

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA
 FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
 CENTRO DE INVESTIGACIONES
 JURÍDICAS Y SOCIALES

ANUARIO VII

(2002-2003)

ABRIL DE CASTELLANOS, Celia; ABRIL, Ernesto; ALDERETE, Patricia; ASPELL, Marcela;
 AUDRITO, María Daniela; A VENDAÑO, María C.; A VILA PAZ DE ROBLEDO, Rosa Angélica;
 BARBARÁ, Jorge Edmundo; BEAS, Verónica Marcela; BERGOGLIO, María Inés;
 BIANCIOTTI, Ricardo S.; BISIG, Elinor; BONETTO, María Susana; BORGARELLO, Esther
 Susana; BRIGIDO, Ana María; CIPOLLA, FRANCISCO; CORTÉS DE ARABIA, Ana María;
 DIAZ DE LANDA, Martha; DORADO, Claudia Roxana; DRNAS DE CLÉMENT, Zlata;
 DUBROWSKY, Sergio; FORTETE, César; HATHAZY, Paul C.; IANNACCONI, Liliana; JUÁREZ
 CENTENO, Carlos; JULIÁ, Marta Susana; LAJE, María Inés; LEÓN, Carlos; LISTA, Carlos
 A.; MERCADO DE SALA, María Cristina; PARMIGIANI DE BARBARÁ, M. Consuelo;
 PIÑERO, María Teresa; RICHARD, Efraín Hugo; RODRÍGUEZ BRIZUELA, Martín;
 RODRÍGUEZ, María Cristina; ROSSETTI, Andrés; ROSTAGNO, Víctor Carlos; SÁNCHEZ,
 Mariana Noemí; SCHAPIRA, Leopoldo; SHAW, Enrique E.; TORRES, Félix A.; VASSALLO,
 Jaqueline R.; VILANOVA, José Lucas; YANZI FERREYRA, Ramón Pedro

4

© 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

5

AUTORIDADES

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA

RECTOR

Jorge Horacio GONZALEZ

VICERRECTOR

Daniel E. DI GIUSTO

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

COORDINADORA ACADEMICA POR ABOGACÍA

María Cristina MERCADO DE SALA

COORDINADORA DE EXTENSION POR ABOGACÍA

Carla SAAD DE BIANCIOTTI

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

Olga PAEZ

6

MIEMBROS DEL COMITÉ EVALUADOR DE
PUBLICACIONES DE ESTE ANUARIO

Ernesto ABRIL

Jorge Edmundo BARBARÁ

Guillermo BARRERA BUTELER

María Inés BERGOGLIO

Ana María CORTÉS DE ARABIA

Zlata DRNAS DE CLÉMENT

Gonzalo FERNÁNDEZ

Pedro FRÍAS

Olsen GHIRARDI

Liliana IANNACCONE

Carlos LISTA

María Cristina MERCADO DE SALA

Ernesto REY CARO

Efraín Hugo RICHARD

Horacio ROITMAN

Patricia SCARPONETTI

Domingo Juan SESÍN

Ramón Pedro YANZI FERREIRA

7

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.*

8

9

PRÓLOGO

Nuevamente, tenemos la oportunidad de presentar breves exposiciones que resumen, en muchos casos, extensos resultados de trabajos de investigación llevados a cabo en el ámbito de nuestra Facultad y de este Centro.

También, ya formando parte del estilo del *Anuario*, se incorporan presentaciones sintéticas de los trabajos de los becarios de pre-grado del CIJS

con el fin de hacer conocer a la comunidad académica los logros de los jóvenes investigadores en formación.

Si bien, estas sintéticas manifestaciones no pueden reflejar el trabajo científico realizado, ya que no es factible en un espacio tan limitado incorporar referencias a la clasificación de los fenómenos, a los parámetros seguidos para ello, poner en evidencia los pasos seguidos para la verificación de las relaciones cuantitativas o cualitativas, u otros aspectos propios de ese tipo de labor, todas ellas dejan trascender, a pesar de la brevedad, una labor sistemática de orden científico.

Al igual que en otras oportunidades, los aportes son polifacéticos y pueden ser encuadrados en distintas corrientes teóricas y doctrinarias. Las grandes tendencias ontológicas y epistemológicas, con sus eternamente inconclusos

debates e ideas sobre el derecho y el mundo social y sobre la posibilidad y modo de conocerlos, tienen su reflejo en esta edición sin limitaciones de escuela.

Esta publicación, tal como lo señaláramos, si bien no responde a una política única concertada, definida en un único objeto u orientación, como frecuentemente suele suceder en las investigaciones de otros centros, permite reflejar la riqueza que brindan los diálogos abiertos, los intercambios

10

sin dogmatismos, las manifestaciones de voluntad de alejamiento de los extremos que impiden nuevos entendimientos. Las temáticas que abarca son tan amplias como el espectro de estudios que cubre la Facultad. Es por ello que se ha tratado de agrupar los aportes por temas, tarea ardua, ya que muchos de los trabajos, difícilmente, pueden ser encasillados en una sola disciplina.

Tal vez, esta amplitud y falta de centramiento pueda ser criticado.

Sin embargo, creemos que, muy por el contrario, es un mérito de éste y anteriores *Anuarios*, ya que es clara prueba de hasta qué punto el hecho de que buena parte de las investigaciones cuente con subsidio estatal no implica el cercenamiento de la sana autonomía científica o la injerencia de las instituciones públicas involucradas en su apoyo para proteger intereses políticos temporales y parcializados.

Esta difusión de los trabajos, entendemos, permite un acercamiento intelectual entre los integrantes del numeroso plantel de docentes-investigadores de la Facultad, al difundir sus posiciones teóricas y empíricas, sus apreciaciones y aproximaciones uni- o interdisciplinarias, sus inclinaciones asociativas, a más de valorizar las investigaciones a la hora de presentarlas como un conjunto útil para su aprovechamiento en la propia Casa y en otros ámbitos científicos y académicos. Tal divulgación también importa un destacable impulso a la mentalidad renovadora de los miembros de la Facultad, base de una más rica sociedad académica del mañana.

Zlata Drnas de Clément

Directora

11

CRONICA 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 incentivación 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 Ayudantes-Alumnos en Investigación*; del **Sistema de Investigadores-Asistentes Ad-Honorem*.

12

Entre las actividades desarrolladas durante los años 2003 y 2004 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; Curso de Profundización sobre Derecho del Agua en su Año Internacional; Seminario Preparatorio de la XI Jornada Nacional de Institutos de Derecho Comercial, V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia y XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa; Seminario Taller de Búsqueda de Jurisprudencia (Nivel Inicial); Seminario Taller sobre Redacción de Ponencias para su Presentación en Eventos Académicos; Curso Aplicación Método del Caso y Análisis de Jurisprudencia en Materia Constitucional; Curso Actividad Defensiva y Compromiso Político. Los Abogados de la Capital Federal (1966-1975). Aspectos Metodológicos para la Aproximación a su Estudio; Jornadas sobre Técnicas de Aprendizaje en Derecho y Ciencias Sociales; Curso de Profundización sobre Comercio y Ambiente; Seminario Preparatorio de Ponencias para el Congreso de Derecho Societario e Iberoamericano de la Empresa; Curso sobre Elaboración de Monografías; Exposición sobre Gestión Internacional del Medio Ambiente; Conferencia sobre Medio Ambiente y Comercio Internacional.

La *Cuarta Jornada sobre Experiencias en Investigación*, organizada por el CIJS, se llevó a cabo el 7 de octubre de 2003. 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*.

La *Jornada* contó con una conferencia inicial en la que disertaron los Sres. Profesores Carlos Alberto Lista y Horacio Roitman sobre el tema "Principales Problemas en Materia de Investigación".

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

Cada Coordinador 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.

Las *Quintas Jornadas sobre Experiencias en Investigación*, se realizarán los días 4 y 5 de octubre de 2004, en cuyo marco tendrá lugar la primera *Feria de Información sobre Becas y Subsidios para Investigación*.

14

15

Sección I

DERECHO NACIONAL PÚBLICO Y PRIVADO

16

17

EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA LA INTERPOSICIÓN DE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD, EN DEFENSA DE LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA

Por Ab. María Daniela Audrito – Ab. Verónica Marcela Beas** -*

*Ab. Víctor Carlos Rostagno****

Resumen: Se analiza la posibilidad fáctica de interponer la acción declarativa de inconstitucionalidad tanto en el ámbito territorial de la provincia de Córdoba como en la jurisdicción Federal, en defensa de los denominados “Derechos de Incidencia Colectiva”, poniendo especial énfasis en quiénes serían los sujetos legitimados a tales efectos, conforme la normativa y jurisprudencia provincial y nacional.

(*) María Daniela Audrito es Abogada (UNC); Escribana (UNC); Adscripta Docente Facultad de Derecho UNC; Analista de Mercados y Estrategias de Comercialización (IES Colegio Universitario, Córdoba).

(**) Verónica Marcela Beas es Abogada (UNC); cursando Posgrado de especialización en Derecho Procesal (UNC) con proyecto de tesina aprobado; Adscripta Docente Facultad de Derecho UNC.

(***) Víctor Carlos Rostagno es Abogado (UNC); Profesor Adjunto de la Cátedra de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC); Profesor Adjunto de la Cátedra de Derecho Procesal Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC); Convencional Constituyente, Córdoba, 1987; Doctorando de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC), en el tema “vivienda única”; coautor del Manual de Cátedra de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC); y autor de otras publicaciones en la materia.

18

Palabras claves: Control Constitucional - Acción Declarativa de Certeza - Acción Declarativa de Inconstitucionalidad - Derechos de Incidencia Colectiva - Legitimación Activa - Defensor del Pueblo.

I – Introducción

Se ha polemizado mucho sobre el alcance de los denominados “derechos de incidencia colectiva” y su incidencia concreta en la protección de los intereses difusos, tema éste que ha sido abordado por destacados juristas. Las últimas reformas introducidas en la carta magna nacional como así también en las constituciones provinciales, han receptado los “derechos de incidencia colectiva” junto a mecanismos de control constitucional para efectivizar su protección en situaciones en que hayan sido vulnerados por hechos, actos u omisiones, pero lamentablemente no se han contemplado acabadamente los mecanismos procesales necesarios para prevenir el ataque a los mismos por posibles conductas permitidas por una norma.

Desarrollaremos en la presente ponencia la posibilidad fáctica de interponer la Acción Declarativa de Inconstitucionalidad en el ámbito territorial de la Provincia de Córdoba y en el ámbito Federal, para la defensa de los denominados “derechos de incidencia colectiva”; poniendo especial énfasis en quiénes serían los sujetos legitimados a tales efectos.

II – Los denominados “derechos de incidencia colectiva” en la acción de inconstitucionalidad.

La mayoría de la doctrina, sostiene que los llamados derechos de tercera generación o de incidencia colectiva, protegen una gama variada de intereses difusos, cuya violación afecta a la ciudadanía en su conjunto o por lo menos a una importante porción de ella; a más de los afectados particulares que por violación a los mismos, puedan haber sufrido un daño directo en su persona o patrimonio.

Otros autores, en los llamados “derechos de incidencia colectiva”, ponen el acento en lo que denominan el “agravio expansivo”. Así Rodolfo C. Barra, pone énfasis en el “agravio expansivo” que provoca su violación, antes que en la cantidad de los titulares de dichos derechos: “... Porque estos derechos pueden sufrir por la incidencia colectiva del agravio, se denominan derechos de incidencia colectiva. Discutir si se trata de los denominados intereses difusos nos llevaría a un ejercicio puramente nominalista, en particular por el carácter difuso –o confuso- de la misma categoría...”,

MARÍA DANIELA AUDRITO - VERÓNICA MARCELA BEAS - VÍCTOR CARLOS ROSTAGNO
19

“...El derecho al ambiente es un caso, pero puede haber otros como el de la libertad y dignidad religiosa, la moralidad pública, la información adecuada y veraz (Art. 42 Constitución Nacional), u otros que afecten a los sentimientos colectivos...”¹.

Se puede decir, entonces, que los derechos de incidencia colectiva persiguen la protección de intereses difusos, entendidos éstos como aquellos intereses que no se sitúan en cabeza de un sujeto determinado, sino que se encuentran difundidos o diseminados entre todos los integrantes de una comunidad, una importante parte de ella o, inclusive de varias, debiendo tenerse en cuenta para la procedencia de la acción declarativa de inconstitucionalidad, la presunta expansión del agravio, más que la cantidad de titulares potenciales afectados por la posible violación del derecho de incidencia colectiva conculcado.

III – Mecanismos de control constitucional.

El Control jurisdiccional de Constitucionalidad, para la protección de los derechos reconocidos constitucionalmente –dentro de los que quedan comprendidos los derechos de incidencia colectiva- puede ser previamente clasificado en general, de la siguiente manera:

1. CONTROL DE OFICIO: El cual se encuentra actualmente discutido, cuestión ésta que no analizaremos, ya que nuestro estudio se vincula precisamente a la acción, lo que requiere, obviamente, planteamiento de parte. Resulta interesante, para los estudiosos de este tema la previsión normativa del Art. 11 de la Constitución de San Juan y el Art. 88 del Código Procesal Constitucional de Tucumán.

2. CONTROL SUSCITADO POR PETICION DE PARTE,

Siguiendo a BIDART CAMPOS² las vías procesales son las siguientes:

2.1. VIA INDIRECTA, INCIDENTAL O DE EXCEPCIÓN:

Cuando sea necesaria la articulación de la declaración de inconstitucionalidad, a fin de resolver la cuestión principal. Por esta vía

¹ BARRA, RODOLFO C., "Los derechos de incidencia colectiva en una primera interpretación de la Corte Suprema de Justicia", E.D., T 169, p.433/438.

² ROBLEDO, FEDERICO J., "Acción declarativa de Inconstitucionalidad", Boletín informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Año XIV, N° 172, p.6, Agosto 2000.

³ BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de la Constitución reformada*, Tomo I, Editorial Ediar, 1996.

EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA LA INTERPOSICIÓN DE LA ...

20

de excepción se permite que se deduzca una cuestión de constitucionalidad en la demanda, contestación de la demanda, etc.

2.2. VIA RECURSIVA: Cuando existe un Tribunal especial, u órgano especializado y único para la resolución de las cuestiones constitucionales al que el Juez actuante, debe remitirle la causa para que resuelva la Constitucionalidad puesta a su conocimiento.

2.3. VIA DIRECTA: De acción o de demanda, cuando el proceso se promueve con el objeto de atacar la presunta inconstitucionalidad de un **acto** o de una **norma**.

2.3.1. Cuando se trata de la declaración de inconstitucionalidad de UN ACTO es posible resolverlo a través del planteamiento de acciones, entre las que encontramos el Amparo, el Hábeas Corpus y Hábeas Data (básicamente, contempladas por el Art. 43 de la Constitución Nacional).

2.3.2. Cuando la cuestión principal a resolver es la declaración de inconstitucionalidad de UNA NORMA, es posible la interposición de la **Acción Declarativa de Inconstitucionalidad**,

y si la norma ataca derechos de incidencia colectiva, nos encontramos ante la materia de estudio que hemos abordado, debiendo distinguir en nuestro derecho positivo la normativa provincial y la federal:

2.3.2.1. **En las provincias**, debe ser interpuesta en general ante los tribunales máximos. En Córdoba la acción está contemplada en el Art. 165, inc. 1, apartado a) de la Constitución Provincial, el que instituye al Tribunal Superior de Justicia (en adelante T.S.J.), para el conocimiento y resolución originario, exclusivo y en pleno de las acciones declarativas de inconstitucionalidad; y es denominada también por la doctrina como ACCIÓN AUTÓNOMA O DIRECTA DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD.

2.3.2.2. **En la Justicia Federal** la situación puede ser distinta y resultan competentes para entender en esta acción, los Jueces Federales, o la Suprema Corte, si se trata de cuestiones que hagan a su competencia directa y exclusiva conforme al Art. 117 de la C.N. Ello se deduce de lo resuelto por la misma Corte en autos "Provincia de Santiago del Estero C/ Gobierno Nacional" de fecha 20/8/85. ED 115-361. Este es el primer fallo de la materia que nos ocupa, donde la Excma. Corte, dispone cam-

MARÍA DANIELA AUDRITO - VERÓNICA MARCELA BEAS - VÍCTOR CARLOS ROSTAGNO

21

biar el nombre de la acción interpuesta por la actora, Provincia de Santiago del Estero que la caratuló Amparo, denominándola ACCION DECLARATIVA DE CERTEZA. En este fallo la Excma.

Corte aplica el trámite del Art. 322 del C. de P.C. de la Nación, con lo que deja abierta la posibilidad de que la Acción Declarativa de Certeza sea interpuesta ante cualquier Juez Federal. Su avocamiento originario en esta causa lo es en razón de las personas intervinientes, conforme al Art. 117 de la C.N.

IV – El problema de la legitimación

En materia de legitimación activa, el principio general que se aplica en el derecho argentino, es que los sujetos habilitados para impetrar cualquier tipo de reclamación jurisdiccional –entre las que corresponde ubicar el reclamo de inconstitucionalidad de una norma-, son los agraviados; es decir, quienes son poseedores de un derecho o de un “interés legítimo” en un caso concreto.

Pero en relación a los **derechos de incidencia colectiva**, que como dijimos, se caracterizan por la “expansión del agravio” que presentan al ser conculcados; la clasificación tripartita entre derecho subjetivo, interés legítimo y simple interés –que clásicamente es tenida en cuenta para determinar el acceso a la jurisdicción-, debe ser un poco más elástica -lo que no implica necesariamente sostener que es viable la llamada “acción popular”-, sin perder de vista que el interés a proteger debe cumplir con ciertas características básicas para que se pueda solicitar su protección (el interés entonces, aunque sea mínimo para un sujeto considerado individualmente, debe contar con las características de “razonabilidad” y “suficiencia”).

Al respecto, es importante tener en cuenta la opinión de Gordillo, quien considera que la nueva constitución introduce en el Art. 43 los derechos de incidencia colectiva, categoría más extensa de tutela y derecho de fondo que parece destinada a empalidecer la importancia de la previa distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, e incluso del interés difuso.

Del mismo modo la amplísima legitimación que existe para denunciar la violación a derechos humanos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituye una fuerza expansiva necesaria de la legitimación en el ámbito interno. Esa amplia legitimación lleva también, inexorablemente, a que los efectos de la sentencia puedan en definitiva, ser *erga omnes*.

A pesar de la opinión precedente, en el sistema normativo de la Argentina; salvo que se diera una situación de “interés legítimo” que autoriza -

EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA LA INTERPOSICIÓN DE LA ...

22

ra a conceptualizarlos con *legitimatío ad causam* y *legitimatío ad processum* en un expediente judicial concreto, aquellos sujetos individuales que no sufran un agravio concreto a sus derechos de incidencia colectiva, no podrían excitar la actuación jurisdiccional en protección a los mismos –sin perjuicio de la posibilidad de intervención que analizaremos, que tienen al respecto el defensor del pueblo y las respectivas asociaciones intermedias, registradas conforme a la ley-.

Conforme ello, consideramos que la protección de estos derechos de incidencia colectiva, debe permitir, por las características especiales de dichos intereses, que el control judicial, en razón de los sujetos impugnantes, sea amplio, ya que como acertadamente opina Néstor Pedro Sagüés “...una concepción generosa en cuanto a la defensa de los “intereses difusos” de la sociedad (v.gr., medio ambiente), a la cual nos adherimos, puede implicar una interesante y positiva apertura en cuanto a los sujetos autorizados para

impulsar el trámite de control de constitucionalidad...”⁴.

Coincidentemente, en las “VII Jornadas Argentinas y Primer Encuentro Latinoamericano de Derecho Procesal Constitucional”, desarrolladas en Agosto del 2003 en la ciudad de Rosario, el Dr. Maximiliano Toricelli, sostuvo en su exposición “La acción de Inconstitucionalidad en Argentina. Un camino con luces”, al referirse a la legitimación activa de la acción declarativa de inconstitucionalidad en el orden Federal, que: “Con un criterio más amplio Verdaguer expone que “deben considerarse como objeto de protección también los derechos difusos, a los cuales la Corte expresamente los reconoció como derechos de base constitucional y por ende garantizados por la acción de inconstitucionalidad...”, “...En cuanto a la legitimación activa refiere, no puede dejar de remarcarse que ha existido un marcado aperturismo, fundamentalmente a partir de la incorporación del nuevo artículo 43 de la Constitución nacional. Si bien se constitucionalizó sólo en acciones de amparo, con buen criterio la Corte ha hecho extensivo este reconocimiento a las acciones declarativas de inconstitucionalidad, especialmente en “AGUERRA c. Buenos Aires”, admitiendo así que pueda accionar quien tenga una *afectación*, sea en un derecho subjetivo, como en un interés legítimo o incluso en un interés difuso...”.

⁴ SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO. *Derecho Procesal Constitucional – Recurso Extraordinario-*, Tomo I, 3ª Edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, 1992.

MARÍA DANIELA AUDRITO - VERÓNICA MARCELA BEAS - VÍCTOR CARLOS ROSTAGNO
23

V- Los diferentes órdenes normativos de donde surge la legitimación activa para la defensa de los “derechos de incidencia colectiva”.

Para lograr un acercamiento racional al tema, es necesario -debido a su preeminencia-, aludir a las normas constitucionales que consagran los derechos de incidencia colectiva, en primer lugar a la normativa de la Constitución Nacional relativa a los derechos de incidencia colectiva, así como a la legitimación acordada por éste cuerpo normativo para su defensa. De esta manera, los arts. 41, 42 y 43 aluden a los mismos; mientras que, específicamente el segundo apartado del citado artículo 43, al reglamentar los derechos de incidencia colectiva en general, otorga legitimación para su defensa **por vía de amparo** (respecto a lo cual hay que tener en cuenta, además de los requisitos necesarios para la interposición de esta acción - cuyo tratamiento excede el objeto del presente trabajo- que la misma se interpone contra todo **acto u omisión de autoridades públicas o de particulares**), sólo a quienes acrediten encontrarse en alguna de estas tres hipótesis a) el propio afectado, b) el defensor del pueblo, y c) las asociaciones que propendan a esos fines registradas conforme a la ley; estableciéndose además, que “...en el caso, el juez **podrá** declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva...”.

Por su lado, en el orden provincial, la Constitución de la Provincia de Córdoba, en la 1ª Parte, sobre “Declaraciones, Derechos, Deberes, Garantías y Políticas Especiales”, que contiene en el Título Segundo (“Políticas Especiales del Estado”), encontramos varios capítulos, cuyo articulado reconoce y enumera expresamente los denominados derechos de incidencia colectiva.

Para garantizar la tutela a los derechos antedichos, por un lado, el máximo ordenamiento provincial le otorga “plena participación” a cualquier persona del pueblo (Art. 9), garantizándoles a los mismos, como corolario

(en el Art. 53) “...la legitimación para obtener de las autoridades la protección de los intereses difusos, ecológicos, o de cualquier índole, reconocidos en esta Constitución...”; así también reconoce irrestricto derecho de peticionar a las autoridades a las organizaciones intermedias (Art. 35), pone a cargo de los colegios profesionales la defensa de sus intereses específicos (Art. 37), y por último, también establece la institución del defensor del pueblo, como “comisionado para la defensa de los derechos colectivos o difusos...” (Art. 124); siendo que en todos los casos conforme al Art. 22 de la C. Provincial se trata de normas operativas, salvo cuando sea imprescindible su reglamentación.

EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA LA INTERPOSICIÓN DE LA ...

24

VI- La acción declarativa de inconstitucionalidad en el orden federal.

Siguiendo al destacado tratadista Néstor Pedro Sagüés en relación a la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a la Acción Declarativa de Inconstitucionalidad, la misma, tradicionalmente adoptó una **posición negatoria** de dicha acción, señalando que en la Argentina rige “el sistema americano incidental de inconstitucionalidad”, lo que ocurre sólo en el curso de procedimientos litigiosos, es decir, en controversias entre partes con intereses jurídicos contrapuestos y propios para la dilucidación jurisdiccional; por lo que el control judicial de inconstitucionalidad debe tener como fin la condena o absolución de quien plantea el punto. No cabían, entonces las declaraciones de inconstitucionalidad abstractas o de mera certeza. Los fundamentos de esta doctrina, giraban en torno a tres argumentos: 1) el Art. 2º de la ley 27 de la reglamentación de la justicia nacional, que dice que la Justicia Nacional nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida y a instancia de parte; 2) el principio de división de poderes, que a juicio de la Corte Suprema le impide la invalidación genérica de las leyes objetadas ante sus estrados, y 3) la presunción de validez que debe reconocerse a los actos de las autoridades constituidas. En definitiva, según esta doctrina –vigente hasta la década del ochenta-, no cabía decidir un planteamiento de inconstitucionalidad de una norma, si ésta no tenía todavía aplicación concreta en contra del promotor de la petición de declaración de inconstitucionalidad. El control de constitucionalidad federal hasta entonces era exclusivamente reparador, y no preventivo.

Esta doctrina no fue pacíficamente aceptada en el derecho nacional, surgiendo una **tesis que moderaba sus efectos**, de la mano del entonces Ministro de la Corte Suprema, Doctor Luis M. Bofia Boggero, quien entendió que la teoría que prohíbe los juicios declarativos de inconstitucionalidad opera “por vía de principio”, lo que indica la posibilidad de reconocer excepciones, verbigracia y entre otros casos, cuando así lo aconsejen razones de extremada gravedad institucional.

Finalmente, la Corte Suprema admitió la procedencia de esta acción –**posición admisoria**-, contemplando algunos recaudos para que sea viable. En primer lugar distingue cuidadosamente una simple *consulta* dirigida a un tribunal (inquiriéndole, por ejemplo, si una ley es o no constitucional), o una petición abstracta de inconstitucionalidad; de la *acción mere declarativa*. Esta última, además de una situación concreta de falta de cer-

s Ob. cit., nota (4).

MARÍA DANIELA AUDRITO - VERÓNICA MARCELA BEAS - VÍCTOR CARLOS ROSTAGNO

teza que se desea remediar, requiere que tal falta de certeza recaiga sobre una relación jurídica o en sus sujetos; que haya interés legítimo (interés efectivo y actual en promover la acción: *legitimatío ad causam*), y que no pueda ocurrirse a una acción de condena para resolver el asunto litigioso (rol “subsidiario” de la acción meramente declarativa).

A pesar del desarrollo jurisprudencial antedicho, en el que la Corte Suprema llegó a admitir pretorianamente la declaración de inconstitucionalidad de una norma por vía de acción, el tratadista Germán Bidart Campos distingue la acción MERA DECLARATIVA DE CERTEZA, de la “acción declarativa pura de inconstitucionalidad”⁶; sosteniendo que esta última fundamentalmente persigue obtener un pronunciamiento abstracto sobre la inconstitucionalidad de una norma; mientras que la acción declarativa de inconstitucionalidad (contemplada por el Art. 322 del C.P.C de la Nación) exige entre otros elementos, la existencia de una controversia entre dos partes, interés concreto y actual, como perjuicio derivado de una falta de certeza.

VII – La acción declarativa de inconstitucionalidad en la provincia de Córdoba.

En el ordenamiento positivo Cordobés, la ACCIÓN DIRECTA o AUTÓNOMA DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD, es una acción sustancial mediante la cual se viabiliza el ejercicio de la jurisdicción constitucional en instancia originaria atribuida taxativamente al Tribunal Superior de Justicia, a través del artículo 165 inc. I, apart. a) de la Constitución Provincial, que habilita el control directo de constitucionalidad “...de leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, Cartas Orgánicas y ordenanzas, que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución, y se controviertan en **caso concreto por parte interesada**...”⁷

⁶ BIDART CAMPOS, GERMÁN J., en *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, nueva edición ampliada y actualizada, Tomo II: “El Derecho Constitucional del Poder”, pág. 507/508; Editorial Ediar, 1993, al respecto, dice: “...la conceptualizamos así: es una a) acción de inconstitucionalidad (o vía directa) con la que, de modo directo: b) se impugna una norma general tildada de inconstitucional, y en la que: c) tiene legitimación para interponerla todo sujeto que sufre agravio a un derecho o un interés suyos, aunque: d) no haya recaído sobre él un acto concreto de aplicación de aquella norma, y: e) sin necesidad de acreditar ningún otro requisito, para: f) lograr una sentencia declarativa: según su pretensión...”.

⁷ Doctrina T.S.J. en pleno, Sala Contencioso-administrativa, A.I. Nro. 533/96 “Tassile, Carlos Alberto y otros...”.

EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA LA INTERPOSICIÓN DE LA ...

El alcance y el contenido de los requisitos de admisibilidad de la acción contemplados en la normativa provincial, fue delimitado por el T.S.J. a lo largo de su labor jurisdiccional. De esta manera, en autos: “Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba c/ Provincia de Córdoba – Acción de Inconstitucionalidad”, Auto N° 25, del 11/09/00, admitió la acción declarativa de inconstitucionalidad y al referirse al requisito de **caso concreto**, expresó: “... En orden al requisito relativo al “caso concreto”, es dable precisar que el sentido de la expresión “caso” contenida en el citado precepto constitucional no se agota sólo en la noción de “litigio”, entendido éste como pleito o contienda entre partes de un proceso que defienden pretensiones opuestas, con la expectativa de alcanzar la condena de una de ellas. Dicha expresión equivale igualmente a “conflicto de intereses” que pueda suscitarse entre distintos “sujetos o partes” de una relación jurídica

sustancial, en orden al cual el justiciable legitimado, aun cuando no haga valer una pretensión de condena, necesita la intervención del Tribunal para que, mediante un pronunciamiento jurisdiccional, se confiera certeza a una situación jurídica dudosa, susceptible de producirle un daño. Este último supuesto constituirá, por tanto, una causa judicial en los términos del Art. 165 inc.1 ap.a) de la Constitución Provincial (conf. Doct. T.S.J. –en pleno, Secretaría Cont.Admn., A.I. N° 149 del 13/05/97, “Taborda Gómez...”; A.I. N° 147 del 09/05/97, “Barbero...”).

Con respecto al requisito de **parte interesada**, y de acuerdo a la doctrina sentada in re “Bustos Argañaraz, Prudencio – Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”, Auto Interlocutorio 112, del 23/04/97, el T.S.J., dijo que: “...el requisito de parte interesada a que alude el precepto constitucional, y que opera como presupuesto de admisión de la acción, exige la acreditación del “interés del reclamante”, lo que quiere significar que sea titular de un derecho subjetivo o interés legítimo, en trance de ser menoscabado, y respecto del cual se halle legitimado para solicitar la intervención de este Cuerpo...”; es decir que exige la acreditación del interés del reclamante, importando que sea titular de un derecho subjetivo o interés legítimo amenazado y que se encuentre legitimado para deducir esta acción (situación ésta que será analizada posteriormente con mayor profundidad).

Del texto constitucional provincial, no surge expresamente la exigencia del **carácter preventivo**, ni del **carácter subsidiario**, lo cual genera interpretaciones diversas sobre cual es el alcance de esta acción. Sin embargo la jurisprudencia del T.S.J. ha puesto el acento sobre todo en el carácter preventivo, es decir con el fin de evitar el supuesto perjuicio que se derivaría de la aplicación concreta de la norma cuestionada en su validez constitucional.

MARÍA DANIELA AUDRITO - VERÓNICA MARCELA BEAS - VÍCTOR CARLOS ROSTAGNO

27

La acción originaria, dijo el TSJ en el voto de la mayoría in re “Ortiz, Carlos A. c/ Provincia de Córdoba- Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”, A.I. 118 del 21/4/97 “...supone no una violación ya consumada sino una amenaza; una relación jurídica o un derecho en trance de ser lesionado. Esta incertidumbre genera el interés por la obtención de certeza que considerada como un bien en sí misma, el Estado asegura mediante la acción y la sentencia de mera declaración de certeza (mero accertamento), que no es seguida de ejecución alguna pues la pretensión del actor se agota en la sola declaración prevista a los efectos de la cosa juzgada...”.

En suma, el carácter “preventivo” de la acción, no se exige en la Constitución de Córdoba. Pese a ello, la reiterada Jurisprudencia del T.S.J. le ha dado tal carácter, por lo que, quien intente accionar por vía directa persiguiendo la declaración de inconstitucionalidad de una ley, decreto u ordenanza deberá hacerlo antes que la norma haya sido aplicada.

VIII – Conclusiones.

De esta manera, conforme la normativa referenciada *supra*, corresponde formular las siguientes conclusiones sobre la legitimación activa para la interposición de la Acción Declarativa de Inconstitucionalidad en defensa de los derechos de incidencia colectiva, para lo cual distinguiremos el ámbito de la provincia de Córdoba y el ámbito Federal.

Ámbito provincial

Conforme a la Constitución de la Provincia de Córdoba y la interpretación jurisprudencial dada a la misma por el T.S.J., surge que la defensa de los

denominados derechos de incidencia colectiva, en la Provincia de Córdoba, puede ser realizada en general por el afectado, las organizaciones intermedias, los colegios profesionales y por el Defensor del Pueblo. Veremos si estos tienen legitimación activa acceder a la jurisdicción provincial.

1- El **afectado**: Es el primer legitimado, se trata por ejemplo, del discriminado, del usuario o consumidor estafado, etc.; ya que éste es quien tiene un “interés personal y directo”, un verdadero derecho subjetivo en la terminología tradicional. Este se encuentra legitimado para enervar la actuación jurisdiccional en todos aquellos casos en los que se afecte su derecho.

Consecuentemente, y en lo que respecta a la legitimación activa del mismo a los efectos de la interposición de la acción autónoma declarativa de inconstitucionalidad, consideramos que no hay dudas de que, si se dan los demás presupuestos objetivos exigidos para su admisibilidad, el afectado puede interponerla.

EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA LA INTERPOSICIÓN DE LA ...

28

Sobre el punto anterior no existen discrepancias, pero el caso que merece especial atención, es cuando cualquier persona individual, se encuentra dentro del grupo afectado en su interés colectivo, aunque esa afectación sea mínima, como a cualquier otro ciudadano en iguales condiciones.

Se trata de una categoría intermedia entre el afectado y el simple interesado por el interés difuso, una verdadera zona gris.

Entendemos que esta categoría, sí se encuentra contemplada en la Provincia de Córdoba, en función del Art. 53 de la C. Provincial, referenciado *supra*, siempre que al menos su interés sea razonable y suficiente. Asimismo atento a que las provincias conservan los poderes no delegados a la Nación (Art. 121 de la C.N.) no habiendo delegado la materia procesal provincial, es perfectamente constitucional, que por el mencionado artículo de 53 de la C.P. se otorgue legitimación activa para obrar en defensa de los derechos de incidencia colectiva, a las personas individuales, por lo que suscribimos la tesis de que **en la Justicia Provincial de Córdoba, la acción autónoma declarativa de inconstitucionalidad puede ser iniciada por cualquier ciudadano con un interés razonable y suficiente, aunque la afectación de su derecho de incidencia colectiva no lo coloque como titular de un derecho subjetivo o interés legítimo.**

Esta legitimación procesal activa otorgada por el Art. 53 de la C.P., no es suficiente para intervenir en la Justicia Federal, esto es así por cuanto el dictado de las normas procesales federales, corresponde al Congreso de la Nación.

2- Las **Organizaciones Intermedias, y Colegios Profesionales**: Igual consideración, corresponde para estas personas jurídicas que obviamente deben estar constituidas conforme a la ley, siempre que su objeto sea la protección de estos derechos.

3- El **Defensor del Pueblo**: La actuación del defensor del pueblo en la Provincia de Córdoba, fue reglamentada mediante la ley 7741, cuyo Art. 11 ap. 1 establece como función del “Defensor del Pueblo” (entre otras, referidas esencialmente al control del obrar administrativo), : “...1) defender los derechos colectivos o difusos frente a **actos, hechos u omisiones de la Administración Provincial...**”; acotando por otro lado, las vías por las cuales puede ejercer dicha defensa, al establecer en el Art. 16 que “...en ningún caso podrá el Defensor del Pueblo modificar, sustituir, o dejar sin

efecto decisiones administrativas, **ni requerir decisiones de los Tribunales de Justicia...**, y en la última parte del mentado artículo 11, establece que "...no podrá intervenir en casos o asuntos que estén sometidas a la competencia del Poder Judicial de la Provincia...". De esta manera, me-

MARÍA DANIELA AUDRITO - VERÓNICA MARCELA BEAS - VÍCTOR CARLOS ROSTAGNO
29

dante el juego de la normativa Constitucional Provincial, y su ley reglamentaria, el Defensor del Pueblo de la Provincia de Córdoba está castrado,

carece de legitimación para estar en juicio en defensa de los derechos de incidencia colectiva.

Resulta lamentable que al establecerse expresamente mediante la ley reglamentaria que carece de legitimación para estar en juicio, no esté habilitado para promover la acción declarativa de inconstitucionalidad en la Provincia de Córdoba (a pesar de que constitucionalmente, está comisionado para la defensa de los derechos de incidencia colectiva, se reglamenta expresamente que la misma no puede ser realizada dentro del ámbito del Poder Judicial, regulándose expresamente las pocas oportunidades en las que éste puede intervenir, tales como con informes, recomendaciones a la legislatura, publicación de los actos que considere los afectan, etc.). De esta manera, puede sostenerse en general, que **la defensa que el Defensor del Pueblo puede realizar de los derechos de incidencia colectiva, tal como se encuentra contemplada en el sistema normativo cordobés, es sólo frente a actos de la administración, y dentro de la esfera de la misma.**

Sin embargo, resulta plausible observar que la castración original del Defensor del Pueblo de la Provincia de Córdoba, no ha sido aceptada por el mismo con beneplácito y se ha intentado suplir su incapacidad procesal activa, celebrando un convenio con el Defensor del Pueblo de la Nación, quien le habría otorgado poder para actuar con sus mismas facultades.

Ámbito federal

La Constitución Nacional le otorga expresamente legitimación activa para estar en juicio en la acción de amparo a fin de propender a la defensa de los derechos de incidencia colectiva, conforme al Art. 43 de la misma, al afectado, a las asociaciones con fines determinados en la norma registradas conforme a la ley, y al defensor del pueblo.

1. El afectado: Como puede verse, la legitimación activa otorgada por la C.N. al afectado, no admite la interpretación, que efectuamos para el Art. 53 de la C. de la Provincia de Córdoba, por lo que éste, solo estaría legitimado activamente para actuar cuando su derecho individual o interés legítimo se encuentre afectado, por lo que entendemos, que salvo el caso de que su interés individual coincida con el interés colectivo, **carece de legitimación activa para accionar en el ámbito federal en defensa de los derechos de incidencia colectiva.**

EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA LA INTERPOSICIÓN DE LA ...
30

2. Las asociaciones que propendan a los fines determinados en el Art. 43 de la C.N. y el Defensor del Pueblo de la Nación: Las asociaciones intermedias cuyo objeto sea la protección de los derechos de incidencia colectiva, constituidas conforme a la ley, tienen legitimación activa a la hora de solicitar la protección de estos derechos, pues así lo consagra el Art. 43 de la Carta Magna -que puso a estas asociaciones y al defensor del

pueblo, como cara procesal visible de la protección de los mismos -; y aunque la norma se refiera específicamente a la vía procesal del amparo, también alude a la posibilidad de que junto a éste, se solicite la declaración de inconstitucionalidad de una norma. Pensamos que si bien el Art. 43 de la C.N. menciona solo la acción de amparo como vía procesal en la que otorga legitimación activa al defensor del pueblo y a las asociaciones -lo que en principio puede llevar a entender que se está excluyendo a estas dos categorías la legitimación activa para obrar en forma preventiva en contra de una norma- debe hacerse una interpretación que no ignore el objetivo tenido en cuenta por el constituyente para evitar los daños en derechos de incidencia colectiva. Efectuar en este aspecto una interpretación literal es alterar el espíritu de la norma, que con amplitud de criterio, puede entenderse que el término “acto” contenido en el artículo 43 de la C.N. abarca también a las normas, que en esencia son actos de gobierno. De tal suerte que la acción Declarativa de Inconstitucionalidad, debe ser asimilada a la acción de amparo a estos efectos, por lo que sostenemos que **las asociaciones determinadas en el Art. 43 de la C.N. y el Defensor del Pueblo de la Nación pueden impetrar la declaración de inconstitucionalidad de una norma por vía de acción.**

En definitiva proponemos que tanto en el **ÁMBITO PROVINCIAL** como en el **ÁMBITO FEDERAL**, la interpretación de las normas que determinan la legitimación procesal activa para la defensa de los derechos de incidencia colectiva, sea amplia, extensiva, “*in dubio pro actione*”, atento a la función preventiva que tiene la acción declarativa de inconstitucionalidad, lo que la transforma en una herramienta de vital importancia a la hora de lograr una protección efectiva a los derechos de incidencia colectiva. Negar legitimación activa a un titular o grupo de titulares de derechos de incidencia colectiva, por no abarcar su representación a la totalidad de posibles afectados, implicaría decir “Lo que es de todos, no es de nadie”.

El objetivo es lograr garantizar, sin dejar margen a dudas, el efectivo acceso a la justicia a los fines de poner énfasis en la nombrada función preventiva de la jurisdicción, tanto por la particular importancia colectiva y características especiales de estos derechos, como así también porque lo-

MARÍA DANIELA AUDRITO - VERÓNICA MARCELA BEAS - VÍCTOR CARLOS ROSTAGNO
31

grando que esta función sea efectiva, se está cumpliendo los objetivos del preámbulo de la C.N. al promover el bienestar general, robusteciendo en consecuencia la función jurisdiccional.

Bibliografía

BARRA, RODOLFO C., “*Los derechos de incidencia colectiva en una primera interpretación de la Corte Suprema de Justicia*”, E.D., t 169, p. 433/438.

BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “*Manual de la Constitución reformada*”, Tomo I, Editorial Ediar, 1996.

BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “*Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*”, nueva edición ampliada y actualizada, Tomo II: “El Derecho Constitucional del Poder”, p. 507/508; Ed. Ediar, Capital Federal, diciembre de 1993.

GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “*La acción declarativa de certeza como proceso constitucional*”, L.L., T.1996-A, Sec. Doctrina, p.1445/1450.

GOZAINI, OSVALDO ALFREDO, “*Legitimación Procesal del defensor del pueblo (Ombudsman)*”, L.L., T.1994-E. Sec. Doctrina, p.1379/1384.

ORTIZ PELLEGRINI,- JUNYENT BAS – CARTA, “*Control de Constitucionalidad en el*

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba”, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1997.

PALACIO DE CAEIRO, SILVIA B., “*El amparo y la acción declarativa de inconstitucionalidad en la realidad jurídica argentina*”, L.L. T.1995-E, Sec. Doctrina, p.775/784.

RIVAS, ADOLFO A., “*Acción declarativa de Inconstitucionalidad*”, L.L., T.2001 -E, Sec.Doctrina, p.1097/1108.

