas de multa, inhabilitación y cancelación de personería, y medidas de seguridad como la intervención judicial y la auditoria.

ABSTRACTS

1- PATRICIA ALDERETE

Selective and or specific imposition of consumption taxes in Brazil, Paraguay. Application of exclusive taxation in interentional commerce.

This article is concerned to selective and or specific consuption taxes held which being produced by its nature, structure and characteristics afect on the competitive possibilities of exports, because they don't take into account return mechanisms of taxes previously applied in steps of production and circulation of exported goods producing effects of accumulation.

2- MARÍA INÉS BERGOGLIO

The temporal dimension in mediation processes

In the debates surrounding the Judicial Reform in Argentina, ADR mechanisms are generally viewed as useful tools in the face of the difficulties created by an inefficient legal system, in which limited access to Justice is not uncommon.

Assuming that access to Justice includes a temporal dimension, since it requires that citizens obtain a response to their claims in a reasonable term, the article analyses the duration of mediation cases processed at the Centro Judicial de Mediación de Córdoba in 2001. Data provided indicate that mean duration is under the maximum legal limits.

Employing data from a parties survey (172 cases, December 2001) the paper also explores opinions on time management during the mediation process, as well as their incidence in the construction of the legitimacy of

the institution in the views of common citizens, with experience in ADR. The results are discussed from a Procedural Justice approach.

3- ELINOR BISIG

This essay is based on a research which was outlined as a legal analysis work, tending to provide some bases for intraregional laws dealing with childhood/adolescence rights harmonization. With this objective in mind, an analysis of international norms, national norms, Mercosur legislation and a detailed observation of province of Cordoba, Santa Fe en Entre Rios , was proposed. Provinces of Cordoba and Santa Fe signed a Regional Integration Treaty in 1998. Lately Province of Entre Rios joined the agreement settling down the Central Region.

A characterization of international norms concerned to economic, social and cultural rights of children is introduced in this essay, specifically in matters referred to labor legislation and protection against any form of exploitation and to rights to education.

A description and comparison between national and province of Central Region legislation and contents of international instruments is also offered. All this, taking into account the normative value of decisions, resolutions and directives emanated from Mercosur and its degree of integration into the national legislation

4- JOSÉ ORTEGA Y JACQUELINA BRIZZIO

“E-commerce” and the International Trade Law: some commentaries.

With the appearance of the e-commerce, many people consider we are facing a new way of trading. However, they think that trading is only one, which thanks to its amazing capacity of adaptation has suffered a new change in its surface. Likewise, the globalising direction that features it has led to some authors to ask if the electronic commerce is a way of the international trade or if the international trade will be absorbed by the electronic commerce.

The advantage of the cyberspace, has already got such importance that it is inevitable to analyze the convenience to establish basic rules of functioning, activity in which the international community has started advance. Without detriment to the necessity to establish this frame, is it possible today to find efficiently applicable rules to the international electronic commerce?. Or is it necessary to create that rule? Are the efforts made by the international community and/or common blocks going well?

ABSTRACTS

The UNIDROIT Principles, as part of transnational law, may be a solution in this area. They are the most important body of rules in the law international commerce. In this way, our proposal is to modify or to incorporate specific rules to contribute to the e-commerce usages, as a key to uniform them.

5- SERGIO DUBROWSKY

This paper is part of our research intitled "**Religious freedom in the Constitutional Law among MERCOSUR countries**" The aim of the first task is the exposition of legal prevision about conscientious objections in Argentina, Uruguay, Brazil and Paraguay. Actually, only Brazil and Paraguay have regulations about our topic in thier Constitutions. Argentina doesn't, nevertheless this country has important leading cases allowing conscientious objections to blood transfusion, military service, etc.

6- MARÍA INÉS LAJE

"Familiar Groups with child in conflict with the law: The actors' view."

The adolescent or young people in conflict institutionalization situation with the penal law it has been living and it lives as a problematic for the entire familiar group, since the illegal acts commission generate social punishes answers by putting all the mechanisms of social control in legal disposition. Nevertheless, every each groups have processed the situation they lived in different ways by making representations and differentials manifestation. With the interview material that we made, we could make an analysis of the people actions' contents in their interaction- in one purpose for guiding and controlling the answers given-, de social representation of their members, the construction of heir identity and the insertion ways in relation with the uses of the public services.

The adolescents and young people who were been institutionalized and, for their different histories, were been displaced from the boundaries line of formal social interaction (education, work, etc) owned relations, habits and ways of particularities entail, and received a treatment which ignore the particularity of these person and their difficulties to be adapted to socials practices ruled by disciplinarians laws.