ROBLEDO, FEDERICO J., “*Acción declarativa de Inconstitucionalidad*”, Boletín informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Año XIV, N° 172, Agosto 2000, p.6.

ROSALES CUELLO, RAMIRO, Nota a Fallo “*Acción declarativa de Inconstitucionalidad y Amparo. Sus límites como acciones directas de control en la provincia de Buenos Aires*”, L.L., t.1997-F, p. 501/509.

SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, “*Derecho Procesal Constitucional– Recurso Extraordinario-*”, Tomo I, 3° Edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992.

SPINOSA, LUIS ALBERTO, “*Acción declarativa de Inconstitucionalidad*”, L.L. t.1996-D, p. 229/241.

EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA LA INTERPOSICIÓN DE LA ...

32

33

REPÚBLICA ARGENTINA: RUPTURA DE CONTRATOS SOCIALES Y LA CUESTIÓN DE ENTES REGULADORES INDEPENDIENTES.

*por Jorge Edmundo Barbará**

Resumen: República Argentina: Ruptura de contratos sociales y la cuestión de Entes Reguladores Independientes.

El mantenimiento de la estabilidad social y política en un Estado supone la capacidad de realización y observancia de consensos o contratos sociales básicos.

* 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. Ex Decano de la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba, República Argentina y Profesor Titular de las cátedras de “Historia del Pensamiento Político” e “Introducción a la Ciencia Política y a las Relaciones Internacionales”, 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 del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Córdoba. Ha sido Convencional Constituyente y Miembro de la Comisión Redactora de la Convención Constituyente en la Reforma de la Constitución de la Provincia de Córdoba, en septiembre de 2001. 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 de los Correos y Telégrafos) e Interventor 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.

34

En la República Argentina, la ley de convertibilidad significó un consenso mayoritario sobre la vía elegida para superar la tensión y la heterogeneidad social generada por décadas de inflación crónica, que culminara con el pico hiperinflacionario de fines de los '80. Ese contrato está roto.

La democracia formal supuso un consenso virtualmente unánime para superar las tensiones provocadas por décadas de sucesión recíproca de gobiernos militares y gobiernos democráticos. Aún cuando continúa existiendo consenso sobre la forma democrática, no existe respecto del carácter representativo de los representantes, única vía de viabilidad de la democracia formal.

Ese contrato también está roto.

La esencia del derecho positivo está constituida por su estabilidad y permanencia, que aseguran la previsibilidad de un orden de conductas estables y permanentes. Ese contrato, de naturaleza jurídica, también está roto, en razón del apartamiento de las normas, particularmente de las constitucionales, y de la altísima volatilidad del orden jurídico, que la torna más cerca del carácter contingente de una sucesión de hechos que a la estabilidad propia de aquel orden.

Por último, la homogeneidad social inherente a los vínculos objetivos y subjetivos, culturales y naturales, constitutivos de una Nación, admite la observancia de claras fracturas en su tendencia de evolución. Esto último no sólo por los efectos disociadores de la cultura globalizada y la conducta emigratoria de una considerable proporción de población calificada, sino por la involución y regresión institucional, que torna a la Argentina en situación más próxima a un Estado en formación que a un Estado ya formado.

Frente a estaruptura de contratos sociales, se plantea la problemática de entes reguladores de los servicios públicos *autónomos* o *independientes*, esto es, de la delegación de responsabilidades vinculadas a la regulación y control, como posibilidad de sustraer tales entes de la inestabilidad inherente a aquella ruptura y de cooperar en la obtención de confianza para el logro de mayor macroestabilidad, si bien a costa de menor responsabilidad democrática.

Palabras Claves: Estabilidad – contratos sociales – ruptura – Entes Reguladores – independencia – representatividad – expertos-políticos – compromiso regulador.

1. Las instituciones no son sino proyecciones de una forma de vida humano-social.

Una institución que cumple, o debe cumplir, determinadas funciones dentro de un Estado, se encuentra predeterminada por las condiciones estructurales y coyunturales propias de tal Estado.

Y ello simplemente porque el Estado, y las instituciones que el mismo porta o soporta, no son sino proyecciones de una forma de vida humano-social, "*vida en forma y forma que nace de la vida*". (Heller: 1998:69).

JORGE EDMUNDO BARBARÁ

35

Por lo tanto, pretender una comprensión del sentido que deben cumplir los Entes Reguladores y de Control sin consultar y entender el escenario social e institucional dentro del cual se encuentran insertos resultaría paradójica y, precisamente, sin sentido.

Es por ello que estimo necesario reflexionar sobre la realidad social e institucional del Estado, en nuestro caso, la República Argentina, para poder, entonces, precisar alguno de los momentos o caracteres de los Entes que debieran ser alentados para que, en tal contexto, cumplan con su finalidad.

2. Los contratos rotos.

De acuerdo a las enseñanzas de la teoría del Estado, la observancia de determinados consensos o contratos sociales básicos, resulta imprescindible porque permite alcanzar un cierto grado de homogeneidad social, a partir de la cual es posible mantener la estabilidad institucional del Estado¹.

En la República Argentina se observa la ruptura o fractura de, al menos, cuatro contratos sociales básicos, a saber: a) contrato social de carácter económico; b) contrato social de carácter político; c) contrato social de carácter jurídico y d) contrato social de carácter histórico.

Veamos, pues, la ruptura de tales contratos.

a) El contrato social de carácter económico.

En Argentina, la vigencia de la ley de convertibilidad supuso un consenso mayoritario sobre la superación de la tensión y heterogeneidad social efecto de la hiperinflación que se sufrió a fines de los '80, inflación que, a su

vez, venía erosionando la economía desde décadas anteriores a esa fecha. El triunfo del Presidente Carlos Menem, al presentarse para su reelección en el año 1995, se debió a que se presentaba como el mejor garante de la estabilidad y crecimiento económico que, en definitiva, en el consenso social, se debía a la ley o al plan de convertibilidad.

El triunfo del candidato presidencial de la Alianza de partidos que postulaba al Dr. Fernando De la Rúa, en 1999, se produjo no sin antes haberse comprometido los principales actores de esa Alianza a respetar y garantizar la vigencia de la convertibilidad.

¹ Véase, al respecto, H. HELLER: *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, 1998; G. JELLINEK: *Teoría General del Estado*, Albatros, 1973; MARTIN KRIELE: *Introducción a la Teoría del Estado*, Depalma, Buenos Aires, 1980.

REPÚBLICA ARGENTINA: RUPTURA DE CONTRATOS SOCIALES Y LA CUESTIÓN DE ...
36

Este plan de convertibilidad, que consistía, en sustancia, en hacer convertible la moneda argentina en dólares, con prohibición al Banco Central de emitir sin cobertura, constituyó el marco en el cual se realizó la reforma estructural del Estado a través de una profunda y extensa política de privatizaciones.

Ciertamente que el plan exigió un ajuste estructural que dejó ganadores y perdedores.

Sin embargo, creo que no obstante el ajuste, existió consenso sobre la nueva economía política de la estabilización.

Pues bien, a comienzos del año 2002 Argentina decidió, tanto política como legalmente, abandonar y derogar el sistema de convertibilidad.

Si bien es cierto que esa decisión se encontraba respaldada por la opinión de economistas y sectores de la producción críticos de la ley de convertibilidad, y que parecía razonable buscar alguna salida a la situación creada por la indisponibilidad de los ahorros y depósitos existentes en el sistema financiero argentino dispuesta a comienzos de diciembre de 2001 - el denominado "corralito"-, se lesionaron severamente los presupuestos de confianza sobre los que descansan las relaciones económicas, particularmente de índole financiera, de la dinámica capitalista.

Se ha perdido confianza en las instituciones crediticias. Se ha perdido confianza en el valor previsible de nuestra moneda. Los actores institucionales reprochan a los inversores, nacionales y extranjeros, haber confiado en las reglas económicas antes existentes, y a quien realizó negocios conforme a esas pautas económicas de la convertibilidad, es sospecha-

² *"El objetivo del plan es devolver al Estado autonomía en una suerte de autoatamiento (la promesa de no-emisión) a cambio de recuperar capacidad de decisión y negociar con los acreedores un plan de crédito de facilidades ampliadas. También busca un atamiento de las variables políticas, no ya por lo institucional sino de la capacidad de la política para generar modelos alternativos. De esta manera, se produce un vuelco en las expectativas: el modelo define mayor capacidad de gestión, un orden económico y ganadores y perdedores. Se trata de un ajuste estructural que no sólo va a ser tardío, en comparación con los de Chile y Méjico, sino que se realiza en tiempo récord. Se quiebra la ecuación del anterior gobierno, que pensaba que si hacía el ajuste no podía ganar las elecciones, y ahora ajuste y consenso comienzan a formar parte de la nueva economía política de la estabilización."* DANIEL GARCÍA DELGADO, *Estado y Sociedad*, Ed. Norma S.A., Buenos Aires, 1994, pág. 86.

³ El abandono del sistema de convertibilidad -que había sido establecido por la ley nº 23.928 de 1991-, fue dispuesto por otra ley, la ley nº 25.561, del 7 de enero de 2002, que derogó las disposiciones que establecían aquel sistema declarando, simultáneamente, la emergencia pública en la República Argentina.

JORGE EDMUNDO BARBARÁ

do de haber hecho “negociados” y de haber causado pobreza y exclusión social. En verdad, se los reprueba porque, simplemente, habían confiado en las pautas económicas de la Argentina establecidas, por lo demás, a través de normas jurídicas como esa propia ley de convertibilidad.

Con una conducta sin precedentes, Argentina no sólo dejó de pagar buena parte de su deuda externa e interna sino que sostiene que nunca la pagará, toda vez que la quita que se pretende no consiste sino en el no pago más gigantesco que conoce la historia del mundo contemporáneo. Y aquí debe advertirse que no se paga a personas individuales que confiaron sus ahorros a la economía de la Argentina. Decenas de miles de argentinos, italianos, alemanes, japoneses, a quienes se les pidió que confiaran, ahora son defraudados en aquella confianza.

El propio sistema previsional, que se había establecido como una de las precauciones más vigorosas para impedir que el Estado avanzara sobre los fondos de los trabajadores activos para que éstos pudieran gozar al tiempo de su jubilación o pasividad, ha sido afectado por un unilateral y compulsivo comportamiento del Estado. Primero, porque les convirtió sus fondos en bonos y luego, porque se niega a reconocerle el valor de aquellos bonos. Asimismo, es difícil prever hasta cuándo puede resultar favorable la coyuntura económica internacional en relación a determinados productos agrícolas -en particular, el precio de la soja-, cuya exportación condiciona, en buena medida, nuestro crecimiento interno.

Además, la crisis de confianza que afecta a inversiones extranjeras necesarias para nuestro crecimiento sostenido, la inexistencia de mercados nacionales separados por fronteras que virtualmente han sido borrados por efecto de la globalización y el riesgo de la continuidad de la huida del capital hacia lugares más seguros, advierten que la autonomía real conque cuenta nuestro país para decidir políticas macroeconómicas incongruentes con las condiciones internacionales es por demás reducido, so pena de quedar “fuera del mundo” y de producir desbarajustes de consecuencias claramente perjudiciales.

Por otra parte, la previsión de una inflación contenida parece fundarse en una fuerte contención de la masa salarial, particularmente del sector público.

En verdad, la previsión de una inflación contenida va a depender, en definitiva, del nivel de los reclamos por mayor masa salarial, del eventual malestar social encaminado a obtener mayor poder adquisitivo y de la responsabilidad sobre la política monetaria, la cual debiera ser obviamente diferente a la “responsabilidad” demostrada hasta los noventa.

REPÚBLICA ARGENTINA: RUPTURA DE CONTRATOS SOCIALES Y LA CUESTIÓN DE...

Con semejante ataque a todo lo que significó confianza en el plan económico anterior, no se advierte que se esté recomponiendo la confianza en aquello que eventualmente se supone que se debería construir, simplemente porque sensatamente nadie podría asegurar que los sucesores de los actuales actores institucionales no van a proceder, respecto de los mismos, como éstos hicieron con los anteriores.

Es que los consensos sociales, para perdurar, requieren memoria.

Y si se asiste a la destrucción impiadosa de un modelo o contrato social económico, no parece que si existiera otro que le sigue, mañana, nuevos actores institucionales no procederían respecto de los actuales como

éstos hicieron con los anteriores. Tal prevención significa que el consenso en el cual descansa la variable económica en la actualidad está signada por la precariedad, y no por la perdurabilidad.

A la situación económica actual la encuentro, reitero, signada por la precariedad, y es por ello que creo que este contrato social de carácter económico permanece fracturado pues la permanencia y estabilidad es lo propio de una estructura.

Ello supone, entonces, que al pretender analizar la estructura del Estado argentino en la actualidad, el carácter inherente a la variable económica se encuentra caracterizado por la precariedad debilitando, por tanto, a toda la estructura estatal, en la medida que la reciprocidad existente entre todas las variables, supone que cuando una se modifica, se resienten todas.

b) El contrato social de carácter político.

1- El Estado participativo, corporativo y movimientista.

En Argentina, el advenimiento de la democracia, a fines de 1983, significó un consenso mayoritario para superar décadas de tensiones e inestabilidad política provocadas por una larga sucesión de gobiernos constitucionales y gobiernos militares o de facto.

Sin embargo, paradójicamente, en los períodos constitucionales anteriores a 1983, la forma democrática revelaba que el mandato representativo de los actores públicos suponía una política de masas que permitía caracterizar la relación más en términos de participación que de representación. Como afirma García Delgado, en coincidencia con Alain Touraine, *“en todo caso una concepción de la representación que suponía una fuerte identidad de representantes y representados, cierta idea de “mandato” que cristalizaba en la indistinción entre los ámbitos público-privado y una “fusión” entre Estado y sistema político y sociedad civil”*. (García Delgado 1994).

JORGE EDMUNDO BARBARÁ

39

Es claro que semejante relación entre representantes-representados era congruente con la existencia de un Estado de dimensiones considerables -el Estado de Bienestar “a la criolla”- que se desarrolló a partir de los '40, el cual al extender su poder, potenció corporaciones que quedaron asociadas al Estado, a través de la función social y política que cumplían tales corporaciones, intensificando el vínculo participativo, si bien de manera diferente a la dinámica de partidos.

Asimismo, la conducta dirigencial tendiente a formular y estimular diseños “movimientistas”, con sus consecuentes lógicas de acción colectiva, suponía una incidencia en la relación representante-representado diferente a la existente en la dinámica de los partidos de la democracia liberal, toda vez que la primera se caracterizaba por mecanismos cuasi-plebiscitarios acordes con el modelo de acción colectiva vinculado a organizaciones de masas.

2- El advenimiento del Estado de Derecho en 1983.

El advenimiento de la democracia, a fines de 1983, trajo aparejado una revalorización de los partidos políticos. *“La ciudadanía se volcó a los partidos y por aquellos años se registraron las cuotas más altas de afiliación partidaria”*. (Delia Ferreira Rubio 1998).

Asimismo, la institución más representativa de la democracia, el Parlamento, registraba un marcado consenso y un alto margen de credibilidad, con el consecuente fortalecimiento del vínculo representativo que sus actores

invisten.

La relación representantes-representados, a partir de ese período, se cumplió, según se observa, preponderantemente a través de los partidos políticos. El marco estatal de referencia, nos revela un desmantelamiento del Estado de Bienestar “a la criolla”, a través de un agresivo proceso de desregulaciones y privatizaciones, a la vez que se produjo un cambio en el posicionamiento de las diferentes corporaciones frente al Estado, perdiendo peso específico algunas de ellas que competían con los partidos políticos en su carácter representativo -particularmente los sindicatos-, viniéndose a favorecer *el encauzamiento* del vínculo representante -representado a través de los partidos políticos, lo cual no significa que tal vínculo se haya potenciado o fortalecido.

En efecto, la credibilidad en los partidos políticos, en sus dirigentes y en los actores que estos postularon para cumplir roles institucionales, se fue debilitando rápidamente, con el consecuente efecto negativo respecto de la confiabilidad de las propias instituciones democráticas.

REPÚBLICA ARGENTINA: RUPTURA DE CONTRATOS SOCIALES Y LA CUESTIÓN DE...

40

Después de la crisis estructural desatada en Argentina a partir de diciembre de 2001, *específicamente el vínculo representativo* entre los argentinos en condiciones de emitir el sufragio electoral respecto de sus partidos políticos y líderes postulados por los mismos, reveló que una inmensa mayoría no se sentía representada ni por los partidos ni por sus dirigentes.

En una encuesta encargada por un diario capitalino al Instituto Gallup, el día 30 de junio de 2002, el 87 por ciento de los encuestados, personas adultas en edad de votar, manifestó que *no se sentía representado* por ningún partido político y el 84 por ciento manifestó que *no se sentía representado* por ningún líder político.

3- El espejo del Poder Legislativo no refleja la Sociedad que debiera reproducir.

Posiblemente una de las causas que ha incidido en la pérdida de la confianza de la sociedad en sus representantes, la constituye el pobre papel que han cumplido los órganos legislativos en nuestra joven democracia. Si repasamos la historia reciente de Argentina vamos a comprobar este aserto.

En efecto, inmediatamente arribado al poder el Dr. Carlos Saúl Menem, el Congreso sancionó, con el acuerdo generalizado de los legisladores, la Ley de Reforma del Estado Nro. 23.696, la cual declaraba la “emergencia administrativa”. A través del art. 10 de esta ley, el Congreso delegó en el Poder Ejecutivo unipersonal su función más eminente, esto es, la de hacer y deshacer las leyes. Ello así porque facultó expresamente al Presidente de la República a dejar sin efecto cuantas leyes hubiesen dispuesto sobre la manera en que el Estado debía cumplir sus servicios públicos. Pero una década más tarde, cuando el país sufre la crisis derivada de la implantación del “Corralito”, el 7 de enero de 2002 se dicta una nueva ley de emergencia, esta vez se declaraba la “emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria. Esta fue la ley nro. 25.561.

Ahora bien, de la misma manera que la ley nro. 23.696 había delegado en el Poder Ejecutivo Nacional las más extensas facultades de naturaleza y jerarquía legislativa, esta ley nro. 25.561 efectuaba una nueva delegación

aún más generosa en cabeza del Poder Ejecutivo Nacional, toda vez que le otorgaba las más amplias facultades fijándole bases, pero no límites -salvo en lo temporal-, para decidir cuantas medidas considerara pertinentes.

JORGE EDMUNDO BARBARÁ

41

Esta actitud recurrente de delegar los atributos que otorgan sentido a su función como poder estatal, por parte de los legisladores, esto es, por quienes se supone representan de manera más genuina a una democracia atento su naturaleza colegiada y los principios que la informan, no es indiferente para la creencia y la fe en el único vínculo que torna viable a la democracia moderna, cual es, como se dijo, el vínculo representativo.

Y a todo ello se debiera agregar el efecto devastador que para la confianza pública significa el escándalo por las acusaciones sobre coimas en el Senado de la Nación.

Difícilmente los argentinos se sientan genuinamente representados por sus legisladores.

Por tanto, con respecto a sus órganos legislativos, la relación representante-representado se encuentra debilitada por fatiga y descreimiento en esos actores institucionales.

Desde esta perspectiva, el contrato social de carácter político se encuentra fracturado, toda vez que no obstante existir consenso en la forma democrática, se encuentra afectado el único vínculo que la torna viable, esto es, el vínculo representativo.

El espejo del Poder Legislativo no refleja a la Sociedad cuya imagen debiera reproducir.

4- La debilidad que para las instituciones significa el liderazgo o caudillismo personal.

Sin embargo, pareciera no suceder lo mismo con el Poder Ejecutivo el cual, por lo demás, dada la naturaleza unipersonal con que ha sido constitucionalmente concebido y las atribuciones que también de manera constitucional le han sido reconocidas, favorece la aparición de liderazgos o caudillismos personales.

Pues bien, respecto de la situación institucional del Poder Ejecutivo, es posible advertir un regreso a las formas de representación más propia de los períodos constitucionales anteriores a 1983.

En efecto, se busca un fortalecimiento de la identidad representante-representado a partir de una suerte de “fusión” entre quien manda y quien obedece. Cuando la gestión de gobierno transita por un diálogo directo entre quien manda y el órgano masivo, presuponiendo que se cuenta con la ratificación del agente colectivo respecto de tal gestión de gobierno, lo que en verdad sucede es que se están debilitando las instituciones propias del sistema representativo, en particular a los partidos políticos.

REPÚBLICA ARGENTINA: RUPTURA DE CONTRATOS SOCIALES Y LA CUESTIÓN DE...

42

El partido político ha sido relegado a una función accesorio en la articulación del consenso colectivo.

Y es preciso recordar que, hasta el presente, se ha entendido que una democracia sin partidos políticos no es democracia, de donde se infiere que una democracia con partidos políticos debilitados, es una democracia debilitada.

Hay que recordar que nuestra Constitución Nacional, con todo acierto, en su art. 38, establece que *“los partidos políticos son instituciones*

fundamentales del sistema democrático". Y es por ello que H. Kelsen, uno de los pensadores más lúcidos del Siglo XX, sostenía que sólo por ignorancia o dolo se puede estar contra los partidos políticos en una democracia. La recomposición del contrato social de carácter político aparece, pues, signado por un fortalecimiento del liderazgo personal, antes que por una mayor confianza en las instituciones propias del sistema estatal republicano, y por ello entiendo que esta variable también es precaria.

c) El contrato social de carácter jurídico.

1- El contrato social de carácter jurídico en un Estado de Derecho.

El derecho positivo, en un Estado de Derecho, está constituido por un sistema de prescripciones generales, abstractas y estables o permanentes, establecidas con arreglo a una Constitución o Ley Suprema, y aseguradas bajo amenaza de coacción.

La existencia de una sistema jerárquico de normas, interpretadas y aplicadas por un sistema a su vez jerárquico de funcionarios técnicos en el conocimiento del derecho -esto es, por abogados-, se ha considerado siempre, por la teoría del Estado, como condición de existencia del propio Estado.

a- La permanencia y estabilidad de las normas.

Es que la previsibilidad de las conductas, de manera permanente y estable, asegurada de antemano bajo sanción de coacción para aquella conducta que contradiga aquel orden estable, no sólo actúa posibilitando el ejercicio del poder político sino que constituye un requisito indispensable para las transacciones dinerarias propias de la economía capitalista⁴.

⁴ La importancia fundamental que tiene el derecho positivo para el Estado moderno y la economía capitalista que acompaña al nacimiento de dicho Estado, aparece claramente señalada por H.HELLER cuando expresa: "*La unificación general, para todo el territorio y regulada desde el centro, de toda actividad relevante para el poder del Estado requiere la* JORGE EDMUNDO BARBARÁ

43

La posibilidad de la permanencia del poder político está condicionada por la subsistencia de normas jurídicas permanentes. El derecho permite, pues, transformar la ocasionalidad de las relaciones de poder siempre cambiantes en una estructura de poder estable. Cuando se afirma que todo poder político es poder jurídicamente organizado se está haciendo referencia, más allá de la justicia que se supone debiera informar a toda regla de derecho, al aspecto técnico de la norma consistente en transformar una situación transitoria de dominación en una relación de dominación relativamente permanente.

b- La constitucionalidad de las normas.

A semejante función del derecho positivo respecto de la existencia del Estado y de su poder, cabe destacar la importancia que adquiere la congruencia de las normas jurídicas con la Constitución Nacional en todo Estado de Derecho que se fundamente en la ideología democrática liberal. Y ello así porque los valores inherentes a tal ideología -libertad, igualdad, derecho de propiedad-, adquieren rango supremo a través de tales Constituciones, cuyo carácter supremo, establecido expresamente por las mismas, obliga a las normas jurídicas a no contradecirlas, toda vez que una norma inferior -por ejemplo una ley dictada por el Parlamento o un decreto del Poder Ejecutivo- que no respetara el orden considerado supremo, viciaría de invalidez a tal norma inferior. Por tanto, la necesidad que las normas jurídicas que dicten los poderes políticos se adecuen a la Constitución y no la contradigan, hace a la sustancia

del derecho positivo de un Estado de Derecho.

De ahí que sostengamos que un Estado se fundamenta, también, en un contrato social de carácter jurídico.

2- Ruptura del contrato en Argentina.

En Argentina, ambos caracteres, el referido a la permanencia y estabilidad de las normas, cuanto el referido a su constitucionalidad, aparecen

existencia de un jus certum, válido para todo el territorio del Estado, un sistema de reglas unitario, cerrado y escrito, en el que, hasta donde sea posible, toda regla particular se ordene – según criterios políticos y no solamente jurídicos – sistemáticamente en la unidad del todo. Por otra parte la colaboración de toda la jerarquía de funcionarios, según el principio de la división del trabajo, hace precisa una ordenación jurídica racional y planificada. Y, asimismo, la economía capitalista del dinero reclama, tanto para el derecho privado como para la Administración, la previsibilidad, extendida a un territorio lo más amplio posible, de un derecho sistematizado.” (1998:176)

REPÚBLICA ARGENTINA: RUPTURA DE CONTRATOS SOCIALES Y LA CUESTIÓN DE ...

44

de tal suerte desvirtuados, que creemos es posible hablar de la ruptura de este tipo de contrato social de carácter jurídico.

En efecto, la altísima volatilidad y frecuencia de cambio de las normas jurídicas, así como su prescindencia con el texto constitucional, acercan más al sistema institucional a una dependencia de la contingencia propia de una sucesión de hechos, que a la previsibilidad inherente al derecho. Es tal la frecuencia de cambios de las normas jurídicas en materias económicas fundamentales, que, al afectarse la estabilidad que constituye la esencia del derecho positivo, éste puede aproximarse al constante fluir de los hechos, cuando el derecho cobra sentido, precisamente, por encauzar la convivencia social de manera previsible y estable, impidiendo la disgregación anárquica que supondría vivir sin derecho y sometido a la caprichosa contingencia de los hechos.

La observación acerca de la frecuencia con que se producen los cambios normativos nos revela que, con fecha 16 de septiembre de 2001 entra en vigencia la ley n° 25.466 que estableció la intangibilidad de todos los depósitos bancarios en la República Argentina; con fecha 3 de diciembre de 2001 -sólo 78 días después- entra en vigencia el decreto n° 1570 que establece el denominado “corralito” y, por ende, la indisponibilidad de los depósitos que aquella ley decía proteger; que, con fecha 7 de enero de 2002 entra en vigencia la ley n° 25.561 que declara la emergencia pública en materia social, económica, administrativa y cambiaria, suspendiendo la aplicación de la ley 25.466 y derogando el sistema de convertibilidad; que con fecha 4 de febrero de 2002 comienza a regir el decreto 214 que transforma a pesos todas las obligaciones de dar sumas de dinero y establece un coeficiente de actualización de las deudas pactadas originariamente en dólares; que con fecha 15 de febrero de 2002 se modifica el decreto 214 a través de del decreto del decreto 320; que con fecha 1 de marzo de 2002 se dicta el decreto 410 que también modifica el decreto 214; que se han continuado dictando leyes y decretos que establecen nuevas pautas, modifican las anteriores o directamente las derogan y que, asimismo, las resoluciones y comunicaciones del Banco Central de la República Argentina se cuentan por cientos sobre la misma materia.

Y la frecuencia de cambio de las normas no se da sólo en el ámbito del “corralito” sino también en otros ámbitos como, por ejemplo, la ley de quiebras o las leyes laborales.

Ciertamente que las normas que han establecido el “corralito” constituyen

un feroz ataque al derecho de propiedad de los ahorristas – derecho obviamente de jerarquía constitucional – y a un principio básico de la eco-

JORGE EDMUNDO BARBARÁ

45

nomía capitalista que subyace en los fundamentos ideológicos del propio sistema político democrático liberal, esto es, el principio de autonomía de la voluntad. Esto último en virtud de la regulación total del Estado sobre el ámbito de actividad contractual entre el sistema financiero y sus clientes, con prescindencia de cualquier razón justificatoria de semejante agresión. Creo que también el nuevo expediente consistente en la declaración de nulidad de las leyes utilizado por el Congreso Nacional introduce un nuevo elemento susceptible de afectar la estabilidad y permanencia inherente al sistema jurídico, con prescindencia aquí también de todo tipo de valoración respecto de la justificación de tal declaración.

Por lo demás, el comportamiento de diferentes Tribunales de nuestro país, los cuales, aplican el derecho recurriendo a criterios de interpretación diferentes a los específicos y propios del sistema normativo, o bien aplican las leyes en momentos diferentes a aquellos en que debieron aplicarse, también afectan la creencia en el derecho. Tal ocurre, por ejemplo, cuando un Juez niega claros derechos adquiridos fundándose en razonamientos artificiosos, o cuando un Juez juzga a una persona cuando cree que la oportunidad política le es propicia y no cuando el eventual ilícito fue cometido. Es por todo ello que considero que, si se han violentado los criterios básicos que caracterizan el derecho positivo en un Estado de Derecho - estabilidad y permanencia de las prescripciones, así como su consecuencia con la Constitución Nacional y se ha resentido la confianza en los intérpretes del derecho positivo -Poder Judicial, el consenso de una comunidad acerca de lo que entiende por derecho positivo, y en cuya conformidad acomoda sus conductas, está roto.

Si la convivencia social depende de la confianza que los integrantes de una sociedad tienen en el derecho que la rige y en la autoridad que lo debe hacer cumplir, la mayoría de nuestros padecimientos individuales y colectivos debieran buscarse en la ruptura de esa confianza, que no es sino expresión de la ruptura del contrato social de carácter jurídico.

d) El contrato social de carácter histórico.

1- Los vínculos que caracterizan al Estado-Nación.

Una sociedad nacional se constituye a lo largo de una serie de generaciones. Los integrantes de una Nación se unen por vínculos culturales -usos, costumbres, lengua, lazos religiosos, derecho, criterios estéticos, etc. y vínculos físicos del grupo que, en forma mayoritaria, se sucede -y normalmen-

REPÚBLICA ARGENTINA: RUPTURA DE CONTRATOS SOCIALES Y LA CUESTIÓN DE...

46

te se amplía - a sí mismo a través del tiempo, esto es, a través de sucesivas generaciones, en un territorio. De esa manera se va conformando un sentido de pertenencia de cada individuo respecto de tal grupo. En razón de que, normalmente, los recién llegados o los que se van del grupo son una minoría, la identidad y existencia del grupo, en su continuidad histórica, resulta asegurada.

Sobre las bases de tales lazos, normalmente se construye o consolida un Estado.

En la estabilidad de un Estado juegan, pues, un rol trascendente los

lazos culturales, particularmente la cultura política, puesto que aquella estabilidad depende, en buena medida, de tal cultura.

Es bueno tener presente que el sentido de pertenencia de cada individuo con su Nación es inconsciente y afectivo, antes que racional. Es como el amor, porque es una suerte de amor. Sólo con el transcurso del tiempo aquél que racionalmente decide dejar su país de origen y radicarse en otro puede convertirse en miembro de otra sociedad, toda vez que durante un largo lapso -o, quizás toda su vida- portará en sí mismo la tensión entre aquello impreso en su ser que lo liga a su comunidad de origen y aquello que lo motivó a abandonarla y que quizás encontró en su nuevo hogar.

2- El riesgo de una Sociedad Residual y el debilitamiento del Estado.

En la República Argentina, la circunstancia consistente en que un número considerable de individuos, en su mayoría particularmente calificados por el grado de instrucción, educación o adiestramiento, haya emigrado o esté dispuesto a hacerlo, reviste no poca importancia para la preservación de la identidad nacional o regular continuidad histórica. De alguna manera, se está produciendo el proceso inverso al ocurrido a fines del siglo XIX y principios del siglo XX, época en que los contingentes inmigratorios cambiaron la fisonomía humana en Argentinas.

⁵ ALAIN ROUQUIÉ, entre las causas que van a influenciar la pérdida de la estabilidad política en Argentina a partir de 1930, describe la influencia de los contingentes inmigratorios y la correlativa carga puesta en cabeza de las fuerzas armadas, ley 4.031 de 1901 de servicio militar obligatorio mediante, consistente en que las fuerzas armadas debían no sólo brindar instrucción militar sino “argentinizarse al gringo”, debiendo cumplir, entonces, una tarea de socialización del descendiente de extranjeros. Por tanto, a mayores deberes en el campo político, mayores derechos en ese mismo campo. “*La misión social impartida al nuevo ejército por la ley de 1901 implica, por lo demás, un cierto tipo de relaciones entre oficiales*”

JORGE EDMUNDO BARBARÁ

47

Si a la variable apuntada se agregan los efectos muchas veces disociadores de la cultura globalizada, es previsible pronosticar fisuras en nuestra identidad cultural, lo cual puede ser motivo de disgregación social. Si la estabilidad de un sistema político proviene de la adhesión que los distintos sectores de la comunidad otorgan al sistema político, al cual consideran legítimo porque entienden que tal sistema político concuerda con los valores y normas internalizados a través de la formación educativa recibida, tanto en instituciones educativas cuanto en sus hogares y en los distintos grupos en que participan e interactúan, no parece que una comunidad cuyos integrantes calificados precisamente por su formación educativa la vayan abandonando, asuma, sin más, semejante pérdida.

Una comunidad sufre por la emigración de tales integrantes en un doble sentido: En primer lugar, porque pierde un recurso humano de calidad, sin que esa calidad sea irradiada precisamente a la comunidad que lo educó; en segundo lugar, porque su ausencia produce un efecto traumático en los grupos familiares y sociales de origen. En este último sentido, es oportuno destacar que para sobrellevar ese efecto traumático, en Argentina se ha conformado, desde hace algún tiempo, una asociación llamada “padres en desarraigo”.

De esa manera se corre el riesgo de dejar conformada una *sociedad residual*, resentida en los valores y normas que, en definitiva, son los que otorgan credibilidad y legitimidad al sistema social y político o, lo que sería igualmente nefasto, una sociedad que justifique la pérdida de sus hijos,

porque esa pérdida significa la percepción de sucesivas remesas de dinero. Si a ello, como dije, se agregan los efectos disociadores de la cultura globalizada, aparece clara la posibilidad de que el sistema sufra en su estabilidad. Por lo tanto, este otro contrato social, al cual le llamo “contrato histórico” en razón de que la identidad de una sociedad nacional no es sino un estadio de la evolución histórica social de un pueblo, si no está roto, admite, al menos, observarlo con fisuras en su tendencia evolutiva.

y conscriptos. Éstos no son simplemente civiles a quienes hay que instruir los rudimentos del arte militar, sino “extranjeros” a quienes hay que naturalizar, o aún bárbaros que deben ser civilizados”, como dice Rouquié (1985:85).

REPÚBLICA ARGENTINA: RUPTURA DE CONTRATOS SOCIALES Y LA CUESTIÓN DE ...
48

3. La cuestión de Entes Reguladores independientes.

a) Especialización del aparato estatal en manos de expertos.

En un escenario que hemos caracterizado por la desarticulación de compromisos o consensos sociales básicos, conviene reflexionar sobre la manera que una institución particular, dentro del plano estatal, puede llegar a cumplir sus funciones específicas, cooperando en la recomposición de los consensos.

Es por ello que los Entes Reguladores y de Control no pueden, ni remotamente, sustraerse a la realidad social y estatal en la cual están insertos, toda vez que, como decíamos más arriba, una institución no es sino proyección de una forma de vida humano social.

Aquí entiendo resulta necesario efectuar algunas precisiones para advertir la función de los Entes en el escenario expuesto. En tal sentido, creo que es conveniente partir de una premisa básica previa: conocer dónde están situados los Entes respecto de los contratos cuya ruptura hemos referido. Y así podríamos precisar que no toman decisiones que, al menos en forma directa, tengan efecto sobre cuestiones macroeconómicas. Tampoco, de manera directa, pueden recomponer los lazos de representación política. Tampoco tienen aptitud para producir normas jurídicas de rango legislativo con validez para todos los sectores y todos los habitantes. No parece tampoco que se encuentren en condiciones de revertir la regresión histórica, social e institucional, al menos también de manera directa. Por lo tanto, debemos convenir que su función, respecto de la recomposición de los compromisos o contratos rotos, no puede operar de manera directa o inmediata.

Deberíamos, entonces, reflexionar si pueden incidir en la deseada recomposición contractual de manera indirecta o mediata.

Aquí creo que tendríamos que partir de la premisa que los Entes Reguladores y de Control de los servicios públicos, particularmente los privatizados, actúan por delegación.

No es sino una exigencia de la división de trabajo estatal *transfiriendo* a determinados órganos funciones de control y reglamentación.

La mayor especialización del aparato estatal aparece como consecuencia de la transferencia, a través de un proceso de privatizaciones, de la prestación de los servicios públicos, antes a cargo del Estado, al sector privado, pasando el Estado a cumplir las funciones de control y regulación, esto es, a ejercer el poder de policía respecto del específico sector en el cual se transfirieron los servicios públicos.

JORGE EDMUNDO BARBARÁ

La especialización de los Entes supone que los mismos debieran ser conducidos y manejados por expertos en la especificidad respectiva, esto es, por técnicos, no por políticos.

b) Independencia y representatividad

Pero para que las decisiones de los expertos sean técnicas, esto es, ajustadas al conocimiento de la materia a controlar y regular, es menester que los mismos tengan *independencia* y ello nos lleva al carácter independiente o autónomo de los Entes.

Ahora bien, ¿Entes independientes a cargo de expertos o técnicos son, a su vez, *representativos* de una sociedad? O bien, formulado en otros términos, la cuestión versaría sobre si los Entes independientes a cargo de expertos son capaces de colaborar en la recomposición de los contratos rotos.

La independencia de los Entes, como los de cualquier otro organismo estatal, no significa otra cosa que restringir la discrecionalidad del gobierno para tomar decisiones en determinadas áreas, toda vez que se delegan las responsabilidades de tomar ciertas decisiones en determinadas áreas a cuerpos independientes, generalmente compuestos por expertos, según nos dice Joseph Stiglitz (2002:36)⁶.

Ciertamente que el problema quedaría resuelto, de manera sencilla, si respondiéramos, más o menos en los siguientes términos: El Ente debiera configurarse según la cosmovisión ideológica del Estado Social de Derecho, que informa el Art.42 de la Constitución Nacional de la República Argentina, el cual exige la participación de los usuarios, a nuestro entender, conforme al modelo ciudadano (Barbará: 2001).

A través de ello estaríamos afirmando que en el sector de servicios públicos privatizados, lo que está en juego son intereses colectivos y no meras sumatorias de intereses particulares. Ello supone que el mercado,

⁶ *“Una forma de restricción que los gobiernos a menudo se imponen a sí mismos es la delegación de responsabilidades a cuerpos independientes, por lo general compuesto por “expertos”, para la toma de ciertas decisiones. Son numerosos –si no la mayoría– los países que han adoptado bancos centrales independientes, y el FMI ha estado presionando a todos los países para que hagan lo mismo. Muchos países tienen cuerpos reguladores independientes, por ejemplo en las telecomunicaciones y en otros monopolios naturales. Son numerosos los argumentos que sustentan esta independencia, la mayoría de los cuales aluden a la desconfianza en el proceso político democrático”.* JOSEPH STIGLITZ, *Mejorando la eficiencia reciente*, Revista del CLAD, Reforma y Democracia, N°22, pág. 36, Caracas, 2002.

REPÚBLICA ARGENTINA: RUPTURA DE CONTRATOS SOCIALES Y LA CUESTIÓN DE...

50

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 el Ente, y con él lo estatal, un papel dirimente como criterio de organización y convivencia social.

En tal sentido, el modelo ciudadano, que supone la integración y representación de los usuarios en los organismos públicos de control y regulación, aparece como el más congruente con las funciones de inclusión social que hemos señalado en el párrafo anterior.

Sin embargo, suponer que un Ente diseñado conforme al Art. 42 de la Constitución Nacional y con representación de los usuarios supone, de manera más o menos automática, cumplir funciones de organización y convivencia social, y a través de ellas, de recomposición de los contratos rotos,

resultaría poco más que ingenuo.

c) Requerimiento doble: expertos-políticos - Modelos de relacionamiento entre expertos y políticos.

Nos falta aclarar, entonces, la manera o forma en que los técnicos o expertos, que se los ha llamado a llenar los Entes precisamente porque invisten esa condición, debieran proceder como políticos, toda vez que las funciones que el modelo ciudadano referido reclama de los Entes tiene que ver con el ejercicio de funciones políticas – organizar intereses colectivos a partir de un organismo estatal –, con la paradójica situación que el Ente, para resguardarlo del “político” gobierno o de sus instancias propiamente “políticas”, y asegurarle su dinámica experticia, se lo debiera dotar de independencia o autonomía frente a tales instancias políticas.

La necesaria cuota de *representatividad* social de Entes *independientes* aparece también reclamada por Stiglitz cuando nos dice que “...*El hecho de que sus autoridades* (esto es, autoridades de determinados entes, refiriéndose a bancos centrales independientes) *no sean removidas en caso de que no obedezcan a cada uno de los caprichos de la opinión pública – y ciertamente, a esas instituciones se les otorgó independencia precisamente para darles esa libertad –, no representa un permiso para ignorar lisa y llanamente la voluntad general. Más importante aún, el hecho de que sean independientes no significa que deban prescindir de representatividad . Los problemas de la política monetaria afectan a todos los sectores de la economía y no sólo a la comunidad financiera...*” (Stiglitz, 2002:38 - El resaltado me pertenece).

JORGE EDMUNDO BARBARÁ

51

Pero, a su vez, para ser representativos, los Entes requieren experticia, puesto que “*la falta de experticia no sólo dificulta a los cuerpos reguladores el cumplimiento efectivo de sus mandatos, sino que facilita que ellos sean influenciados por grupos de intereses especiales, estreche sus perspectivas y aumente en todo sentido su falta de representatividad*” (Stiglitz, 2002:39 – El resaltado me pertenece).

El reclamo hacia los Entes consiste, entonces, en resguardarlos de la captura por parte de los operadores privados, de la captura a la inversa por parte de los propios usuarios o por parte de quienes representan intereses sectoriales y de la captura por parte de los propios poderes políticos, y para resguardarlos de semejantes riesgos aparece la necesidad de la experticia, a la vez que se les exige representatividad en cuanto los intereses generales de la comunidad, desde su labor de expertos.

Ello nos lleva, pues, a la cuestión central de compatibilizar decisiones técnicas y decisiones políticas, toda vez que la cuestión radica en resolver la forma en que los expertos deben cumplir, también y simultáneamente, una función política.

Creo que aquí nos puede ayudar la sistematización de modelos referidos a las relaciones entre técnicos o científicos y políticos que originariamente efectuara Jürgen Habermas y que sistematizara prolijamente Klaus Lompe algunos años después⁷.

Tales autores mencionaban un *modelo decisionista*, un *modelo tecnocrático* y un *modelo pragmático*, para comprender aquellas relaciones. En el *modelo decisionista*, el político se sirve del conocimiento técnico, pero la práctica de propia afirmación y dominio requiere la imposición

interesada de un querer que decide. En última instancia no se puede fundamentar la acción política racionalmente, sino muy por el contrario se realiza una decisión entre concurrentes órdenes de valores y de creencias, los que prescinden de argumentos constrictivos y permanecen inaccesibles a discusiones vinculantes. Este modelo importa, en definitiva, el carácter instrumental de la ciencia respecto de la política.

En el **modelo tecnocrático** aparece invertida la relación de dependencia del experto con respecto al político, en razón de que el político se

⁷ Tales modelos fueron expuestos por JÜRGEN HABERMAS en *Verwissenschaftliche Politik in demokratischer Gesellschaft – Manuskriptdruck der Studiengruppe für Systemforschung*, Heidelberg, 1963. Fueron prolijamente desarrollados a lo largo de la obra de KLAUS LOMPE *Wissenschaftliche Beratung der Politik*, Otto Schwartz & Co. Göttingen, 1972.

REPÚBLICA ARGENTINA: RUPTURA DE CONTRATOS SOCIALES Y LA CUESTIÓN DE...

52

convierte en órgano ejecutor de una inteligencia científica. Esta inteligencia científica desenvuelve, bajo concretas circunstancias, la imposición de técnicas y fuentes de recursos disponibles y las estrategias de gobierno óptimas. Según este modelo, si el desconcierto y, con ello, la problemática de la decisión, pueden ser progresiva y totalmente suprimidos, queda al político en un Estado técnico tan sólo una actividad de decisión meramente ficticia. En todo caso sería el político algo así como un elemento supletorio o un elemento que llenaría el vacío de una racionalización todavía imperfecta del dominio, en donde de todas maneras la iniciativa ha pasado al análisis científico y a la planificación técnica.

En el **modelo pragmatístico** se presenta, en lugar de una estricta separación entre las funciones del experto y del político, una relación recíproca crítica. A través de esa relación recíproca crítica ambos sectores, es decir aquel sector de la orientación del valor y aquel sector del saber empíricamente estratégico, hacen accesible en su totalidad la comunicación, y por esa razón se transforma sustancialmente la relación. Ni es el experto – según vimos en modelo tecnocrático – soberano frente a los políticos, los que están sometidos a su imposición y sólo ficticiamente deciden; ni tampoco mantiene el político – según vimos en el modelo decisionista – un ámbito de reserva por encima de los sectores obligatoriamente racionalizados, en el cual se decide en cuestiones prácticas sólo a través de un acto del querer. Según el modelo pragmatístico se debe lograr una comunicación recíproca de manera que los expertos científicos “aconsejen” la decisión a las instancias competentes y, a la inversa, los políticos “comisionen” a los expertos científicos según las necesidades de la práctica. De esa manera debe alcanzarse una traducción de cuestiones prácticas en problemas científicos y a la inversa, de soluciones técnicas en respuestas prácticamente satisfactorias. Esa comunicación recíproca implica que, por un lado, el desenvolvimiento de nuevas técnicas y estrategias sea dirigido por un horizonte explícito de necesidades, es decir, por sistemas de valores y que, por otro lado, sean controlados, a su vez, esos intereses sociales reflejados en los sistemas de valores a través de las pruebas de las posibilidades técnicas y de los medios estratégicos para su satisfacción. Es decir que en la discusión entre científicos y políticos debe desarrollarse una dialéctica entre el “poder” y el “querer”, entre lo que se puede y lo que se quiere, un esclarecimiento recíproco del saber técnico y de la conciencia práctica.

En Argentina, y en general en la práctica de los Estados, el modelo que aún subsiste es el decisionista, en razón de que quien decide y su sistema

normativo aparecen como presupuestos, permaneciendo antes y por

JORGE EDMUNDO BARBARÁ

53

encima de los expertos quienes se limitan a efectuar un “asesoramiento científico de la política”. El marco de objetivos de quien decide es, a lo sumo, clarificado, interpretado, sistematizado.

Pero en el escenario de Entes independientes necesariamente conducidos por expertos a quienes se reclama decisiones tendientes a reconstituir compromisos sociales básicos, en razón de la ruptura sufrida por tales compromisos, de lo que se trata es que los compromisos colectivos sean reflejados de manera técnica, a través de la regulación y del control de determinadas áreas específicas. Ello requiere que las técnicas y estrategias se guíen por sistemas de valores pero que, a su vez, los intereses sociales contenidos en los sistemas de valores sean probados a través de su viabilidad técnica. Ello implica que el modelo a aplicar a los Entes Reguladores y de Control sea el pragmatístico, si es que se pretende experticia y representatividad en un órgano estatal independiente.

De esa manera, es posible representarse un Ente que, no obstante su especialidad, coopere en la obtención de confianza para lograr macroestabilidad, si bien a costa de menor responsabilidad democrática, precisamente por el carácter independiente del Ente.

d) El compromiso regulador.

El carácter independiente de los órganos estatales de regulación y control, a cargo de expertos que invistan representatividad, adquiere, entonces, importancia decisiva para el mantenimiento del *compromiso regulador*, esto es, el compromiso consistente en garantizar un espacio de previsibilidad y continuidad de políticas, que reviste particular importancia para que el sector privado genere inversiones en el ámbito respectivo de prestación de servicios (Lumbía:2000:5).

Esto es, desde el punto de vista conceptual, no necesariamente el comportamiento independiente de la función reguladora va ligado a la de una agencia o ente independiente, que constituye uno de los modelos institucionales a través de los cuales es posible cumplir la función normativa y de control que debe realizar el Estado.

Sin embargo, en una situación de fuerte desarticulación social e institucional, el ejercicio de la función regulatoria aparece no sólo aconsejado sino exigido que se confíe a Entes independientes a cargo de expertos, sustrayéndosela, hasta donde fuese posible, a las instancias políticas que, paradójicamente, invisten legitimación democrática directa.

Y ello así porque, como se vio, al estar rotos los contratos básicos, particularmente aquel que denominamos contrato jurídico, aparece clara la

REPÚBLICA ARGENTINA: RUPTURA DE CONTRATOS SOCIALES Y LA CUESTIÓN DE...

54

amenaza que las instancias políticas rompan todo compromiso regulatorio a través de una sucesión interminable de normas, contradictorias muchas veces entre ellas, dejando a cada uno de los sectores o ámbitos a regular, sumido en el caos y anarquía normativa, bajo la cual resultaría previsible advertir las pujas de intereses de los sectores involucrados.

Resulta también claro que resguardar la función regulatoria a Entes independientes constituidos por expertos no supone garantizar que el riesgo referido en el párrafo anterior no ocurrirá, pero sí creemos que ese riesgo

disminuye, toda vez que, en buena medida, la experticia facilita el cumplimiento de las funciones de los Entes y obstaculiza las influencias provenientes de grupos sectoriales, precisamente por el conocimiento que se supone poseen.

Pero en tiempos de ruptura de contratos, el requerimiento de Entes independientes reclama dar un paso más.

En situaciones de normalidad social e institucional, el Ente independiente cumple sus tareas en un escenario en el cual existe una separación de funciones entre el nivel político – Poder Ejecutivo, Poder Legislativo – y el especializado. Aún cuando los límites no son tan precisos, se supone que la definición de la macropolítica sectorial corresponde a las instancias políticas, en tanto que a la instancia independiente le corresponde la aplicación de esa política. El modelo que se compadecería con tal división de funciones sería el decisionista.

Sin embargo, si las instancias políticas se encuentran en un escenario de regresión institucional, con la consiguiente debilidad, y al cual nos hemos referido al hablar del “contrato jurídico” y el “contrato histórico”, parece razonable sustraer de las instancias políticas decisiones que agraven la desarticulación institucional, delegándolas en Entes independientes.

En otras palabras, el sistema de valores y los correlativos intereses sociales contenidos en ese sistema de valores aparecen más resguardados si su definición se confía a órganos independientes con conocimiento especializado, que si se confía a actores cuyos actos se caracterizan por su volatilidad, inconsecuencia, y debilidad estructural.

Entonces, pareciera recomendable en momentos de fuerte desarticulación social e institucional, que las definiciones sobre políticas generales en la prestación de determinados servicios sean *también* competencia de los Entes Reguladores y de Control.

Traducido en términos de modelos de relacionamiento entre técnicos y políticos, supondría que, para ese nivel de definiciones, se adopte el modelo pragmatístico – no el tecnocrático –, toda vez que el modelo

JORGE EDMUNDO BARBARÁ

55

pragmatístico reclama temperamento y función política al experto – y un abandono –para las cuestiones macro- del modelo decisionista.

Juega aquí un importante papel práctico la forma de designar la conformación personal de los Entes.

Ya en 1994, advirtiendo que los nuevos Entes cumplieran no sólo meras funciones técnicas sino también funciones políticas, decíamos:

“Concursos: ¿El mejor procedimiento de selección? En cuanto a la conformación personal del órgano directivo, creo que es necesario compatibilizar dos requerimientos: lealtad a la cosmovisión política global que determinó la reforma del Estado y competencia técnica o formación específica en la disciplina de que se trate.”

“Los concursos para la provisión de tales cargos aparecen como la forma más aconsejable para la designación en los mismos. Sin embargo, los concursos sólo apuntan a resguardar la competencia técnica de los postulantes y no al resguardo de la lealtad a una variada cosmovisión política. En efecto, los concursos pueden constituir, si se los observa sanamente, instrumentos eficaces para seleccionar expertos, pero pueden convertirse en Caballo de Troya, portador de la destrucción misma del sistema que se

pretende efectivizar. Ello así porque, normalmente, y aún en este estadio de la reforma del Estado, son relativamente pocos los expertos identificados o “educados” en las nuevas reglas de juego. Por tanto, existe un riesgo concreto de ocupación de cargos por parte de personas formadas en políticas intervencionistas, si provienen de la burocracia estatal, o en el trabajo de lobby y captura del Ente, si provienen del sector privado. En ambos casos se vería frustrado no sólo al Ente sino a la política de privatización misma. Y establecer pautas limitativas para ambos sectores, así como obligación de profesar una determinada fe ideológica en lo político o económico como requisito necesario para concursar, dejaría siempre abierta la posibilidad de cuestionamientos administrativos o judiciales o de revisiones políticas en momentos futuros.”

“Quizás una forma adecuada consista en una combinación de designaciones políticas y de designaciones técnicas, entendiéndose que las designaciones “políticas” no significan entronización de políticos en cargos técnicos, sino de técnicos o expertos conocedores de la materia en cuestión, designados discrecionalmente por el poder político.”

“Es bueno aquí recordar que estas reflexiones no son accesorias. Las instituciones dependen, para su éxito o fracaso, de los hombres, que tienen la misión de ponerlas en práctica y del instrumento de que disponen para el cumplimiento de los fines que motivaron su creación.” (Barbará, 1994).

REPÚBLICA ARGENTINA: RUPTURA DE CONTRATOS SOCIALES Y LA CUESTIÓN DE...

56

Si se tiene en cuenta el carácter independiente y experticio del Ente y, por ende, su menor responsabilidad democrática, Ente al cual también le estamos exigiendo el cumplimiento de funciones políticas, se torna, pues, imprescindible, insistir en la importancia que reviste la designación de quienes deben cumplir los diversos roles en el mismo, particularmente sus órganos directivos, y las facultades de los órganos políticos para tal designación, particularmente los del Parlamento, así como las causales y procedimientos para su remoción.

Previsiblemente, este requerimiento de “expertos-políticos” pueda también fundarse por los problemas de capacidad de gestión que revelan las causas de la ruptura de contratos respecto de los actores que han cumplido roles en las instancias políticas, capacidad de gestión que aparecería inherente a la condición de experto que se reclama para los Entes Reguladores y de Control.

Está claro que la implementación del modelo pragmatístico, aplicado a Entes independientes a fin de cooperar en la recomposición de los contratos sociales rotos, *supone dotarlo de mayores atribuciones en cuanto definidores de políticas, y por ende, de creadores de derecho*, y es aquí que también debemos señalar que el esfuerzo por lograr mayor macroestabilidad se obtiene a costa de menor responsabilidad democrática.

En épocas de crisis estructurales, creo que no son de temer los avances “científicos” hacia la política, menos si se restringen a áreas especializadas. Hans Kelsen, alrededor de 1920, advirtiendo los peligros que acechaban a la democracia desde la izquierda y desde la derecha, se preocupó por reflexionar acerca de los mecanismos a través de los cuales podía fortalecerse el Parlamento, particularmente en su carácter de medio específico y técnico social para la estructuración de un orden estatal.

Esto es, en razón de que, en el Parlamento, la impericia de sus componentes

determinaba carencia de los conocimientos técnicos necesarios para elaborar buenas leyes sobre los diversos sectores de la vida pública, erosionando la credibilidad en esa institución vital para la democracia, produciendo fatiga respecto de la misma, formulaba una propuesta que estimo provocadora:

“Hasta se podría plantear la idea de no obligar a los partidos políticos a enviar un número de diputados individualmente designados, y siempre los mismos, en proporción a la importancia del partido, que hubiesen de colaborar en la resolución de todas las cuestiones, incluso las de tecnicismos más diversos, sino que se podría permitir a los partidos delegar de

JORGE EDMUNDO BARBARÁ

57

su propio seno, según la oportunidad de cada caso, los expertos conque pudieran contar para participar en la deliberación y adopción de acuerdos sobre las diversas leyes, expertos que en cada caso influirían en la resolución con el número de votos asignados proporcionalmente a sus respectivos partidos políticos”(1977:71).

Subyace en la propuesta del insigne defensor de la democracia la independencia de criterio de expertos, que deben devenir en políticos en razón de los intereses colectivos que están obligados a regular, frente al riesgo de la ruptura total de todos los acuerdos que una democracia supone, en razón de los totalitarismos amenazantes.

Bibliografía

ALBERDI, JUAN BAUTISTA: *Bases*, Castelví, Santa Fe, 1963.

BARBARÁ, JORGE EDMUNDO: *El Camino de la Reforma Pendiente: Criterios constitucionales para el control social de la regulación*, Documento presentado en el VI Congreso Internacional de CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, celebrado en Buenos Aires, Argentina, del 5 al 9 de noviembre de 2001.

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

FERREIRA RUBIO, DELIA M.: *Crisis de la relación representante/representado. El caso argentino*, en *Representación Política y Democracia*, Carlota Jackisch (Compiladora), CIEDLA, Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, 1998.

GARCÍA DELGADO, DANIEL R.: *Estado y Sociedad*, Ed. Norma S.A., Buenos Aires, 1994.

HABERMAS, JÜRGEN: *Verwissenschaftliche Politik in demokratischer Gesellschaft – Manuskriptdruck der Studiengruppe für Systemforschung*, Heidelberg, 1963.

HELLER, HERMAN: *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed. en español, Méjico, 1998.

JACKISCH, CARLOTA: *La representatividad política en Cuestión*, en *Representación Política y Democracia*, ob. cit.

KELSEN, HANS: *Esencia y Valor de la Democracia*, Guadarrama, Barcelona, 1977.

LOMPE, KLAUS: *Wissenschaftliche Beratung der Politik*, Otto Schwartz & Co. Göttingen, 1972.

LUMBÍA, 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.

OSZLAK, OSCAR: *La formación del Estado Argentino*, Editorial Planeta, Buenos Aires, 1997.

ROUQUIÉ, ALAIN: *Poder militar y sociedad política en Argentina (I y II)*, Emecé, Buenos Aires, 1985.

REPÚBLICA ARGENTINA: RUPTURA DE CONTRATOS SOCIALES Y LA CUESTIÓN DE...

58

STIGLITZ, JOSEPH: *Mejorando la eficiencia y la capacidad de respuesta del sector público: lecciones de la experiencia reciente*, Revista del CLAD, *Reforma y Democracia*, Caracas, N° 22, 2002.

JORGE EDMUNDO BARBARÁ

59

HABEAS DATA, UNA DECADA DE VIGENCIA CONSTITUCIONAL (1994 - 2004)

por Ricardo S. Bianciotti*

Resumen: Se reseñan los diez años de nuestra reforma constitucional (art. 43 C.N.) que receptó el Habeas Data, desde la perspectiva legislativa, doctrinaria y jurisprudencial, conceptualizando el derecho a la autodeterminación informativa, la acción, su etimología, sus características, sus límites, la legitimación para el ejercicio y su procedimiento.

Palabras clave: Amparo, Autodeterminación informativa, Bancos de datos públicos y privados, Datos sensibles, Derecho a la Intimidad, Derechos Humanos de tercera generación, Habeas data, Información, Privacidad, Protección de la vida pública y privada, Registro, Trámite.

Sumario: 1. Introducción. 2. El conflicto de derechos: privacidad vs. Información, y el control constitucional. 3. El derecho a la autodeterminación informativa o a la libertad informática. 4. Hábeas Data. Noción conceptual. Objeto. Presupuestos fácticos. Constitución Nacional de 1994. 5. Etimología. 6. Ambito de aplicación. 7. Derecho a la protección de la intimidad. 8. Derecho de acceso a la información. 9. Derecho a conocer la finalidad del uso de los datos. 10. Derecho de supresión, rectificación, confidencialidad y actualización de los datos. 11. Legitimación. 12. Procedimiento. 13. Procedencia. 14. Imprudencia. 15. Rechazo. 16. Alcance. 17. Conclusión.

1. Introducción:

Hace diez años, el Rector de la Universidad Nacional de Córdoba Francisco Delich, electo convencional constituyente nacional, nos invitó a elaborar un proyecto de reforma constitucional.

* Investigador por concurso del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. 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.

60

Los investigadores creemos tener utopías en torno a nuestros proyectos, y cuando podemos cristalizar en realidades nuestros anhelos, nos sentimos satisfechos.

Esta satisfacción corresponde a un grupo, que desde nuestro Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (U.N.C.) aportó un pequeño grano de arena, que se transformó en la reforma constitucional del hábeas data (Art.43 C.N.) logrando garantizar los derechos individuales, regulando el derecho a controlar la inclusión y tratamiento de los datos preservando su intimidad, en suma garantizando la privacidad de las personas.

Rindo homenaje a la honestidad intelectual de Francisco Delich por haber presentado y defendido nuestro proyecto como un maestro, y recuerdo con afecto a los que conformamos ese equipo de los sueños hechos realidad: Patricia Marcela Etienne, Andrea Isabel Fornagueira, María Raquel Martínez de González, Carlos Luis Monzó, Gustavo Murugarren, Carla Saad de Bianciotti, Héctor Mario Silvestro, Juan Carlos Torres y Andrés Vasallo.

2. El conflicto de derechos: privacidad vs. información, y el control constitucional.

Nuestra investigación cimentó el proyecto del constituyente Francisco Delich, sobre el Hábeas Data (Art. 43 C.N), presentado con el fin de garantizar

los derechos individuales, al regular el derecho de las personas a controlar la inclusión y tratamiento de sus datos preservando su intimidad.

Se ha detectado que la sociedad moderna asiste al surgimiento de tres nuevas formas de poder: el informático, el de los medios de comunicación y el de la ciencia.

¹ DELICH, FRANCISCO. En oportunidad de su discurso ante la Honorable Convención Nacional Constituyente dijo: "A continuación quiero referirme puntualmente al proyecto que ha dado lugar a esta cláusula. Comenzaré por rescatar el trabajo de un grupo de investigadores de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba que estudiaron y fundamentaron este proyecto. Ellos son el Doctor RICARDO BIANCIOTTI y un grupo de investigadores junior: PATRICIA MARCELA ETIENNE, ANDREA ISABEL FORNAGUEIRA, MARÍA RAQUEL MARTÍNEZ DE GONZÁLEZ, CARLOS LUIS MONZÓ, GUSTAVO MURUGARREN, CARLA SAAD DE BIANCIOTTI, HÉCTOR MARIO SILVESTRO, JUAN CARLOS TORRES y ANDRÉS VASSALLO. No necesito decir que me honra, tanto como Rector de la Universidad como Convencional Constituyente, este aporte de la Universidad a la nueva Constitución. Convención Nacional Constituyente, versión taquigráfica de la sesión ordinaria del 12.08.1994, Diario de Sesiones, Tomo IV, pags. 4.107/8.

² BIANCIOTTI, RICARDO y SAAD DE BIANCIOTTI, CARLA. "Hábeas Data", en Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. 1994, pags. 111 a 129.

RICARDO S. BIANCIOTTI

61

El poder de la informática, en particular, requiere de contrapoderes para evitar que ella pueda atentar contra la vida privada, la dignidad, y las libertades públicas e individuales³. En los sistemas constitucionales hay una regla de oro subyacente, no necesariamente escrita pero que se infiere de la propia estructura del equilibrio que suponen los sistemas de democracia constitucional, según la cual a todo acrecentamiento del poder debe corresponder un vigoramiento de los controles, un mejoramiento de las garantías y un acentuamiento de las responsabilidades. Uno de los avances del pensamiento jurídico institucional del tercer milenio, es precisamente entender y hacer entender que un derecho sin garantías es un eufemismo. El impacto tecnológico junto a los nuevos modos de agregación social, ejercen sobre el derecho una notable influencia⁴.

Esto hace que los datos sean posibles de capturar cada vez más rápidamente, de circular con mayor velocidad y de expandirse en forma casi inmediata a una multiplicidad de lugares en un mismo tiempo. Todo esto trae aparejada la posibilidad que la "intimidad" de una persona sea perturbada por la acción indebida de terceros.

Entonces, no es suficiente la protección frente a la violación del secreto, la inviolabilidad del domicilio, etc., sino que es necesario dar un paso más hacia los derechos positivos de la persona en orden a sus datos y al conocimiento de toda información de que se dispone para la toma de decisiones⁵.

La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha conceptualizado la intimidad como el "derecho a decidir por sí mismo en qué medida compartirá con los demás sus pensamientos, sus sentimientos y los hechos de su vida personal"⁶.

³ FAUVET, JAQUES. "Hay que defender las libertades individuales" en Boletín de la Secretaría de Ciencia y Técnica, 1987/13, Buenos Aires, pág. 27.- El Dr. Fauvet participó en la Segunda Guerra Mundial, en su calidad de oficial de la caballería blindada; en 1945 ingresa como redactor al diario Le Monde, del que será director hasta 1982; en junio de 1984 es nombrado miembro de la Comisión Nacional de Informática y Libertades de Francia.

⁴ BIANCIOTTI, RICARDO. "Informática y Derecho a la Intimidad. Su tutela constitucional", en Libro de ponencias del I y II Coloquio Nacional de Docencia e Investigación en Informática y Derecho, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba; Colegio de Abogados

de Córdoba y Colegio de Escribanos de Córdoba, abril 1987 - abril 1988, pág. 16.

⁵ PARRELLADA, CARLOS. “*El derecho de la persona y la informática*” en Responsabilidad por Daño, Homenaje a Jorge Bustamante Alsina, T. II, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1990, pág. 352-360.

⁶ CS, in re “Ponzetti de Balbín, Indalia E. c/Ed. Atlántida S.A.”, 11-XII-84, considerando 8 del voto de la mayoría y considerando 20 del voto del Dr. Petracchi, Fallos 306-1892.

HABEAS DATA, UNA DÉCADA DE VIGENCIA CONSTITUCIONAL (1994 - 2004)

62

El control de la información constituye en la actualidad la faceta más importante de la intimidad y se erige como medio más eficaz para proteger la reserva de la vida privada en todas sus formas; por una lado, a través de la posibilidad de mantener ocultos o reservados ciertos aspectos de la vida privada de una persona, y por otro el control que cada individuo tiene sobre el manejo y circulación de la información que sobre su persona ha sido confiada a un tercero⁷.

La consagración constitucional de la acción de Hábeas Data, es un vallado que previene contra los posibles abusos de los poseedores de información sensible en sus bancos de datos.

3. El derecho a la autodeterminación informativa o a la libertad informática

Así lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, al receptar la acción de Hábeas Data como “un instituto entrañablemente vinculado al derecho a la intimidad, como un instrumento destinado a evitar injerencias extrañas en la vida privada, pero también a fin de proteger el honor, el derecho a la identidad y a la propia imagen”⁸.

La Corte en forma unánime ha reconocido la obligación del Estado de producir información objetiva sobre la que posea en sus bancos de datos; consagrando el derecho a la información objetiva; el Dr. Petracchi en el voto de mayor sustancia dijo: “*El objeto específico de la acción intentada es la obtención de datos y por lo tanto sólo resulta viable mediante hábeas data, es decir, el recurso tendiente a facilitar el acceso a la información en virtud del derecho consagrado por la norma constitucional (art.43 C.N.)*.”

... “*se solicita el acceso a datos, ámbito específico del hábeas data.*” Posteriormente reseña la evolución del Tribunal Constitucional Alemán (sentencia del censo) y hace presente: “*A esta decisión se le atribuye la configuración del concepto de “autodeterminación informativa” o libertad informática, que es reconocido actualmente en forma predominante como el fundamento del hábeas data en las legislaciones que contemplan derechos análogos*”⁹.

⁷ FERREIRA RUBIO, DELIA MATILDE. “*El derecho a la intimidad - Análisis del art. 1071 bis del Código Civil*”, Ed. Universidad, Buenos Aires, Mayo de 1982, pág. 44.

⁸ CS, in re “Urteaga, Facundo R. c/ Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas”, octubre 15-998, Fallos 321, p. 2767.

⁹ C.S Voto del Dr. Petracchi, considerandos 7, 8 y 10, in re URTEAGA cit., p. 2795-2796.

RICARDO S. BIANCIOTTI

63

Profundiza el Ministro Petracchi sobre la autodeterminación informativa y ahondando expresa: “El punto fundamental de la argumentación de la Bundesverfassungsgericht fue la consagración de la “autodeterminación informativa”. Según este concepto es el ciudadano quien debe decidir sobre la cesión y uso de sus datos personales. Este derecho -se dijo- puede ser restringido por medio de una ley por razones de utilidad social, pero respetando el

principio de proporcionalidad y garantizando que no se produzca la vulneración del derecho a la personalidad. Que, de acuerdo con esta concepción, en un estado de derecho, el ciudadano es propietario de los datos que sobre él se registran; por lo tanto, ellos deben estar a su disposición para que sea él quien decida si los cede o en qué condiciones lo hace. Según Hassemer -actual juez del Tribunal Constitucional alemán, y Comisionado para la Protección de Datos de Hesse (Datenschutzbeauftragter) durante varios años-, en los países con un alto grado de desarrollo en sus esquemas de derechos fundamentales se ha convertido en algo natural y evidente que la protección de la privacidad del ciudadano está íntimamente unida al derecho a la información". ... "Para decirlo con las palabras del Tribunal Constitucional alemán, "si un ciudadano no tiene información sobre quien ha obtenido información sobre él, qué tipo de información y con que medios la ha obtenido, ya no podrá participar en la vida pública sin miedo"¹⁰.

De la dignidad y libertad, entendida como libre autodeterminación deriva la facultad de la persona de decidir básicamente por sí misma cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a su propia vida. Por ello el tribunal entendió que "sería contrario a dicha facultad de autodeterminación un orden social y un orden jurídico que hiciese posible al primero, que el ciudadano ya no pudiera saber quién, qué, cuándo y con qué motivo se sabe algo sobre él ... esto no sólo menoscabaría las oportunidades del desarrollo de la persona individual sino también el bien público, porque la autodeterminación constituye una condición elemental de funcionamiento de toda comunidad fundada en la capacidad de obrar y de cooperación de sus ciudadanos"¹¹.

Frosini concibe libertad informática como el nuevo derecho "de autotutela de la propia identidad informática": o sea, el derecho de controlar (conocer, corregir, quitar o agregar) los datos personales consignados en

¹⁰ Voto del Dr. Petracchi, considerandos 10 in fine y 11, in re Urteaga cit.

¹¹ PEREZ LUNO, ANTONIO ENRIQUE, "Los Derechos Humanos en la sociedad tecnológica", en Cuadernos y Debates, Nro. 21, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pag. 140.

HABEAS DATA, UNA DÉCADA DE VIGENCIA CONSTITUCIONAL (1994 - 2004)

64

un sistema informático¹². En el plano jurídico la intimidad se vincula al concepto de libre desarrollo de la personalidad, reconocido como valor fundamental (Grundwert) por distintas Constituciones actuales, por ejemplo la Grundgesetz de la Constitución Alemana proclama el libre desarrollo de la personalidad (freie Entfaltung der Persönlichkeit) en su art.2.1; este valor se desglosa, en opinión de Adlbert Podlech³ en dos libertades básicas: la libertad general de acción (allgemeine Handlungsfreiheit), entendida como libertad para decidir la realización u omisión de determinados actos y la consiguiente facultad para comportarse o actuar de acuerdo con esa decisión; y la autodeterminación informativa (informationelle Selbstbestimmung), que se refiere a la libertad para determinar quién, qué y con qué ocasión pueden conocer informaciones que conciernen a cada sujeto. El derecho a la autodeterminación informativa (Recht auf informationelle Selbstbestimmung), construcción de la doctrina y la jurisprudencias germanas equivalentes a la libertad informática, tiene en la sociedad tecnológica la función de garantizar a los ciudadanos las facultades de información, acceso y control de los datos que les conciernen. Esa forma de intimidad no se concibe como un valor intrasubjetivo, sino como autodeterminación

del sujeto en el seno de sus relaciones con los demás ciudadanos y con el poder público.

El derecho a la libertad informática constituye una modalidad de la libertad personal reconocida a los ciudadanos tendiente a proteger jurídicamente su “identidad informática”. Para el ejercicio del derecho a libertad informática se precisa reconocer y garantizar las facultades de: conocimiento y acceso por parte de los ciudadanos de las informaciones que les conciernen contenidas en bancos de datos. Por ello, indica Frosini, que al tradicional hábeas corpus corresponde en las sociedades tecnológicas el hábeas data¹⁴.

¹² FROSINI, VITTORIO, “Il nuovo diritto del cittadino”, en el vol. a cargo de F. Riccobono, “Nuovi diritti dell’età tecnologica”, (Atti del Convegno tenuto a Roma presso la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, 5/6 maggio 1989), Giuffrè, Milano, 1991, pp.75 y ss.

¹³ PODLECH, ADALBERT, Art.2 Abs.1, en Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), Luchterhand, Neuwied-Darmstadt, 1984; cit. por ANTONIO ENRIQUE PEREZ LUÑO, en “Vittorio Frosini y los nuevos derechos de la sociedad tecnológica”, en Informática e Diritto, Atti della giornata celebrativa in occasione dei 70 anni di Vittorio Frosini (Pisa, Scuola superior S.Anna, 27.03.92) Edizioni Scientifiche Italiane, XVIII annata - Seconda serie - vol.I (1992) - n. 1-2 (fascicolo doppio), pag.106 y ss..

¹⁴ FROSINI, VITTORIO, “Il nuovo diritto del cittadino”, ob. cit. pag.77.

RICARDO S. BIANCIOTTI

65

El hábeas corpus y el hábeas data representan, además, dos garantías procesales de aspectos diferentes de la libertad. Así, mientras el hábeas corpus se circunscribe a la libertad física y externa de la libertad; el hábeas data protege aspectos internos de la libertad: la identidad personal, su autodeterminación, su intimidad, etc., concretado en las garantías de acceso y control de las informaciones procesadas en bancos de datos. La relevancia de la libertad informática como nuevo derecho destinado a garantizar jurídicamente la “identidad informática” de las personas, es decir, su facultad de acceder (hábeas data) y controlar sus datos personales; así como a restablecer el equilibrio de poderes en la sociedad tecnológica.

4. Hábeas Data. Noción conceptual. Objeto. Presupuestos fácticos. Constitución Nacional de 1994.

Como novedad absoluta dentro de las garantías constitucionales introducidas por la reforma se encuentra el “Hábeas Data”¹⁵, el art.43 de la Constitución Nacional ha recepcionado el instituto, como una variable de la acción de amparo, como vía procesal constitucional¹⁶; para nosotros es una acción constitucional, enmarcada en los derechos humanos de tercera generación, dado que posee particularidades propias y una proyección superior al amparo genérico, que receptó los derechos humanos de segunda generación, y por ende al hábeas corpus que comenzó con los derechos humanos de primera generación; su ubicación dentro del capítulo segundo sobre “Nuevos derechos y garantías”, consagra la protección del derecho a la intimidad, la vida privada, el derecho al honor, el derecho a la identidad y a la propia imagen.

ANÁLISIS DEL ARTICULO 43 3er. PARRAFO C.N.

ARTICULO 43

TODA PERSONA PUEDE INTERPONER ACCION EXPEDITA Y RAPIDA DE AMPARO SIEMPRE QUE NO EXISTA OTRO MEDIO JUDICIAL MAS IDONEO,

¹⁵ QUIROGA LAVIE, HUMBERTO. “El Amparo, el Hábeas Data y el Hábeas Corpus”, en La reforma de la Constitución, explicada por miembros de la Comisión de Redacción, Ed.

Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Octubre 1994.

¹⁶ SAGÜES, NÉSTOR PEDRO. “*Amparo, Hábeas Data y Hábeas Corpus*” en la *Reforma Constitucional* en Rev. Jurídica La Ley 1994-D,1151, Bs. As. Argentina. Posición receptada por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en pleno, in re: Costa Esquivel, Oscar A. c/ Co.de.me., (Dres.: Kemelmajer de Carlucci, Romano, Böhn, Nanclares, Salvini y LLorente) en L.L. 1999-B, 588, con nota a fallo de BEATRIZ MARTORELLO y SILVIA V. GUAHNON, Cuestiones procesales para la interposición de la Acción de Hábeas Data.

HABEAS DATA, UNA DÉCADA DE VIGENCIA CONSTITUCIONAL (1994 - 2004)

66

(3er. párrafo - Hábeas Data)

*TODA PERSONA PODRA INTERPONER ESTA ACCION PARA TOMAR CONOCIMIENTO DE LOS DATOS A ELLA REFERIDOS Y DE SU FINALIDAD, QUE CONSTEN EN REGISTROS O BANCOS DE DATOS PUBLICOS, O LOS PRIVADOS DESTINADOS A PROVEER INFORMES, Y EN CASO DE FALSEDAD O DISCRIMINACION, PARA EXIGIR LA SUPRESION, RECTIFICACION, CONFIDENCIALIDAD O ACTUALIZACION DE AQUELLOS. NO PODRA AFECTARSE EL SECRETO DE LAS FUENTES DE INFORMACION PERIODISTICA*¹⁷.

5. Etimología

Etimológicamente, *Hábeas*, segunda persona del subjuntivo de “habeo, habere...”, significa “tengas en su posesión”, que es una de las acepciones del verbo; y *Data*, acusativo plural de “datum”, es definido por los diccionarios más modernos como “representación convencional de hechos, conceptos o instrucciones de forma apropiada para la comunicación y procesamiento por medios automáticos”¹⁸.

Para Ackel Filho¹⁹ es una acción mandataria, sumaria y especial destinada a la tutela de los derechos de los ciudadanos frente a los bancos de datos con la finalidad de permitir el conocimiento de las informaciones registradas y proveer a su rectificación en caso de no corresponder a la verdad.

6. Ambito de aplicación

La palabra “registro” significa literalmente “lugar donde se puede ver algo, padrón, matrícula, asiento que queda de lo que se registra”²⁰. Además de los medios automáticos el ámbito de protección se extiende a los registros manuales u otros. Se ha indicado al respecto que en Francia, durante la ocupación, “la Gestapo realizó bastante eficazmente su trabajo, sin disponer de ficheros electrónicos interconectados”. Es decir, que en este

¹⁷ CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA. Publicada en el Boletín Oficial de la Nación el 23.08.94.

¹⁸ OTHON SIDOU, J.M. “*Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: Mandamiento de ejecución y hábeas data*”, L.L. 1992-E sección doctrina, pág. 1010-1019.

¹⁹ ACKEL FILHO, “Rights constitucionais”, Saraiva, 1988, p.116, cit. por Bergel, Salvador Darío en “El Hábeas Data: Instrumento protector de la privacidad”. Revista del Derecho Privado y Comunitario. Nro.7 Derecho Privado en la reforma constitucional. Ed.

Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 1994, p.214.

²⁰ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Real Academia Española, Decimonovena edición, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1970, pág. 1122.

RICARDO S. BIANCIOTTI

67

terreno la calidad del tejido social, la pluralidad de fuerzas y el juego de contrapoderes, derrotan a las trampas liberticidas a que pueda tender la tecnología²¹. Quien tiene dominio sobre las bases de datos y ejerce el control de la información, será el sujeto pasivo de la acción de Hábeas Data. La jurisprudencia ha resuelto sobre la legitimación pasiva:

“*Sólo se preserva en forma eficiente el derecho consagrado por el*

*artículo 43, párrafo tercero, de la Constitución Nacional en la medida en que se entienda por registros o bancos de datos públicos aquellos que obran en organismos del Estado, incluso y en especial, los reservados con carácter secreto. Rechazar la acción de hábeas data por considerar que los particulares no pueden tener acceso a la información obrante en las fuerzas armadas y organismos de seguridad del Estado por obvias razones de seguridad pública, constituye una afirmación dogmática carente de razonabilidad (...)*²².

7. Derecho a la protección de la intimidad

Se consagra expresamente el derecho a la protección de la intimidad de las personas, lo que implica garantizar la facultad de conocer el contenido de los registros, rectificarlos o incluso suprimirlos.

Se protege el derecho de toda persona a tomar conocimiento de los datos a ella referidos y a sustraerse de la publicidad, anuncios o notoriedad. Abarca la identidad, la voz, la imagen, la edad, la nacionalidad, la salud, los hábitos sexuales, las ideas religiosas, políticas y filosóficas y la situación patrimonial²³. El bien tutelado es *“la reserva espiritual de la vida del hombre, asegurando su libre desenvolvimiento en lo personal, en sus expresiones y en sus afectos”*²⁴.

²¹ NORA, SIMÓN y MINC, ALAIN. *“La informatización de la sociedad”*, Trad. castellana de P. García de Pruneda y R. Ruza, Fondo de la Cultura Económica México-Madrid, Bs.As., 1980.

²² CS, 16/9/1999 – in re Ganora, Mario F. y otra s/ habeas corpus. 2000-II-43. Fallos 322 - 2142

²³ FROSINI, VITTORIO. *“Il diritto nella società tecnologica”*, Ed. Giuffré, Milano, 1981. Cornú, Gerard, *“L’ evolution du droit des contrats en France”*, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. I, año 1979, pág. 447, en Bianciotti, Ricardo; *“Marco Conceptual de las Transferencias Electrónicas de Fondos”*, Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1993, pág. 42.

²⁴ ZAVALA DE GONZALEZ, MATILDE. *“Derecho a la intimidad”*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982, p. 87.

HABEAS DATA, UNA DÉCADA DE VIGENCIA CONSTITUCIONAL (1994 - 2004)

68

La jurisprudencia ha resuelto:

“El instituto del hábeas data constituye un instrumento destinado a evitar las intromisiones injustificadas en la vida privada de las personas que pueden derivar del registro indiscriminado de datos, situación que se configura claramente cuando se trata de datos falsos o desactualizados. Pero frente al registro legítimo de un dato verdadero sólo cabe analizar la posibilidad de que la información sea discriminatoria o bien que produzca una injerencia desmesurada en la privacidad del afectado, ponderada en relación con la finalidad de la conservación de los registros²⁵”.

8. Derecho de acceso a la información

Implica el derecho que tiene toda persona de saber cuales y cómo se encuentran registrados sus datos en toda clase de registros. Su objeto es recabar información, conociendo qué se registró. Es la posibilidad que tiene cualquier persona de obtener sin demora y sin gastos excesivos la confirmación de la existencia o no de sus datos de carácter personal.

La jurisprudencia ha resuelto:

“El hábeas data integra en la actualidad, juntamente con el amparo y el hábeas corpus, la trilogía de las principales garantías que con el fin de resguardar los derechos individuales reconoce la Constitución Nacional

mediante la norma expresa del artículo 43 incorporado luego de la reforma del año 1994²⁶ ”.

“El hábeas data tiene cinco objetivos principales: a) que una persona pueda acceder a la información que sobre ella conste en un registro o banco de datos; b) que se actualicen datos atrasados; c) que se rectifiquen los datos inexactos; d) que se asegure la confidencialidad de cierta información legalmente obtenida para evitar su conocimiento por terceros, y e) la supresión del registro de la llamada información sensible (vida íntima, ideas políticas, religiosas o gremiales)²⁷ ”.

9. Derecho a conocer la finalidad del uso de los datos

A fin de fundamentar con precisión su hipotético agravio. Se garantiza el conocimiento de la finalidad invocada para su recolección, y también la utilización para otros fines distintos cuando éstos no causen agravio

²⁵ CS, 9-3-99, Matimport SA – Fallos 392 - 260.

²⁶ CS, 15/10/98, Urteaga, cit; fallos 321-2776.

²⁷ CFCACap., 4ª, 5-9-95, Farrel c/BCRA; 4-10-95, Gaziglia c/BCRA – ED – 167-169.

RICARDO S. BIANCIOTTI

69

a la intimidad personal. Su objeto es examinar con que fin (para qué), para quien se realizó el registro y quien obtuvo los datos que constan en el banco de datos.

La jurisprudencia ha resuelto:

“La acción de habeas data deducida contra el Estado Nacional y una provincia tendiente a obtener información sobre datos personales obrantes en “organismos públicos”, no tiene por finalidad establecer o delimitar responsabilidades²⁸ ”.

10. Derecho de supresión, rectificación, confidencialidad y actualización de los datos.

En relación a los derechos titulados, Sesin ha delimitado el ámbito de aplicación de estos objetivos²⁹, en una clasificación que compartimos, por considerarla clarificadora.

Se contempla el derecho a exigir en los registros la supresión (borrado) de aquellos datos personales falsos o discriminatorios, esto es cuando consten datos absolutamente privados que puedan lesionar su intimidad o trasuntar discriminación sobre la raza, religión, ideas políticas, conducta sexual, moral, etc., son los denominados datos “sensibles”, Su objeto es eliminar el contenido discriminatorio de la información.

En este punto coincidimos con la opinión de Quiroga Lavié³⁰ quien expresa: “ El titular de la acción de hábeas data tiene derecho a exigir las siguientes modificaciones en los registros o bancos de datos: la supresión de la información registrada, cuando ella fuere falsa o, siendo verdadera, no hubiere sido autorizado su registro por el damnificado, salvo competencia dispuesta por ley para hacer el registro por parte de la autoridad o, eventualmente, del particular que tiene a su cargo el banco de datos; dentro del concepto de falsedad deben comprenderse, latu sensu, a los datos erróneos u obsoletos, pues dichos vicios convierten la veracidad del dato en su opuesto; también procede la supresión cuando los datos almacenados fueren discriminatorios, lo cual implica que se encuentra prohibida en la norma la recolección de datos sensibles, en razón de que por lo general ellos pueden ser utilizados con una finalidad discriminatoria;

²⁸ CS, 31-8-99, Santucho c/ E. N, fallos 322:2033.