The main characteristics of the representation that the families group make it is regards to the correctional problematic to have to do with the content of the unlawful/lawful, of the socially acceptance or the no acceptance and with the possibilities of comprehension that different social

actors express, respect of the causal context in which the delinquency acts inscribed.

7- CARLOS LISTA

This article focuses on the analysis of the admission, number of students and graduation of the School of Law and Social Sciences, of the Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, during the last three decades of the 20th Century. It is assumed that the magnitude of the political, economic and social events of the country and the impossibility and inability of public Universities for a full exertion of their autonomy make these institutions too vulnerable to environmental changes. Consequently, the crisis of legal education can be partially explained by the crisis of higher education as a whole, and this by contextual processes of transformation. The variables used (number of admitted, matriculated and graduated students) are particular aspects of a larger and more complex structure and process, and as a result they can only provide partial explanations of the crisis. On the basis of the analyzed data the secuencia of structural changes of legal education of the School of Law in the last span of the millenium is described. Finally, risks and opportunities emerging from the current situation are discussed.

8- CARLOS RODRÍGUEZ TISSERA

In this work we will introduce the current problem with regard to the object of the Labor Law.

For that reason we will analyse synthetically the evolution of this branch of law from its beginnings and the variables that determine it at the present time.

We will show the concept of subordination as that center used indicatively to differentiate a labor relationship from another that was not considered as such and as, from this premise the Haz presumption technique is developed and used to be examined by judges and by a part of the doctrine in situations when doubts arise with regard to the nature of the legal relationship.

On the other hand, we will provide a short summary about the process of globalization and trasnationalization. This variable affects not only the legal world but also the economic and social world and therefore it influences on this topic.

Lastly, we will show some doctrinaire currents, introducing the necessity to maintain the existence of Labor Work, since it contains

protective rules that contemplate the difference among the parties of this type of legal relationship from the "humanist and collectivist" point of view, ensuring that the human work is dignified.

9- MARIANA SÁNCHEZ

Summary: The work revises the evolution differed by gender of the rates of homicide crimes, against people, against the freedom and against the property in the county of Córdoba and during the period 1975-1996, in order to observing the existent criminal breaches between these types of men's deviated behaviors and women. The results allow to appreciate a similar co-variation, along the temporary series, of the feminine and masculine rates of crimes of more frequent commission, confirming the existence of generating common social forces of these types of criminal behaviors independently is the sex of the actor desviante. Equally, the analysis of the criminal breaches for gender trasluce variations along the time and evidence less wide differences when it is crimes of smaller graveness and bigger frequency.

10- MARÍA ALEJANDRA STICCA

In this article we limit ourselves to considering only a few basic aspects of the complex right to development. We attempt to draw attention to the importance of solidarity and international cooperation so that this right becomes a reality. The article is structured in the following way: Point 1 distinguishes between Development Law and the right to development. Point 2 describes development from the human rights' point of view. Point 3 intends to establish who the active and passive subjects of this right are.

11- JAQUELINE VASSALLO

The research is oriented to analyze the repression and chastisement in Córdoba del Tucumán at the close of the colonial régime.

12- ROSA ANGÉLICA DEL VALLE ÁVILA PAZ DE ROBLEDO

The Judicial Power is one of the three powers of the democratic estate with federal government of Argentina.

Its function is to provide services of justice to all the people, using the medidas cautelares in the judicial processes.

The existence of a Publique Order in the judicial function is irreplaceable.

Since the Constitution reform of 1994, new analysis of the provincial and national juridical ordenances, like the centre area of Argentina and Mercosur-, in concordance with the procesal law in the Medidas Cautelares, are presented.

To understand the "Medidas Cautelares", in relation with the Public Order, it is necessary to do a double perspective. A) "Medidas Cautelares" in its clasique esquema, with its requirements and clasification in especific or nominadas and innominadas; b) In its new tendences: "Tutela Anticipada. Medida Autosatisfactiva".

We analyze like special cases the "Medidas Cautelares" when these are not ordered by the judge o judicial tribunal. A) It happens in matter of Ejecución Fiscal in the internal law: National Law, Law 25.239. B) The tribunales arbitrales "ad hoc" in de Mercosur law.

We provide bases and propositions in order to fulfill the armonization legislative provincial, regional and mercosureña in the matter of "Medidas Cautelares".

13- ANA MARÍA CORTÉS DE ARABIA

In order to be able of imposing a punishment, it is necessary to be in presence of an offense, whose elements are studied by the "Crime Theory". The secuense in which these characteristics need to be analyzed may depend on the particular author's doctinary position. The different denominations of the crime components, identify the filiation to a certain dogmatic posture too. It es doubtless that by choosing one or the other involves accepting its effects, and the language, both coloquial and legal, performs a primary function for the topic's complete understanding.