²⁹ C1a.Contencioso administrativo. Córdoba, marzo 29-995, in re: García de Llanos, Isabel c. Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba, del voto del Dr.Sesín, considerando 4, objetivos, en LLCba. 1995 pag. 95.

³⁰ QUIROGA LAVIE, HUMBERTO: “Hábeas Data”, Bs. As., Ed. Zavalia, 2001, p. 42 y 43. HABEAS DATA, UNA DÉCADA DE VIGENCIA CONSTITUCIONAL (1994 - 2004)

70

La jurisprudencia ha resuelto:

“Cuando el objeto específico de la acción que entabla el particular es la obtención o supresión de datos, la vía adecuada resulta el hábeas data, instituto que ha sido denominado amparo específico o informático porque tiene la naturaleza de una acción expedita y rápida para la protección de los datos personales, dado el avance de la tecnología sobre el derecho a la privacidad”.

Frente a las inexactitudes que pudieran contener los registros, se consagra el derecho de rectificación (corrección) de los datos erróneos. Ej.: si figura con sanciones en su legajo personal cuando nunca fue sancionado.

Su objeto es corregir o sanear informaciones falsas, inexactas, imprecisas, o ambiguas a fin de impedir que den lugar a más de una interpretación.

No debe el titular del derecho justificar daño alguno como consecuencia de la incorrección producida. La falsedad es una falta de verdad o autenticidad y no puede existir ninguna justificación para mantenerla en un banco de datos cuando estuviera suficientemente probada su existencia.

La jurisprudencia ha resuelto:

“Por otra parte, la Constitución Nacional, artículo 43, párrafo 3º, no prevé el deber de los propietarios de registros o bancos de datos de hacer saber las modificaciones o rectificaciones que se encuentren obligados a efectuar en virtud de sentencias condenatorias, sino que sólo está prevista la vía para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de los datos”.

Se protege la confidencialidad en la utilización del dato personal por terceros, la información suministrada por la persona debe permanecer en reserva: secreto fiscal, médico, bancario, etc.. Su objeto es asegurar que los datos legítimamente registrados, sean proporcionados sólo a quienes se encuentran legalmente autorizados a conocerlos, en las circunstancias que corresponda. Puesto en conocimiento de una persona que un tercero divulgará datos que le son personales y perjudiciales, se tendrá derecho a “impedir” su utilización, esto es prohibir que el responsable del registro la haga pública, salvo que por imperio de la ley hubiere obligación de difundirla. En caso que la divulgación se hubiera realizado se otorga el derecho de “hacer cesar” la misma.

La jurisprudencia ha resuelto:

³¹ CNCiv., H, 3-2-99, Teixeira c/Organización Veraz – JA., 1999-IV-87.

³² CFCACap., 4ª, 4-10-95, Gaziglia c/BCRA; JA – 167-168.

RICARDO S. BIANCIOTTI

71

“El derecho que otorga la Carta Magna para exigir la confidencialidad de los datos no puede extenderse a todo tipo de información. El mencionado remedio constitucional sólo puede alcanzar -con los efectos pretendidos- a la llamada información sensible, esto es a aquellos datos que hagan referencia a la vida íntima de las personas, a sus ideas políticas, religiosas o gremiales.

El derecho de exigir la confidencialidad de datos no se extiende a

aquella información de alcance comercial o financiero. Ello es así pues tal información (cierre de una cuenta corriente por haber producido el tercer rechazo de cheques sin provisión de fondos), por su carácter, está destinada a divulgarse entre todas las entidades financieras tal como lo prevé la circular OPASI 2 del BCRA³³ ”.

Además, en caso de datos extemporáneos se garantiza la oportunidad de actualizarlos, conforme la modalidad que se hubiese operado. Es común que ciertos bancos de datos que brindan informes a instituciones crediticias sobre la solvencia de sus potenciales clientes, mantengan indefinidamente la calidad de morosos, cuando han dejado de serlo por prescripción o pago. Su objeto es darle el carácter de actualidad a los datos vetustos; o insertar datos omitidos, que junto a otros datos puedan modificar su perfil o despejar dudas.

No hacerlo es una manera de causar la falsedad, por insuficiencia de la información que va a ser utilizada por el servicio al cual sirve.

La jurisprudencia ha resuelto:

“La acción de hábeas data exige como presupuesto para su admisibilidad la configuración de una hipótesis de falsedad o desactualización³⁴,

“...la pretensión de actualización de la información con el propósito de hacer cesar el agravio proveniente de una información aunque cierta en su origen pudo quedar desvirtuada con el tiempo³⁵ ”.

Objeto: Tomar conocimiento de los datos referidos a su persona y conocer con que finalidad se colectaron, y en caso de inexactitud pedir su actualización, rectificación, confidencialidad o supresión.

La jurisprudencia ha resuelto:

³³ CFCACap., 4ª, 5-9-95, in re Farrel Desmond c/ Banco Central de la Republica Argentina y ot., J. A. 1995-IV-350.

³⁴ CNCiv., C, 30-3-99, Tirabasso c/ Organización Veraz.

³⁵ CNCom., C, 6-9-96, Rodríguez c/ Organización Veraz; LL – 1997-A-213.

HABEAS DATA, UNA DÉCADA DE VIGENCIA CONSTITUCIONAL (1994 - 2004)

“Que en cuanto a la legitimidad del modo de registro y suministro de los datos, no puede dudarse que los correspondientes a dos personas distintas -el actor y la empresa- se han relacionado de tal forma que al informarse los del primero se menciona que el segundo tiene observaciones. Esta correlación parece inadecuada en la medida en que, al menos, es susceptible de producir confusión en el ámbito de las relaciones jurídicas, en las que el conocimiento del derecho -más allá de presunciones legalesno parece alcanzar necesariamente para distinguir entre la responsabilidad de las personas de existencia ideal y la de sus directivos. Que a ello se agrega que las quejas de la recurrente parten de la base por cierto más que discutible, de limitar la ilegalidad al caso del dato falso o discriminatorio, extremo que no se compadece ni siquiera con las mismas normas que la empresa señala respetar a fs. 73 vta./74 pues si omite suministrar listados o información general, debiera con similares fundamentos abstenerse de brindar información “cruzada”. La información de ese modo suministrada aparece -tal como lo sostiene el a quo- no ya discriminatoria sino susceptible de producir discriminación, lo que es suficiente en los términos de un remedio de neto corte preventivo como el hábeas data, para entenderlo procedente³⁶ ”.

“La falta de invocación de error o falsedad en la información determina

*el rechazo del hábeas data*³⁷”.

Presupuesto fáctico:

- a) Acceder a la información.
- b) Conocer con que finalidad se incorporaron los datos al registro.
- c) Requerir la actualización, rectificación, confidencialidad o supresión.

11. Legitimación.

Poseen legitimación activa las personas físicas y las personas jurídicas. La utilización del término “persona” en el art.43 de la Constitución Nacional se justifica por comprender además de las personas físicas, a los grupos sociales organizados o personas jurídicas.

³⁶ CS, 06/03/01, Recurso de hecho deducido por la demandada en Lascano Quintana, Guillermo Víctor c/ Veraz S.A. - Semanario Jurídico N° 1346 del 21/06/2001 – T 84-2001-A. pag. 78- del voto en disidencia de los Dres. Julio S. Nazareno, Carlos S Fayt y Adolfo Roberto Vazquez.

³⁷ CNCiv., A, 8-9-97, Pochini c/ Organización Veraz, en ED, 174-683.

RICARDO S. BIANCIOTTI

73

Corresponde la protección de la persona jurídica contra el uso abusivo e indiscriminado de datos nominativos que les pertenecen, por la extensión que sufren la recolección y el archivo de los mismos desde las personas físicas a las personas jurídicas privadas o públicas³⁸.

La acción de Hábeas Data es una variable de la acción de amparo, por eso es que la norma del tercer párrafo dice “toda persona podrá interponer esta acción”: es decir el amparo, que es la materia regulada por el artículo 43 de la Constitución Nacional. De tal modo, como amparo no colectivo sino de un derecho individual³⁹, de la persona física y por su extensión de la persona jurídica.

La Corte, argumentando la falta de reglamentación legislativa sobre el tema, amplió la interpretación al sentenciar que: “... *debe admitirse la legitimación invocada por el apelante en su calidad de hermano de quien se supone fallecido, toda vez que la habilitación para accionar de un familiar directo con sustento en el derecho a que se proporcione información, aparece en las circunstancias del caso, como una de las alternativas reglamentarias posibles en el marco de una discreta interpretación del texto constitucional*”⁴⁰.

Zannoni⁴¹ ha criticado esta interpretación, por entender que el legitimado activo específico es el afectado, es decir el sujeto involucrado personalmente por datos que a él conciernan, citando en su apoyo las opiniones previas al fallo de la Corte de Quiroga Lavié y Sagüés; concluyendo que esta utilización del hábeas data puede significar la desnaturalización de este remedio específico, que protege la privacidad de las personas que personalmente les atañe.

Bianchi⁴² ha manifestado que de haberse interpretado la cuestión con apego formal al texto constitucional, el actor habría enfrentado un serio problema de legitimación, ya que no pretendía acceder a datos “a él referidos” sino a datos referidos a su hermano; de haberse interpretado con rigi-

³⁸ BORDA, ALEJANDRO. “Responsabilidad por daños provenientes de la informática”, en Responsabilidad por Daños, Homenaje a Jorge Bustamante Alsina, T. II, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, pág. 329.

³⁹ QUIROGA LAVIE, Humberto. Ob. Cit.

⁴⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, in re Urteaga citado, Considerando 13 in fine.

⁴¹ ZANNONI, EDUARDO A., “La acción de amparo y la tutela efectiva de los derechos

humanos”, J.A, 1999-I-44.

⁴² BIANCHI, ALBERTO B. “El hábeas data como medio de protección del derecho a la información objetiva en un valioso fallo de la Corte Suprema”, LL, 1998 - F - 302.

HABEAS DATA, UNA DÉCADA DE VIGENCIA CONSTITUCIONAL (1994 - 2004)

74

dez la norma, la acción se habría frustrado pues el titular de esos datos está muerto (en realidad está desaparecido); esos datos en particular -certeza sobre la muerte y destino de los restos - interesan en realidad a los familiares del fallecido que son así los legitimados para pedirlos. La legitimación de un hermano en un caso de esta naturaleza es por de pronto indiscutible. Sesin⁴³, opina que estarían legitimados además las asociaciones y el defensor del pueblo, por que están legitimadas para el amparo por el art.43 de la Constitución Nacional para el caso de intereses difusos.

Por nuestra parte, creemos que la delimitación del marco conceptual de la legitimación activa, efectuado por el Congreso Nacional, en el art. 34 de la Ley 25.326 ha precisado que la acción puede ser ejercida no sólo por el afectado, sino que es ampliada su utilización a familiares directos sea en línea directa o colateral hasta el segundo grado de sucesión, conforme la doctrina sentada por la Corte, y el defensor del pueblo, de acuerdo a la expresa previsión del art.43 2do. párrafo de la Constitución Nacional.

Legitimada pasiva es toda persona individual o jurídica privada y los órganos que ejerzan la potestad pública, cuando tengan a su cargo registros o bases de datos destinados a suministrar informes.

La legitimación pasiva conforme el art. 35 ib. corresponde a los titulares o autoridades de los bancos de datos públicos o privados destinados a suministrar informes. Estando excluidos a nuestro entender, los archivos de uso privado exclusivamente, conforme la garantía constitucional del art.19 de la Constitución Nacional y por la inviolabilidad de los papeles privados que garantiza el art.18 de la Constitución Nacional.

La jurisprudencia ha resuelto sobre la legitimación lo siguiente:

“Interpretando literal y contextualmente los textos constitucionales, parece razonable que toda persona física o jurídica interesada, que el dato concreto afecte su derecho subjetivo, interés legítimo o difuso, de carácter público o privado, tiene legitimación activa para interponer la acción de habeas data. Legitimada pasiva es toda persona individual o jurídica privada y los órganos que ejerzan la potestad pública, cuando tengan a su cargo registros o bases de datos destinados a suministrar informes⁴⁴.”

⁴³ SESIN, DOMINGO J., opinión expresada en su conferencia sobre el tema Hábeas Data en la Carrera de Post Grado sobre Derecho Procesal, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Año 1998.

⁴⁴ TSJ de Córdoba, 29/03/95 - “Flores Marcela Alejandra c/ Provincia de Córdoba - habeas data” (exp. N°13/94) - Fallo N° 10 - del voto del Sr. Vocal de de Cámara, Dr. Domingo J. Sesin.

RICARDO S. BIANCIOTTI

75

12. Procedimiento

La norma generada por el art. 43 C.N. es de carácter operativo, como modalidad del amparo, con un procedimiento sumario y rápido; ello en consonancia con el art. 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos llamada Pacto de San José de Costa Rica, con rango constitucional. Aun interpuesto ante juez incompetente, corresponde, en primer término, darle curso y luego definir la cuestión de competencia⁴⁵.

El art. 43 C.N. programa al amparo para discutir actos lesivos realizados

“con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta”, de tal modo que si ellos fuese contrarios a derecho, pero sin padecer de una arbitrariedad o ilegalidad palmarias, el asunto debería discutirse por otra ruta procesal, y no por el amparo⁴⁶.

Como consecuencia, el hábeas data también parece requerir que exista una conducta manifiestamente arbitraria o ilegal por parte del operador del registro o banco de datos en donde obra la información negada, falsa, desactualizada, reservable o sensible que se intenta conocer, añadir, corregir o mantener en sigilo⁴⁷.

La Ley 25.326 en su art. 37 Del Procedimiento Aplicable así lo ha regulado expresamente:

- 37.1 Se entenderá que la acción de hábeas data tramitará conforme las reglas dispuestas en los artículos 43 de la Constitución Nacional, la ley 25.326, esta reglamentación y, supletoriamente, por las normas atinentes al juicio sumarísimo reguladas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En consecuencia:

- 37.2 No será necesario alegar arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en el acto lesivo que se denuncie. 37.3 El trámite previsto en el capítulo VII de la ley 25.326 es común para todo tipo de archivos y no distingue entre las jurisdicciones intervinientes”.

La jurisprudencia ha resuelto:

“Si se repara en que el objeto de la acción de hábeas data es tener acceso a la información relativa al actor, más allá de la eventual conveniencia de que en forma previa a la acción judicial se pueda solicitar en forma

⁴⁵ C. NAC. CIV. Sala H, del 25.09.95, In re: Rossetti Serra, Salvador c. Dun & Brandstreet S.R.L., en J.A. Nro. 5964 del 20.12.95.

⁴⁶ Sobre el carácter manifiestamente arbitrario o ilegítimo del acto lesivo en el amparo, derivamos al lector a: SAGÜES, NÉSTOR P. en “*Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo*”. Ed. Astrea 1995, t.3, 4ta.ed. Bs. As., parág.54, p.117 y parág.103, p.245 y ss.

⁴⁷ SAGÜES, NESTOR P. “*Subtipos de Habeas Data*” en J.A. Nro. 5964 del 20.12.95.

HABEAS DATA, UNA DÉCADA DE VIGENCIA CONSTITUCIONAL (1994 - 2004)

76

directa el suministro de los datos existentes en los registros, lo cierto es que ni del art. 43 de la Constitución Nacional, ni del citado art. 321, inc. 2º, se desprende que ello deba cumplirse de manera obligatoria para poder interponer la acción introducida en la reforma constitucional de 1994⁴⁸ ”.

Una vez impreso el trámite, debe dársele intervención al Ministerio Público en la persona del Fiscal Civil; recordemos que la sanción de la ley orgánica del Ministerio Público en el orden Nacional Nro 24.946⁴⁹, en su art.39, resolvió a favor la discusión doctrinaria existente, sobre la necesaria intervención del Ministerio Público en los hábeas data, ya que “deberán intervenir en los procesos de amparo, de hábeas corpus, de hábeas data y en todas las cuestiones de competencia”.

En las Provincias Argentinas no tenemos noticia que se haya reformado alguna Ley Orgánica del Ministerio Público, otorgando intervención a los Fiscales Civiles en los trámites del hábeas data en forma similar a la ley nacional; pero al cuestionarse la negación de un derecho constitucional, está en juego el orden público constitucional, de ahí que parece oportuno la participación del Fiscal Civil, en ambas instancias, con un breve traslado al menos; la cuestión constitucional es la esencia de la acción, y por ello el Ministerio Público es una parte insustituible, por la defensa de orden jurídico constitucional.

13. Procedencia:

“En base a lo dispuesto por el art.43 de la C.N., cabe hacer lugar a la cautela solicitada a fin de que el demandado se abstenga de publicar ciertos datos referidos a la situación patrimonial del actor, hasta la finalización del juicio. En efecto, por un lado, aparece como verosímil la indicación de la inexactitud de dicho informe y sería la pretensión de que tal situación cese y por otra parte, existe un real peligro en la demora, ya que la difusión de tales datos antes de concluido el pleito, podría convertir en ineficaz toda la eventual sentencia favorable al actor”⁵⁰.

⁴⁸ CNAC. De apelaciones en lo civil: Sala: B, CF, interlocutorio B198551 1996 07 11 Warksberg, Herman c/ s/habeas data.

⁴⁹ Ley Orgánica del Ministerio Público Nro.24.946 publicada en el B.O. 23.03.98, rige a partir del 01.04.98.

⁵⁰ CNCom., sala B, agosto 9-1996. In re: Yusin, Mauricio G. c/ Organización Veraz s/ sumarísimo s/incid. de apelación; en E.D, 173-15 y ss.

RICARDO S. BIANCIOTTI

77

14. Improcedencia:

En este sentido se ha resuelto: *“La acción de “hábeas data” es improcedente si no se demuestra el motivo descalificante o discriminatorio del dato en cuestión, ni que su origen sea la anotación en registros o bases de datos propios o de terceros, ya sean públicos o privados, destinados a suministrar información. La denegatoria de la admisión como socio en un club -en el caso, Casino Militar- no está incluida dentro de los presupuestos de procedencia de la acción de “hábeas data”, salvo que para tal negativa se haya tenido en cuenta algún dato descalificante o discriminatorio que conste en sus propios archivos, categoría que no alcanzan ni el listado de socios, ni el registro de pago de cuotas”⁵¹.*

“Los asientos contables de una entidad bancaria, aunque ésta sea de carácter público, no constituyen registros o bancos de datos públicos en los términos del art.43 de la Constitución Nacional ya que se trata de meros datos jurídicos y contables referidos a un contrato de derecho privado en el que es parte la entidad, y que no están destinados a su divulgación”⁵².

Rechazo in limine

“Los jueces pueden rechazar in limine la acción de hábeas data con criterio restrictivo y la mayor prudencia y cautela, pues lo contrario podría interpretarse como una negación de justicia⁵³”.

“No es imprescindible el reclamo administrativo previo si el objeto de la acción es tener acceso a la información relativa al actor⁵⁴”.

Alcance

“El derecho de exigir la confidencialidad de datos no se extiende a aquella información de alcance comercial o financiero. Ello es así pues tal información (cierre de una cuenta corriente por haber producido el tercer rechazo de cheques sin provisión de fondos), por su carácter, está destina-

⁵¹ C. Fed. Bahía Blanca, sala I, In re: Gutierrez, Héctor R. c. Casino Militar del Personal Superior de la Base Naval de Puerto Belgrano de enero 18-995, en L.L. 1996 Nro.24 del 02.02.96.

⁵² CNCom., Sala A, octubre 4-1996. Del dictamen del Fiscal ante la Cámara que esta comparte y hace suyo. In re: Automotores Santa María S.A. c/ Banco de la Provincia de Santiago del Estero s/ sumarísimo; en E.D, 173-14 y ss.

⁵³ CF de Bahía Blanca, 30-12-94, Gutiérrez c/ Casino Militar del Personal Superior de la Base Naval de Puerto Belgrano; en LL – 1996-A-314.

⁵⁴ CNCiv., B, 11-7-96, Warksberg; CF de Bahía Blanca, 30-12-94, Gutiérrez cit., en JA – 1997-IV-síntesis.

da a divulgarse entre todas las entidades financieras del país tal como lo prevé la circular OPASI 2 del B.C.R.A. La prohibición de divulgar datos solamente puede alcanzar a la llamada "información sensible", esto es a aquellos datos que hagan referencia a la vida íntima de las personas, o sus ideas políticas, religiosas o gremiales⁵⁵".

17. Conclusión:

Los diez años de vigencia constitucional del hábeas data, convalidaron las proposiciones de nuestra anhelada reforma constitucional, la praxis jurisprudencial confirmó las primeras deducciones de nuestro proyecto. A veces nos damos cuenta tardíamente y creemos continuar instalados en situaciones que parecían cristalizadas, pero al reseñar lo sucedido, la evidencia de que se han materializado decisivos cambios cobra ilevantable realidad.

Si nos esforzamos en captar el conjunto de cambios, en una perspectiva que los abarque en pleno, la luminosidad de lo nuevo, de las mudanzas, de su incidencia en los hábitos, enfoques, destrezas y proyecciones de los operadores del derecho, con sus consecuencias y resultados de una década de la jurisprudencia, recortan un perfil osadamente diferente en la protección de los datos personales en Argentina.

⁵⁵ C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala 4ta. In re: Farret, Desmond A. c. Banco Central de la República Argentina y otros. del 05.09.95; con nota de NESTOR P. SAGÜES, en JA – 1995-IV-350.

RICARDO S. BIANCIOTTI

EL DERECHO DE RESPUESTA COMO DERECHO HUMANO: SU RECEPCIÓN EN EL PAÍS

por E. S. Borgarello - F. Cipolla** - C. Juárez Centeno****

Resumen: El Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 14 usa indistintamente respuesta y rectificación. Este, es un derecho-garantía investido de una potestad capaz de imponerse y vencer cualquier resistencia del responsable obligado. Por lo tanto no debe confundirse con el mal llamado derecho concedido gracialmente a los lectores por ejemplo, y menos con una solicitada con la que el interesado publica *a su costa* para salvar la referencia personal. Mientras no exista la persona directamente perjudicada, no existe el derecho subjetivo, definido como aquel interés exclusivo, personal y directo. El derecho de respuesta es para hacer valer la propia versión sobre una información de índole individual. Su efecto mediato es su contribución a lograr una información verdadera, objetiva y oportuna, mientras que el inmediato comprende la defensa del derecho personal y humano que con-

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Adjunta de Derecho de la

Información y de Historia del Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UNC.

Codirectora del Proyecto de investigación: "Entre realidad y ficción: el derecho a la información como derecho humano en la Argentina democrática 1983-2003"

** Abogado. Camarista del Fuero Laboral. J.T.P. de Derecho de la Información.

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UNC.

*** Director de la Maestría en Relaciones Internacionales (CEA, UNC). Especialista en Ciencia Política y Derecho constitucional (Centro de Estudios constitucionales del reino de España) y Especialidad en Derechos Humanos (Universidad Complutense de Madrid). Profesor Titular del Centro de Estudios Avanzados de la UNC.

cierte al particular de efectuar el control informativo, aunque limitado a sus propios intereses comprometidos. El derecho de respuesta se ubica, así, dentro del derecho de la información.

Palabras Claves: Derecho de respuesta - Derecho de la Información - Información - Libertad de Expresión - Medios de Comunicación - Información

Derecho positivo argentino.

La etapa preconstitucional y la constitucional misma hacía hincapié en la libertad de prensa concebida como la facultad individual de los ciudadanos de publicar sus pensamientos e ideas políticas. Una interpretación dinámica adaptada a la evolución del derecho que acompaña todos los acontecimientos humanos, extendió aquel concepto restringido ampliándolo al ámbito de las informaciones como derecho de todo habitante a buscar, recibir y difundir éstas sin restricción de fronteras, quedando de esta manera afirmado como derecho humano. En este contexto se hizo necesario introducir el derecho de respuesta.

La primera mención que encontramos al derecho de respuesta en el sistema legal interno fue con la adhesión al Pacto de San José de Costa Rica, mediante ley 23.054 del año 1984.

Antes de dicha fecha se desarrollaba en la legislación¹ y también en la jurisprudencia² una suerte de derecho de respuesta que, por supuesto, no tenía nada que ver con el alcance que hoy tiene como derecho humano reconocido. Cuando la ley 23.054 incorpora el derecho de respuesta al orden jurídico positivo produjo su impacto, porque abrió el interrogante para saber si aquel formaba parte de los derechos reconocidos en la Constitución aunque no estuviera enumerado expresamente. La discusión no fue pacífica y se dieron fundamentos a favor de cada una de las posturas que sustentaban si era o no un derecho implícito. Los precedentes de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación³ son un fiel reflejo de esa discusión que no lograba superarla. La discusión aludida de saber si es un derecho implícito o explícito quedó definitivamente zanjada con la reforma de la Constitución de la Nación en 1994, debido a que en el art. 75, inciso 22, la normativa incluye con rango superior a las leyes de la

¹ Código Civil, art. 1071 bis, Código Penal, art. 114.

² CSJN, *Fallos*, 284:345, causa Fernández Valdez.

³ SAHAB RICARDO J. *Ensayos Constitucionales y Políticos. El Derecho de Respuesta, un fallo de la Corte Suprema que no merece seguimiento*. Universidad Nacional de Córdoba, 1995 pp. 475 y ss.

E. S. BORGARELLO - F. CIPOLLA - C. JUÁREZ CENTENO

81

Nación al Pacto de San José de Costa Rica “en las condiciones de su vigencia”, con lo cual se le da rango constitucional al derecho de respuesta en él contenido. Otro frente de discusión fue que el art. 14 del Pacto establece que el derecho se ejercerá “... en las condiciones que establezca la ley”. La pregunta era, ¿debía entonces el Congreso dictar la “ley que reglamente su ejercicio”? Mientras ello no sucediera, ¿implicaba que se estaba incorporando un derecho programático?. Esta fue la postura primera que adoptó la Corte Suprema de Justicia de la Nación hasta que dictó sentencia en la causa “Ekmedjan c/Sofovich” (7-6-92), que representó el primer antecedente jurisprudencial de reconocimiento al derecho de respuesta y de su carácter operativo.

Caracterización del derecho de respuesta.

Se suele designarlo como respuesta, rectificación o réplica⁴, aún cuando el diccionario de sinónimos únicamente identifica respuesta con rectificación más no con réplicas y que el Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 14 usa, indistintamente, sólo respuesta y rectificación. Este derecho garantiza va investido de una potestad capaz de imponerse y vencer cualquier

resistencia del responsable obligado. Por lo tanto no debe confundirse con el mal llamado derecho concedido gracialmente a los lectores por ejemplo, y menos con una solicitada con la que el interesado publica *a su costa* para salvar la referencia personal hecha por una información que afecta bienes de naturaleza civil.

Dentro del orden jurídico interno ya existía una especie embrionaria de este derecho en el art. 1071 bis, Código Civil, y art. 114, Código Penal, cabe preguntarse cuál es la diferencia o necesidad de que exista esta nueva manera de defensa de derechos personales.

El art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica alude a “toda persona afectada” por informaciones inexactas o agraviantes. El art. 114 del Código Penal establece la publicación cuando la “injuria o calumnia” se hubiera propagado por medio de la prensa. Y, el art. 1071 bis del Código Civil faculta esta publicación frente a las “arbitrarias intromisiones” que afecten de cualquier manera a la persona. Mientras no exista la persona directa-

⁴ JONATHAN M. MILLER, MARÍA ANGÉLICA GELLI, SUSANA CAYUSO, *Constitución y Derechos Humanos*. t. 2. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1991. También en: EKMEKDJIAN, MIGUEL A. *Derecho a la información*. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1992. p. 65.

⁵ *Diccionario de Sinónimos, ideas afines, Antónimos y Parónimos*. Editorial Cultural S.A., 1994.

EL DERECHO DE RESPUESTA COMO DERECHO HUMANO: SU RECEPCIÓN EN EL PAÍS

82

mente perjudicada no existe el derecho subjetivo, definido como aquel interés exclusivo, personal y directo. De allí que este aspecto de sentirse perjudicada la persona es uno de los tantos puntos previos relacionados con la legitimación, originada en la relación que crea la misma norma. Los medios más comunes reconocidos en la tutela de los derechos son la sanción y la indemnización, como advertencias persuasivas para evitar la infracción. Pero al lado de ellos va adquiriendo paulatina importancia la prevención de los daños⁶ y, consecuentemente, la garantía de una efectiva tutela de los derechos que tienen base en el principio de igualdad que, junto a la libertad, ilustra al liberalismo y a nuestra Constitución Nacional.

Visto el derecho de respuesta como un modelo de esta prevención o acotación de daños futuros, podría bien pronto entrar en desuso y perder toda su importancia, puesto que nada impediría alterar dentro del derecho positivo la modalidad normal para la reparación de los derechos personales si es que surge un medio más eficaz para lograr ese objetivo. Pero si en cambio se ve en el derecho de respuesta una fase del derecho a la información verdadera, objetiva y oportuna, se entenderá que su núcleo está comprendido por la verdad y exactitud de la información donde el ciclo producción-consumo tiene una reducción máxima a causa de la rápida caducidad del producto, por lo que necesita una respuesta de iguales características que distinga al resto de protecciones individuales⁷. La norma bajo análisis -art.14 del Pacto de San José de Costa Rica-, refiere que lo inexacto o agraviante debe ser la información y no en cambio una expresión, como mera opinión. Complementariamente, la información cuando es inexacta no necesariamente debe ser agraviante para generar el derecho de respuesta. De allí la disyuntiva “o” (agravante) para calificar un mismo sustantivo que es la “información” una vez difundida. El derecho de respuesta se ubica, de esta forma, dentro del derecho de la información.

Alcance del derecho de respuesta.

El derecho de respuesta es para hacer valer la propia versión sobre

una información de índole individual. Su efecto mediato es su contribución a lograr una información verdadera, objetiva y oportuna; mientras que el inmediato comprende la defensa del derecho personal y humano que con-

⁶ PIZARRO RAMÓN DANIEL. *Responsabilidad Civil de los medios masivos de comunicación*. Ed. Hammurabi. Buenos Aires, 1991. p.. 321.

⁷ XIFRA HERAS JORGE. *La información. Análisis de una libertad frustrada*. Ed. Hispano Europa. Barcelona, 1972 p.. 118

E. S. BORGARELLO - F. CIPOLLA - C. JUÁREZ CENTENO

83

cierno al particular de efectuar el control informativo, aunque limitado a sus propios intereses comprometidos. Por lo tanto el derecho de respuesta es también control, con perfiles bien definidos, cuando entran en conflicto los intereses relacionados a la comunicación social con el de sus destinatarios. El derecho de respuesta es un verdadero derecho y no una concesión estatal o particular. El derecho de respuesta resultaría incompleto si al interés individual, exclusivo y excluyente, que configura el derecho subjetivo del afectado o aludido, no se le reconoce el carácter de una declaración *gratuita e inmediata* frente a las informaciones que causen daño a la honra de la persona con agravio moral a su dignidad e intimidad.

Requisitos para el ejercicio del derecho de respuesta.

El art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica-incorporado a la Constitución de la Nación mediante el art. 75 inc. 22-, expresa bajo el título

DERECHO DE RECTIFICACIÓN O RESPUESTA: “1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.
2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.
3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial”.

La protección de la información se ejerce de forma especial, a través del control legal instituido, sobre la persona responsable. No existe amparo en privilegios especiales ni inmunidades personales para impedir la responsabilidad de quien es el causante por afectar un derecho individual sea por su inexactitud o carácter agravante.

Para solicitar la corrección de informaciones inexactas o defenderse de los agravios se puede utilizar en forma indistinta la rectificación o respuesta sin que sea indispensable que se precise el tipo de acción que se intenta. Es que tanto se puede rectificar la información inexacta como la agravante, así como se puede responder a una información de iguales características sin ninguna distinción sustancial para que en ambos casos se introduzcan, salven, supriman o modifiquen aspectos que hacen a la persona afectada, fruto de una actividad informativa regular (o no).

EL DERECHO DE RESPUESTA COMO DERECHO HUMANO: SU RECEPCIÓN EN EL PAÍS

84

No se le otorga al respondiente un “super derecho” por el hecho de haber sido aludido peyorativamente y pudiera afectarlo o porque la información es o contiene falsedades. El derecho que posibilita responder la información inexacta o agravante debe encontrarse vinculada a la información

y no a un simple criterio u opinión ya que debe cumplir con la finalidad de enriquecerla y no a formar opiniones. El alcance del derecho de respuesta sobre los medios de comunicación es entonces la de un control autorizado sobre la información pero no intervencionista sobre el derecho de la propiedad del medio a través del cual se ejerce una industria lícita. La legitimación personal para ejercer el derecho de respuesta podría reglamentarse en función de aquellos aspectos que la norma del Pacto ha dejado a la política legislativa interna de cada Nación. Mientras exista el vacío legal, habrá que recurrir a la “competencia implícita” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “pues los jueces como realizadores de la justicia poseen a su alcance las prerrogativas y facultades necesarias para que la totalidad del ordenamiento jurídico vigente sea de efectiva realización evitando la existencia nominal de derechos impedidos de concreción”⁸. Es lo que se ha dado en llamar en la doctrina, el sano activismo judicial. El periodista que firma la nota difundida también puede sentirse afectado por la información cuando el original ha sido modificado de forma tal que afecta su prestigio profesional. El objetivo del presente derecho es que la persona afectada pueda difundir su rectificación o respuesta en el mismo medio de comunicación causante de la información agravante o inexacta. En este sentido el periodista también goza del derecho de respuesta. Debe considerarse que la norma habla que la persona debe sentirse afectada y esto puede ser producto de una información falsa, total o parcialmente, pero resulta que también las informaciones verdaderas pueden dar lugar a una mortificación a la persona.

En el ejercicio del derecho de respuesta no se encuentra en tela de juicio analizar la legalidad de la información enjuiciada, esto es establecer la verdad sobre lo que se predica del honor de una persona o de lo que se publica sobre su intimidad. Probar la inexactitud ante el medio de comunicación de la información que se contesta sería desnaturalizar y derogar, en

⁸ CSJN Recurso de Hecho deducido por “Miguel Ekmedjian c/ Sofovich Gerardo y otros”, Buenos Aires, 7 de Julio de 1992.

⁹ PIZARRO RAMÓN DANIEL. *Responsabilidad de los medios masivos de comunicación*. Ed. Depalma. Hammurabi. Buenos Aires 1991. p. 340.

E. S. BORGARELLO - F. CIPOLLA - C. JUÁREZ CENTENO

85

los hechos, el derecho de respuesta con las características que lo distingue, cual es la inmediatez del proceso informativo y la rápida caducidad de la noticia.

La publicación de la respuesta no constituye reproche hacia el medio ni sanción. La información que el afectado responde o pretende rectificar debe tener connotaciones estrictamente fácticas que hacen a su persona para que lo legitime en el derecho, y el medio de comunicación a través del cual se la ha dado a conocer debe estar legalmente reglamentado. Esta reglamentación de la que habla el artículo, alude a aquellos medios de comunicación que, dirigidos a la sociedad en general de forma pública y no clandestina, realizan su actividad bajo la dirección de un responsable.

La prensa se encuentra exonerada de la necesidad de comprobar o verificar las noticias emanadas de órganos del poder público y, por consiguiente, de la responsabilidad por la falsedad de la noticia. De ahí que el derecho de respuesta o el de rectificación constituye el medio idóneo para vivificar la prensa¹⁰.

Para el caso de que el medio de comunicación hubiera dado la posibilidad

al aludido por la información preparada antes de darla a publicidad y así exponga su punto de vista, ¿podrá solicitar luego de aparecida la noticia el derecho de respuesta?. Aún cuando se haga constar en la nota realizada esta circunstancia no aprovechada por el interesado, cabe admitir no obstante el derecho de respuesta el cual funciona como garantía de protección efectiva y no preventiva.

Otros legitimados para promover este derecho son los herederos de quien se ha visto afectado. Para ello lo único que deberá verificarse es que el representante tenga legitimación procesal y que el pedido del derecho de respuesta se realice dentro del término de caducidad, característica propia del derecho que se intenta y del producto informativo que se contesta.

Gratuidad de la publicación de la respuesta.

El medio de comunicación no puede supeditar la publicación de la respuesta al pago de los costos que ocasiona la medida.

Excepción al derecho de respuesta.

El medio de comunicación puede negarse a dar el Derecho de Respuesta:

¹⁰ CSJN, Campillay c/ La Razón y otros, Sentencia del 15-5-86.

EL DERECHO DE RESPUESTA COMO DERECHO HUMANO: SU RECEPCIÓN EN EL PAÍS
86

a. Frente a hechos manifiestamente inexactos o inverosímiles.

b. Cuando de ninguna manera encierre un potencial dañoso

Proyectos de reglamentación.

En la República Argentina el derecho de respuesta no tiene reglamentación que aseguraría el mejor ejercicio del mismo, como sí lo ha hecho por ejemplo la República de Chile mediante la ley 16643, promulgada el 17-7-67 y modificada el 19-2-91.

Sustancialmente la legislación chilena reconoce el derecho de “aclaración” o rectificación a la persona ofendida, infundadamente aludida y también cuando haya imputación o difusión maliciosa de hechos sustancialmente falsos o alterados en forma esencial o atribuidos inexactamente a una persona. Lo que debe verificarse para acceder al derecho de respuesta es que la persona haya sido realmente ofendida o infundadamente aludida, que exista imputación maliciosa de hechos sustancialmente falsos o alterados y que la rectificación no incurra en algún delito. La publicación ha de hacerse íntegramente sin intercalaciones en la misma página, y con los mismos caracteres que el artículo que lo ha provocado o difundirse en el mismo espacio, programa o audición que tenga las mismas características de la transmisión que lo ha motivado. La inserción o difusión de la respuesta se hará en la primera edición o audición que se haga después de las 12 ó 4 horas (según sea respectivamente escrita o audiovisual) siguientes a la entrega de la respuesta. Si la publicación no se realiza todos los días, la aclaración o rectificación deberá entregarse con 72 horas de anticipación. Las sanciones que prevé la ley van desde una multa (hasta tres ingresos mínimos) condenada por el Tribunal en la resolución que haga lugar al derecho de respuesta, multa que se aumenta con otros seis a diez ingresos mínimos cuando se desobedeciere la orden del Tribunal y puede incluso suspenderse la publicación o transmisión hasta tanto se comprometa a cumplir la orden. En caso de fallecimiento, enfermedad o ausencia, el derecho de respuesta puede ejercitarse por el cónyuge, padres, hijos o hermanos. No se puede ejercer el derecho de respuesta con relación a las apreciaciones personales que se formulen en artículos de crítica literaria, histórica, artística o científica. Según esta ley queda ampliado el derecho de

respuesta a las personas infundadamente aludidas, a los artículos de crítica política, y limitado para los supuestos de imputación falsa de hechos o documentos los cuales deben ser calificados de maliciosos o alterados en forma esencial. El derecho de respuesta es atribuido, en la legislación chilena, a toda persona “natural o jurídica” que se encuentre aludida en las condiciones ya vistas.

E. S. BORGARELLO - F. CIPOLLA - C. JUÁREZ CENTENO

87

La Cámara de Diputados de la Nación Argentina tiene en trámite parlamentario proyectos de reglamentación al derecho de respuesta¹¹ registrados en el año 1998 (n° 153, viernes 9 de octubre de 1998); período 1999 (n° 128, miércoles 1° de septiembre de 1999); período 2000 (n° 16, miércoles 22 de marzo de 2000 y n° 105, miércoles 2 de agosto de 2000).

1. El Proyecto con trámite parlamentario en el período 1998 pertenece a Jorge O. Folloni, Ricardo Gómez Díez y Fani A. Ceballos de Marín. Son características de este proyecto que otorga el derecho de respuesta al afectado o sus herederos, por sí o por medio de representantes. Excluye del derecho las críticas y cuestionamientos que se formulen a la actividad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y las que hagan entre sí los partidos políticos, sus dirigentes y afiliados y las que sugieren diferencias doctrinarias, ideológicas, religiosas o morales. Cuando la información afecta las convicciones religiosas que practican los miembros de diversas comunidades, se otorga la reparación del interés colectivo afectado a través de sus representantes. Se prevé que la difusión de la respuesta será gratuita sin perjuicio de que pueda reclamarse la pertinente indemnización ante la fuente que originó la información, y un término de caducidad para reclamarla de siete días corridos desde la divulgación de la noticia. Por último se prevén dos situaciones que justifican la negativa al derecho de respuesta: que el afectado pretendiera agraviar al responsable o al medio de comunicación y que dos o más entidades se disputaren la representación del interés colectivo afectado.

2. El proyecto correspondiente al año 1999, presentado por Carmen del Rosario Caillet, tiene referencia específica al derecho de respuesta para las personas que fueran “enjuiciadas o calumniadas” según la figura legal tipificada en el Código Penal por los medios de comunicación. En los fundamentos del proyecto se expresa que las personas deben contar con una herramienta que le permita defender el honor y la verdad frente a los errores cometidos por la prensa que afectan derechos humanos sin que ello pueda interpretarse como una coerción o colisión con la libertad de prensa o de censura oficial. Por sobre la infamia o la mentira debe prevalecer la igualdad de derechos y la verdad.

3. El Proyecto n° 16 con trámite parlamentario, ingresado el 22 de marzo de 2000 se encuentra firmado por Jorge O. Folloni y Ricardo Gómez Díez, y reitera el proyecto presentado durante el período 1998.

¹¹ Consideramos los últimos proyectos en trámite parlamentario, para ver los antecedentes legislativos-el primero de Zuviría en 1857- consultar BALLESTER ELIEL *Derecho de respuesta*. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1987.

EL DERECHO DE RESPUESTA COMO DERECHO HUMANO: SU RECEPCIÓN EN EL PAÍS

88

4. El Proyecto n° 105 con trámite parlamentario, ingresado el 2 de agosto de 2000 fue presentado por Graciela Camaño, Fernanda Bendinelli de Ferrero, José M. Díaz Bancalari y Carlos L. Soria. Como particularidades de este proyecto cabe mencionarse que limita el derecho de respuesta a

las personas físicas afectadas por la información. Excluye del derecho de respuesta a los funcionarios públicos en materias relativas al desempeño de su función y cuando el objeto es contestar la transcripción sustancialmente fidedigna de discursos pronunciados en el Congreso, de resoluciones administrativas, judiciales, documentos mandados a publicar por autoridad. Queda igualmente excluida del derecho de respuesta la polémica que se suscita en materia política, electoral, partidaria, sindical y sólo autoriza la respuesta en materia de dogma religioso si constituye un ataque directo a los profundos sentimientos del afectado aludido¹². El proyecto limita la legitimación activa en la medida que a los herederos del titular del derecho de respuesta sólo le cabe continuar la acción judicial iniciada en vida. El plazo de caducidad para reclamar y demandar es de treinta días posteriores a la difusión, y si no es satisfecho en cinco días la demanda debe iniciarse dentro de los quince días hábiles. Se prevé la gratuidad de la publicación y la acción de reintegro de gastos contra la fuente que hubiere originado la divulgación inexacta o agravante motivo de la rectificación. La negativa a publicar o difundir puede estar basada en la falta de legitimación del interesado, en sostener hechos manifiestamente inexactos o inverosímiles, en la carencia del potencial daño de la información contestada, en que se pretendiera mediante la respuesta incurrir en un agravio o inexactitud en perjuicio del medio de comunicación y si no mediare acuerdo en la representación cuando se presentaren dos o más a ejercer el mismo derecho. Finalmente, se le acuerda al magistrado la facultad de modificar el texto de la respuesta para adecuarlo a la reglamentación legal del derecho respuesta, lo que es criticable porque significa una actividad de instancia de parte asumiendo el rol de editor.

Todos los proyectos analizados tienen aspectos rescatables, si bien no se comparte el excesivo reglamentarismo que en algunos avanza hasta determinar el tipo de acción judicial admisible que deberá promoverse o que -a pesar de mencionar los antecedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia para la proyección de la reglamentación-sus normas sin embargo no se compadecen con las salvedades hechas por ésta.

¹² Ver la crítica al fallo de *Ekmedjian c/Sofovich*, en: *Ensayos Constitucionales y Políticos*, de RICARDO SAHAB, Dirección General de Publicaciones UNC, 1995.

E. S. BORGARELLO - F. CIPOLLA - C. JUÁREZ CENTENO

89

Se observa que la actividad legislativa no demuestra interés para el tratamiento de la reglamentación a este derecho la cual de manera definitiva le fijaría los alcances, e indirectamente se benefician los titulares de los medios de comunicación porque necesariamente la negativa que plantean al derecho de respuesta termina en sede judicial con un largo proceso degenerando la información en su reducido ciclo producción- consumo y respuesta, sin ninguna sanción persuasiva suficiente cuando fuere menester.

Consideraciones de la jurisprudencia de la CS en materia de derecho de respuesta

Jurisprudencialmente se acepta en nuestro país con el caso *Ekmedjian c/ Sofovich* entre cuyas afirmaciones se expresa por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

Así como todos los habitantes tienen el derecho de expresar y difundir, sin censura previa, su pensamiento, ideas, opiniones, críticas- por cualquier medio de comunicación; así también todo habitante -que por causa e una información inexacta o agravante sufra un daño en su personalidad tiene

*derecho a obtener mediante trámite sumarísimo una sentencia que le permitía defenderse del agravio moral mediante la respuesta o rectificación, sin perjuicio del ejercicio de las restantes acciones civiles y penales que le pudieran corresponder. La respuesta o rectificación tutela bienes de naturaleza civil no política ni electoral. La mayoría de las noticias contestables en la prensa son ilícitas y la respuesta es sólo un modo de ejercicio de la misma libertad de prensa, que presupone la aclaración razonablemente inmediata y gratuita en el mismo medio que publicó la información considerada ofensiva, en trámite simple y expeditivo, sin perjuicio del ejercicio de las acciones civiles o penales que pudieran corresponder al afectado*¹³.

El derecho de respuesta se encuentra confirmado en la causa Petric Domagoj Antonio c/ Diario Página 12, de fecha 16 de abril de 1998 y en este fallo quedó claro que el derecho de respuesta se circunscribe al ámbito de lo fáctico, se dijo en esa oportunidad que el asunto sobre el que gira la respuesta es la propia publicación y la rectificación debe recaer sobre los aspectos fácticos del asunto que definen la noticia; sólo los mensajes de

¹³ Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros. s/ Recurso de hecho.

CSJ Sentencia del 7 de Julio de 1992

EL DERECHO DE RESPUESTA COMO DERECHO HUMANO: SU RECEPCIÓN EN EL PAÍS

90

hechos o noticias dan derecho a la respuesta del afectado. En líneas generales la postura actual de la Corte Suprema de justicia es :

1. Que el derecho de respuesta es sustancialmente operativo para el derecho interno y no depende del dictado de una ley que, prevista en el Pacto de San José de Costa Rica, reglamentara su ejercicio en los aspectos instrumentales (Ekdmejian c/ Sofovich).
2. El encuadre jurídico no debe confundírsele con una querrela por injurias o calumnias, ni con la acción por reconocimientos de daños y perjuicios.
3. El derecho de respuesta atiende a la propia versión sobre la información perjudicial de quien se siente directamente aludido. Tiene por fin la aclaración, gratuita e inmediata frente a informaciones que causen daño a la dignidad, honra e intimidad de una persona en los medios de comunicación social que las difundieron. Complementariamente, el derecho de respuesta excluye toda discusión sobre la inexactitud de los hechos y a la demostración de la simétrica veracidad del contenido de lo publicado.
4. El derecho de rectificación encuentra razón justificada en dos ámbitos:
 - a. Individual: La tutela a los derechos personalísimos afectados por la información.
 - b. Social: El derecho del público a conocer la expresión contradictoria que enriquece el marco reflexivo de la opinión pública.
5. La legitimación para ejercer el derecho de respuesta corresponde a quien se vea afectado o aludido de manera actual y concreta por la información, y que sea fácilmente reconocido. Esto evita que se abran infinitos cuestionamientos a expresiones ideológicas o conceptuales que, en definitiva, afectarían la libertad de prensa.
6. En el ejercicio del derecho de respuesta no existe vencedores ni vencidos, y sí en cambio se establece un equilibrio entre los sujetos del fenómeno informativo de manera inmediata

Conclusión

Mientras no exista una ley que reglamente el derecho de respuesta, la

reglamentación aplicable es la que emana de la jurisprudencia que, de manera discrecionalmente razonable, aprecie la manera de hacer efectivo este derecho precisando aquellos aspectos que, si bien secundarios para la existencia del mismo pueden ser obstáculos justificados para frustrarlo. El ejercicio del derecho de informar no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales -intimidad y honor-.

E. S. BORGARELLO - F. CIPOLLA - C. JUÁREZ CENTENO

91

¹⁴MCNAE 'S. *Essential Law for Journalists*. 15ª Edición, Butterworths, London, Edinburg, Dublin, 1997. p. 1

El propósito del derecho de “publicar las ideas por la prensa sin censura previa” no es asegurar su impunidad. En Inglaterra, el Juez de la Corte de Apelación Sir John Donaldson expresó como presidente del Tribunal (*Spycatcher* case, 1988): “La libertad de prensa es un medio de suma importancia para el sostén de la democracia y la manera de vivir británicos que conocemos. Pero es importante recordar por qué esto es así. Ello no es debido a que gozan de privilegio especial los propietarios, editores o periodistas. Por el contrario, los medios de comunicación son los ojos y los oídos de la comunidad y están en medio de ella. El derecho a conocer y publicar es nada menos que del público, y aquellos son sus síndicos y fideicomisos”

14.

EL DERECHO DE RESPUESTA COMO DERECHO HUMANO: SU RECEPCIÓN EN EL PAÍS

92

93

LA PROTECCIÓN DEL TESTIGO EN EL PROCESO PENAL Y EL DERECHO DE DEFENSA DEL IMPUTADO¹

por César Fortete*

Resumen: el presente trabajo se propone analizar las disposiciones legales de protección al testigo y confrontarlas con el derecho de defensa del imputado a la luz del nuevo cuadro de garantías constitucionales. Con ello se tratará de establecer las posibles tensiones existentes entre uno y otro derecho para determinar si el Estado, con el afán de garantizar su pretensión punitiva, no avanza sobre el derecho de defensa del imputado y, en consecuencia, viola su deber de resguardar con equidad los distintos derechos garantizados constitucionalmente.

Palabras clave: protección del testigo, reserva de identidad, derecho de defensa, proceso penal, pretensión punitiva, garantías constitucionales.

¹ Se trata de una versión ampliada de la ponencia presentada en el “XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano, XI Nacional de Derecho Penal y Criminología”, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), sede Córdoba, que tuvo lugar los días 1, 2, 3 y 4 de octubre de 2003.

* Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigador Auxiliar del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Realizó estudios en la Universidad Karl-Eberhard de Tubinga, Alemania y fue becario del Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Freiburg, Alemania (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht).

94

1. Introducción

El presente trabajo es una derivación de una investigación sobre la inserción de la víctima del delito en la política criminal. El objetivo de ese trabajo era analizar algunas disposiciones legales recientes de nuestro sistema legal que tienden a facilitar la adecuación de los procedimientos judiciales a las necesidades de las víctimas, entre las que se encuentran aquellas que se proponen garantizar su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos

frente a los actos de intimidación y represalia². En ese análisis se advirtió que la protección del testigo merece un estudio particular, ya que, de acuerdo a las distintas modalidades que adopte y de acuerdo al nuevo cuadro de garantías constitucionales a partir de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, ésta podría afectar seriamente al derecho de defensa del imputado. En efecto, el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional incorporó con jerarquía constitucional diversos tratados internacionales sobre derechos humanos que obligan al Estado a garantizar, entre otros derechos, la seguridad e integridad física y psíquica de todas las personas y también a garantizarle, a aquellas inculpadas de haber cometido un delito, un juicio justo en el que su derecho de defensa pueda ser ejercido plenamente, contemplándose, específicamente, el derecho de preguntar a los testigos³. Esto nos lleva a reflexionar sobre la especial situación a la que están expuestos los testigos de causas penales, ya que muchas veces, en cumplimiento de su obligación de comparecer ante los tribunales, su seguridad o la de sus familiares puede verse amenazada. Esta situación puede provocar una actitud remisa por parte de los testigos que puede hacer fracasar la pretensión punitiva del Estado. Es por ello que recientemente, tanto en el orden provincial como nacional, se han incorporado

previsiones legales que tienden a ofrecer al testigo medidas de protección

² Cfr. FORTETE, CÉSAR “La protección de la víctima contra la segunda victimización durante el proceso penal”, en: *Foro de Córdoba*, año XIV-Nº 84-2003, Ed. Advocatus, p. 39/48 y “La protección de la víctima-testigo durante el proceso penal”, en: *Pensamiento penal y criminológico. Revista de derecho penal integrado*, año IV-Nº 7-2003, Ed. Mediterránea, p. 263-289.

³ En especial en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) los estados partes, en los arts. 1.1. y 2, respectivamente, se comprometen a respetar y garantizar el ejercicio de los derechos en ellas contenidos. Entre los derechos contenidos en estos mismos tratados y, por ende, a los que Argentina se compromete a respetar y garantizar, tenemos el derecho de todas las personas al respeto a la seguridad (art. 9.1. del PIDCP) y a la integridad física, psíquica y moral (art. 5.1. de la CADH), y también (arts. 8.2.f. de la CADH y 14.3.e. del PIDCP) el derecho de toda persona inculpada de algún delito a, en ejercicio de su derecho de defensa, interrogar a los testigos.

CÉSAR FORTETE

95

para garantizar la recepción de la prueba y, con ello, garantizar la pretensión punitiva del Estado. Esta protección ofrecida al testigo, además de garantizarle al Estado la recepción de la prueba, también reglamentaría el derecho a la seguridad e integridad personal de aquellos individuos que se encuentran en una relación particular con el Estado, ya que éste, en ejercicio de su potestad punitiva, expone al testigo a una situación de riesgo y con estas medidas intenta contrarrestarlas. La protección ofrecida tiene distintas modalidades que, de menor a mayor grado, contemplan desde la protección policial hasta la reserva o sustitución de la identidad. Por otro lado, como ya dijimos, el Estado está obligado a garantizar el derecho de defensa al imputado, lo cual implica poder ejercer un efectivo control de la prueba. Sin profundizar mucho en cada una de las disposiciones legales que regulan uno y otro derecho, pareciera que las medidas de protección al testigo pueden afectar seriamente el derecho de defensa del imputado. Esto nos indica que la reglamentación de los derechos contenidos en los Pactos de Derechos Humanos puede generar tensiones si no se la realiza teniendo en cuenta una visión integral de todos ellos. Ante este cuadro, el objetivo del presente trabajo es analizar comparativamente las disposiciones legales provinciales y nacionales de protección al testigo y confrontarlas con el derecho de defensa del imputado para determinar

si el Estado, con el afán de garantizar su pretensión punitiva, no estaría avanzando sobre el derecho de defensa y, en consecuencia, violando su deber de resguardar con equidad los distintos derechos garantizados constitucionalmente.

2. La protección del testigo

Una de las mayores preocupaciones para lograr que la investigación penal resulte exitosa es la de garantizar la recepción y preservación de la prueba. Debido a que la prueba testimonial es, dentro de la diversidad de los medios probatorios, una de las más comunes en los procesos penales, tanto en nuestra provincia como en el orden nacional, se han implementado medidas que tienden a garantizarle al testigo seguridad frente a posibles amenazas contra su integridad personal que tengan por objetivo condicionar o anular su testimonio. Esta protección ofrecida por el Estado a aquellas personas que se encuentran en una situación procesal especial, ya que en calidad de testigos están obligados a comparecer frente a los órganos judiciales del estado⁴, estaría encuadrada en la obligación del Estado de

⁴ Art. 219 y cc. del Código Procesal Penal de Cba., 240 y cc. del Código Procesal Penal de la Nación y art. 243 del Código Penal.

LA PROTECCIÓN DEL TESTIGO EN EL PROCESO PENAL Y EL DERECHO DE ...

96

garantizar la protección a todas las personas sometidas a su jurisdicción. En efecto, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵, en su art. 5.1., como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶, en su art. 9.1., reconocen el derecho de todas las personas a la seguridad e integridad personal y compromete, a su vez, a los Estados partes a respetar y garantizar todos los derechos en ellas reconocidos (art. 1.1. de la CADH y art. 2., apartados 1 y 2, del PIDCP)⁷.

En el ámbito de la provincia de Córdoba la ley 8835⁸, llamada “Carta del Ciudadano”, consagró los derechos a la seguridad que tienen todas las personas en la provincia, entre los que se destacan, vinculados al tema de análisis, el derecho a obtener custodia o vigilancia adecuada –conforme a las circunstancias- cuando hubiera sido testigo de hechos delictivos o hubiese recibido amenazas por tal causa (art. 7, inc. e). Con este fin, y con el objeto de que se cumpla con lo dispuesto en el artículo 219 del Código Procesal Penal de Córdoba⁹, el decreto reglamentario creó la Oficina de Protección de Testigos en el ámbito del Ministerio de Gobierno¹⁰.

La función de la Oficina de Protección de Testigos¹¹ es coordinar la protección de las personas acreditadas como testigos potenciales en causas

⁵ En adelante CADH.

⁶ En adelante PIDCP.

⁷ Así lo confirma el Fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C: Resoluciones y Sentencias, No. 71, Caso del Tribunal Constitucional, (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú), sentencia de 31 de enero de 2001, expresa que “[...] El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención [...]”.

⁸ Sancionada el 25 de marzo de 2000, promulgada el 27 de marzo de 2000 y publicada el 28 del mismo mes y año.

⁹ En adelante C.P.P.Cba. El artículo 219 dispone la obligación de toda persona de testificar sobre todo lo que sepa cuando es requerido por un órgano judicial.

¹⁰ Decreto 1015 del Poder Ejecutivo de la Provincia de Córdoba del 11 de julio de 2000. Publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba, N° 148, del 2 de agosto de 2000

¹¹ Atribuciones dispuestas por el art. 1 del Decreto 1015 y de acuerdo a la Resolución N° 278 del Ministerio de Gobierno, de fecha 28 de agosto de 2000, que organiza la Oficina de Protección de Testigos.

CÉSAR FORTETE

97

judiciales, aún antes del inicio de éstas, cuando, por su condición de testigo, su vida o su integridad física y psíquica, la de sus familiares, o sus bienes, corran un peligro cierto. De esta manera, cuando un testigo, sus familiares, personas convivientes, o sus bienes estén expuestos a un riesgo cierto o potencial informará personalmente, a través de terceros, o por cualquier otro medio al magistrado judicial interviniente y, a requerimiento de éste, la Oficina de Protección de Testigos tomará intervención. Como primera medida, esta oficina elaborará un informe para determinar la modalidad de la protección que sea necesaria ¹² e informará al magistrado interviniente sobre las circunstancias que haya podido establecer con relación al testigo en riesgo. También aconsejará sobre la conveniencia o necesidad de reserva de los datos de identidad del testigo, para lo cual se podrán extraer todos sus datos identificatorios del expediente y, en caso de ser necesario para la defensa contar con ellos, se procederá según el art. 308 del C.P.PCba. ¹³. Del mismo modo, podrá aconsejarse la recepción del testimonio por medios gráficos, audiovisuales o electrónicos para preservar la identidad del testigo y asegurar la medida ¹⁴ y, si la situación de riesgo lo requiere, al testigo se le brindarán las condiciones de protección adecuadas hasta tanto se haya cumplido su intervención judicial y se haya asegurado la prueba testimonial ¹⁵. Por último, cuando la situación de riesgo hace imprescindible que el testigo abandone su ocupación laboral, la oficina gestionará una nueva de similares características y, de ser necesario, se proce-

¹² El art. 2 del decreto 1015/00 dispone que la Oficina de Protección de Testigos, ante la solicitud de la autoridad judicial, procederá a tomar medidas de resguardo que serán todas las de inmediata vigilancia, tales como: a) disponer en el domicilio del testigo la presencia de personal policial de consigna; b) ordenar que tal personal ampare al testigo acompañándolo desde el lugar donde se encuentre hasta la sede de la autoridad judicial que lo haya citado; c) resolver la custodia de bienes del testigo; d) extender estas medidas a personas convivientes o parientes hasta cuarto grado de consanguinidad del testigo.

¹³ El art. 3 del decreto 1015/00 dispone que en el caso de reserva de los datos identificatorios del testigos, éstos quedarán registrados en un libro especial de carácter secreto al que no tendrán acceso las partes y que estará al resguardo del Director de la Oficina de Protección de Testigos. En cuanto al art. 308 del C.P.PCba., éste, en su párrafo segundo, dispone que los defensores podrán asistir a la declaración de los testigos, entre otros motivos, cuando exista peligro de que puedan luego ser inducidos a falsear su declaración.

¹⁴ Arts. 6 y 9 de la Resolución N° 278.

¹⁵ Arts. 4 del decreto 1015/00 y 10 y 11 de la Resolución N° 278. Esta protección, en ciertos casos puede incluir el traslado del testigo a un lugar distinto al de su residencia y se cubrirán los gastos necesarios, pero esta medida no podrá exceder los plazos estipulados en el art. 337 del C.P.PCba.

LA PROTECCIÓN DEL TESTIGO EN EL PROCESO PENAL Y EL DERECHO DE ...

98

derá a gestionar la sustitución de su identidad real y la provisión de una asistencia económica ¹⁶.

Tal como ha quedado expuesto, el objetivo de estas disposiciones legales es garantizar la seguridad de los testigos frente a amenazas concretas y, con ello, asegurar la obtención de la prueba, ya que su reglamentación hace una específica remisión al art. 219 del C.P.PCba., que dispone la obligatoriedad

de toda persona de concurrir al llamamiento judicial y declarar la verdad de cuanto supiere. De esta manera, en el ordenamiento de la provincia de Córdoba se instrumentalizan garantías constitucionales que prevén el derecho de toda persona, en este caso la obligada a testificar, a la seguridad y a contar con los medios legales para garantizarla¹⁷. Estas medidas también estarían en consonancia con recomendaciones de Naciones Unidas que promocionan la adopción de medidas para garantizar la seguridad de la víctima, la de sus familiares y la de los testigos frente a actos de intimidación y de represalia¹⁸.

En el orden nacional se pueden destacar dos antecedentes: a) la Oficina de Protección de Testigos e Imputados y b) la protección a la víctima y al testigo prevista en el artículo 79, inc. c, del Código Procesal Penal de la Nación¹⁹.

a) La Oficina de Protección de Testigos e Imputados fue creada en el ámbito de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia de la Nación²⁰ en reglamentación de lo dispuesto en el art. 33 bis²¹ de la ley de Estupe-

¹⁶ Arts. 6 del decreto 1015/00 y 12, 13 y 14 de la Resolución N° 278.

¹⁷ Además de los tratados internacionales de Derechos Humanos ya señalados, podemos citar también la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 3 y 8 y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. I, que también integran el texto de la Constitución Nacional. También, tal como lo dispone el Decreto 1015/00, para garantizar la seguridad de las víctimas y de los testigos en el “Manual de justicia sobre el uso y aplicación de la Declaración de Principios Básicos de Justicia para Víctimas de Delito y Abuso de Poder”, publicado en *Colección de derechos humanos y justicia. Víctimas, derechos y justicia*, Tomo 3, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Córdoba, 2001, p. 86, 152 y 154, se recomienda limitar el acceso a sus direcciones, brindar transporte y protección tanto en su domicilio como en viajes desde y hacia los tribunales, permitir que las víctimas vulnerables sean acompañadas por una persona de su elección, autorizar el uso de exposiciones grabadas en videos, etc..

¹⁸ Declaración de Principios Básicos de Justicia para Víctimas de Delito y Abuso de Poder, art. 6, inc. d).

¹⁹ En adelante C.P.PNac..

²⁰ Decreto 262/98. Boletín Oficial 18/03/98.

²¹ Este artículo fue incorporado a la ley de estupefacientes por la ley 24.424. Esta ley también introdujo en su texto la figura del *agente encubierto*, art. 31 bis, al cual también se

CÉSAR FORTETE

99

facientes N° 23.737. La finalidad de esta oficina es brindarle protección a los testigos e imputados cuya vida o integridad física estén seriamente amenazadas como consecuencia de su participación en causas relacionadas exclusivamente a los delitos vinculados al narcotráfico. La protección que se le ofrece al testigo o al imputado puede extenderse una vez finalizado el proceso penal con medidas que incluyen la sustitución de identidad y la provisión de medios económicos necesarios para cambiar de domicilio y ocupación²².

b) En cuanto al art. 79 del C.P.PNac., éste dispone que “*desde el inicio de un proceso penal hasta su finalización el Estado nacional garantizará a las víctimas de un delito y a los testigos convocados a la causa por un órgano judicial el pleno respeto de los siguientes derechos: [...] c) a la protección de la integridad física y moral, inclusive de su familia [...]*”. En este caso, a diferencia del anterior, la protección está dirigida al testigo y a sus familiares, pero la limita al tiempo que dure el proceso penal.

Las disposiciones legales nacionales analizadas, aunque en sus textos no esté especificado, comparten un mismo objetivo con la Oficina de Protección de Testigos creada en el ámbito del Ministerio de Gobierno de la provincia de Córdoba: brindarle seguridad al testigo con la finalidad de

garantizar la eficacia de la prueba, ya que de ninguna manera lo libera de esa obligación ante situaciones de riesgo. Sin embargo, tienen algunas diferencias que vale la pena destacar. Por un lado, la Oficina de Protección de Testigos de Córdoba y la protección del art. 79, inc. c, del C.P.P.Nac., se diferencian de la protección a los testigos e imputados que ofrece la ley 23.737, ya que las dos primeras están destinadas a proteger a los testigos de cualquier tipo de delitos, provengan o no sus autores de organizaciones criminales. De esta manera, se reconoce la inquietante realidad que padecen víctimas y testigos de delitos comunes cuando deben comparecer a prestar declaración o a realizar reconocimientos en rueda de personas: con la finalidad de condicionar o anular su participación sufren amenazas, coacciones y presiones de todo tipo en sus domicilios particulares, en la calle y hasta en sede de Tribunales²³.

le ofrece protección, sin embargo se trata de una situación especial que no será abordada en el presente trabajo.

²² Art. 33 bis, ley 23.737 y art. 5 del Decreto 262/98. También es importante señalar que el art. 34 bis de la misma ley garantiza el anonimato al denunciante de los delitos previstos en ella.

²³ Basta señalar algunos informes periodísticos que relatan las distintas modalidades de intimidación que padecen los testigos. Cfr. VILLALBA, JOSÉ ÁNGEL "Córdoba todavía carece de normas de protección a testigos" en diario *La voz del interior*, 17/04/2000, p. 15A.

LA PROTECCIÓN DEL TESTIGO EN EL PROCESO PENAL Y EL DERECHO DE ...

100

Por otro lado, a diferencia de la protección que se otorga al testigo en la ley de estupefacientes y en el art. 79 del C.P.P.Nac., que comprende únicamente a éste y a sus familiares²⁴, la oficina de Protección de Testigos de Córdoba incorporó a sus mecanismos de protección al testigo, a sus familiares y, además, a sus bienes²⁵, reconociendo que la voluntad del testigo no sólo puede ser manipulada por el riesgo personal y por la amenaza a personas de su entorno familiar, sino también por amenazas a las pérdidas o menoscabo de sus bienes.

Como ya fue señalado más arriba, debe destacarse también que la protección brindada a los testigos por la ley de Estupefacientes y por la Oficina de Protección de Testigos de Córdoba se puede extender más allá del tiempo que dure el procedimiento penal, ya que prevén acciones, como la sustitución de identidad, el cambio de domicilio, etc., que tienen efectos definitivos o que pueden prolongarse en el tiempo. Por el contrario, las disposiciones del art. 79 del C.P.P.Nac. limitan expresamente la protección al tiempo que dure el proceso penal. Creemos que son más adecuadas aquellas disposiciones legales que prevén medidas de protección que puedan extenderse más allá de la duración del proceso penal, ya que la situación de riesgo de las personas que deben participar en él pueden presentarse antes, durante y después del mismo.

Por último, cabe destacar que ninguna de las tres formas de protección analizadas contempla o propone formas de regular los efectos de la publicidad del proceso penal y la actividad de los medios de comunicación con relación a la protección de la identidad de las personas. En efecto, algunas de las formas de protección apuntan a que la identidad de las personas que deban deponer como testigos no sea develada durante el desarrollo del proceso. Sin embargo, esta situación no exime al testigo de comparecer a la sala de audiencia²⁶, ni pareciera que en estos supuestos se pueda excluir o limitar la publicidad del juicio.

En la provincia de Córdoba, la publicidad del juicio se encuentra

regulada por los arts. 41 de la Constitución provincial, que dispone la pu-

²⁴ En el decreto 262/98 está prevista la protección del testigo y de sus familiares en el art. 5.

²⁵ Arts. 1 y 2 del Decreto 1015/2000 del Poder Ejecutivo de la Provincia de Córdoba.

²⁶ Los arts. 219 del C.P.PCba. y 240 del C.P.PNac. disponen la obligación de toda persona a testificar sobre todo lo que sepa cuando le sea requerido por un órgano judicial, considerándose esta obligación una carga pública excusable sólo para los casos previstos legalmente.

CÉSAR FORTETE

101

blicidad de la prueba, y el art. 372 del C.P.PCba., que establece que el debate será oral y público, bajo pena de nulidad. Las excepciones a la publicidad contempladas en ambos preceptos corresponden únicamente a los casos en que ésta afecte la moral pública o la seguridad pública, agregando el código procesal una restricción más para el caso que el imputado sea un menor de 18 años. Una interpretación que reconozca la seguridad de un testigo como una causal de exclusión de la publicidad sería controvertida, ya que el texto se refiere a la seguridad pública y por ésta se entiende el orden general o el de la audiencia²⁷. Del mismo modo, el ordenamiento nacional, en su art. 363, dispone también la publicidad del debate bajo pena de nulidad, autorizando al tribunal a limitarla o excluirla cuando ella afecta la moral, el orden público o la seguridad. La redacción de este artículo tampoco es clara, ya que “seguridad” es un concepto abstracto y como tal se entiende la seguridad general, la seguridad pública, sosteniendo algunos autores que estos supuestos no se observan en la especie y que, por ello, no puede impedirse el acceso a la sala de audiencia de persona alguna fuera de los casos previstos en el art. 364 del C.P.PNac.²⁸. En tanto, otros autores sostienen que se trata de la seguridad y el orden en la sala de audiencia, haciendo remisión al art. 120 del C.P.PNac., que faculta al tribunal a tomar las medidas que sean necesarias para asegurar el regular cumplimiento de los actos que ordene²⁹.

Situación aún menos clara es la regulación de la actividad de los medios de prensa y la posibilidad de imponer limitaciones al contenido de sus informes, ya que una restricción de este tipo puede colisionar con el derecho de informar que está protegido constitucionalmente. No existe mención alguna a la actividad de los medios de prensa, por lo cual ha de suponerse que le comprenden únicamente las mismas restricciones que se han observado en el párrafo anterior.

Lo cierto es que las medidas de protección de testigos deberían contar con una mención más clara y precisa sobre su incidencia en el principio de publicidad del juicio, ya que, por un lado, la sola presencia de personas

²⁷ Cfr. *Código procesal penal de la provincia de Córdoba*, anotado por NUÑEZ, RICARDO C. Ed. Lerner, Córdoba, 1978, p. 331.

²⁸ AMADEO, SERGIO L. y PALAZZI, PABLO A. *Código procesal penal de la Nación. Anotado con jurisprudencia*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 563 y ss.

²⁹ D'ALBORA, FRANCISCO J., *Código procesal penal de la Nación. Anotado, comentado, concordado*. Ed. Lexis Nexos-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, 5° Edición, p. 794 y ss.

LA PROTECCIÓN DEL TESTIGO EN EL PROCESO PENAL Y EL DERECHO DE ...

102

ligadas al imputado en la sala de audiencia puede intimidar al testigo que ha sido amenazado y con ello hacer fracasar el objetivo propuesto con las medidas adoptadas, puesto que afectarían la confiabilidad de la prueba testimonial. Por otro lado, la acción de los medios de prensa a través de la

difusión de imágenes e información puede contribuir a develar la identidad de los testigos y, de esta manera, hacer caer la protección brindada y exponerlos a los peligros potenciales que motivaron la medida³⁰. Es por ello que en estos casos deberían complementarse las medidas adoptadas con otras que permitan excluir la publicidad del juicio durante la declaración del testigo para evitar, con ello, que su seguridad sea puesta en riesgo por la presencia de personas que estén ligadas al imputado o por los informes y las imágenes difundidas (tomadas en la sala de audiencias o fuera de ella) por los medios periodísticos que contribuyan a develar la identidad protegida³¹.

3. La protección del testigo frente al derecho de defensa del imputado

Siempre que el Estado, para lograr una mayor eficacia en su pretensión punitiva o para garantizar otro derecho, instrumente nuevas modalidades de recepción de la prueba dentro del proceso penal, en este caso la testimonial, puede generar un conflicto con el derecho de defensa del imputado. Esta situación requiere de análisis que, en su caso, permitan realizar correcciones para garantizar los derechos del imputado.

Originariamente el sistema de garantías penales fue construido con la finalidad de poner límites al Estado en el ejercicio de su potestad punitiva. Con ese objetivo se dotó al imputado de una serie de armas legales que le permitieran estar en un plano de igualdad frente al poder acusador del

³⁰ Basta señalar el reclamo de funcionarios judiciales en torno a la actividad de la prensa que reveló la identidad de testigos protegidos y aspectos de sus declaraciones, poniendo en riesgo, con ello, el éxito de la investigación judicial del asesinato de un ex senador de la provincia de Córdoba. Cfr. el matutino cordobés "La Voz del Interior" de fecha 13 de marzo de 2003, p. 16 A.

³¹ En este sentido, el art. 3 de la Ley Orgánica 19/1994 de España, dispone que "los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial cuidarán de evitar que a los testigos o peritos se les hagan fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, debiéndose proceder a retirar el material fotográfico, cinematográfico, videográfico o de cualquier otro tipo a quien contraviniera esta prohibición.

Dicho material será devuelto a su titular una vez comprobado que no existen vestigios de tomas en las que aparezcan los testigos o peritos de forma tal que pudieran ser identificados".

CÉSAR FORTETE

Estado. Entre los derechos garantizados al imputado encontramos el derecho de defensa, el cual implica la posibilidad del imputado de intervenir en el proceso, de contar con una defensa técnica, de conocer y contradecir la imputación, de controlar la legalidad del ingreso de las pruebas, de ofrecer pruebas de descargo y controlar las de cargo, alegar sobre el mérito de todas éstas para demostrar la carencia total o parcial de fundamentos en la pretensión acusatoria y de interponer recursos³².

Si bien el derecho de defensa ya encontraba regulación en la legislación interna argentina (arts. 18 de la Constitución Nacional y 40 de la Constitución de la Provincia de Córdoba), con la incorporación de la CADH y el PIDCP a nuestro ordenamiento constitucional se consagra, dentro del derecho de defensa y como garantía procesal expresa, el derecho de todo acusado a interrogar a los testigos (arts. 8.2.f. de la CADH y 14.3.e. del PIDCP). De esta manera, vemos que con la reforma de la Constitución Nacional de 1994 el Estado Argentino se obligó por igual a proteger la integridad y seguridad de las personas sometidas a su jurisdicción, tal como ya hemos analizado más arriba, y a garantizar el derecho de todo imputado a interrogar a los testigos, constituyendo ambas garantías un límite al poder penal del Estado.

Lo cierto es que, como hemos venido analizando, el Estado en el ejercicio de su preterición punitiva expone muchas veces a la víctima y a los testigos o sus familiares a situaciones de riesgo para su integridad física. No hay duda tampoco que el reconocimiento de algunos derechos de las víctimas y de los testigos que tienen por objetivo reducir la frecuencia de estas situaciones pueden significar una limitación a la actividad probatoria y, sobre todo, una restricción en el control de la prueba para la defensa del imputado, si no se regulan de una manera integral. Es por ello que debe analizarse en cada caso las limitaciones que autoriza la ley al ejercicio de cada derecho, teniendo en cuenta siempre que “[...] *la restricción a los derechos humanos debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo [...]*”³³.

³² El derecho de defensa está receptado en distintos cuerpos legales: art. 18 de la Constitución Nacional, art. 40 de la Constitución de la Provincia de Córdoba, así como en los tratados internacionales ya citados incorporados por el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. Cfr. también CAFFERATA NORES, JOSÉ I. *Proceso penal y derechos humanos*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2000, p. 102 y ss.

³³ Informe n° 38/96, caso 10.506 del 15/X/96, de la Comisión IDH. Citado en CAFFERATA NORES, JOSÉ I, *op. cit.*, p. 19, nota 46.

LA PROTECCIÓN DEL TESTIGO EN EL PROCESO PENAL Y EL DERECHO DE ...

104

La mayor parte de las medidas de protección de testigos que prevén las normas comentadas, en principio, no afectan para nada el derecho de defensa del imputado y favorecerían la actividad del Estado en la investigación criminal. Las formas más comunes de protección sólo implican custodia policial para el testigo en su domicilio o durante su traslado hacia y desde tribunales, la colocación de una alarma en su domicilio conectada con la policía, la provisión de chalecos antibalas, la provisión de otro domicilio y todas aquellas medidas de seguridad que la imaginación permita elaborar y se adecuen al caso concreto. Hasta puede afirmarse que estas medidas favorecen al derecho de defensa y la obtención de la prueba, ya que aseguran la comparecencia del testigo y le brindan la oportunidad al imputado de controlar su testimonio³⁴.

Distinto es el caso cuando la protección al testigo abarca la protección de su identidad. En este supuesto hay que poner en la balanza la seguridad de la vida del testigo, el valor “eficacia” en la persecución penal y la inviolabilidad de la defensa en juicio. Ya mencionamos antes que el Estado por imperativo constitucional debe garantizar la seguridad de las personas y también que, en el caso que esa persona deba concurrir a tribunales a prestar testimonio, debe arbitrar los medios adecuados para que lo pueda hacer sin que su integridad física esté en peligro para garantizar, de esta manera, la obtención de la prueba. No obstante ello, el Estado también debe garantizarle al imputado su derecho de defensa.

Antes de entrar en detalle sobre las distintas modalidades de protección y los distintos grados de limitación al derecho de defensa que ellas implican, hay que destacar que el Estado, antes de exponer a una situación de serio riesgo para su vida o integridad física al testigo o a la víctima, deberá hacer la siguiente evaluación: si el testimonio del testigo o la víctima es prescindible a los fines de probar el hecho y la participación del imputado, se mantendrá la reserva de su identidad y no se lo hará comparecer, ya que sería una prueba que se puede obviar. En caso contrario, si se trata de un testimonio imprescindible, se hará comparecer al testigo, pero

previamente se le ofrecerá ingresar a un programa de protección para él, su familia y sus bienes, ya que ninguna prueba de valor convictivo en un proceso penal puede estar por sobre la seguridad de las personas.

³⁴ Las situaciones de violencia que pueden determinar el testimonio de un testigo pueden tener por finalidad favorecer, pero también perjudicar al imputado. Es por ello que la imposición de estas medidas de seguridad también deben ser entendidas en beneficio del imputado.

CÉSAR FORTETE

105

³⁵ Sería el caso en el que, sin que se oculte la identidad del testigo, no se lo hace comparecer durante la etapa del debate y se incorpora por cualquier medio de reproducción la declaración que realizó en la etapa instructoria (por ejemplo por la lectura o la reproducción de audio o medios audiovisuales). Al respecto, debe señalarse que existen prohibiciones o restricciones expresas en el art. 391 del C.P.PNac. y 397 del C.P.PCba..

³⁶ De esta manera se cumple medianamente con el principio de la inmediatez del proceso penal.

Cuando el testigo fue ingresado a un programa de protección que contemple el resguardo de su identidad, cualquiera sea la modalidad de recepción de su testimonio, el imputado verá limitada la posibilidad de controlar la prueba. Por otro lado, cuando la protección implique modalidades especiales de recepción testimonial, también puede verse limitado el derecho de defensa, porque, según los casos, puede vulnerarse el principio de inmediatez y contradictorio³⁵. Es decir que la limitación al derecho de defensa del imputado puede tener distintos grados según sea la modalidad de la protección y de la recepción del testimonio. En el caso que el testigo concurra a la sala de audiencia y declare con reserva de sus datos identificatorios, el imputado aún conserva la posibilidad de interrogarlo sobre lo que sabe y de apreciar sus reacciones durante el testimonio como para poder hacer una correcta valoración del mismo³⁶. Sin embargo, verá limitada la posibilidad de contar con información sobre las condiciones personales del testigo que también son importantes para valorar la calidad del testimonio, ya que toda pregunta que se le haga al testigo cuya respuesta permita conocer su identidad, deberá ser prohibida por el funcionario judicial interviniente. En el caso de recepción del testimonio a través de videoconferencia y con reserva de los datos identificatorios, se daría una situación similar a la anterior, con la diferencia que las reacciones del testigo al contestar las preguntas pueden estar más controladas al no haber cercanía física con el imputado y el resto de los presentes en la sala de audiencia, con lo cual la defensa verá limitada esta observación; sin embargo, las características del medio le brinda la posibilidad de interrogar al testigo con inmediatez. Si el testimonio se recepta a través de audioconferencia, sería la misma situación descrita en el punto anterior, pero se verá imposibilitada la defensa de ver las reacciones del testigo, conservando únicamente el derecho de interrogar. Por último, si la declaración fuera receptada por acta, video o audio anterior al debate, la defensa, aún cuando conozca la identidad del testigo, perdería toda posibilidad de controlar la prueba, ya que en este caso ni siquiera puede interrogar al testigo con el fin de aclarar sus dichos o ampliar sobre nuevos aspectos o circunstancias que surjan del debate.

LA PROTECCIÓN DEL TESTIGO EN EL PROCESO PENAL Y EL DERECHO DE ...

106

No hay dudas, entonces, que cuando el Estado para garantizar la recepción de la prueba testimonial opta por proteger a un testigo según las distintas modalidades descritas, la defensa del imputado se verá vulnerada.

La solución a esta situación podría consistir en asignarle distinto valor probatorio al testimonio en relación inversamente proporcional al grado de limitación al control de la prueba por parte del imputado: a más limitación menor valor. Sin embargo, se hace necesario establecer criterios legales claros que garanticen que la pretensión punitiva del Estado no exponga a los testigos a riesgos en su persona, pero que tampoco, so pretexto de garantizar su seguridad, avance sobre el derecho de defensa del imputado. El Estado está obligado a garantizar la seguridad de todas las personas, pero también debe garantizarle, a todas ellas, un juicio justo, en el que el ejercicio de su derecho de defensa esté plenamente asegurado.

Algo de claridad sobre los límites de la pretensión punitiva del Estado frente al derecho de defensa del imputado, relacionada a la imposibilidad de éste de interrogar al testigo o de acceder a su identidad, se está brindando a través de la actividad jurisprudencial. Una rápida mirada a la jurisprudencia local e internacional nos muestra que en general se considera violatoria del derecho de defensa la incorporación de prueba testimonial que no puede ser controlada por el imputado, sea que se incorpora por su lectura u otro medio de reproducción, o porque se produzca con reserva de identidad del testigo. En general, aunque existe jurisprudencia en contrario³⁷, se afirma que la prueba incorporada o producida de esta manera es violatoria del derecho de defensa del imputado y que el instituto del “testigo protegido” es de dudosa constitucionalidad.

Por otro lado, frente a la promesa asumida por el Estado de garantizar la seguridad a determinados testigos, la misma jurisprudencia obliga al Estado a mantener este compromiso y se exime al testigo de concurrir a la etapa del juicio oral cuando en la fase instructoria declaró con reserva de su identidad, prescindiéndose, de esta manera, de su testimonio³⁸.

³⁷ Algunos fallos no consideran que se viole el derecho de defensa cuando el testimonio se recepta con reserva de identidad de los testigos en la etapa instructoria, dejando a salvo lo que corresponda en la etapa del juicio, que es eminentemente contradictoria. Cfr. fallo de la Sala 1 de la Cámara Nac. de Apelac. en lo Crim. Correc. Federal, causa 30.650. Otros consideran que la obtención del testimonio en esas condiciones en nada afectan al derecho de defensa, ya que no se oculta los dichos del testigo, que es lo que se ponderará en directa vinculación con el plexo probatorio. Cfr. fallo de la Sala 2 de la Cámara Nac. de Apelac. en lo Crim. Correc. Federal, causa 12.263.

³⁸ En el ámbito local, entre otros, pueden consultarse el Fallo 15.636, CNCrim. y Correc., Sala V, 1999/12/17 con nota de Julio C. Báez y Jessica Cohen, publicado en DJ

4. Conclusiones

El análisis realizado nos muestra que los programas de protección al testigo ensayados por el Estado no resuelven correctamente el problema de la seguridad de las personas que deben prestar declaración en una causa penal. En efecto, el Estado, en cumplimiento de su mandato constitucional de garantizar la seguridad de todas las personas, previó diversas modalidades de protección que se adecuan a los distintos grados de riesgos a los que puede verse expuesto un testigo. Sin embargo, y quizás por haberse tratado su regulación, en general, por fuera de los ordenamientos procesales, no se previeron medidas complementarias que tiendan a regular los efectos de la publicidad del proceso penal y la acción de los medios de prensa, de modo que se garantice la efectividad de estos programas. Del mismo modo, y pese al deber que tiene el Estado de respetar y garantizar el derecho de defensa del imputado, el tratamiento aislado de la protección del testigo del resto del conjunto de garantías constitucionales no permitió contemplar

una posible lesión del derecho de defensa del imputado ni previó una solución a este conflicto. Al respecto, hemos observado que siempre que se active un mecanismo de protección que contemple la reserva de la identidad del testigo o la incorporación de su testimonio en distintas modalidades, el derecho de defensa del imputado puede verse afectado, ya que al producirse la prueba en esas condiciones, ésta no puede ser sometida íntegramente al contradictorio. En este caso, puede apreciarse claramente que la protección del testigo es un instrumento que ha organizado el Estado para asegurar la prueba y, con ello, su pretensión punitiva, pero que no tuvo en cuenta el deber de garantizar el derecho de defensa en juicio del imputado. Sin embargo, este problema ha encontrado una respuesta jurisprudencial aceptable, aunque no siempre uniforme.