14- MARTHA DÍAZ DE LANDA y VÍCTOR H.MAZZALAY

The analysis of the local government's capacities is one of the main problems at the moment to consider the viability and sustentability of the decentralization. The adopted perspective -the decentralization "from below"- refers to the new roles assumed by the local governments as decentralized political systems. The objective is to explain the variability of the degrees of "decentralization from below" the local governments of Córdoba's Central Region present. Defined the variable "decentralization" by an index of the number of implemented policies at the local level that measures the adoption of new functions regarding social promotion and economic development, its variation is explained by a proposed model that tests the significance of the political leadership and the institutional design

(cities, municipalities and communes). The model shows a greater significance than the one based on the local government's resources.

15- ZLATA DRNAS DE CLÉMENT

The institutional structure of Mercosur is inspired by the example of the European model. The main difference between both is the Mercosur's rejection of any notion of supranationality. Thus Mercosur functions on the basis of an intergovernmental structure.

In the Latin American model, the local and regional authorities have no possibility to take decisions in the institutional framework of the organization. Notwithstanding, the participation of this kind of entities is indispensable for a decision making process close to the citizen and in a transparent way. The local and regional representatives have an opportunity of participation through the Joint Parliamentary Commission and the Subgroups of Work. In this investigation we analyse the existing and possible institutional course of action for the local and regional authorities in the system of the Mercosur.

16- MARÍA CRISTINA MERCADO DE SALA

In view of the International Public Order it is discussed the Law of Foreign Investments with special consideration to adequate legal framework acting as an incentive at the moment of the evaluation of Investments projects suitable for Argentine growth and Mercosur relations.

17- ESTEBAN RAFAEL ORTÍZ

It is analyzed the new adjective criminal law, in order to go through some of the consequences verified in the application of the amendment to the Code of Córdoba.

Among them, the proper surrounding of the District Attorney within the territorial zone and community of their competence, which has been put in doubt due to facts such as the ones of Precinct 26. Likewise, the speed and effectiveness of the District Attorney's intervention result affected because he has been assumed the entire criminal competence. For this reason, it was necessary to appeal to the Criminal Court of the previous system for the period of three years.

Also, the practical verification that it has kept the duplicity of certain testimonies and acts which are repeated at a level of ordinary jurisdiction.

In a similar way, there are mentioned the statistics provided by the Supreme Court of Córdoba as objective indexes which relativize the increase

ABSTRACTS

in the sentences, because they have made effective at cost of decrease the orality judgment established in Córdoba since 1940 which has been replaced in more than half with de shortened procedure.

There are quote the opinion of some jurists who relevantly participated in it's formulation who later criticed some aspects which have been mentioned a long time ago, among them by the Suscriber, as subject of urgents modifications.

In a like maner, it is repeated the inconvenience of the vertical and subordinate organization of the Public Procuration departing from the General Attorney of the Provincia, and the jurisdiction atributions given to one of the parts of the process, the District Attorney.

It is therefore proposed that the typical competencies such us imputation and preventive imprisonment to restored to Control Court, and the aplicacion of guarantee postulates for the effective crime decrease and a proper criminal politice of state.

18- NORMA PARRELO E INGRID VAGO

The right to reproduce, or reproductive rights, is clearly one of the aspects of human rights which is internationally recognised. They refer to reproductive health in terms of a general physical, mental and social well-being, and not only as ausence of illness.

This work approaches the subject of reproductive rights as they are governed by the law, and in relation to their practice. This article analises legal documents -local and provincial-, that regulate issues related to reproduction, that have been approved in our country in the 90s.

There are three main aspects. Firstly, there needs to be an agreement or coherence, where the proposed objectives correspond to positive actions which implement them. Secondly, we need to look at the way the law regulates the controversial issue of the prescription and supply of contraceptives. Lastly, we look at the representation of the target group to whom the law is refering to, mainly taking into account their role as individuals.

19- MARÍA CRISTINA PLOVANICH

THE RIGHT TO DISPOSE ON YOUR OWN BODY

In the argentine society, during the last years, cultural changes have been operated related to the right to dispose on your own body, that allowed the sustain that have generated an extensive consensus around some basic values. The majority of individuals as worthy values of protection perceive the dignity, liberty, autonomy, life and health.

Besides, it is necessary to articulate suitable mechanism so as to preserve them as well as made them compatible one another when are about to concrete in the social interaction, in order to make this values have social maintenance. In this actual study, our aim is to reflect in this aspect

20- MARTÍN RODRÍGUEZ BRIZUELA

The Middle Age represents the birth of the Western culture with the current physonomy, product of the union - now indissoluble - of the Greco-Roman world with that of the Christianised barbarians. The beginning of the period, of which I desire to make a brief history, can be located between the fall of Roman Empire and the division of the Carolingian Empire. The vast and consolidated Empire in the history of West exploding in a thousand pieces and subjected by masses of nomads. An organised society, with a centralised Power, public administration runned by a State by centuries of experience and a system of justice, pulverised by nomads hordes. Amid all this only an institution remained, although without wounds: the Church. The Western Empire is gradually replaced by the Roman Spiritual Empire of the Roman popedom that doesn't cease to extend until the X C. A process begin with the projection of the hirarchical order, the feudal revolution, the process of romanisation (with the help of the Church begins the detachment of France from the Germanic Law by means of the introduction of the Roman Law). The authority of the jurists - almost all clergymen in this period - endorsed the deep change introduced in France. In this way among the years 990 and 1010, the dynasty Capeto and their natural successors become the true French tradition. There the forge of the two worlds is perceived, the barbarian and the Greek-Roman-Christian, without them there would not have been a Renaissance, neither Modern State.

21- LEOPOLDO SCHAPIRA

INTERNATIONAL RELATIONSHIP SIMULATION VIA INTERNET

Teaching Social Sciences with Simulations

The Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales Experience

This essay constinues the exposition on subjects related to the use of simulations and games to Social Sciencies teaching which was introduced in IV Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS) Yearbook (1999). The aim of this exposition is to illustrate teorethical concepts mentioned in the initial article through the description of an International Simulation Game on External Affairs via Internet which takes place annualy at CIJS.

A new exercise to be held in April 2001 is a very good chance for our students to visualize external factors influencing Argentina's present crisis from a new perspective.

In this presentation adjustments made to organization and technology after 15 years of experience are described as well as contents of each step of our participation in the exercise. The intention of this material is not only to refer the experience developed at CIJS, but also to help those interested to use this method of simulation and games to teach Law and Social Sciences.

22- LUCAS VILANOVA

THE IMPACT OF MEDIATION IN THE PROBLEMS WITHIN ACCESS TO JUSTICE.

What is analyzed is the relationship between access to justice and the alternative resolution of disputes. Within this framework, what is questioned is if the implementation of the mediation in the province could improve the access to justice. In the first place, regulations are considered. The extents to which the provisions of Act 8858 safeguard the right to access to justice have been examined. Secondly - from the users' point of view - how mediation implemented by the Judicial Power of the Province operates is evaluated. Special attention is paid to the conditions of accessibility and to the cases solved in this stage.

23- FÉLIX TORRES

Santiago Derqui at the University of Córdoba

This article is about the university formation of Santiago Derqui in Trejo's House. The present work has two parts. The first one refers to his pass in the Monserrat School and the contents of Law and Philosophy's careers. The second part describes Derqui's teaching work at University, especially in front of the chair of Public Law, created in 1834 during Reinafé's government. The general characteristics of the new subject and its bibliography are very important aspects for that work. His activity at the University finished with the political events. In 1835 Derqui left Córdoba to be part of the generation who will promote the institutional political regeneration of our Country.

24- MARÍA SUSANA BONETTO- MARÍA TERESA PIÑERO- FABIANA MARTÍNEZ

Political speeches and "The New State's Law": representations in the legislative debate (Córdoba 2000)

This investigation analyzes the politic speech of "Union por Córdoba", "Unión Cívica Radical" and "Frepaso", in a particular moment of Social and Politic sense's construction in Córdoba: the debate over the construction of a New Provincial State. This argument appears after ten years of neoliberal 's hegemony and presents continuities and discontinuities which were analized in previous investigations.

25- MARÍA DEL CARMEN AVENDAÑO

The present investigation proposes to think about Qualitative Statistics contribution, showing the conection between the quality and quantity, using Methodology and Epistemology 's point of view. Which this purpose we use a reflection about textual analysis which object are lexical forms.

26- MARCELA ASPELL

The present investigation, which is part of a largest work about death in jurisdiction of Córdoba del Tucumán, analyzes the forms of violent murder in particular socio-economic conditions.

27- ESTHER SUSANA BORGARELLO Y CARLOS JUÁREZ CENTENO

"Real Malice Doctrine" and "Balancín-test". Aplication by the Superior Justice Tribunal of Córdoba in journalistic information subject.

Córdoba's Suprem Tribunal has developed an important jurisprudence about Press Law during the last years (1999-2000). In the same jurisprudence we advertice the aplication of two principles which were taken from Compared Law: the norteamerican "Doctrine of the Real Malice" and the spanish "Theory of Balancín". This concepts have allowed to consolidate the press freedom in Córdoba and protect the world of investigation press which are the bases of Democracy and the practice of freedom.