Podemos afirmar, entonces, que la solución que aporta el estado al problema específico de la seguridad de los testigos no es la más adecuada, 2002-2, p.585 y ss.; el Fallo 17.724, TOral Crim. Nro. 13, 2001/11/08, con nota de Juan Luciano Ortiz Almonacid y Laura S. Pérez De Mateis, publicado en DJ 2002-1, p. 288 y ss.; el Fallo de la CNCas.Pen., sala I, 11/2/99, "Abasto, Héctor Juan s/Rec. De casación", publicado en LL, Suplemento de Jurisprudencia Penal, 10 de junio de 2002, p. 1 y ss.. En Córdoba se cuenta con el auto interlocutorio de fecha 19 de febrero de 2003 dictado por la Cámara de 10° Nominación en lo Criminal de la ciudad de Córdoba en los autos "Sánchez, José Amado p.s.a. Homicidio en ocasión de robo-Apelación". En el ámbito internacional se cita recurrentemente el Fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Kostovski que lleva el número 10/1988/154/208.

LA PROTECCIÓN DEL TESTIGO EN EL PROCESO PENAL Y EL DERECHO DE ...

108

ya que al regularla sin tener en cuenta una visión integral de todos los derechos que por imperio constitucional debe garantizar, descuida y lesiona el derecho de defensa del imputado. Pareciera que el estado, de acuerdo a los objetivos que se proponen las disposiciones legales de protección al testigo (obtención de la prueba), se propuso únicamente priorizar su pretensión punitiva, descuidando la incidencia que esto tendría sobre el conjunto de garantías procesales, tornando, en consecuencia, insegura la plena vigencia de alguna de ellas. En los hechos esto implica, ni más ni menos, que la expansión del poder punitivo del estado a través de la relativización de los principios políticos-criminales de garantías. Podemos concluir, también, que se trata de un claro ejemplo en el que se advierte que el legislador no sólo debe tener en cuenta al sistema de garantías en su conjunto a la hora de regular algún derecho, sino que también debe observar su impacto en el sistema general para hacer correcciones a las disfunciones que produzcan.

CÉSAR FORTETE

109

DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y A LA PARTICIPACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL.

*Por Marta Susana Juliá**

Resumen: este artículo hace referencia a la importancia del derecho al acceso a la información y la participación ciudadana, la necesidad de establecer el alcance y significado de estos conceptos en materia ambiental, el desarrollo normativo logrado en el sistema jurídico Argentino y su impacto en la legislación de la provincia de Córdoba.

Palabras clave: Acceso a la Información Ambiental, Participación en Materia Ambiental, Información y Participación Ambiental.

El presente trabajo tiene como objetivo describir y analizar el desarrollo del marco normativo que regula el acceso a la información y a la participación en materia ambiental, los alcances y significados de la temática, sus

manifestaciones legales y la incidencia en la provincia de Córdoba. En primer lugar es necesario introducirnos en los alcances y significados que hoy tienen tanto el concepto de derecho a la información como el de participación y la utilización de dichos términos en la temática ambiental.

*₁ Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora por concurso del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. CIJS- U.N.C. Ex. Becaria CONICET (1990-1995). Doctorando en la Carrera de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UNC.

110

En segundo lugar, para describir y analizar el desarrollo normativo vamos a tener en cuenta convenios internacionales y la situación actual del sistema jurídico argentino.

Por último establecer como se ha incorporado el tema en la legislación de la provincia de Córdoba.

1- Alcance y significado del derecho a la información y la participación en materia ambiental.

Los conceptos y términos utilizados en materia ambiental contienen elementos jurídicamente relevantes que es necesario definir y analizar de tal manera que permitan observar el desarrollo de las regulaciones en el tema.

Así el derecho a la información, si bien tiene antecedentes muy lejanos, fue universalmente reconocido mediante la declaración Universal de Derechos Humanos, en diciembre de 1948, por la Asamblea General de Naciones Unidas. Otro documento que recepta este derecho es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que establece el derecho a la libertad de buscar, recibir, difundir informaciones e ideas de toda índole ².

En el reconocimiento del derecho “las bases aparecen en la década del 70 en la legislación de Francia, Canadá e Italia. La constitucionalización del derecho surge en Europa en las leyes fundamentales de Grecia, Portugal y España”³.

En el derecho internacional un antecedente reciente y de suma relevancia, ya en la temática ambiental específicamente, es la Convención de Aarhus sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales suscripta en junio de 1998, en la mencionada ciudad en Dinamarca⁴.

Se ha dicho que “todo lo que tenga vinculación con el derecho a la información, tiene carácter operativo, siempre que no existan restricciones razonables establecidas por ley. Por tal motivo brindar información ambiental es una obligación operativa, que alcanza no solo al poder ejecutivo

² FERNANDEZ, et.al, “Derecho de acceso a la información ambiental”. Rev. *Jurisprudencia Argentina* N°6236, Buenos Aires, 7 de marzo de 2001.

³ Sabsay, D.A. D1PAOLA, M.E. (en prensa 2003).

⁴ FULOP, S. y KISS, C. “¿Qué Hay de Nuevo en Europa? La Convención Aarhus. Rev. *La Ley Suplemento de Derecho Ambiental*. Año IX n° 4, noviembre de 2002.

MARTA SUSANA JULIÁ

111

sino también al legislativo y al judicial tanto en el ámbito nacional como local”⁵.

Muchos autores hablan de un verdadero derecho-deber por parte de los poderes del Estado, en el sentido que son quienes están obligados a proveer los medios necesarios para que se acceda a la información y esto va

a posibilitar la participación de los ciudadanos en la toma de decisión. Es en este marco que se entiende que puede hablarse de un derecho de acceso a la información ambiental, en el marco de los mecanismos de participación, de los procedimientos administrativos previstos para prevenir impactos ambientales y en las audiencias públicas⁶.

La participación de los ciudadanos en los problemas ambientales es un término que se usa con frecuencia en la literatura ambiental vinculados con la información y la educación ambiental. Estos conceptos se relacionan y utilizan con una serie de manifestaciones en el derecho vigente cuyo alcance y límites nos interesa indagar y profundizar.

Así para CEPAL en la región existe una tendencia creciente de cambios en cuanto a la organización de la sociedad civil y de los grupos principales, que cada vez demandan mayores espacios de participación: agrupaciones indígenas, ONGs de diferentes tipos (género, medio ambiente, desarrollo económico y social, municipalismo, y otros) gremios y entidades empresariales. Estos grupos desde sus perspectivas e intereses, convergen en una suerte de sensibilidad respecto del desarrollo sostenible, lo que se traduce en comportamientos más activos⁷.

Se remarca que la tendencia a comportamientos más activos tiene una relación directa con la tecnología de la información y las comunicaciones, que ha permitido tanto un contacto más rápido y directo como la formación de redes que permite contar con información en el momento y trabajar coordinadamente.

En el sistema jurídico argentino la Constitución Nacional, en su reforma de 1994, ha definido en su art.41 los aspectos más importantes a tener en cuenta en materia ambiental recayendo en las autoridades la obligación de proveer este derecho, a la información y educación ambientales.

⁵ QUIROGA LAVIÉ, H. Citado por CAFFERATTA, N. "La Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada. Interpretada y Concordada", D.J. 2002-3, pag.1113.

⁶ DÍAZ ARAUJO, M. "Los derechos de acceso a la información y a la educación ambiental". *Rev. Jurisprudencia Argentina*. T.1116, Buenos Aires, marzo de 2001.

⁷ CEPAL. *La Sostenibilidad del Desarrollo en América Latina y el Caribe*. Ed. CEPAL PNUMA, 2002.

DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y A LA PARTICIPACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL
112

A partir de allí se analizan tanto los nuevos conceptos como las interpretaciones que se hacen de los mismos.

El reconocimiento constitucional del derecho al ambiente y su formulación ha sido discutido y comentado su alcance e importancia por distintos autores y en relación al análisis de la temática objeto de estudio.

Así el significado que otorga Alicia Morales Lamberti a la obligación impuesta a las autoridades de proveer información ambiental se manifiesta en:

- 1-La posibilidad de que los particulares y las entidades preocupadas por la preservación del ambiente puedan acceder a la información existentes en los ámbitos públicos o privados.
- 2-La garantía del acceso a la información a los fines que la población pueda dar su opinión y adoptar decisiones sobre los problemas ambientales que puedan afectarla directamente, y
- 3-La imposición al Estado de la obligación de suministrar información, de modo tal que se asegure una mayor racionalidad y transparencia en los procesos decisorios, tanto en el ámbito privado como públicos.

La información ambiental se obtiene con el desarrollo y la acción de los organismos públicos encargados de atender los problemas ambientales. En los sectores ambientales es el lugar donde se acopia y sistematiza la información obtenida. Cada organismo, con características propias, organiza la disponibilidad de la información para distintos usuarios como otros organismos públicos, profesionales, administrados o los ciudadanos en general. Las formas en que se obtiene información ambiental, se acopia y se sistematiza varían y no existe aún un criterio acerca de como debería realizarse y cuales sería los requisitos mas importantes tampoco las modalidades en que debe brindarse la información.

Los autores opinan en muchos casos que en cuanto a las formas “el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluyendo la información sobre materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibiliza-

s Citada en FERNANDEZ, *et.al*, “Derecho de acceso a la información ambiental”. *Rev. Jurisprudencia Argentina* N°6236, Buenos Aires, 7 de marzo de 2001.

MARTA SUSANA JULIÁ

113

ción y la participación de la población, poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos, el reconocimiento del daño y los recursos pertinentes”⁹.

Se destaca que la información, la educación, el acceso a la justicia y las vías administrativas expeditas son algunas de las modalidades que debe implementar el Estado en cada uno de los niveles de gobierno y a través de los distintos poderes (legislativo, ejecutivo o judicial) para un efectivo funcionamiento. La propia administración es quien establece los mecanismos para que el ciudadano pueda acceder a la información y también determina las modalidades y tiempos en que comunica o facilita el acceso a sus registros o archivos y en muchos casos en los sectores nuevos de la administración se reorganiza la información existente.

En concordancia con lo anteriormente señalado, “la institucionalización de este derecho supone la previa adopción del principio de transparencia en el obrar administrativo, la paulatina eliminación de los secretos públicos hasta los límites que ello sea posible y la apertura hacia los controles indirectos de la administración por los administrados”¹⁰.

Se puede afirmar que es una política de gobierno la elección de las formas en que se brinda información y los canales que se habilitan al ciudadano para obtenerla como así también en lo relativo a la participación de los ciudadanos en las decisiones y en las acciones del Estado.

Los autores se refieren a la participación considerándola como la capacidad que tienen los individuos de intervenir hasta la toma de decisiones, en todos aquellos aspectos de su vida cotidiana que los afectan e involucran.

La revisión bibliográfica acerca del concepto de participación muestra consenso en cuanto a la definición de la participación, sin embargo empiezan a advertirse grandes diferencias cuando se profundiza en el “para

qué” de la misma.

El uso del término participación en materia ambiental se asocia a la capacidad de los individuos para intervenir en la toma de decisiones en materia ambiental.

⁹ CAMPS, C.E y NOLFI, L.M. “*La Recepción Constitucional de la Protección del Medio Ambiente: Operatividad y Eficacia*” *Rev. El Derecho*, T.167,pag.1104 y sgts.

¹⁰ BUSTAMANTE ALSINA, J “*Prevención del Daño Ambiental*” *Rev. Jurisprudencia Argentina*. N° 6120, diciembre 1998, pag.1 y sgts.

DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y A LA PARTICIPACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL

114

En el análisis de la actividad administrativa del Estado cuando Brañes considera que dicha actividad es entendida como la que se realiza en función administrativa y se expresa en lo que se refiere a la protección del ambiente: en mandatos a la administración para la realización de un conjunto de actos materiales encaminados a prevenir y controlar el deterioro ambiental, así como mandatos que implican deberes para todas las personas que aspiran a la protección del ambiente y por cuyo cumplimiento debe velar la propia administración.

Todo ello permitiría interpretar que la propia administración debe generar participación y debe en muchos casos responder por el cumplimiento de este mandato.

En muchos países se han incorporado nuevos derechos y el reconocimiento de acciones y vías de participación entre los que se manifiestan especialmente los derechos ambientales¹¹.

Las reformas políticas operadas en los distintos niveles impactan en las formas y vías que permiten obtener información y también en las formas de participación y acceso para el reclamo o para la resolución de conflictos. Se imponen al Estado dos deberes: uno es recolectar y procesar la información y otro suministrar y difundir la misma. El art. 41 establece la obligación de las autoridades de proveer a la información ambiental.

A partir de la Constitución y en cada nivel de gobierno se puede observar la regulación ambiental actual y en la aplicación de las normas el uso de conceptos específicos para los distintos problemas que se regulan. La información y participación ambiental en las nuevas leyes de presupuestos mínimos.

En el curso de 2002 se dictaron nuevas leyes de presupuestos mínimos (leyes 25.688 de gestión ambiental de aguas, 25.670 de PCBs, ley 25.612 de residuos provenientes de actividades industriales y de servicios y la ley 25.675 general del ambiente) donde nos interesa describir, en las normas que lo incluyen, la incorporación de los conceptos que hacen referencia tanto a formas de acceso a la información como a modalidades de participación.

La ley 25.675 general del ambiente en su art.2 cuando fija los objetivos de la política ambiental establece en el inc.c) fomentar la participación

¹¹ Ver en artículo citado de CEPAL los mecanismos de participación en América Latina y el Caribe. Es muy completo y extenso y permite observar la variedad de formas y modalidades que se han ido formalizando en las legislaciones para inducir a la participación de los ciudadanos en las problemáticas.

MARTA SUSANA JULIÁ

115

social en los procesos de toma de decisión, en el inc, i) organizar e integrar la información ambiental y asegurar el libre acceso de la población a la misma. Por lo que estos aspectos deben considerarse en la formulación de la política ambiental nacional y es una obligación que atañe de acuerdo a lo

dispuesto en el art.5 a los distintos niveles de gobierno.

La ley general ha sido dictada como una norma de orden público (art. 3) a la que deberá adaptarse la legislación ambiental. Enumera los instrumentos de política y gestión entre los cuales menciona el sistema de diagnóstico e información ambiental (art.8).

El deber de proporcionar información está receptado en el primer párrafo del art.16 donde deben cumplir con este deber las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas que estén relacionadas con la calidad ambiental y referidas a las actividades que desarrollan, aspecto que amplía este derecho de acuerdo a su formulación en el art.41 de la Constitución Nacional.

En el segundo párrafo hace referencia a que todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre legalmente como reservada. Asimismo, como obligaciones para la autoridad de aplicación de la ley (art.17) se establecen: desarrollar un sistema nacional integrado de información; que administre datos significativos y relevantes del ambiente y evalúe la información ambiental disponible; proyectar y mantener un sistema de toma de datos sobre parámetros ambientales básicos y debe además establecer mecanismos de instrumentación a través del COFEMA (Consejo Federal de Medio Ambiente).

En el marco de la reglamentación de la ley deberá establecerse un conjunto de precisiones acerca de cómo se va a aplicar, los plazos, modalidades, formalidades etc.

Aparece como una responsabilidad de las autoridades el informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos provocados por actividades antrópicas actuales y proyectas (art.18). También el Poder Ejecutivo elaborará un informe anual sobre la situación ambiental del país que presentará al Congreso de la Nación. El referido informe contendrá un análisis y evaluación sobre el estado de la sustentabilidad ambiental en lo ecológico, económico, social y cultural de todo el territorio nacional.

Existe un proyecto de ley de presupuesto mínimo sobre acceso a la información hoy con media sanción del Senado, donde se avanza en su regulación. Al momento ya fué sancionado como ley 25.831.

El concepto de participación ciudadana en la ley 25.765 se encuentra definido como parte del proceso de toma de decisión. En forma amplia en

DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y A LA PARTICIPACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL

116

el art. 19 cuando establece que toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular, y de alcance general.

Establece que las autoridades deben institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como figura específica como instancias obligatorias para ciertas actividades, sin carácter vinculante pero ante la oposición deberá fundamentarse (art.20). La audiencia pública como institución ha estado ligada a la defensa del ambiente, es un modo de participar en asuntos de interés general y es un mecanismo de participación pública. Para Sabsay es un instituto a través del cual se persigue que las personas se involucren de manera protagónica en aquellas decisiones susceptibles de afectarlas directa o indirectamente (Sabsay, D. 1996)¹².

En el art 21 se reafirma la necesidad de asegurar la participación

ciudadana en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, en los planes y programas de ordenamiento ambiental y en las etapas de planificación y evaluación de resultados.

En los mecanismos de participación, la ley general ha profundizado en distintos aspectos que ya tenían regulación en forma aislada y tendiendo a garantizar la participación en general en la toma de decisión que involucra cuestiones ambientales.

En relación a lo mencionado “La ley establece como objetivos el de fomentar la participación social en los procesos de toma de decisión, y confiere acciones a los particulares para la búsqueda de información, y para la prevención en materia de decisiones con impacto ambiental. En este caso se democratiza la toma de decisiones, de modo que todos opinen, generando una solución consensuada.” (Lorenzetti, R.L. 2003)¹³.

La ley 25.612, la primera sancionada con esta característica de presupuesto mínimo, al regular a los generadores de residuos, establece un sistema de información integrado (art.19), el que será administrado desde la autoridad ambiental nacional y de libre acceso a la población, a excepción de la información que deba considerarse de acceso restringido, por afectar derechos adquiridos o a la seguridad nacional.

El mencionado artículo hace presumir que las provincias no podrán establecer su sistema hasta contar con las modalidades que implementa la

¹² Referencia citada en SABSAY D.A. DiPAOLA, M.E. (en prensa 2003)

¹³ Artículo impreso para el Taller de expertos en derecho ambiental sobre la ley general del ambiente organizado por FARN y UICN.

MARTA SUSANA JULIÁ

117

nación y coordinar las tareas para la implementación del sistema coordinando y consensuado el sistema de información integrado.

Se destaca en la regulación de los registros la tarea de administración de la información contenida y el acceso a la información por parte de la población. La tarea del registro además de acumular y administrar información es que posibilita el seguimiento, control y fiscalización de la problemática de los residuos en todo el territorio.

Lo importante de los registros, en la administración pública, es que conforman el ámbito donde se almacena, clasifica, caracteriza y organiza la información disponible. Y es a partir de allí que la administración puede plantearse numerosos objetivos a corto, mediano o largo plazo.

Antes de la reforma de la constitución, la ley 24.051 establecía como uno de los objetivos de la autoridad de aplicación “crear un sistema de información de libre acceso a la población con el objeto de hacer públicas las medidas que se implementen” (art. 60 inc,f).

Las nuevas leyes ambientales nacionales suponen una enorme tarea para el poder ejecutivo, por una parte, ya que en el ámbito nacional y en cada una de las provincias y municipios deberá incorporar y adaptar los principios y regulaciones de tal manera que no se opongan a la nueva ley y, por otra parte, para los poderes legislativos en el dictado de normas que complementen las normas de presupuestos mínimos¹⁴.

La situación en la provincia de Córdoba.

En la constitución de la provincia de Córdoba (1987 reformada 2001) se establece un reconocimiento a distintas formas de participación (art.9) ya sea política, económica, social y cultural y aparece el Estado como quien debe promover las condiciones para que la participación sea real y efectiva.

Entre los derechos enumerados en el art.19, se hallan en el inc.8 “a asociarse y reunirse con fines útiles y pacíficos” y en el inc.9 “a peticionar ante las autoridades y obtener respuesta y acceder a la jurisdicción y a la defensa de sus derechos”.

En los deberes de todos los ciudadanos, en el art.38 establece, en el inc.3, “participar en la vida política cuando la ley lo determine”, en el inc. 8 “evitar la contaminación ambiental y participar en la defensa ecológica”. En este aspecto hay una obligación específica para todos los ciudadanos de participar en la defensa ecológica.

¹⁴ La ley 25.670 no se analiza por razones de espacio y la ley 25.688 no contiene menciones específicas en los temas objeto de análisis.

DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y A LA PARTICIPACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL

118

También incorpora la figura del defensor del pueblo ante quien el ciudadano puede recurrir para la defensa de sus derechos, para demandar una supervisión del funcionamiento de los servicios públicos o de las modalidades en que se administra, por ejemplo, ambientalmente la provincia.

La Defensoría del Pueblo de la provincia ha constituido una instancia importante para los ciudadanos a los fines de acceder a la información y ejercer la participación como por ejemplo en las audiencias públicas realizadas en la provincia.

La recepción constitucional de estos derechos en la provincia de Córdoba ha sido amplia permitiendo a través de ellas implementar modalidades tanto en lo referido al acceso a la información como a la participación ciudadana en distintos sectores de la administración.

Los organismos del Estado encargados de atender los problemas ambientales inician una tarea de divulgación e información de los problemas locales o regionales y también organizan y difunden acciones concretas y participan en tareas de educación ambiental formal y no formal. Los municipios tienen, en este sentido, un rol importante otorgado por la constitución en materia ambiental.

Al mismo tiempo existe un desarrollo y organización de los sectores no gubernamentales que también participan de la difusión, divulgación e información de los problemas ambientales como en la participación de acciones y tareas de educación ambiental y generan sus propias formas de obtener, sistematizar y divulgar la información ambiental local y regional disponible.

La ley 7.343 de preservación, protección, defensa y mejoramiento del ambiente, en su texto, incorpora formas de participación de los ciudadanos para lograr sus objetivos y establece en distintos artículos el rol que pueden tener tanto los particulares como la administración pública. En su art.3 establece que comprende la *preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente: la orientación, fomento y desarrollo de iniciativas públicas y privadas que estimulen la participación ciudadana en las cuestiones relacionadas con el ambiente*”.

El Poder Ejecutivo delega un conjunto de atribuciones a la autoridad de aplicación de la ley entre las que destacamos: *promover, programar y desarrollar la información, formación y capacitación del personal de la Administración Pública y de particulares en todo lo concerniente al ambiente.*

La información debe estar disponible para uso de la sociedad por parte de los sectores oficiales y privados, en sus distintas áreas. Las moda-

MARTA SUSANA JULIÁ

lidades utilizadas por los organismos para brindar y acceder a la información es a través de centros de documentación, bibliotecas, páginas Web para acceso informático de los datos y los expedientes administrativos, con las condiciones que fija la administración.

En el decreto 2131/00, reglamentario de la ley 7.343 sobre evaluación de impacto ambiental, se establece en el art.14 que la Agencia Córdoba Ambiente deberá dar difusión a los proyectos sujetos a evaluación de impacto ambiental dentro de los diez días de presentados y en el lugar de localización del proyecto, puede también convocar a audiencia pública a cargo del proponente (art 15).

El derecho de acceso está reconocido en el art.18 del decreto 2131/00 cuando establece que todo ciudadano tiene derecho a la información sobre evaluación de impacto ambiental que se tramite en la Agencia Córdoba Ambiente.

La provincia de Córdoba sancionó la ley 8.835 “Carta del ciudadano” que establece como políticas la información permanente a las personas sobre la gestión estatal y de los gastos públicos a través de un sistema informatizado amplio, preciso, transparente, actualizado y de fácil acceso.

En el estatuto del ciudadano, que forma parte de la ley 8.835, incorpora el derecho a la información de todas las personas y como deber del Estado el de suministrar información disponible en lenguaje simple, preciso y de fácil acceso sobre la gestión y servicios existentes.

Establece un conjunto de deberes del estado provincial con principios básicos (art.10) entre los que destacamos la información y la transparencia en los actos de la administración, y además de propiciarse y arbitrar los medios para recibir y procesar –en forma orgánica y permanente-las opiniones y evaluaciones de los usuarios, también ponderar las críticas y recomendaciones en las decisiones que se adopten.

Algunas reflexiones finales.

El acceso a la información y la participación ambiental forman parte del sistema jurídico Argentino actual, su difusión y alcance ha ido evolucionando en los últimos años.

La irrupción en nuestro sistema jurídico de las nuevas leyes de presupuestos mínimos, dictadas durante 2002, y con los numerosos proyectos hoy en tratamiento en el Congreso de la Nación, se produce un nuevo escenario jurídico e institucional en materia ambiental.

El acceso a la información y la participación en materia ambiental son conceptos incluidos en las nuevas normas, con obligaciones para los

DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y A LA PARTICIPACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL

distintos poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) en los distintos niveles de gobierno (nación, provincias y municipios), que deben implementarlos.

Se perfila una enorme tarea política, jurídica e institucional para implementar las nuevas normas en materia ambiental y operativizar estos conceptos. En materia política en el ámbito del COFEMA se deberán concertar las modalidades de aplicación y adaptación de la nuevas normas y la política ambiental nacional.

En cada provincia los sectores legislativos deberán dictar las normas complementarias que demanden en cada lugar las leyes de presupuestos

mínimos, de acuerdo a las políticas que los gobiernos provinciales concierten en materia ambiental.

Cada lugar del país deberá adaptar su sistema jurídico e institucional al nuevo orden ambiental y en cada temática, como la que nos ocupa en el presente artículo, deberá implementarse en los distintos sectores de tal manera que los ciudadanos accedan a la información y puedan participar en materia ambiental de la manera que impone nuestra Constitución y las nuevas leyes.

MARTA SUSANA JULIÁ

121

SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA, HERRAMIENTA JURÍDICA PARA EL DESARROLLO DE LAS PYMES EN CÓRDOBA

*por María Cristina Mercado de Sala**

Resumen: OBJETIVO GENERAL DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN:

Evaluar la eficacia de la legislación sobre Sociedades de Garantía

Recíproca, como herramienta para el desarrollo de las PYMES en Córdoba.

A partir de la información accesible en la ciudad de Córdoba¹ recopilada y tenida a la vista se releva: a) legislación nacional y provincial, decretos y resoluciones de SEPYME; b) Libros de Ponencias de Congresos de Derecho Societario e Iberoamericano de la Empresa; c) Bibliografía y artículos especializados sobre PYMES. Se analiza la realidad de la organización PYME², su necesidad de crédito comercial, de tecnología y de capa-

* Profesora Encargada Titular de Derecho Privado IV, Fac. Derecho y Cs. Ss., Coordinadora Académica CIJS, Profesora de “Concentración económica-Grupos” Carrera Posgrado de Especialización en Derecho de los Negocios, U.N.C. Miembro Sala Derecho Civil y Comercial Consejo de la Magistratura de la Provincia de Córdoba.

¹ TOBAL, GABRIEL, “Caso particular de las PYMES, Balances y perspectivas disímiles en relación a las grandes empresas”, en Revista La Gaceta, Iniciativa Profesional, Publicación del Consejo Profesional de Cs.Ecs.. Año 14 N° 62, Agosto-Noviembre de 1999. En este artículo se analiza la Encuesta Industrial Trimestral de las Universidades Nacionales de Córdoba y Río Cuarto, en Convenio con el Gobierno de la Provincia de Córdoba, en los períodos que van desde 1996 a 1999. Se compara nivel de producción, horas trabajadas, nivel de productividad y de empleo.

² Ayudantes de investigación entrevistaron al Cdor. Abraham de la Dirección PYME de la Provincia de Córdoba que facilitó los planes provinciales y del Consejo Federal de 122

citación de sus recursos humanos, y la herramienta jurídica instrumentada a través de las leyes 24467 y 25300 o leyes de PYME y Sociedad de Garantía Recíproca, con más los decretos presidenciales y reglamentarios. Se relaciona con el régimen derogado de los Consorcios de Exportación Decretos 174/85 y 256/85 y de las Compañías de Comercialización decreto 175/85, ambos derogados por Decreto 2032/91. Se advierte la aparente eficiencia de los instrumentos que laboriosamente diseñan estructuras. Se advierte que en los resultados, tal eficiencia puede resultar ineficaz, en tanto requerirán de conocimiento técnico que obviamente encarecerá el uso del/los instrumento/s a la hora de la implementación. Se advierte que, además, desde un enfoque sociológico el instrumento jurídico requiere mucho compromiso de empresa y social, de tal manera que a la hora de resolver sobre las garantías se priorice este último antes que la tasa de retorno del capital. Se mencionan áreas de actividad- Inversiones de apoyo a las PYMES. Se accedió a folletos explicativos sobre: 1. “Créditos para la Exploración de Nuevos Mercados-CFI”. Financia investigaciones y/o acciones que impliquen identificación y desarrollo de nuevos mercados o profundización de los existentes. Son destinatarias micro, pequeñas o medianas empresas que tengan antecedentes en comercio exterior y presenten un programa destinado a fomentar el desarrollo de sus exportaciones. Los créditos se otorgan en dólares estadounidenses, con un monto máximo de 25.000, un plazo de gracia de un año, tasa de interés 6.30%, base noviembre de 2000. 2. “Créditos para Pequeñas y medianas Empresas -CFI”: tiene por objeto financiar la inversión genuina en el sector de la pequeña y mediana empresa, con el propósito de aumentar su

competitividad y ampliar su capacidad de desarrollo. Son destinatarias pequeñas y medianas Empresas que tengan personal ocupado de hasta 100 personas, activos productivos de hasta U\$S 5.000.000 y una facturación anual U\$S 6.000.000. El destino es la adquisición de activos fijos o la constitución de capital de trabajo. El monto máximo es el 70% de la inversión a realizar, y hasta U\$S 150.000. La tasa de interés es del 6.2% base abril de 2000. 3. “Programa provincial de promoción a Micro y pequeños emprendimientos productivos”. Organizado para facilitar el análisis de Micro y pequeños emprendimientos, brindar capacitación y fomentar la colaboración técnica entre los emprendedores y profesionales de la Provincia de Córdoba, con el objeto de profundizar conocimientos en materia de mercados, eficiencia, competitividad, calidad, financiamiento, etc. Crea la figura del Mipecapacitador, integrada por profesionales con capacidad para acompañar a los empresarios en la evaluación de proyectos y conocer la factibilidad técnica, económica y financiera de los mismos. Colabora con el análisis de las posibilidades de financiamiento y acompaña al empresario en la gestión de créditos ante las entidades financieras. Beneficiarias de este programa son las Micro y pequeñas Empresas, consideradas así las que no superen los 10 empleados y su volumen de ventas anuales no superen los \$450.000 (excluido el IVA e impuestos internos). 4. “Boletín informativo para los empresarios MIPYMES-Diciembre 2000” resume los programas establecidos, y hace referencia a: “Acuerdo cordobés para la construcción de la vivienda”, “Argentina e Italia juntos hacia el tercer milenio”, “Programa de promoción de las exportaciones de Córdoba”, Córdoba Calidad PYME, programa destinado a potenciar y adecuar a las PYMES cordobesas a la realidad de los mercados de hoy”, “Capacitación, una propuesta con favorables incidencias en la economía de las empresas” y “Programas de asistencias, nuevas opciones de asistencia direccionada”.

MARÍA CRISTINA MERCADO DE SALA

123

des en Córdoba que en un estadio de madurez de sus organizaciones podrían generar iniciativas para constituir SGR. Hasta tanto ello ocurra, y por los conocimientos técnicos que hacen falta para evaluar proyectos desde la factibilidad, viabilidad, sustentabilidad y sostenibilidad en el tiempo, consideramos que esa tarea se corresponde con una superespecialización, no sólo teórica sino práctica de un departamento o división específica de entidad especializada, no sólo en la evaluación previa sino en el seguimiento, directo y constante, del desenvolvimiento del Proyecto.

Palabras claves: Pequeña y mediana Empresa, Financiamiento, desarrollo económico, sociedad de garantía recíproca, sociedad comercial, sociedad por acciones, garantías. Argentina. Córdoba.

I. LAS PYMES EN ARGENTINA - LAS PYMES EN CORDOBA

I.1. Consideración preliminar: La presente colaboración es una versión resumida que forma parte de una investigación efectuada durante el período 2001-2002, y fue oportunamente aprobada por el HCDirectivo de la Facultad de Derecho y el HCSuperior de la UNCba.

I.2. JUSTIFICACIÓN del Proyecto:

Argentina: se encuentra en crisis económica evidenciada desde hace más de cuatro años en una profunda recesión-depresión. Se entiende en general por crisis: la interrupción más o menos brusca de un proceso que hasta el momento que se considera, venía desenvolviéndose sin mayores contratiempos, y que abre una etapa de turbulencia, inestabilidad e incertidumbre de orden económico, social, político y cultural. La misma es individualizada por los especialistas en la abrupta caída de todos los indicadores: Parálisis de los negocios. Multiplicación de quiebras⁴. Desde el 12 de Diciembre de 1998 funciona sobre la ruta 9 sur, la Incubadora de Empresas de la Municipalidad de Córdoba, que se publicitó como el primer Proyecto de su tipo en el país. Tiene por objeto colaborar con proyectos comerciales (al año 2001 se habían presentado 400 según se informó), que no podían concretarse por falta de conocimientos específicos, imposibilidad de acceder a créditos o carecer de infraestructura adecuada, a consolidarse hasta que adquieran la fortaleza suficiente como para mantenerse por sí solos y la municipalidad les facilita infraestructura edilicia por dos años a cambio de un alquiler mensual de pesos cien.

⁴“OSCURAS CIFRAS DE CAME. La Coordinadora de Actividades Mercantiles

Empresarias (CAME) informó en septiembre que, en todo el país y en lo que va del año (2002), 100.000 comercios minoristas entraron en quiebra. La crisis se llevó consigo, a su vez, alrededor de 400.000 empleos. Además, la entidad anticipó que el año que viene, con

SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA, HERRAMIENTA JURÍDICA PARA EL DESARROLLO ...

124

ocupación. Exportaciones estancadas. Valor depreciado de las propiedades.

La Economía: Francisco Valsecchi, ya expresaba en 1963 que “los males de nuestro tiempo se manifiestan de una manera particularmente destacada en su aspecto económico, por eso hoy se habla tanto de economía”.

Ello lo inducía a preguntarse **qué es la economía**, dividiendo su análisis en dos partes: a) la realidad económica para determinar el campo de este aspecto de la “actividad humana”, y b) la ciencia económica, para establecer el contenido y los caracteres de este sector del “saber humano”.

Si aceptamos que el hombre se encuentra inmerso en dos realidades, la física (lo material) y la social (acciones humanas que se influyen recíprocamente), concluimos que lo económico pertenece a la realidad social en

cuanto las cosas materiales dejarían de valorarse si no existiera el hombre.

Precisamente porque la economía se configura por las acciones de los hombres transformadoras de bienes materiales. Así: la producción industrial, la intermediación respecto de bienes, la construcción, el cultivo, la conducción-gestión de organizaciones, el ahorro para generar intereses o financiamiento, en síntesis todos actos humanos. Por ello la ubicamos a la economía en el mundo social.

De lo anterior concluimos que llamamos **“actividad económica a toda actividad humana que modifica el conjunto de medios útiles y escasos a disposición de un sujeto (individuo o grupo social) para los fines de la vida.”**⁶ En la misma línea de pensamiento, cabe mencionar el llamado **principio de conveniencia económica**, que enuncia: “todo sujeto

las metas de inflación previstas en el presupuesto nacional (22% para los precios al consumidor y 26% para los mayoristas), serán 60.000 los comercios que cierran sus puertas”.

“EXPECTATIVAS DE LOS EMPRESARIOS-INCERTIDUMBRE EN EL PEOR AÑO DE LA ECONOMÍA DESDE 1914: El universo empresario argentino se mueve entre dos hipótesis: la primera, que no habrá hiperinflación, pero que sí se producirá un aumento sostenido de precios; la segunda, que los efectos recesivos persistirán y obligarán a reducir más los precios. Tales conceptos surgen de la encuesta llevada por MERCADO, a partir de la cual se revela, también que en materia de aumentos de costos esperados, el que más preocupa es el de insumos y materias primas. La mayoría de los entrevistados piensa, además, que tendrá menores ventas. En lo que hace a la estimación de ventas, a pesar de la devaluación, la mayoría piensa (50% contra 28%) que tendrá ventas muy o algo inferiores a las de hace un año”.... www.MERCADO.COM.AR. MERCADO N° 1018. Octubre 2002.

⁵ VALSECCHI FRANCISCO, “*Qué es la economía*”, 42 Colección de esquemas, Ed.

Columba, Mayo 1963.

⁶ VALSECCHI opus cit. Pg.11.

MARÍA CRISTINA MERCADO DE SALA

125

(individuo o grupo social) desea estar dotado lo mejor posible de medios útiles y escasos (bienes económicos) para los fines de la vida que en un determinado momento dominan su conducta”. Es por ello que este principio tiene ínsito un carácter dinámico, dado que el propio concepto de actividad económica implica continuidad o “actividad continua constante e incesante” en búsqueda de la conveniencia económica o sea acrecer los medios de que se dispone para los fines que orientan las conductas. Por ello se dice que la actividad productiva si bien es creativa en el final del proceso, es “destructiva” durante el proceso, en tanto las operaciones económicas eliminan medios empleados (gastos-costos) para obtener productos. Distinguiamos

costos de gastos en tanto los primeros son los que pueden trasladarse a los precios, no así los gastos.

De allí que en toda operación económica se deba tener en cuenta no sólo el principio de conveniencia económica sino además **los principios de eficiencia (el mejor producto) y eficacia (al menor costo)**. Reconocemos que autores como Valsecchi indican por “eficiencia” el procedimiento que implica el empleo del menor costo (o principio del mínimo medio) para obtener un mismo producto. O lo que es lo mismo que **“el sujeto al realizar una actividad económica, efectúa una doble elección, que no es sucesiva sino simultánea: elige la operación más conveniente (cuyo producto la dota mejor para los fines de la vida) y la operación más eficiente (cuyo costo es el mínimo)”**⁷.

Desde el enfoque económicos, el tema elegido, las sociedades de garantía recíproca, como herramienta jurídica para el crecimiento de las

⁷ VALSECCHI opus cit. Pg 15.

⁸ VIVANTE, CÉSAR: “A los estudiantes y a los estudiosos (las dos palabras no siempre son sinónimas) que a menudo me piden consejos y temas para sus disertaciones, no puedo darle más guía que el método seguido por mí. No se aventuren nunca en ninguna tratadística jurídica si no conocen a fondo la estructura técnica y la función económica del instituto objeto de sus estudios. Recojamos en las bolsas, en las bancas, en las agencias, en las sociedades comerciales, en las secretarías judiciales, el material necesario para comprender aquella estructura y aquella función. Es una deslealtad científica, es un defecto de probidad hablar de un instituto para fijar su disciplina jurídica sin conocerle en su íntima realidad. Si el derecho tiene por objeto regular los intereses de una institución, es evidente que debe preceder el estudio práctico de la naturaleza de ésta al estudio del derecho. Verificadas tales investigaciones in rei veritate, sígase en cuanto sea posible la línea histórica del instituto separándole de los que le son afines, aprovechando el conocimiento práctico e histórico para someter a una crítica las fuentes jurídicas, como las leyes, la jurisprudencia y las costumbres. No se empiece a escribir hasta que se ha ordenado todo el argumento en la propia mente, según la necesidad lógica de su renovado contenido y al escrito debe tomarse como SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA, HERRAMIENTA JURÍDICA PARA EL DESARROLLO...

126

PYME en Córdoba, admite el análisis de la organización económica reconocida bajo la designación de empresa o mejor aún la forma de organizar la actividad económica coordinada, teniendo en cuenta el tamaño de la misma, ya sea micro, pequeña o mediana. **La actividad requiere de financiamiento**⁹ y la organización empresa cualquiera sea su tamaño, por propia definición necesita desde el origen de recursos materiales y humanos capacitados, como capital-patrimonio suficiente (tangible o intangible). Si por la importancia del patrimonio de que se trata la empresa carece del mismo, necesariamente deberá recurrir a terceros para procurárselos.

La **fórmula tradicional** de acceder al crédito hasta no hace mucho conocida, implicaba recurrir al sistema bancario cuando éste estaba dispuesto a arriesgar o a las garantías hipotecarias o prendarias directamente.

Modernamente se cuenta con el leasing financiero (Ley 24441), el fideicomiso (Ley 24441 y 21526 fideicomiso financiero) y el factoring o contrato celebrado con una entidad financiera o sociedad de factoring por el cual se transfiere créditos a cobrar originados por la actividad comercial o de servicios (ej. Facturación de la PYME, cheques posdatados, pagarés etc) con la finalidad de obtener recursos líquidos. El factoring permite financiamiento inmediato a la PYME mediante el descuento de instrumentos de crédito, (ej. Factura de crédito)¹⁰ Leyes 24452-24989 y decretos 1202/ punto de partida la última palabra a que han llegado los investigadores precedentes, tanto en Italia como en el extranjero, porque la literatura económica en materia comercial progresa sincrónicamente en todos los países pertenecientes al ciclo de nuestra cultura. Comiéncese

donde los anteriores escritores han acabado, ya que, constituyendo las repeticiones el más penoso engorro que se pueda encontrar en el camino de los estudiosos jurídicos, no hay para qué aumentar la mole ya enorme de dificultades”...en Tratado de Derecho Mercantil, vol. I 1ª ed. español, traducción de la 5ª ed. italiana, Reus Madrid, 1932. Consultado en la página electrónica de la Academia Nacional de derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.aacader.unc.edu.ar, en trabajo presentado a reuniones conjuntas de Academias Nacionales, por Richard Efraín Hugo, “Realidad, Economía y derecho”, Córdoba 23 y 24 de Octubre de 2003.

⁹ RAHMAN, JAVIER, “Financiamiento de PYMES en tiempos de crisis”, Congreso Virtual permanente de Derecho Comercial, Comisión I, La Plata 2002.<<http://www.derecho.comercial.com>>

¹⁰ En opinión del Dr. EFRAÍN HUGO RICHARD, vertida en la reunión conjunta de Academias Nacionales, (mencionada en nota 9 anterior) el supuesto de la factura de crédito en Argentina, contradice la opinión de Vivante en aquello de que: “la literatura económica en materia comercial progresa sincrónicamente en todos los países pertenecientes al ciclo de nuestra cultura”. Sostiene el mencionado profesor de la U.N.C. que, el motivo del fracaso de la factura de crédito en nuestro país es precisamente porque “no ha ocurrido así con la

MARÍA CRISTINA MERCADO DE SALA

127

02 y RG1.344 AFIP). Sin embargo nuevamente el sistema le requerirá garantías suficientes además de cargar tasas de interés (precio por el uso del dinero) no sólo abusivas en tanto posición dominante, sino desincentivadoras para la actividad. Por lo que la utilización-financiamiento a partir de capital patrimonio propio puede redundar en una inmovilización patrimonial altamente costosa e inviable para una MIPYME.-PYME y la sustitución de esa forma por otra (endeudamiento con terceros liso y llano) no sólo podrá no ser conveniente ni eficiente, sino que también podría resultar de acceso imposible. En otros casos el problema principal, consistirá precisamente en la imposibilidad de otorgar garantías.