28- MIRYAM CONSUELO PARMIGIANI DE BÁRBARA

The persistent and acute economic-financial crisis in Argentine, induced a revision of the enthusiasms of the nineties, as much from the agle of participation and democratic control, as from tecnic and financial eficiencia for the offer of public serveces and the implementation of politics that promote a sustained development. But althoug of the recognition of its limitation, we remark that the decentralization which benefits local governments has an important grade of social-political legitimation.

From this base, the present article studies institutional arrangements realized in Córdoba between local jurisdiction and local governments oriented to fiscal saving and to create more structural conditions for a sustained development. This essay uses a neoinstitutional point of view.

29- RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA

The Constitutional Emergency during the years 1891 and 1892.

This investigation studies the origin and development of sitio state dictated in Argentine in 1891 and 1892. It analyzes the declaration of the institute in our Country which has happened in Federal Capital in 1891, in all the Argentine territory in 1892 and in Mendoza in the year 1892.

30- CARLA SAAD DE BIANCIOTTI

Legal answers for company's crisis connected to workers

In crisis time companies search for alternatives to diminish costs. They intend a description of the options that law proposes to companies connected to subordinate work relations

31- RICARDO BIANCIOTTI

"Just in time payment" in the Argentine Bankruptcy Law Number 24.522 (Pronto Pago)

The essay analyzes the "Pront Pay" institute in the Federal Bankruptcy Law N° 24.522, the legal procedure including judiciary resolutions and costs.

32- ADRIANA DREYZIN DE KLOR

There exist situations in which juridical rules that are usually applicable to solve a conflict outlined to the tribunals of a State different to which this rules belong. They are some situations however, where these juridical rules are excluded for special reasons. The exception of "public order" used to justify the non application of norms that would collide with the legislation of the forum or some fundamental principle of the local law. This is due to the fact that the public order protects the national community, and its social and legal order.

Moreover, the public order also acts as a functional corrective that defends the elements and interests involved with the international juridical traffic.

The institute should be used in exceptional cases only. This fact is currently widely accepted, since the public order is considered as a "group of principles", the application of the exception being "a posteriori".

With respect to the processes of economic association, it is important to keep in mind that the law should contribute to generate the principles which guide the regional outline that lead to the achievement of its purposes, which appear enunciated in the foundational treaties.

33- JORGE EDMUNDO BARBARÁ

Constitutional Criteria for Social Control in Regulation

Article 42 nd of the Federal Constitution of the Argentine Republic has conferred new rights to individuals in their condition of users or consumers, and has imposed on the authorities the task to protect those rights. Besides, the Constitution has placed the obligation to establish certain instrumental mechanisms on the legislator, in order to guarantee the affective application of those new rights, among which we find "*the necessary participation that users' and consumers' associations*" must have in the control organisms.

The adequate analysis of constitutional law has allowed us to establish the rights which in that law are acknowledged as belonging to the rank of positive liberties, which are possible only through the State. Nevertheless, this constitutional disposition has been included in a moment of neo-liberal cosmivision, following that of the Social State of law, and not the one of the abstencionist Neo-liberal State.

It includes a certain level of participation of the user or consumer in control agencies, participation that must be adequate and matching with the constitutional norm, finding vitiated those forms of participation which are not. It is mandatory, then, to define the profile the Regulatory and Control Agencies must have, so they, on one hand, can be consequent not only with the 42 Article of the Federal Constitution, but with the whole normative order sustained by the Constitution; and, on the other hand, the participation of users and consumers will not be frustrated because of the uniterallity and absoluteness of their participation.

According to correspondance with the new constitutional disposition, the participation recognized to the users in the Regulatory Agency recently created in the Province of Córdoba – with no other like it at national level, or in other provinces -, appears like a model whose analysis and follow up shows particular significance, not only about the performance of the Regulatory Agency itself, but the destiny of the State reform process that, mainly, depends of the good work of that Regulatory Agency.

34- PATRICIA SCARPONETTI

The complexity of corruption 's phenomenon in the innumerable actual analysis is part of the context and interest to treat to fix a cartography that delimits it zone of uncertainty.

The present article analyzes different studies realized. It also studies the debate about the efficacy of the administration of justice system and the roll of the judges in Argentina at the present difficults moments.

35- ESTEBAN VILLAGRA

The concept of "Person" and "Law" in the Third Milenium

The purpose of this essay is to identify and systematize the problem about the legal concept of person, as from as the advances of science and technology and the developments of cultural and social economic reality, in the beggining of the third milenium, using a integral point of view about law.

36- EFRAÍN HUGO RICHARD

In the performance of insolvent societies is applicable Civil and Societal Law in order to value the responsibility of administrators in front of an opened brankruptcy procedure

37-GRACIELA SALAS

The identification of international public order from the concept of *ius cogens*, and taxative "oponible erga omnes" norms, permit us to work about the necessary relation with local law and the possible existence of a subregional public order in Mercosur.

In this sense apparent economic concepts trascended to legal area and were the base of this new intend of latinoamerican integration.

In the area of Mercosur, the concept of public order appears with particular characteristics in the existence of republican- democratic systems with strong accent in human rights.

In this context argentine public order inserts for Argentine Republic and for "Center Region".

ÍNDICE GENERAL

Palabras Preliminares	9
Crónica del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales	11

SECCIÓN I

DERECHO AMBIENTAL, COMERCIAL Y OTRAS RAMAS DEL DERECHO

IMPOSICION SELECTIVA Y/O ESPECÍFICA AL CONSUMO EN BRASIL, PARAGUAY Y URUGUAY. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE TRIBUTACIÓN EXCLUSIVA EN EL TRÁFICO INTERNACIONAL. <i>por Patricia Alderete</i>	17
CRITERIOS CONSTITUCIONALES PARA EL CONTROL SOCIAL EN LA REGULACIÓN <i>por Jorge Edmundo Barbará</i>	27
EL PRONTO PAGO EN EL CONCURSO PREVENTIVO Y EN LA QUIEBRA <i>por Ricardo Bianciotti</i>	47
COMERCIO ELECTRÓNICO Y COMERCIO INTERNACIONAL: ALGUNAS REFLEXIONES <i>por Ab. Jacqueline E. Brizzio - Ab. José E. Ortega</i>	59
LA IMPORTANCIA DEL LENGUAJE EN LA TEORÍA DEL DELITO <i>por Ana María Cortés de Arabia</i>	75
“DOCTRINA DE LA REAL MALICIA” Y “DEL BALANCÍN-TEST”. SU APLICACIÓN EN MATERIA DE INFORMACIÓN PERIODÍSTICA POR EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE CÓRDOBA <i>por Esther Susana Borgarello y Carlos Juárez Centeno</i>	89

ÍNDICE GENERAL

DERECHO DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS <i>por María Cristina Mercado de Sala</i>	105
CRÍTICA DEL FUNCIONAMIENTO Y LA REFORMA DEL PROCESO PENAL DE CÓRDOBA <i>por Esteban Rafael Ortiz</i>	123
LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA <i>por Norma Parrello y Ingrid Vago</i>	133
DERECHO A DISPONER DEL PROPIO CUERPO <i>por María Cristina Plovovich de Hermida</i>	147
MEDITACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADOR DE SOCIEDAD POR INSOLVENCIA <i>por Efraín Hugo Richard</i>	161
EL OBJETO DEL DERECHO LABORAL: LA NECESIDAD DE SU RENOVACIÓN <i>por Carlos A. Rodríguez Tissera</i>	177
RESPUESTAS JURÍDICAS A LA CRISIS EMPRESARIA CON RELACIÓN A SUS TRABAJADORES <i>por Carla Saad de Bianciotti</i>	189
EL CONCEPTO DE PERSONA Y EL DERECHO EN LOS ALBORES DEL TERCER MILENIO <i>por Angel Esteban Villagra</i>	199

SECCIÓN II

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO E INTEGRACIÓN REGIONAL

ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA EN LA REGIÓN CENTRO EN VISTA DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN DEL MERCOSUR. ÁREA DE DERECHO PROCESAL -ORDEN PÚBLICO Y PROCESO JUDICIAL- ¿CUÁL ES LA INCIDENCIA DEL ORDEN PÚBLICO EN LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO REGLA GENERAL Y EN EL SUPUESTO DE EXCEPCIÓN DE EJECUCIÓN FISCAL? <i>por Rosa Angélica del Valle Avila Paz de Robledo</i>	219
--	-----

ÍNDICE GENERAL

EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL EN EL ÁREA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO <i>por Adriana S. Dreyzin de Klor</i>	241
VÍAS DE PARTICIPACIÓN DE LAS REGIONES INTRANACIONALES EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN. ASPECTOS INSTITUCIONALES <i>por Zlata Drnas de Clément</i>	257
LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LOS PAÍSES DEL MERCOSUR <i>por Sergio Dubrowsky</i>	277
EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL EN EL ÁREA DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO <i>por Graciela R. Salas</i>	287
DERECHO AL DESARROLLO <i>por María Alejandra Sticca</i>	301