Es así que resulta imposible no coincidir con Valsecchi, en tanto afirma que **“la posibilidad de una operación económica resulta del criterio técnico, que indica con qué medios se puede obtener un fin, considerado como único, separado del conjunto de fines del sujeto”**.

La economía y sus conexiones.

La economía como disciplina tiene obviamente desde una visión multidisciplinaria conexiones con otras ciencias. Las **conexiones llamadas superiores** (por ej. Con la filosofía, teología, metafísica, psicología y **Ética**), **concomitantes** (sociología, ciencia política, **derecho**) e **inferiores** (geografía, demografía, etnografía, **historia y tecnología**), y **desde lo metodológico con la lógica, matemática y estadística**.

Desde nuestro **enfoque de derecho positivo**, y específicamente la estructura jurídica diseñada como estructura llamada Sociedad de Garantía Recíproca, para atender las necesidades de financiamiento de las PYMES, la economía y el derecho, se conectan concomitantemente en tanto **“la eco**factura de crédito vinculada al contrato de subprovisión, desconocido en nuestro país con un criterio economicista de los grupos de poder en perjuicio de sus proveedores. Prueba de la gravitación de la economía sobre la política y el derecho, fue el obrar abusivo de los grupos económicos que han introducido el sistema o contrato de subprovisión para financiarse y disminuir sus riesgos, con su resistencia a la factura de crédito y los objetivos de la misma. En Argentina ante la falta de satisfacción al crédito que otorga la subprovisión a los grandes grupos económicos, que no se documenta, que no tiene plazo de financiación, que no carga intereses por esa financiación, mientras los bancos sectorizan el crédito haciéndolo a costos inviables para el interior, se desconocieron las experiencias que brinda la UE. Poco puede esperarse de una economía, que se basa en el respeto a lo financiero y desalienta políticas de desarrollo. Es bien claro el derecho comparado sobre el punto, que fija límites temporales bajísimos para el plazo de pago en el contrato de subprovisión, imponiendo a su vez su instrumentalidad en cuentas bancarias o títulos de crédito, como forma de acceso al mismo”.

nomía recibe del derecho las conclusiones acerca de las instituciones jurídicas fundamentales, que condicionan la actividad económica de los particulares y del Estado”. (Valsecchi).

En la preocupación de contribuir desde el estudio del derecho al desarrollo y crecimiento de nuestra sociedad toda, facilitando la existencia, subsistencia y crecimiento de fuentes de empleo, **nos propusimos la temática.**

II. CRONOLOGÍA HISTÓRICA DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA RELACIONADA CON EL DESARROLLO DEL PAÍS

A. Hace tiempo (1875) manifestaba Vicente Fidel López ¹¹ en el Congreso de la Nación que:” ...Desde la Revolución de 1810 se empezó a abrir nuestros mercados al libre comercio extranjero, comenzamos a perder todas aquellas materias que nosotros mismos producíamos elaboradas y que en nuestras provincias del interior, que tantas producciones de esas tenían, la riqueza y la población comenzó a desaparecer a términos que en provincias que eran ricas y podían llamarse emporios de industria incipiente, cuyas producciones se desparramaban en todas partes del territorio, hoy están completamente aniquiladas y van progresivamente por el camino de la ruina...”. Esta línea de pensamiento y análisis de la realidad de la época favoreció la aparición de las primeras grandes industrias nacionales (derivados de la carne, cigarrillos, cerveza, jabón, cal, yeso, mosaicos, etc....).

B. La llamada Crisis del 90, (fines del gobierno de Juárez Celman) llevó a que: se destruyera gran parte de las fuerzas productivas comprometidas: pequeños propietarios, arrendatarios rurales, ahorristas, tenedores de valores públicos, todos quedaron en la calle y el salario real de los trabajadores disminuyó un 25%. mientras se acrecentaba la concentración empresarial y territorial.

C. El Modelo agroexportador consolidado anida una ilusión de progreso indefinido, “fundado en la meteorología”, en nuestra opinión.

D. **Crisis de 1929:** cabe plantear el interrogante: ¿crisis cíclica de la economía capitalista? O ¿factores históricos específicos e irrepetibles?. Según Derek Aldcroft: los orígenes reales de la depresión deben localizarse en Estados Unidos, lo que afectó a Europa que disminuyó las importacio-

¹¹ La Voz del Interior. Temas. Domingo 26 de agosto de 2001. “Un mal reincidente. Las crisis en la Argentina”. Especial de ROBERTO A. FERRERO.

MARÍA CRISTINA MERCADO DE SALA

nes. **El Efecto en nuestro país:** Los precios y volúmenes de exportaciones primarias argentinas cayeron desastrosamente. Los recursos genuinos del Estado disminuyeron y los gastos crecieron. En 1930 la crisis produce paro forzoso, quiebras generalizadas de empresas, grandes déficits fiscales y disminución drástica del poder adquisitivo de la población. En el 2003 tenemos ejemplos similares.

E. En 1935 comienza una etapa de “sustitución de importaciones”, que mediante el desarrollo de la industrialización y el mercado interno, va abandonando el “Modelo agroexportador” en busca de un “Modelo autocentrado nacional popular”, caracterizado por empresas estatales, grandes sindicatos industriales, sus obras sociales y sus sistemas de salud pública, jubilación y leyes laborales. En el 2003 los textiles han sustituido.

F. 1. Este Intento de capitalismo autónomo del 35: consigue el aumento del valor de nuestras exportaciones y acumulación de reservas internas y tiene por Efecto: la reactivación de la mano de obra desocupada, al mínimo del 2%, el aumento de un 30% de la inversión pública y el mejoramiento del salario real (1974) con auge económico según los analistas. En el 2003 el contexto mundial es diferente y la región no elegible.

2. **1975. Nuevamente la Crisis.** Aumento de los precios del petróleo. Europeos: restringen compra crudo y facturan a altos precios los bienes que importamos, ya que nuestro desarrollo industrial en realidad era incipiente y no se correspondía con la llamada industria pesada, que hace al verdadero crecimiento. Ergo: Inflación del 192 % en nuestro país: caen salarios y nivel de vida, surge mercado negro, control de precios, contrabando y evasión impositiva, disminuye el PBI 1,4% y el déficit creciente de la balanza de pagos agrava la falta de divisas. Se agotan las reservas, se ralentiza la industria por falta de insumos extranjeros y aparece la posibilidad de la cesación de pagos. Caos económico y huelgas. Desde el 2002 estamos en default, pretendiendo pagar el 25% de la deuda.

G. 1976: Modelo neoliberal: hiperinflación de 1989, posteriormente paridad uno a uno que nos explican derrota la inflación. 1991: Se instala la convertibilidad que aparentemente exitosa en sus comienzos, presenta muestras disvaliosas que hacen crisis y eclosionan socialmente en Diciembre de 2001. No se resuelve el deficit del estado.

H.1. Crisis a nivel país en Diciembre 2001: los expertos manifiestan que se combinan tres hechos fundamentales: Recesión: Desde septiembre de 1998, la economía no crece, en parte porque la ley de convertibilidad impide devaluar y los precios de la economía argentina quedaron muy altos en relación con la internacional. Endeudamiento: El Estado gastó más de lo

SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA, HERRAMIENTA JURÍDICA PARA EL DESARROLLO ...
130

que recaudó durante gran parte de los años 90. Se endeudó para financiarse. Al no crecer la economía, cae la recaudación, para pagar la deuda se aceptan tasas de interés cada vez más altas que trasladadas a la economía profundizan la recesión. Desconfianza: La situación deriva en el ahogo financiero y productivo de las empresas y en el convencimiento de los acreedores que Argentina entraría en cesación de pagos. Dicen los expertos que convertibilidad sin déficit cero no funciona. Déficit cero se propone en julio 2001, poco antes de caer la convertibilidad.

H.2. Las correcciones propuestas: devaluar? Devaluar e inmediatamente dolarizar?. La devaluación en teoría favorecería a las empresas que exportan. Se incrementan los costos para la empresa endeudada en dólares cuyos ingresos se pagan en peso devaluado. Los precios contratados en dólares no bajan. La preferencia está del lado de las empresas con actividad productiva industrial, exportación y agro. Se vive de las retenciones. La dolarización: el gobierno debería disponer que no se pueden dar más préstamos en pesos, y obligaría a bancos a cambiar pesos por dólares sin comisión. Los expertos consideran que tiene la ventaja de que al eliminar temor a devaluación debería bajar en parte la tasa de interés. Desaparecería la posibilidad de reducir globalmente los precios de la economía que son altos por lo que las exportaciones argentinas no son competitivas, sobre todo en relación con Brasil. La prefieren los sectores competitivos (petróleo, gas que hicieron fuertes inversiones en dólares).

H.3. Finalmente se declara el default, se opta por la emergencia económica financiera y social, se dicta la ley 25561 y posteriormente se decreta la pesificación de las obligaciones, Decreto 214/02 y 320 /02 y concordantes.

H.4. En Octubre 2002 se accede a datos de PYMES que han debido cerrar, el desempleo en Mayo según el Indec era del 21,5 de la población activa, y en 12 meses la cantidad de asalariados cayó en el área metropolitana un 9%, y entre los 950.000 autónomos se esconden sólo quienes realizan tareas para sobrevivir y quienes buscan convertirse en pequeños empresarios. Especialistas indican que se pasó de la era del empleo estable y la relación de dependencia a la del emprendimiento y la autonomía. Si bien es cierto que los analistas consideran la actual como la peor crisis en nuestra Historia, con lo cual coincido en tanto entiendo que además de económica es cultural y de identidad, también es cierto que como nación hemos asistido a crisis anteriores y sin embargo aún sobrevivimos. Lo importante es considerar y analizar posibles herramientas de crecimiento sostenido y sustentable. Es lo que intentamos desde un enfoque jurídico

MARÍA CRISTINA MERCADO DE SALA

131

al proponernos el análisis de las SGR, reconociendo que la sofisticación de los procesos productivos ya sea industriales como de servicios requieren recursos suficientes que no siempre implican pleno empleo. Así lo demuestra la inversión que se hizo necesaria para la nueva planta asociativa de Sancor y Arla Foods en Porteña¹².

III. LAS PYMES Y LA CRISIS

“Sin plata, las PYME juegan todas sus cartas. Frente a la ausencia de financiamiento bancario, las pequeñas y medianas empresas apelan a todos los recursos para poder subsistir. Giros en descubierto, “factoring” y postergación de pagos al fisco, a proveedores y hasta a los empleados son los principales recursos cuando la plata escasea..”¹³. “En los ocho primeros meses del 2001, se rechazaron 2,35 millones de cheques. El alto riesgo de estos papeles limita la posibilidad de negociarlos con bancos”...”las opciones de financiamiento a septiembre de 2001 son casi nulas para las PYME. Los bancos cerraron el grifo de los créditos a mediano y largo plazo y para habilitar otras líneas de financiamiento, son cada vez más selectivos. La recesión debilitó al máximo la estructura de las PYME locales, que se han convertido en factor de alto riesgo para el sistema financiero”.

III. 1. ENTORNO-REALIDAD DE LAS PYMES ¹⁴

Actualidad: La crisis de Argentina culmina con la declaración de la emergencia mediante la ley 25661. Las PYMES cada día languidecen más.

¹² Se trata de la Nueva Planta que se instaló bajo la denominación ARLA FOODS INGREDIENTES SA (Afisa), conformada por las cooperativas Sancor Argentina y Arla Foods sueco danesa. Su objeto es industrializar y comercializar insumos para la industria alimenticia (derivados del suero del queso) en el país y en el exterior. Está ubicada en Porteña Dpto San Justo. Se trata de una inversión de 70 millones de dólares y pretende facturar entre 60 y 70 millones de dólares. Tiene una capacidad de procesamiento actual de 1,5 millón de litros de suero por día, equivalente a 500 mil toneladas por año. En el futuro podría industrializar 2,2 millones de litros diarios y producir 800 mil toneladas. La automatización de la planta para adecuarse a niveles internacionales de calidad, determina que una inversión de 70 millones de dólares sólo alcance para 60 puestos de trabajo, por supuesto altamente calificados dado el riesgo económico que implica tal inversión.

¹³ La Voz del Interior. Economía. Domingo 30 de septiembre de 2001. “los empresarios acuden a todas las opciones posibles de financiamiento”. Especial de ALEJANDRO CARRIZO.

¹⁴ FONDACARO, LEONARDO, “*Los micro Emprendimientos y el Medio Socioeconómico*”

III.2. Una opinión: "Fundación Mediterránea Por una Argentina para todos". La presentación de trabajos en homenaje a los 25 años de la mencionada Fundación incluye en el capítulo de Nuevas Políticas Productivas las siguientes ideas fuerza: "1. Para maximizar la competitividad empresarial hay políticas específicas de desarrollo productivo en áreas críticas que permitirán acelerar el desarrollo empresarial argentino. 2. Las cinco áreas son el apoyo a la innovación tecnológica, la facilitación de exportaciones, el apoyo de las pequeñas y medianas empresas (PYMES), las políticas sectoriales y la provisión de algunos bienes públicos esenciales. 3. Las PYMES deberán jugar un rol muy importante en la recuperación productiva de la Argentina. 4. El gran desafío que enfrentan las PYMES es como desenvolverse y crecer en un escenario en que la estrategia más promisoriosa es la de exportar de manera sostenida, y cuyo principal obstáculo es la falta de financiamiento, la actual legislación laboral que introduce altos costos fijos de creación de empleos..."¹⁵.

III.3. Un ejemplo "El Modelo Italiano": El informe de la Bolsa de Comercio de Córdoba año 2001, expresamente indica:..." En el modelo Emiliano (Emilia Romagna integrada por Ferrara, Copparo y Ro Italia- generó un programa destinado al sostenimiento de las PYMES, la creación de nuevas empresas y la promoción de la calidad, la innovación y la diversificación productiva), el crecimiento industrial resulta no sólo de procesos económicos espontáneos y autoorganizados, sino también de iniciativas institucionales encaminadas a crear un entorno favorable para el desarrollo de las empresas. A mediados de los años '70, el gobierno regional diseñó su propia política industrial.....ERVET se creó para experimentar...nuevas iniciativas en apoyo de una economía basada, casi por completo en las pequeñas y las micro-empresas. Las bases del modelo Emiliano incluyen la colaboración entre actores públicos y privados y la tradición de la negociación ción del Consejo Profesional de Ciencias Económicas, Año 14 N° 62, Agosto-Noviembre de 1999. Este artículo analiza si los factores que componen el medio socioeconómico actual se presentan como una amenaza a los microemprendimientos, o por el contrario, si existen también oportunidades dentro de la aldea global. Considera que la supervivencia depende de la conciencia que se tenga de los factores externos, y de la necesidad del constante intercambio con el medio y el servicio útil al mismo. Se indican tres corrientes: una afirma que en el corto plazo sólo existirán empresas de gran tamaño, que absorberán a las demás. Otra que lo local es la única alternativa a los aspectos pendientes del proceso global y finalmente la tercera postula la articulación de lo global con lo local.

¹⁵ 25 Años Fundación Mediterránea-presentación de trabajos "Por una Argentina para todos", IRREAL Octubre 2002. pgs. 87-89.

MARÍA CRISTINA MERCADO DE SALA

y la armonización para llegar a decisiones compartidas y aceptadas por todas las partes, y una importante tradición de asociativismo y cooperativismo, sea a nivel de empresa asociaciones empresariales, consorcios cooperativas o de trabajadores..."¹⁶.

III.4. PROBLEMAS MÁS COMUNES DE LAS PYMES

Se han identificado los siguientes: Desconocimiento del Mercado.

Desconocimiento del proceso exportador. Dificultades de Comercialización.

Aversión al riesgo. Falta de financiamiento para promoción de exportaciones.

Desajuste de la oferta exportable (Retroalimentación).

III.5. SOLUCIONES LEGALES identificadas a la fecha en el derecho argentino en función de la investigación efectuada: Leyes de diferimientos impositivos y subsidios del Estado. Consorcios de exportación y Compañías de comercialización, favorecen la iniciativa en tanto las formas jurídicas limitan la responsabilidad, y el objeto de los sujetos estructurados expresa y específicamente atiende a las exportaciones y a la comercialización. Estos Decretos fueron derogados en 1991. Instrumentos de Financiamiento de las PYME: SGR, leasing, leasing financiero, underwriting, fideicomiso, fideicomiso financiero y factoring. Las SGR contemplan la posibilidad de capacitar y dar garantías para el financiamiento, y las otras figuras se refieren específicamente a financiar.

¹⁶ "El Balance 2001 de la Economía Argentina". Un enfoque regional. Bolsa de Comercio de Córdoba. Instituto de Investigaciones económicas. Cba. Arg. 2001. pg 50, 51. ... "Programas de asistencia directa para PYMES y organismos especiales de apoyo han existido en Argentina desde hace algunos años, a menudo con el asesoramiento de organizaciones internacionales de ayuda. Sin embargo, las evaluaciones de este tipo de asistencia muestran, que con frecuencia, ésta se convierte en intervenciones aisladas y casi siempre se caracteriza por las limitaciones que imponen la centralización administrativa y los formalismos legales"..... **En la mayoría de los países en vías de desarrollo, el principal problema de las pequeñas empresas es su aislamiento e impotencia, particularmente en un entorno socio-político que favorece a las grandes empresas.** Por otra parte, debido a sus recursos limitados y a su falta de capacidad de negociación, los pequeños empresarios a menudo terminan como simples subcontratistas, con un grado de dependencia económica que se asemeja al "trabajo asalariado"..... Para las empresas pequeñas de los países en vías de desarrollo, el acceso a la tecnología es más difícil. Para garantizar la posibilidad de que se transfieran tecnologías es esencial la existencia de una estructura local, que suministre tecnología nueva y de segunda mano, así como un servicio de reparaciones. También se debe estimular una fuerte interacción entre las pequeñas empresas y las universidades o los laboratorios tecnológicos, y ello desde la fase inicial de evaluación de las necesidades tecnológicas.." pg. 53

SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA, HERRAMIENTA JURÍDICA PARA EL DESARROLLO ...
134

IV. PYMES ARGENTINAS Y CORDOBESAS¹⁷ - FINANCIAMIENTO - SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA - ENTORNO JURÍDICO

GENERALIDADES: Con satisfacción hemos advertido que nuestra inquietud al proponer en Noviembre de 2000 el proyecto del que se informa, es coincidente con por lo menos en el enunciado, si no en la respuesta, con la que invoca ponencia presentada al VII Congreso Argentino de Derecho Societario -IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. La misma incluye¹⁸ datos según los cuales a mediados de los años 90, en oportunidad de entrar en vigencia la Ley 24.467 que reconoce la llamada SGR, existía en Argentina un universo aproximado de 900.000 MIPYMES (Res.401/89, 208/93 y 52/94 del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos modificados por la Res. 24/2001 SEPYME), las que contribuían aproximadamente al 41% del P.B.I., y ocupaban más del 60% de la mano de obra.

El mencionado autor indica que la falta de crédito ocasionada por la llamada Crisis del Tequila, facilitó la aparición de nueve (9) SGR, que reunieron a más de 2000 empresas, un total de fondos de riesgos que ascendieron a los 100 millones de pesos y un promedio de 200 millones de pesos anuales en garantías. Según el ponente a octubre de 2001 se encontraban otras 6 SGR en trámite, (desconocemos a la fecha si finalizaron el trámite y si todas las MIPYMES alineadas al modelo SGR aún subsisten luego de las estadísticas que hemos mencionado con anterioridad, a partir de la grave

estancamiento que hemos sufrido).

¹⁷ TREBER SALVADOR, "La Pymes en Argentina y el Mundo", en Revista la Gaceta, Iniciativa Profesional, Publicación del Consejo Profesional de Cs.Ecs., Año 14 N° 62, Agosto-Nov. 1999. El autor analiza parámetros mundiales de clasificación de PYME. Compara con Argentina donde inicialmente se utilizó : límites de capital, ventas y número de asalariados (40), para concluir con analistas sobre la conveniencia de que debería encuadrarse como empresas medianas las que tengan un capital no superior a veinte millones de pesos, ventas anuales que no superen los cincuenta millones y un personal de hasta doscientos asalariados. En nuestra opinión si consideramos que al momento del artículo existía convertibilidad, se estaba hablando de pesos convertibles en dólares. Ello indica la magnitud de las inversiones que hacen falta en la actualidad para iniciar un emprendimiento, y específicamente la necesidad y el costo de la tecnología, ejemplo de ello reciente es la nueva Planta de Porteña inaugurada antes mencionada. La relación capital tecnológico necesario – puestos de trabajo creados indica la magnitud del problema que enfrentamos para superar el desempleo.

¹⁸ RODRÍGUEZ NORBERTO LUIS, ¿"Las Sociedades de Garantía Recíproca constituyen una herramienta eficaz para dar una solución efectiva a la problemática del financiamiento empresario?", Rosario, 2001.

MARÍA CRISTINA MERCADO DE SALA

135

Carecemos de datos para afirmar en realidad si la ley 25300, su reglamentación y las resoluciones dictadas en consecuencia, han resultado eficaces, dadas las condiciones financieras del país en general luego del llamado default. Los datos publicados en la Revista MERCADO de Octubre de 2002 indicarían ineficiencia, lo que revelaría la perversidad del sistema devenido en tanto todos los autores son contestes en afirmar que las MIPYME constituyen un activo sector de la economía nacional, tanto como tomador de mano de obra y generador de riqueza genuina, no especulativa, como por su rol de contribuyente y sostén de la actividad dinámica económica de los países. El Modelo Italiano antes mencionado es ejemplo de ello, así como las experiencias alemanas y austriacas.

En Córdoba¹⁹ el Hipermercado Libertad conjuntamente con otros socios protectores generaron la SGR Libertad dedicada a promover el hipermercadismo. No se ha tenido acceso a información sobre la evolución de la mencionada SGR y de la de las MIPYMEs a ella relacionadas. El estatuto fue publicado e inscripto oportunamente en el protocolo respectivo de la Dirección de Personas Jurídicas.

ENTORNO JURÍDICO- NORMAS RELEVADAS (suprimimos conceptualización dado el resumen que se nos solicita).

LEY DE SOCIEDADES 19550 Y MODIF., Ley 20.337 de Cooperativas, Ley 23.101 de promoción.

Decreto 174/85. Pub. B.O.N 31/01/85. **Consortios y cooperativas de exportación.** Régimen promocional, integración objetos.

Decreto 175/85. Pub. B.O:N 31/01/85. **Compañías de comercialización internacional.** Régimen de constitución. Requisitos a cumplimentar. Objetos.

¹⁹ ABARCA EDUARDO y RAMELLO,HEBE, "¿Por casa cómo andamos?, Revista La Gaceta, Iniciativa Profesional, Publicación del Consejo Profesional de Cs.Ecs., Año 14N° 62, Agosto-Noviembre de 1999. Estos autores analizan la localización de las industrias dentro de la Provincia de Córdoba, teniendo en cuenta la división departamental. Publican estadísticas a partir de las siguientes variables: establecimientos, población, personal ocupado, bancos, depósitos, cajeros y préstamos. A partir de ellas dividen los departamentos en dos grupos: los que acompañaron la tendencia de crecimiento y los estancados, en los que la escasa presencia de industrias se combina con un porcentaje mínimo de población, escasa mano de obra ocupada y carencia de sucursales bancarias. Entre los departamentos con tendencia al crecimiento ubican a: San Justo, Río Cuarto, General San Martín, Marcos Juárez, Colón, Río Segundo, Tercero Arriba, Unión, Punilla y Santa María. Entre los estancados:

Juárez Celman, Río Primero, Calamuchita, San Javier, Pte. Roque Sáenz Peña, Cruz del Eje, Ischilín, General Roca, Totoral, San Alberto, Río Seco, Tulumba y especialmente Pocho, Minas y Sobremonte.

SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA, HERRAMIENTA JURÍDICA PARA EL DESARROLLO ...
136

Resolución 256. (Secretaría de Comercio Exterior). Registro Nacional de Consorcios de Exportación y Cooperativas de Exportación de Bienes y Servicios. Creación. Pub- B.O. 16/05/85.

Decreto 2032/91. Comercio exterior. Derogación. De los Decretos 526/85, 174/85 y 175/85.

LEY 24467 -sancionada 15/3/95, publicada B.O.N. 28/3/95. Decreto reglamentario 737/95, 908/95. **PYMES, SOCIEDADES DE GARANTÍA RECÍPROCA**

LEY 25300 - Cap. III, IV de Título II, Título III modifica arts. Ley 24467. Publicada B.O.N. 7-9-00. **LEY DE FOMENTO PARA LA MICRO, PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA**, (Fondo Nacional de Desarrollo y Garantía para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa, Fondo de Garantía para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa

RESOLUCION 24 (SEPYME) fecha 15-02-01, publicado BO 20-02-01. Parámetro para considerar a una empresa incluida en la categoría de micro, pequeña y mediana empresa. Reglamentación art. 1° ley 25300.

COMUNICACIÓN “A” 3321 BCRA. Versión 2ª. Vigencia 17-08-01. Micro, pequeñas y medianas Empresas. Fijan Nueva condición según valor de ventas totales anuales y sector de actividad.

Decretos Presidenciales 1074/01, 1075/01, 1076/01, 1633/02.

Resolución 204/02, Secretaría SEPYME. Estatuto Tipo para la constitución de SGR.

MODERNIZACION DEL ESTADO - LEY 8836 PCIA. CBA.

SANCIONADA 25/3/00 PUBLICADA B.O. Pcia. 28/3/00

LEY 21526. ENTIDADES FINANCIERAS.

LEY 25156. Decreto 396/01.

LEY 24467. Ley PYME. Señalamos algunos artículos:

Art. 1: Objeto : “ 1. promover el crecimiento y desarrollo de las pequeñas y medianas empresas. 2. impulsar políticas de alcance general. 3. crear nuevos instrumentos de apoyo y consolidación de existentes.

Art. 2: Definición PYMES: 1. A cargo de autoridad de aplicación (Secretaría de la Pequeña y Mediana Empresa-Ministerio de Economía). **2.**

Pautas: a) PECULIARIDADES DE LA REGIÓN; b) diversos sectores de la economía en que se desempeñan.

Art. 83. Título III Relaciones de Trabajo. Sec I. Definición de pequeña empresa, dos condiciones: a) plantel no superior a 40 trabajadores; b) facturación anual inferior a la cantidad que para cada actividad o sector fije la Comisión Especial de seguimiento art. 104.

MARÍA CRISTINA MERCADO DE SALA

137

SOCIEDADES DE GARANTÍA RECÍPROCA²⁰

Bajo esta denominación se estructura un instrumento- herramienta jurídica orientada a que las PYMES puedan contar con una garantía para solicitar crédito, y secundariamente asesoramiento profesional especializado, servicios que en este caso estarían exceptuados de IVA.

Las SGR se caracterizan por requerir dos categorías de socios: los protectores y los partícipes. A los protectores corresponde realizar aportes

que implican la garantía colateral de los proyectos garantizados por la sociedad, presentados por los partícipes y avalados por la SGR. Se intenta incentivar a los protectores mediante el beneficio de que el aporte del socio protector, destinado a formar el fondo de garantía, pueda ser descontado de la base imponible para el cómputo del Impuesto a las Ganancias siempre que no sea retirado antes de transcurrido dos años.

Los socios partícipes son los titulares de las PYME (empresas individuales o sociedades constituidas) que suscribieron acciones de las SGR con el fin de acceder al beneficio de contar con aval que les permita acceder al crédito, y reducir costos de financiamiento.-endeudamiento.

Se trata de un problema de Proyectos de emprendimientos, y de evaluación de los riesgos de dichos proyectos. Asimismo de capacidad de evaluación de los mismos por parte de especialistas y analíticos con conocimientos suficientes. Se funda en que no siempre las entidades financieras tiene departamentos de riesgos lo suficientemente eficientes en la evaluación de los mismos.

Ello ha llevado a que en la actualidad existan SGR donde grandes empresas como ejemplo La Serenísima, Siderar, Garantizar, Grupo Casino-Libertad etc. hayan constituido SGR donde actúan como socios protectores y sus propios proveedores (PYMES) sean los socios partícipes, con lo que por vía del especial vínculo que se crea a partir del análisis del riesgo del negocio y su financiamiento se constituyen en nuestra opinión en objeto de control por parte de la empresa a la que proveen (art. 33 LS). (este criterio lo sostuve en ponencia al Congreso de Derecho Societario e Iberoamericano de la Empresa de Rosario de Octubre de 2001).

En definitiva en el caso la SGR de que se trata cuenta con información suficiente para ponderar la evolución del sector en el que actúa, el

²⁰ RASSIGA FERNANDO, y REINERINESTOR, Investigadores Secretaría PYME del ministerio de Economía de la Nación, "Sociedades de Garantía Recíproca, ¿ Organizaciones para el Desarrollo de las Pymes o de las Grandes Empresas?.

CEPYME "Estrategia para Superar las Restricciones al Financiamiento de las Pymes".

SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA, HERRAMIENTA JURÍDICA PARA EL DESARROLLO...

138

comportamiento de los socios partícipes, a través de lo cual puede evaluar con precisión y minimizar su propio riesgo y el de cada préstamo solicitado/ otorgado.

INTERROGANTES que se nos presentan:

Las distintas oportunidades de negocios económicos que se abren a partir del objeto secundario, aumentarán los costos de las PYME?, terminarán ellas pagando con los créditos que obtengan, los negocios de los intermediarios?, servirán para que ellas crezcan o configuran en sí mismos

oportunidades de negocios de terceros que se aseguran una clientela?

Para el caso de los pequeños proveedores, no terminan ellos siendo controlados por los especiales vínculos? El hipermercado en realidad no busca sólo tener la góndola repuesta por una controlada respecto de la cual tiene acotado el riesgo en virtud de la contra garantía? No se estará en definitiva ante un agrupamiento bajo forma de sociedad por acciones? O un Fondo de Inversión sui generis? o una financiadora con clientela asegurada? Las respuestas que insinuemos deberán contrastarse con la realidad en cada caso y las disposiciones de la ley de sociedades y de quiebras en su caso.

Hemos defendido que resulta imperativo a la comunidad científica

establecer pautas doctrinarias claras que coadyuven a la consecución de adecuadas políticas legislativas, que produzcan para la comunidad organizada un sistema jurídico transparente, coherente en sí mismo, que facilite a los administrados el acceso inmediato e igualitario a los beneficios a que el sistema dice tener por objeto. La ley 25300 de fomento a las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas, pese al objeto declarado, no resulta clara al intérprete común, “el ciudadano”, a quien en definitiva va a afectar. Introduce en su articulado lenguaje de leyes y decretos preexistentes, en tanto hace referencia a PYMES, a fondos, públicos y privados, fondos de riesgo, formas asociativas conformadas exclusivamente por ellas (MIPYMES), tales como consorcios, uniones transitorias de empresas, cooperativas y cualquier otra modalidad de asociación lícita, sociedades de garantía recíproca, fideicomisos. Tales expresiones **REENVÍAN A LA NATURALEZA DE LAS RELACIONES JURÍDICAS** de que se trata, la forma jurídica empleada por los sujetos individuales para relacionarse individual o colectivamente con terceros, la relación de los sujetos individuales o colectivos con la empresa como objeto de derechos, los centros de imputación diferenciada y contratos regulados. **LAS SOCIEDADES DE GARANTÍA RECÍPROCA**

CRISTINA MERCADO DE SALA

139

CA en cuanto herramientas de financiamiento de las PYMES, concluyen concentrando económica y financieramente a PYMES proveedoras, controladas a través de las garantías para el financiamiento y el asesoramiento, por socios protectores con quienes contratan habitualmente a los efectos de la distribución en el mercado de sus productos, facilitando la “distribución-producto del protector”. **El financiamiento así implementado y el consiguiente endeudamiento ameritan controles adecuados por las eventuales consecuencias disvaliosas de efectos de concentración económica no queridos, control abusivo, restricción, distorsión competencia, y perjuicio del interés económico general.**

Ello debido a que las PYMES “además de tener un gran dinamismo y capacidad de adaptación, **representan una de las fuentes más importantes de empleo y generación de riqueza en nuestro país, con particular importancia en las economías regionales**”²¹, surge de inmediato la importancia de que el estado intervenga activamente para favorecer su desarrollo”²².

En esta precisa instancia, caben distintos interrogantes, ¿cuál es “el negocio” de la SGR?: cobrar comisiones por las garantías que otorga en el caso del objeto principal, y “vender” asesoramiento por sí o intermediando subcontrato y/o acercando a terceros a este negocio de asesorar. En definitiva a partir de lo que aparece a simple vista como un negocio orientado a ofrecer garantías a terceros, en realidad genera una serie de negocios innumerables en lo interno de la relación de los socios y la SRG, y además respecto de las diferentes tipos/categorías de socios: partícipes y protectores.

EL FONDO DE RIESGO: INTEGRA EL PATRIMONIO DE LA SGR y puede ser invertido en colocaciones (cuáles?). Inc 1. asignaciones de los resultados de la sociedad, origen? actividad? cuál? Aporte de los socios protectores a cambio de qué? Además por ref. Ley 25300 el fondo de riesgo podrá asumir la forma jurídica de un fondo fiduciario en los términos de la ley 24.441 independiente del patrimonio societario de la SGR. **Y en caso de la reducción del capital por pérdidas, LOS SOCIOS deberán**

compensar con nuevos aportes... ¿podrán?

²¹ Según datos del Registro Industrial de Córdoba (que participa en el 10% de la economía nacional) en la provincia están radicados 5.800 establecimientos industriales con un total de 90.500 personas ocupadas. El 93,8% tiene hasta 40 empleados, 5,2% tienen hasta 200 empleados. En las pequeñas industrias trabajan 34.500 personas (38,1% del total) y en todas de hasta 200 empleados se emplean 58.600 trabajadores (64,8%)

²² Centro para el Financiamiento de las MIPyMES. Capital Federal.

SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA, HERRAMIENTA JURÍDICA PARA EL DESARROLLO ...
140

LEY 8836. Pcia. de Córdoba

La ley provincial prevé en su art. 7 la importancia que se atribuye a las PYME Así:

El art. 1 de la Ley 8836 establece a partir de “principios de reingeniería”, como objetivos del Estado provincial entre otros en el inc c) “promover y asegurar ... la iniciativa privada”.

El art 2° establece como políticas para el logro de los objetivos señalados entre otras: incs. b) descentralización de funciones y servicios hacia...organizaciones no gubernamentales...; c) Desregulación de aquellas actividades que admitan la competencia y funcionamiento de los mecanismos de mercado; ..g) participación privada en el gerenciamiento y las inversiones del sector público, cuando -con ella -se persiga eficacia en los resultados.

El art. 7° inc E denominado “**LÍMITE AL USO DE FONDOS PROVENIENTES DE LA TRANSFERENCIA DE ACTIVOS**”, incluye en el apartado c) Integración de un fondo, que se utilizará -preferentemente- de manera anti cíclica denominado “Córdoba para crecer”, destinado a la promoción, asistencia, desarrollo y financiamiento de las micro, pequeñas y medianas empresas (MiPyMES), **radicadas en la provincia, de todos los sectores de la actividad económica (industrial, rural, comercial o de servicios, etc)**

Dicho fondo de desarrollo provincial tendrá un capital inicial de cien millones de pesos (\$100.000.000), con el siguiente destino:

La cantidad de sesenta y cinco millones de pesos (\$65.000.000) para el financiamiento de PYMES a tasa de interés acorde al mercado internacional.

La suma de veinticinco millones de pesos (\$25.000.000) para la constitución del “Fondo de garantía cordobés” que otorgará avales complementarios a las PYMES cordobesas.

La suma de nueve millones de pesos (\$9.000.000) para el subsidio de tasas de intereses en créditos otorgados por la banca privada destinados a PYMES.

La cantidad de un millón de pesos (\$1.000.000) a participar, junto al sector privado en la constitución de una sociedad de garantía recíproca, y el inc d) que faculta al poder Ejecutivo a ampliar el fondo previsto en el inciso anterior, constituir otros similares, implementar programas de financiamiento y subsidios, crear y/o participar en sociedades, inclusive de garantía recíproca, y contratar servicios de bancos locales y del exterior que persigan los mismos fines.”

MARÍA CRISTINA MERCADO DE SALA

141

art 2. Políticas: profundizar integración y regionalización del interior²³, con la Región Centro conformada con las provincias de Santa Fe y Entre Ríos y también con otras provincias.

Según publicaciones²⁴ anteriores a los acontecimientos del 2002 existía una esperanza de que “este año se duplicarían las SGR en todo el país”, desconocemos si se trató de una “profecía autocumplida”, aunque lo dudamos.

Resulta interesante mencionar en esta ocasión, que uno de los requisitos establecidos por el **Gobierno Italiano** a efectos de otorgar

financiamiento para proyectos PYMES destinados en un 25 % al área salud, bajo el acápite “II Anexo II – Información Técnico Económica de la Empresa....Demás formas societarias (irregulares y unipersonales)...En ambos casos...**Cuando en la conducción de una empresa Argentina forme parte un ciudadano Italiano o cuando una empresa Italiana se asocie con una Argentina deberán presentar el certificado Anti-Mafia”!!!!**

Es obvio que mediante las SGR se logra en definitiva una concentración económica a través de las garantías para el financiamiento de las acti-

²³ HETTNE B'JORN, “El nuevo regionalismo y el retorno a lo político”, *Regionalismo frente a la globalización*, en Revista Comercio Exterior, 2002, Vol 52. N°11 Méjico, pg 954. ...”las comunidades regionales son un paso previo a la comunidad humana globalizada y pueden aportar el mejor orden mundial en el mediano plazo...”

²⁴ Comercio y Justicia. Jueves 7 de junio 2001, pg. 7. Sección Negocios. “A las siete entidades de garantía recíproca que operan actualmente se les sumará una cantidad similar. A fin de mes aprobarán otra en Córdoba integrada por 120 remiseros (Autotrúst). Las siete autorizadas son: Garantizar SGR (Protectores Banco Nación, Banco de Buenos Aires y 10 empresas privadas. 700 partícipes); Compañía Afianzadora de Empresas Siderúrgicas CAES SGR (Protectora Siderar. Para 241 proveedoras y clientes); Avaluar SGR (Protectores Fate, Aluar e Hidroeléctrica Futaleufú. 124 clientes y proveedoras); Macro Aval (Protectores Gobierno de Salta, Bancos Provinciales de Salta -Grupo Macro, Jujuy y Misiones); Afianzar (Protector Grupo Mastellone. Para productores lácteos y transportistas); Azul PYME SGR (Protector Banco Industrial de Azul, para pymes de la Pcia. De Bs. as.) y SGR LIBERTAD (8 Protectores: Libertad S.A., Josè Guma S.A., Arq. Hipólito Bugliotti & Asociados S.R.L., Invel Latinoamericana S.A., Farmacia Central S.R.L., Farmacia Chon S.R.L., José freiberg Sociedad Anónima Comercial e Inmobiliaria y Tersuave S.A. Para 82 Proveedores).” ...”la SEPYME dispuso de 10 profesionales que recorren el país impulsando este mecanismo entre empresas, gobiernos provinciales y municipales”... otra próxima a autorizarse es Intergarantía creada por dos empresas industriales y una agropecuaria de Buenos Aires, dirigida a pymes de esa provincia”...”se está constituyendo en Mendoza impulsada por el Gobierno provincial junto a bodegueros, fabricantes de muebles y dos cadenas de supermercados, con alcance a San Juan”...”La nueva Bolsa de Comercio de Tucumán también tiene en trámite un estatuto con 80 socios”...”otra reúne a 120 canales de cable independientes”...”el grupo Perez Companc, el Banco Comafi-Bs.As. y el grupo Clarín tramitan SGR y una cadena textil de Mar del Plata analiza constituir una entidad”.

SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA, HERRAMIENTA JURÍDICA PARA EL DESARROLLO...

142

vidades. El desafío consiste en ejercitar los controles adecuados para que no se produzcan desvíos indeseados con efectos disvaliosos.

La **Resolución SEPYME 24/01** sobre determinación de la calidad de PYME establece que: “Art. 1. A los efectos de lo dispuesto por el artículo 1° del Título de la Ley N° 25.300 serán consideradas Micro, Pequeñas y Medianas Empresas aquellas que registren hasta el siguiente nivel máximo de valor de las ventas totales anuales, excluído el Impuesto al Valor Agregado y el impuesto interno que pudiera corresponder, expresado en PESOS:

Tamaño/Sector Agropecuario Industria y Min. Comercio Servicios

Microempresa \$ 150.000 \$ 500.000 \$ 1.000.000 \$ 250.000

Pequeña Empresa \$ 1.000.000 \$ 3.000.000 \$ 6.000.000 \$ 1.800.000

Mediana Empresa \$ 6.000.000 \$ 24.000.000 \$ 48.000.000 \$12.000.000

El Art. 4 de la mencionada resolución, en “aparente” coincidencia con el art. 1 de la Ley 25.300, agrega: “**No serán consideradas Micro, pequeñas y medianas Empresas aquellas que, ... se encuentren controladas por o vinculadas a empresas o grupos económicos** que no reúnan

tales requisitos, conforme lo establecido por el **art. 33 de la Ley 19.550 y sus modificatorias**".

Queda en claro que a los efectos de la resolución, no es como al simple análisis parecería, la facturación el indicador principal a tener en cuenta, sino la actividad seguramente en su relación con el valor de los activos aplicados al proceso productivo, la que determina su aptitud para generar valor agregado competitivamente en el mercado, y el indicador para medir la característica de las MIPYMES.

No queda en claro sin embargo, si la exportación de bienes en forma repetitiva como actividad debe considerarse incluida entre la actividad de comercio o de servicios. Nótese la diferencia de las cifras a tener en cuenta respecto de la facturación. No es un dato insignificante.

Queda claro sin embargo, que a las MIPYMES vinculadas o controladas por grupos económicos que no reúnan tales requisitos no se las podría beneficiar con el régimen de fomento. Sin embargo nos preguntamos ¿que son en sí mismas las SGR?, sino una concentración económica-financiera de "protectores/inversionistas-financiadore indirectos" de MIPYMES proveedoras de dichos protectores en muchos casos²⁵. Remitimos al análisis

MARÍA CRISTINA MERCADO DE SALA

²⁵ Compañía Afianzadora de Empresas Siderúrgicas CAE SGR, Avaluar SG, SGR Libertad según los datos periodísticos anticipados. Comercio y justicia 07-06-01.