SECCIÓN III

SOCIOLOGÍA, POLÍTICA, HISTORIA Y EPISTEMOLOGÍA

NO HAY ESPERANZA CUANDO AMANEZCA EL NUEVO DÍA. MORIR EN CÓRDOBA DEL TUCUMÁN <i>por Marcela Aspell</i>	319
UN ABORDAJE METATEÓRICO DE LA ESTADÍSTICA CUALITATIVA <i>por María C. C. Avendaño - Laura A. Gonzalez</i>	349
LA DIMENSIÓN TEMPORAL DURANTE LA MEDIACIÓN <i>por María Inés Bergoglio</i>	357
INFANCIA Y DERECHOS EN LA REGIÓN CENTRO <i>por Elinor Bisig</i>	375
DISCURSOS POLÍTICOS Y LA "LEY DEL NUEVO ESTADO": REPRESENTACIONES EN EL DEBATE LEGISLATIVO (CÓRDOBA, 2000) <i>por María Susana Bonetto - María Teresa Piñero - Fabiana Martínez</i>	393

ÍNDICE GENERAL

SUSTENTABILIDAD DE LA DESCENTRALIZACIÓN: LIDERAZGOS Y DISEÑO INSTITUCIONAL DE LOS GOBIERNOS LOCALES <i>por Martha Díaz de Landa - Víctor H. Mazzalay</i>	415
GRUPOS FAMILIARES CON HIJOS EN CONFLICTO CON LA LEY: LA PERSPECTIVA DE LOS ACTORES <i>por María Inés Laje</i>	429
ACCESO, PERMANENCIA Y EGRESO DE LA CARRERA DE ABOGACÍA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA: TENDENCIAS Y PERSPECTIVAS <i>por Carlos Alberto Lista</i>	445
INSTITUCIONES JAQUEADAS: REFORMAS POLÍTICO-INSTITUCIONALES A NIVEL SUBNACIONAL EN EL MARCO DE LA CRISIS ARGENTINA <i>por Myriam Consuelo Parmigiani de Barbará</i>	461
ORÍGENES MEDIOEVALES DEL ESTADO MODERNO <i>por Martín Rodríguez Brizuela</i>	477
LAS DIFERENCIAS DE GÉNERO EN EL DELITO <i>por Mariana N. Sánchez</i>	493
LA CORRUPCIÓN, DE ESO SÍ SE HABLA: APUNTES PARA EL DEBATE <i>por Patricia E. Scarponetti</i>	509
SANTIAGO DERQUI EN LA UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA <i>por Félix A. Torres</i>	533
REPRESIÓN Y CASTIGO EN LA CÓRDOBA BORBÓNICA <i>por Jaqueline Vassallo</i>	549
INCIDENCIA DE LA MEDIACIÓN EN LA PROBLEMÁTICA DEL ACCESO A LA JUSTICIA <i>por José Lucas Vilanova</i>	559
LA EMERGENCIA CONSTITUCIONAL EN EL TRANSCURSO DE LOS AÑOS 1891 Y 1892 <i>por Ramón Pedro Yanzi Ferreira</i>	573

ÍNDICE GENERAL

SECCIÓN IV INFORMES Y CRÓNICAS

SIMULACIÓN DE RELACIONES INTERNACIONALES VIA INTERNET. LA SIMULACIÓN EN LA ENSEÑANZA DE LA CIENCIAS SOCIALES. LA EXPERIENCIA DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES. <i>por Leopoldo Schapira</i>	585
---	-----

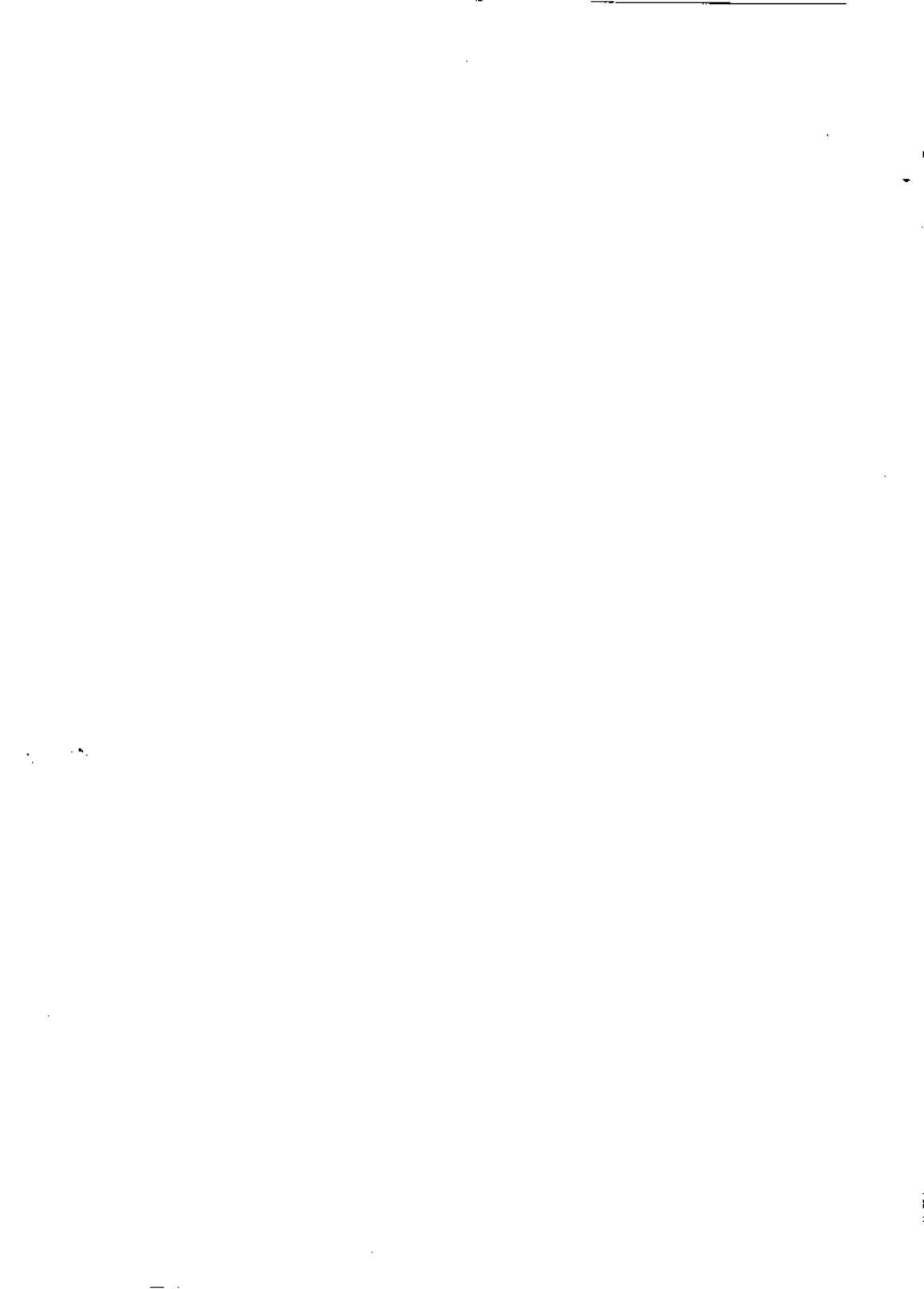
SECCIÓN IV

SÍNTESIS DE TRABAJOS APROBADOS DE BECARIOS DE PREGRADO DEL CIJS

ALTERNATIVAS DE ARTICULACIÓN DE LOS ENTES SUBNACIONALES EN EL MERCOSUR <i>por Ana Carolina Garriga</i>	601
EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES. ANÁLISIS DESDE LA TENDENCIA DE CONSOLIDACIÓN DEL PROCESO MERCOSUR - LA PERSPECTIVA BRASILEÑA <i>por Claudia Marcela Macías</i>	607
LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE CÓRDOBA Y EL PRINCIPIO DE INOCENCIA <i>por Pablo D. Pupich</i>	611
LA CAPACIDAD DE ACTUACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO <i>por María Virginia Fourcade</i>	615
LA CONTRACULTURA DE LOS GRUPOS DE ROCK EN CÓRDOBA, EN RELACIÓN CON EL CONSUMO DE DROGAS <i>por Fernando Javier Volcoff</i>	619
ONG'S VINCULADAS A LA PROMOCIÓN SOCIAL: EL DERECHO COMO LIMITADOR O POTENCIADOR DE SUS ACCIONAR. ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA SOCIOLOGICA. <i>por Matías Castro de Achával</i>	623

ÍNDICE GENERAL

INTERVENCIÓN A LOS MUNICIPIOS ARGENTINOS LUEGO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 <i>por Alejandro Waldovino</i>	627
SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD UNIPERSONAL EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA -- UNIFICADO CON EL CÓDIGO DE COMERCIO -- PARA EL AÑO 2000, COMPARADO CON LOS SISTEMAS JURÍDICOS DE OTROS ESTADOS <i>por María Cristina Arriazu</i>	631
EL CANDIDATO Y LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN LA REPÚBLICA ARGENTINA. UNA VISIÓN COMPARATIVA CON LA REPÚBLICA ROMANA <i>por María Franciulli</i>	635
DERECHO PENAL TRIBUTARIO EN EL MERCOSUR: ANÁLISIS COMPARATIVO A EFECTOS DE SU POSIBLE ARMONIZACIÓN <i>por Evangelina Magalí Checa</i>	639
ABSTRACTS	647



Se terminó de imprimir en el mes de
marzo de 2003 en **Lerner Editora**
Duarte Quirós 545 Loc. 2 y 3
Tel.: 0351-4229333