143

del art. 33 de la LS 19550/22903, al que expresamente remite la resolución SEPYME 24/01.

Por su parte debemos recordar que según la normativa vigente.

"No serán consideradas MIPYMES Empresas que aún reuniendo los requisitos cuantitativos establecidos por la autoridad de aplicación, estén vinculadas o controladas por empresas o grupos económicos nacionales o extranjeros que no reúnan tales requisitos."

Cabe preguntarse si las SGR que reúnen a proveedores, no los controlan vía el otorgamiento de garantías, y específicamente mediante la información privilegiada a la que acceden a través de toda la documentación que se debe exhibir, a los efectos de evaluar y resolver sobre la elegibilidad, viabilidad y factibilidad del otorgamiento de las garantías y la merituación de las contragarantías, que deben prestar, para acceder al financiamiento y crédito²⁶.

Es evidente la respuesta afirmativa. Se configuran los "especiales vínculos" o control económico externo que consagra el art. 33 LS.

¿Debe concluirse que existirán dos categorías más de MIPYMES, las "protegidas" a los efectos de facilitar el propio proceso productivo de los protectores y las "líberas" o DAVID frente a Goliat²⁷.

Igualmente, ¿deberá entenderse que la normativa prevé distinguir dentro del concepto de "grupo" en cuanto a "conjunto económico nacional o extranjero", el conjunto cuyas ventas totales anuales en conjunto ascienden a las previstas por la resolución SEPYME 24/01?. **¿Distinguiremos**

grupo MYPIME? Ello en cuanto la resolución expresamente dispone:

"grupos económicos nacionales o extranjeros que no reúnan tales requisitos".

Resulta obvio además, el contenido netamente fiscalista y recaudador de la conceptualización, sin embargo a los efectos de la responsabilidad por la administración de los negocios grupales, será menester la debida diferenciación.

²⁶ DAMIÁN SALLOUM, "Presión Financiera y Conductas de las PYMES", Docente

Depto. de Economía Universidad Nacional del Sur. ..”El problema del financiamiento a las PYMES es complejo. La teoría reciente ha identificado las razones teóricas por las cuales el funcionamiento de los mercados financieros es imperfecto, lo que impide asignar los recursos eficientemente”.....

²⁷ PYME CORDOBESAS QUE SE LE ANIMAN A LAS GRANDES. EL MODELO DE DAVID. “La Voz del Interior -Economía- 27-05-01. (curiosamente menciona como PYME a una sociedad que revista en la categoría de socio protector en la SGR Libertad- “José Guma S.A”).

SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA, HERRAMIENTA JURÍDICA PARA EL DESARROLLO...
144

A pesar de todo lo anterior no podemos, dejar de mencionar las dificultades que tienen las PYMES para acceder al crédito, señaladas por la doctrina. El Centro de Financiamiento de las MIPYMES detalla: “a) Elevadas tasas de interés, que incrementan el riesgo de la inversión; b) los largos trámites por estudio de carpeta y altos cargos adicionales; c) la inexistencia de financiamiento a largo plazo y las limitaciones para financiar el capital de trabajo; d) los requerimientos de garantías hipotecarias y/o prendarias con alto margen de cobertura y e) **las regulaciones del B.C.R.A. orientadas a asegurar la fortaleza del sistema bancario, que tienen como consecuencia una elevada aversión al riesgo PYME**”²⁸

El art. 32 de la Ley 24467 bajo “**Caracterización**” conceptualiza a las Sociedades de Garantía Recíproca (S.G.R.) a partir del **objeto que se asigna al tipo**. Así expresa: “Créanse las **Sociedades de Garantía Recíproca con el objeto de facilitar a las PYMES el acceso al crédito**”.

Los expertos²⁹ tratan de explicar “por qué los distintos programas de apoyo crediticio aplicados en nuestro país no han surtido el efecto deseado y una de las respuestas se da a través del efecto apalancamiento negativo que juegan las altas tasas activas de interés”, por lo que “**el apoyo crediticio en vez de ser un medio que favorece la consolidación de las empresas a través de la inversión y el crecimiento consecuente del capital de las PYME, se transforma en un medio de transferencia de parte de las mejoras de rendimiento y productividad hacia el sistema financiero**”.

En esta ocasión nos preguntamos cómo garantiza la estructura jurídica SGR, que no se vaya a producir el mismo efecto de transferencia hacia las mismas, y vía dividendos a los socios protectores u otros agentes. Todo ello teniendo especialmente en cuenta las ya constituidas a efectos de alinear proveedores como socios partícipes, liderados por protectores a efectos de facilitar su propia “línea de producción-distribución” y contratos de subprovisión. En la práctica, se trata de una situación de hecho analógica, a la relación entre las autopartistas y las terminales automotrices, con los

²⁸ SEPYME. Centro para el Financiamiento de las MIPYMES. Paseo Colón 189 PB. Cap. Fed.

²⁹ RUIZ, JULIO, Facultad de Economía y Administración-Universidad Nacional del Comahue. “*El crédito comercial, su necesidad y vinculación con la rentabilidad de las PYMES. Una aproximación teórica*”. En LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS: ENTORNO, ESTRATEGIAS Y POTENCIAL TRANSFORMADOR. RED PYMES MERCOSUR. INSTITUTO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. FAC. CS. ECONÓMICAS UNC. Cba. 2000-Ed. Asoc. Coop. Fac. Cs. Económicas. UNC.

MARÍA CRISTINA MERCADO DE SALA

145

efectos que en la actualidad advierte la realidad económico productiva de Córdoba en ese sector, y en virtud de la llamada “globalización”.

En este sentido, queda expresa la intencionalidad manifestada en el art.7 del estatuto de la SGR Libertad, constituida en Córdoba, publicado en

el Boletín Oficial del 25-04-01³⁰.

El autor consultado³¹ considera además, que otra respuesta a la falta de éxito de los programas para las PYMES, podría alcanzarse a través del análisis del volumen de endeudamiento, su relación con el ciclo comercial y la rentabilidad de las PYME. Sería una forma de explicitar la resultante, en la comparación de tasas de interés con el rendimiento de las empresas. Pensamos que esta amenaza de fracaso no tendría por qué estar ausente en el caso de que quien facilite la garantía para el financiamiento endeudamiento sea una SGR, persona jurídica distinta del partícipe avalado, con interés social propio, aunque podría decirse que “acotado” en tanto está orientado a “facilitar el acceso al crédito de otro sujeto a ella relacionado”. Se trata de un claro y posible conflicto de intereses ab initio, ya que los propios administradores de las SGR, tendrán como imperativo además del cumplimiento del objeto fijado por el art. 32, el lograr en razón de su propia actividad, el “superavit” que las ciencias de la administración reconocen como habilidad inherente a un buen administrador³², que resulte ganancia para la SGR y dividendo y rentabilidad para los socios y aportantes al Fondo de riesgo. De lo contrario no existirá incentivo para asumir el riesgo. ¿Salvo que el incentivo sea generar una controlada concentración de proveedores cautivos?

³⁰ **Art. 7: Clases de socios.** La sociedad tiene dos clases de socios: a) Partícipes:

Serán socios partícipes únicamente las Pequeñas y medianas Empresas, sean éstas personas físicas o jurídicas que reúnan las condiciones exigidas por la autoridad de aplicación, la Ley 24467, sus modificaciones y demás reglamentación vigente, que suscriban exclusivamente acciones tipo “A”. Para ser Socio Partícipe las empresas deberán: 1) desarrollar actividades de producción, fraccionamiento, empaque, transporte y/o comercialización de bienes de cambio y/o bienes de uso para la actividad supermercadista e hipermercadista. 2) desarrollar actividades de provisión de servicios e insumos para la actividad supermercadista e hipermercadista. 3) desarrollar actividades de provisión de bienes y servicios destinados a las actividades incluidas en los puntos anteriores. 4) ser locadores y/o locatarios de los espacios comerciales explotados por supermercados e hipermercados, o 5) en general, desarrollar toda aquella actividad cuyo producto o servicio se destine directa o indirectamente a la actividad supermercadista e hipermercadista...”-.

³¹ RUIZ, JULIO...Opus cit.

³² KROONTZ H. y WEIHRICH H., “Administración: una perspectiva global”, McGraw Hill, Mexico 2001.

SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA, HERRAMIENTA JURÍDICA PARA EL DESARROLLO...
146

En buen romance, lo que advertimos se puede en realidad llegar a crear es un “**mercado imperfecto interno**” cuyos actores serán la SGR y las PYMES proveedoras cautivas partícipes, las que “comprarán garantías y servicios de asesoramiento” a la persona jurídica por ellas integradas. La SGR logrará de esta forma congrega a su alrededor partícipes que invertirán la forma “camaleónica” de proveedores, clientes garantizados-asesorados, acreedores y deudores, al mismo tiempo. Acercará incluso a los protectores y partícipes entre sí generando un sin fin de contratos de cambio.

Todo ello con relación a un sujeto de derecho (SGR) que por medio del financiamiento podrá facilitar o no el crecimiento de la PYME. Asimismo en virtud de la calificación que necesariamente deberán hacer los departamentos técnicos de la capacidad de cumplimiento a fin del otorgamiento de las garantías, se verán obligados a exhibir constantemente sus estados contables con lo cual resultará sumamente expuesta la empresa y su situación, quedando a merced de posibles intentos de toma de control de la misma³³.

La exposición no sólo podría afectar legítimos intereses de la PYME sino que en caso de tratarse de sociedades, los socios minoritarios de las mismas quedarían en situación de indefensión en caso de intentos de desvío de control y abusos de posición dominante.

La SGR a efectos de cumplir eficaz y eficientemente su propio objeto de otorgar avales y asesorar, deberá tener organizada su propia administración y para su funcionamiento conforme objeto-interés social, establecer comités técnicos sobre avales e inversiones, que asesoren sobre políticas de inversiones del fondo de riesgo y avales a otorgar, y que gestionen además el fondo. Es obvio el costo que toda esta estructura organizativa generará, ¿qué garantiza que los “administradores”³⁴ de la SGR sean diligentes y

³³ Preguntado un empresario PYME por el periodista sobre la facturación de su empresa respondió: “No se la doy a nadie”. La Voz del Interior pg. E6 24-6-01

³⁴ En el Ranking General de Competitividad, Argentina se ubicaba a principios de 2001 por debajo de Chile y México, alrededor de N° 37, peor aún y lo más preocupante que afecta al tema que abordamos es que respecto de los indicadores “Gerenciamiento”, “Finanzas”, “Tecnología”, y “Sector Laboral” no somos precisamente un país con “valor competitivamente agregado”. En gerenciamiento es líder EEUU calificada primera y Argentina lo está N° 35. Ello hace dudar de la efectividad de gerenciamiento-administración de las SGR a las que la Ley parecería considerar que por la sola estructuración jurídica tendrán virtud de fortalecer competitivamente a las PYMES. ¿Serán las SGR competitivas en sí mismas?. Los Fideicomisos creados ¿serán bien administrados?.

MARÍA CRISTINA MERCADO DE SALA

147

leales buenos hombres de negocios (art. 59 LS) ?.³⁵ El standard de calidad de los administradores es sólo designado pero no conceptualizado por la ley³⁶.

Advertimos, lo costoso de la estructura organizativa, si la misma debe asumir el costo del riesgo asumido por los administradores y además por los técnicos financieros principalmente, y todos los que se tornen necesarios con relación al objeto y actividad de los partícipes solicitantes de garantías y asesoramiento.

Se produce en esta instancia, ya no sólo una “concentración de recursos económicos” sino además una “concentración de conocimiento”. La pregunta es qué estructura de capital-patrimonio hace falta para absorber el costo de tal concentración.

El capital fijado en 240.000 pesos, ¿será suficiente para desarrollo de un proyecto de “empresa de garantía recíproca”?, ¿alcanzará para impulsar la propia actividad de la SGR?. ¿Que volumen de fondo de riesgo³⁷ y rotación del mismo, será necesario para “aguantar” tal estructura jurídica y organizativa? ¿Se diluirán los fondos³⁸ afectados como en tantos otros

³⁵ Ver KATZ ROBERT L. “El arte de un administrador efectivo”. Biblioteca Harvard.

...”Ahora me doy cuenta de que los administradores en todos los niveles requieren cierta competencia en cada una de las tres habilidades...Tratar con las demandas externas de la unidad de un administrador requiere habilidad conceptual; los recursos físicos y financieros limitados que están a su disposición gravan su habilidad técnica y las capacidades y demandas de las personas con las que tratan hacen esencial que posea habilidad humanística...”

³⁶ “La administración es el proceso de diseñar y mantener un entorno en el que trabajando en grupos, los individuos cumplan eficientemente objetivos específicos”. “La eficacia es el cumplimiento de objetivos y la eficiencia es el logro de las metas con la menor cantidad de recursos”. “administración: es posible dividirla en cinco funciones administrativas: planeación o planificación, organización, integración de personal, dirección y control...los conceptos, principios, teorías y técnicas de la administración se agrupan en esas cinco funciones”. Robert L. Katz identificó tres tipos de habilidades para los administradores: habilidad técnica, habilidad humana y habilidad de conceptualización, a los que se puede agregar : capacidad para diseñar soluciones. “la productividad implica eficacia y

eficiencia en el desempeño individual y organizacional.” Ver: HAROLD KROONTZy HEIZ WEHRICH: “*Administración: una perspectiva global*”. McGraw-Hill Interamericana Editores, S.A. de C.V. México Enero 2001.

³⁷ Ver Art. 46. FONDO DE RIESGO. ¿Integra el patrimonio de las SGR y puede ser invertido en colocaciones?. Ver Ley 25300, que admite al fondo de riesgo asumir la forma de un fondo fiduciario en los términos de la L24.441 independiente del patrimonio societario de la SGR.

³⁸ Recordemos que los Programas globales de crédito a Micro y Pequeña Empresa, se nutren de préstamos del BID, que si bien en cuanto cubren asistencia técnica no son SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA, HERRAMIENTA JURÍDICA PARA EL DESARROLLO ...

148

casos de los que es ejemplo nuestro país? ¿Quién se hará responsable de ello? ¿Se controlará lo suficiente para que no pase? ¿Lograrán las PYMES en definitiva su necesario acceso al crédito? Y si lo logran, ¿en caso de un mal asesoramiento y consecuente inadecuado otorgamiento de créditos quien sería responsable en caso de que se deban ejecutar las contragarantías y éstas sean en si mismas el capital de trabajo de las MIPYME? Es obvio el efecto en cadena que produce respecto de la actividad productiva. Además, cabe preguntarse a los efectos de un grupo MIPYME en cuanto a su actividad, debe considerarse la SGR: ¿empresa de “servicio de otorgamiento de avales”? ¿comercializadora de garantías? ¿empresa de servicios de asesoramiento=consultora? ¿comercializadora de “servicios enlatados” de asesoramiento técnico, económico y financiero a sus socios?. ¿Podría en esta ocasión negarse entonces una relación de vinculación, dirigenciamiento y en definitiva de control?. En si misma considerada tal relación es perfectamente lícita, sin embargo deberá hacerse el **necesario seguimiento a efectos de controlar el real acceso al crédito y el fortalecimiento competitivos de las MIPYME.**

En los casos en que se detecte abuso de la persona jurídica SGR, y subordinación abusiva de las partícipes, podrá recurrirse al régimen de la ley de sociedades (arts. 2, 19, 20, 54, 59, 60 y ccs, LS) para corregir los desvíos y hacer efectivas las responsabilidades a que hubiere lugar. Deseamos anticipar nuestra opinión, en cuanto al analizar las SGR nos preguntamos si no se trataba de una forma de regular nuevamente más acabadamente desde el punto de vista de la forma organizada y de la organización económica funcional, el denominado “esfuerzo propio y ayuda mutua” de la L .20337.

En igual sentido relacionamos las SGR con las ACE y las UTE de LS 19550/22903, éstas sin ser consideradas ni sociedades ni sujetos de derecho, pero en un caso, (ACE) al “servicio interno” de los socios partícipes, y en otro al “servicio de alcanzar al mercado en condiciones más favorables, eficientes y eficaces, los productos del socio partícipe”, ¿podrían cumplir idéntica finalidad?.

En definitiva, consideramos se ha “reglamentado” vía las SGR otra “forma” de organizar la actividad coordinada, concentrando productores para orientarlos al MERCADO. Es de esperar que cumplan su objeto.

reembolsables, si lo son en el grueso del crédito, y conforman parte de nuestra pesada deuda externa. Ver PROGRAMA INICIAR RESUMEN EJECUTIVO PRESTAMOBID DE U\$S 100 MILLONEDS A SER DESEMBOLSADO EN UN PERÌODO DE 4 AÑOS.

MARÍA CRISTINA MERCADO DE SALA

149

Es evidente que la actividad de las SGR es de intermediación indirecta entre la oferta y la demanda de recursos financieros, debido a que el

otorgamiento de avales en definitiva es el único acceso al financiamiento y se funda su eficiencia en la posibilidad del recupero de la garantía ejecutada, con lo cual la actividad de estas SGR se completa al responder por el aval otorgado y el recupero por la ejecución de la contragarantía. ¿No está intermediando?

Es de esperar que se ejerciten sobre las SGR y los fideicomisos instituidos todos los controles que la importancia de los fondos involucrados y el orden económico ameritan.

Sólo un breve comentario al art. 161 de la LCQ³⁹. Entendemos que el control en sí mismo es un supuesto de hecho o de derecho que en sí mismo es inocuo. (Ni bueno ni malo). Por ello siempre hemos sostenido es de interpretación restrictiva, sin embargo dado un supuesto de hecho en el que una MIPYME relacionada como partícipe a una SGR se vea afectada por un supuesto de los regulados por la ley, es nuestra opinión que deberá analizarse el comportamiento respecto de ella de la SGR a la cual pertenece y de los socios protectores. Todo ello en virtud de la responsabilidad que deviene por los actos propios.

La sustitución del art. 7 de la Ley 25156⁴⁰, por el decreto 396/01, a nuestro entender, subsume a las SGR que aglutinen proveedores al control del tribunal de Defensa de la Competencia. Es obvio que el efecto que una concentración de proveedores de esta magnitud, afectará a los que no pue-

³⁹ Art. 161. Actuación en interés personal. Controlantes. Confusión patrimonial. La quiebra se extiende: 1. A toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal, y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores; 2. A toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la fallida, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte. A los fines de esta sección, se entiende por persona controlante: a) aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social; b) cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación en la proporción indicada en el párrafo a) precedente y sean responsables de la conducta descrita en el primer párrafo de este inciso. 3. A toda persona respecto de la cual existe confusión patrimonial inescindible, que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos.

⁴⁰ Decreto 396/01: art. 1. Sustituyese el artículo 7° de la ley 25.156, el que quedará redactado del siguiente modo: "Se prohíben las concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general".

SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA, HERRAMIENTA JURÍDICA PARA EL DESARROLLO ...

150

dan o simplemente no deseen adherirse como socios partícipes en condiciones predisuestas a una SGR.

Lo expresado indica que no necesariamente se desarrollarán las PYMEs en Córdoba porque exista el instrumento jurídico, sino que en este caso además deberá considerarse la necesidad de la conducta Ética de quien detente el poder como protector. Asimismo, por la forma de regulación del fideicomiso etc., el sistema de la SGR en definitiva se semeja más a una estructura financiera que a otra cosa.

En definitiva funcionan para ofrecer a los Bancos un nivel aceptable de garantía, o como estrategia asociativa entre Estado y Gran Empresa. Cumplen en definitiva una función de intermediación financiero-especulativa, distinta de la función de intermediador productivo directo del servicio de exportación y/o comercialización como eran las estructuras personalizadas de los decretos 174 y 175/85, que por otra parte promovían el asociativismo.

V. CONCLUSIÓN FINAL

Este breve y primer análisis de la realidad que se plantea como hecho actual respecto de la implementación de las SGR en nuestro país lleva a concluir que, las herramientas jurídicas están dadas pero en tanto instrumentales su eficiencia y eficacia depende de las acciones humanas. Asimismo que:

1. Señalamos Actividades⁴¹ que las PYME podrían desarrollar y que ameritarían proyectos de organización y constitución de SGR: agroalimenticias, producción cárnica, cría de caracoles para consumo humano, productos a partir de soja, miel, pasa de uva, licores y alcoholes, vinos, dulces y alfajores, champiñones, especias, endulcorantes, infusiones, aceites, productos medicinales, productos de perfumería o tocador, jabones, cosméticos, textiles, calzados autopartes, turismo convencional y alternativo, etc. y en síntesis todo lo que se oriente a satisfacer necesidades de gusto, calidad, cantidad, continuidad, costos y precios competitivos en un mundo globalizado, altamente tecnificado, con consumidores diferenciados y en épocas de economías en crisis. Córdoba es sede de Universidades que podrían en transferencia colaborativa funcionar como apoyo técnico, para la producción, gestión, y monitoreo por desvíos de proyectos. Cuenta

⁴¹ “La agroindustria frente al desafío de la Exportación-Tecnología y devaluación, claves del despegue. Las empresas se posicionan competitivamente a través de un tipo de cambio favorable y al reconocimiento internacional”. La Voz del Interior pg E2, Córdoba, domingo 13 de Octubre de 2002.

MARÍA CRISTINA MERCADO DE SALA

151

asimismo con Institutos de investigación calificados dependientes de la Bolsa de Comercio y la Fundación Mediterránea. Todos en actividad colaborativa pueden producir cambios para el desarrollo.

Las sociedades de garantía recíproca pueden colaborar con el financiamiento de proyectos de crecimiento y la capacitación de los recursos humanos, para enfrentar la crisis y superar la gran brecha que nos separa, no sólo de los países desarrollados sino también de los que no estándolo, tienen el beneficio de no estar endeudados externamente. (Caso Malasia).

2. Las SGR son instrumento de financiamiento, que facilita a las MI/PYMES garantías de capital material y capacitación del recurso humano, ambos de significativa relevancia en la era tecnológica que acosa a diario a las empresas. En cuanto a los recursos humanos los Programas PRE y el uso del Crédito Fiscal intentan paliar los altos costos a efectos de la permanencia en el MERCADO de las vapuleadas PYME S argentinas.

3. La normativa más que proteger a las MIPYME, logra que el desplazamiento del riesgo hacia las SGR termine favoreciendo a los Bancos. Estos no necesitarán evaluar carteras de clientes MIPYME sino sólo “al grupo” (la SGR o el grupo MIPYME) que otorga el aval y se favorecerán con los fondos que desde el estado o por leyes especiales se asignen (por caso la ley provincial de Córdoba de modernización del estado N° 8836).

4. Las SGR al aglutinar protectores y partícipes conforman una “unidad de negocios” que implica en sí misma una concentración económica, con relaciones de vinculación y hasta de control, por los especiales vínculos conforme la ley de sociedades, independientemente de si dicha concentración pueda o no ser favorecida por el régimen de fomento. Como

toda concentración deberá monitorearse permanentemente por posibles situaciones de abuso de posición dominante.

5. El régimen de fomento y el tipo regulado no obsta para que en el caso concreto no sea de aplicación la normativa societaria y de concursos y quiebras, por lo que se deberá estar alerta al respecto, dado el efecto multiplicador que en otros países y economías ha tenido el fortalecimiento de las MIPYMES.

6. La SGR generará un serie de negocios y contratos paralelos y dependencia de Comités técnicos, consultoras, gerencadoras, evaluadoras de riesgos, etc. que captarán la mano de obra “desocupada” por las actividades que ha abandonado el Estado, favoreciendo la labor de los que fueron “promovidos” por la ley 22460. Es de esperar que esta

SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA, HERRAMIENTA JURÍDICA PARA EL DESARROLLO ...
152

“**intermediación de conocimiento**” sea en esta oportunidad eficiente y eficaz para el crecimiento de las MIPYME, y no una burocracia de autoempleo parasitario. Se conoce que la hora de capacitación subsidiada por uso de Crédito Fiscal las consultoras las facturan actualmente a pesos ciento veinte. Deberá evaluarse resultados, y en capacitación una muestra suficiente sólo se alcanza en virtud de un meta análisis y luego de varios años de mediciones estadísticas.

7. Sólo el uso profesional eficiente, eficaz y ético del instrumento jurídico SGR permitirá el acceso al crédito y la capacitación que requieren las MIPYME para cumplir el rol que de ellas se espera en el MERCADO y el interés económico general.

8. Un Estatuto orgánicamente vertebrado en forma sistémica deberá asimismo prever los comités asesores suficientes para que la SGR cumpla técnicamente con su objeto. De ahí que deberá contar con un Plan de Empresa o Negocios, flujo de fondos para hacer el seguimiento de los retornos de las garantías cubiertas, manejarse con supuestos de simulación anualizados, Comité asesor de riesgos, de avales, de inversiones. Delinear al mismo tiempo políticas adecuadas de inversiones y avales, complementados con los consiguientes reglamentos. Asimismo deberá contar con técnicos de gestión y de gestión de riesgos, y asegurar la confidencialidad por parte de los asesores de los comités, y protectores (Ley 24567), así como la información suficiente para el acceso al crédito.

9. A nivel costos es obvio que lo anterior requiere de una infraestructura altamente costosa, ya se trate de costos directos, indirectos, fijos, variables, tangibles y/o intangibles y se carece de datos confiables para tal medición.

10. En tanto la Ley 8836 de Reforma del Estado de la Provincia de Córdoba prevé la participación hasta de pesos un millón junto al sector privado en la constitución de una sociedad de garantía recíproca, deberá el administrador de estos fondos tener la diligencia y lealtad no sólo del funcionario público sino también del buen hombre de negocios de la ley de sociedades.

11. La amplia bibliografía relevada, a la que remitimos, admite seguir profundizando el tema, y se ha justificado en la necesidad de acercar ideas para superar la crisis.

MARÍA CRISTINA MERCADO DE SALA

TÉCNICAS PARA LOGRAR LA EFICIENCIA DEL SISTEMA CONCURSAL

Por Efraín Hugo Richard *¹

Resumen: Continuando con la eficiencia del sistema concursal, se pretende determinar los efectos que genera una presentación tempestiva o una tardía en concurso preventivo de sociedades.

Palabras Claves: Cesación de pagos - Oportunidad de la presentación en concurso - Presentación tempestiva - Presentación tardía - Responsabilidad de los administradores.

I. EL PROBLEMA

Repetidamente marcamos el doble rol del derecho patrimonial: las normas que enmarcan la regulación subsidiaria de la actividad privada, y aquellas donde el Estado limita, altera o impone conductas (derecho económico).

* 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 del Litoral, Doctor "honoris causa" por las Universidades Nacional de Tucumán y Católica de Salta. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y Director de su Instituto de la Empresa, es Profesor Emérito y 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.

¹ Agradeceremos comentarios a richardjuris@arnet.com.ar

154

En el segundo orden de normas se engarza, a nuestro entender, el derecho concursal o ley de concursos y quiebras. No tenemos dudas que el sistema es ineficaz y baste ver los expedientes de concursos y quiebras que se mantienen aún abiertos en los respectivos tribunales después de muchos años, constituyendo una montaña de papeles casi sin significado, y revisar el resultado económico de los concursos y quiebras presentados durante la vigencia de la ley 24.522, o sea la inexistencia de resultados para los acreedores quirografarios en las liquidaciones, y consecuentemente los irrisorios acuerdos que se ofrecen –y se logran- de no más del 40% -y menos- a más de 10 años con muchos de gracia.

En un momento de crisis estructural, debe afrontarse la cuestión de la misma manera, pues las reformas concursales del año 2002 no han mejorado la situación, integrando un sospechoso conjunto de normas tendientes a beneficiar a deudores en perjuicio de los acreedores -supuestos beneficiarios y conductores conforme a la ley 24.522-³ so pretexto de la anterior destrucción del sistema productivo generado por un espúreo sistema de convertibilidad⁴.

² *Meditaciones para una investigación: ¿es eficiente el sistema concursal? La insolvencia empresaria dentro de las relaciones de organización.* En Anuario V del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, pág. 55 y ss. Edición El Copista Córdoba 2001. *Cuestiones a resolver por la reforma al régimen de concursos* en Doctrina Societaria marzo 1995, n° 88, tomo VI pág. 851 y ss.. *La ineficacia de la ley de concursos*, en Anales de Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de 2000.

³ Nto. *Cesación de pagos y responsabilidad (el eje del sistema preventivo de la insolvencia)* p. 2 número especial de Jurisprudencia Argentina "Perspectivas actuales del Derecho Concursal", 7 de agosto de 2002, JA 2002-III fascículo n. 6) coordinado por Francisco Junyent Bas y Carlos A. Molina Sandoval.-

⁴ Ver los requerimientos que debía cumplir un sistema de convertibilidad en MOISSET DE ESPANÉS, LUIS *Aspectos económicos y jurídicos de la ley de convertibilidad*, pág. 7 y ss., específicamente p. 24 en libro colectivo de su dirección "Convertibilidad del Austral. Estudios jurídicos. Primera Parte" Ed. Zavalía, Buenos Aires 1991. Nto: *La crisis argentina y la globalización financiera* en El Derecho diario del 6 de marzo de 2002. *Deuda externa y mercado. Una visión prospectiva* comunicación con Emma Elena Mini al Coloquio sobre

“Deuda externa” organizado por el Prof. Sandro Schipani de la Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”, de su Centro Interdisciplinario de Estudios Latinoamericanos. *Crecimiento económico, deuda externa y crecimiento social* en colaboración con la misma Profesora Mini de Muño, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, vol 3 n° 2 año 1995 (diciembre) p. 99 y ss..

EFRAÍN HUGO RICHARD

155

Alberti aporta que “Por cierto es posible proponer, con aspiración muy amplia, una reconstrucción total del sistema concursal. Pero esta es una empresa que nos parece irrealizable en el presente de la sociedad argentina, cuya necesidad de mejoramiento legislativo es más importante en otras materias; de modo que su proposición no serviría inmediatamente al bien común sino que más bien disimularía la posibilidad de efectuar pequeños progresos concretos”. Coincido plenamente con la idea.

Pero una reforma integral sólo sería posible si existiera una unívoca apreciación del rol de los concursos, del bien jurídico tutelado o a tutelar por esas normas, y las técnicas jurídicas que aseguraran los efectos pretendidos, lo que marca las dificultades de perfeccionarla en el seno de una Comisión que elaborara un proyecto o anteproyecto, o en el Congreso para sancionarla. La problemática que atiende y justifica la legislación concursal es la cesación de pagos⁶, pero es desviado el abordaje de ese elemento objetivo para la apertura de un proceso concursal.

Las normas a veces se justifican explícitamente, o se explicitan ciertos justificativos que no se corresponden a los efectos reales que generan. Otras normas no corresponden a una adecuada elección de técnica jurídica y no logran los efectos pretendidos.

Hemos formalizado comunicaciones⁷ incentivando encontrar técnicas jurídicas que aseguren la mayor anticipación en la apertura de los juicios concursales⁸, tendiendo a prevenir los efectos nocivos de la actividad

⁵ ALBERTI, MARCELO EDGARDO *Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: El plan de empresa como recaudo del concurso preventivo* en “Derechos Patrimoniales” Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. EFRAÍN HUGO RICHARD, bajo la dirección de Laura Filippi y María Laura Juárez, Ad Hoc Buenos Aires 2001, tomo II pág. 949.

⁶ Nto. *El bien jurídico tutelado por el derecho concursal* en Revista de la Universidad Nacional de Córdoba años 79/80 p.262 y ss..

⁷ En *De la Insolvencia*, 3 tomos, libros In Memoriam de HÉCTOR CÁMARA y FRANCISCO QUINTANA FERREYRA, Editorial Advocatus, Córdoba 2000, con las comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, *Técnicas preventivas de la insolvencia*. Tomo I pág. 5. 4°. *En torno a responsabilidad y concurso. Un “embrión” de proyecto*. Tomo III pág. 313. *Extensión de quiebra y de responsabilidad*, Tomo III pág. 411. *Daños causados por la insolvencia: Acciones individuales de responsabilidad contra administradores de sociedades* Tomo III pág. 549..

⁸ Cfme. nto. *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Córdoba 2000, ed. de la Academia de Córdoba, Capítulo X Cuestiones que debería resolver una legislación concursal, y en el Capítulo XI La reparación de daños y el acceso a la justicia (visión de un comercialista) p. 457, en especial el parágrafo VI “La problemática concursal” a pág. 474..

TÉCNICAS PARA LOGRAR LA EFICIENCIA DEL SISTEMA CONCURSAL

156

cumplida en cesación de pagos y los efectos expansivos del incumplimiento. Considerábamos que esas técnicas debían brindarse en los llamados “acuerdos preconcursales”, pero por diversas razones los administradores societarios siguen operando en el mercado en cesación de pagos, pese a no hacerlo en forma normal, contagiando o transmitiendo su estado a proveedores, acreedores y trabajadores.

II. UN MÉTODO DE ANÁLISIS: SEMINARIO A DISTANCIA:

En las X Jornadas de Institutos de Derecho Comercial⁹ se comenzó a debatir sobre el problema señalado precedentemente, bajo la convocatoria: “Tempestividad en la presentación en concurso (soluciones concursales y societarias”, presentándose varias ponencias¹⁰ y advirtiéndose en el debate que se abriría un campo de planteos y efectos que podrían tener una importancia decisiva en la interpretación de legge lata o en técnicas jurídicas a introducir en futuras legislaciones que podrían hacer más eficiente el cuestionado sistema de la legislación concursal, pero agregando –a pedido de no ponentes- un aspecto finalístico como sería el bien jurídico tutelado (o a tutelar) por la legislación concursal.

Conforme a ello, en el seno de las Jornadas se resolvió abrir un seminario a distancia, donde FESPRESA (con la colaboración de KONARION S.A.) presentaría la cuestión doctrinaria (de política jurídica) durante el

⁹ Para cuyo desarrollo se publicó previamente un libro (Editorial Advocatus, Córdoba 2003), y que fueron organizadas por la Universidad Nacional de Córdoba a través del Departamento de Derecho Comercial y de la Navegación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales que dirige el Prof. Dr. FRANCISCO JUNYENT BAS; la Fundación para Estudios de la Empresa (FESPRESA) que dirigen el Prof. Cr. JOSÉ RODRÍGUEZ PARDINA y la Prof. LITA BORGARELLO con la Secretaria de Solange Jure Ramos; y la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba a través de su Instituto de la Empresa bajo nuestra dirección, personas e instituciones que son también las que han propuesto el seminario a distancia que se relata en el texto.

¹⁰ Nto. *Tempestividad en la presentación en concurso* p. 309; *Si llegaste tarde al concurso te castigo* de RUBÉN JESÚS TON p. 325; *La tempestividad en la presentación en concurso, ¿es posible en las sociedades en formación?* de LUIS RODRÍGUEZ DE LA PUENTE p. 337; *La tempestividad de la presentación en concurso es una obligación ineludible a cargo de todos los administradores de sociedades. Su incumplimiento importa responsabilidad reclamable por los damnificados de modo independiente del proceso universal de la sociedad* del mismo LUIS RODRÍGUEZ DE LA PUENTE p. 345; *El tiempo para la presentación en concurso preventivo y la crisis del crédito* de AUGUSTO MALLO RIVAS y RAFAEL MALLO p. 351; y *Plan de reestructuración empresarial: ¿Cuánto más vamos a esperar?* de ALICIA SUSANA PEREYRA.

EFRAÍN HUGO RICHARD

157

mes de septiembre, la que se abriría al debate en los meses de octubre y noviembre, para presentar la síntesis en el mes de diciembre, bajo el título “El bien jurídico tutelado por la legislación concursal y tempestividad en la presentación en concurso de sociedades”

Cumpliendo ese cronograma, FESPRESA presentó al debate el siguiente cuestionario:

1. BIEN JURIDICO A TUTELAR POR UNA LEGISLACIÓN CONCURSAL.

Se sugiere que cada opinante defina: 1.1. cual es el bien jurídico que debería tutelar la legislación concursal (la empresa en general, la empresa concursada, el crédito en general, los acreedores de la concursada, la comunidad u otro), justificándolo en no más de diez líneas, y

1.2. señale si ese bien (o interés jurídico) es el mismo tutelado por la ley concursal, y en caso contrario cual es el que a su criterio tutela la actual ley, justificando su pensamiento en no más de 20 líneas.

2. TÉCNICAS JURÍDICAS PARA TUTELAR DICHO BIEN O INTERÉS.

Se sugiere que cada opinante señale en orden a la importancia que les asigne:

- 2.1. las técnicas a través de las cuales se podría tutelar ese bien, y
- 2.2. que técnicas de ellas se incorporan a su criterio en la actual legislación concursal.
- 2.3. Si en la legislación general se registran normas que puedan apoyar las técnicas señaladas en 2.1 que no estuvieren reconocidas en 2.2.

3. TEMPESTIVIDAD U OPORTUNIDAD EN LA PRESENTACIÓN EN CONCURSO DE SOCIEDADES.

Se sugiere que cada opinante haga referencias a este aspecto si es que no lo ha introducido ya en la cuestión anterior.

De todas formas podrá expedirse –tratando de hacerlo en la forma más concisa posible- sobre:

- 3.1. Significado y respuesta (o respuestas) técnicas a lo que concibe como oportunidad en la presentación en concurso.
- 3.2. Conforme la importancia que le haya otorgado como técnica, si debe regularse en el futuro en alguna forma particular.

TÉCNICAS PARA LOGRAR LA EFICIENCIA DEL SISTEMA CONCURSAL

158

- 3.3. Si la presentación en quiebra o concurso elimina, o no, la posibilidad de ejercer acciones de daños por parte de acreedores contra los administradores de la sociedad o contra sus controlantes.
- 3.4. Si los administradores –y eventualmente los controlantes- asumen o no responsabilidad por continuar la gestión societaria en estado de cesación de pagos (conociendo o debiendo conocer esta situación).
- 3.5. Descripción de otros efectos que puedan generarse respecto a una sociedad que continuara operando en cesación de pagos cuando los administradores, y eventualmente los socios, hayan conocido o debido conocer que se encuentran en estado de no poder cumplir normalmente las obligaciones que contraigan.
- 3.6. Conexidad del estado de cesación de pagos con la infracapitalización substancial o material, y efectos.

Hasta aquí el referido cuestionario.

III – ALGUNAS CONSIDERACIONES

Tenemos anticipada opinión sobre casi todas esas cuestiones¹¹, pero podemos señalar que la ley 24.522 y sus recientes reformas, con un impre-

¹¹ *Responsabilidad de Administradores por Obligaciones Contraídas por la Sociedad en Estado de Cesación de Pagos*, a pág. 483 del libro “*La protección de los terceros en las sociedades y en los concursos*”. Comunicación VIII Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, 1 y 2 de junio de 2000 Mar del Plata, - *Responsabilidad de administrador de sociedad insolvente* en *Doctrina Societaria y Concursal*, n° 172 marzo 2002 tomo XIII p. 887 y ss.. – En “El derecho de daños en el Derecho Público y en el Derecho Privado” libro colectivo Serie II obras Número 30 de la Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires abril de 2002, a pág. 163 a 192 *Responsabilidad por insolvencia de administradores de sociedades*. En Libro colectivo “*Primeras Jornadas Concursales Interdisciplinarias del Centro de la República*”, Editorial Advocatus, Córdoba diciembre 2002, publicación del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Fundación para el Estudio de la Empresa: *El Cambio por el Derecho*, pág. 13, y *La Responsabilidad de Administradores de Sociedades Insolventes* pág. 35. *Sociedad en Insolvencia y Actividad Ilícita* en *Doctrina Societaria y Concursal* n° 185 abril 2003 p. 313 tomo XV. - *Insolvencia societaria y responsabilidad* a pág. 380 de *Jurisprudencia Argentina*, libro colectivo en Conmemoración de su 80° Aniversario 1918-1998 con prólogo de diciembre de 1998 y editado en 1999.- *Daños Generados por la Insolvencia Societaria (Vías no concursales de reparación)*

Capítulo XXVII, p. 657 a 714 en libro colectivo en homenaje a HALPERIN y ZAVALA RODRÍGUEZ, Editorial La Rocca junio 2002 “Derecho de Daños”, Quinta parte. -*Justicia y derecho: insolvencia societaria* pág. 631 Congreso de Academias Iberoamericanas de Dere-

EFRAÍN HUGO RICHARD

159

ciso bien jurídico tutelado donde aparecería desdibujadamente la empresa como destinataria de los esfuerzos del legislador, refuerza las posibilidades de los administradores societarios ineficientes para afrontar la cuestión, otorgándoles un sistema de “acuerdo preventivo extrajudicial”, la posibilidad de presentarse en concurso después de mucho tiempo operando en cesación de pagos, posibilitándole el fracaso de una primera propuesta de acuerdo para luego darle una segunda oportunidad en concurrencia con terceros, permitiendo ofrecer menos del 40% a los acreedores, sin condicionamiento alguno en cuanto a plazos de pago o de gracia, o de pago de intereses; y permitiéndoles la conversión de hasta su propia quiebra en concurso preventivo. El confuso sistema de las cooperativas de trabajo para intentar la continuación de la empresa en quiebra se adhiere a la falta de precisión de las técnicas usadas por los legisladores.

A ello se suma la despenalización de la presentación tardía, y las cortapisas al ejercicio de las acciones de responsabilidad contra administradores y terceros en la quiebra, no plantéandose en doctrina la posibilidad de hacerlo en el concurso preventivo.

Divagando y sin ingresar sobre el bien jurídico tutelado y las técnicas jurídicas para aplicar al sistema concursal, debemos apuntar a lo que consideramos el punto central de la cuestión: la apertura tempestiva del concurso preventivo, a fin de poder reconducir la actividad de la sociedad y perjudicar lo menos posible a la comunidad donde esta inserta, a los proveedores, los acreedores y los trabajadores.

Coherente con ello y con la inexistencia de normas o efectos sobre el tema en la propia ley concursal, debería integrarse la cuestión con el derecho societario y el derecho civil, tratando de asegurar la oportuna intervención jurisdiccional y del sistema tutelar para que la tramitación del concurso no sea un mero formalismo de una liquidación autónoma o heterónoma, por la quiebra virtual en que se encuentra el patrimonio.

cho, libro de la Academia editado en diciembre de 1999.- *La ineficacia de la ley de concursos*, en Anales de Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de 2000.- *Ineficiencia de la ley concursal* publicación en Revista Derecho y Empresa, n° 10 diciembre 2000, p. 176 y ss., *El bien jurídico tutelado por el derecho concursal* en Revista de la Universidad Nacional de Córdoba años 79/80 p.262 y ss.- *Responsabilidad de administrador de sociedad insolvente* en Doctrina Societaria y Concursal, n° 172 marzo 2002 tomo XIII p. 887 y ss.- “El derecho de daños en el Derecho Público y en el Derecho Privado” libro colectivo Serie II obras Número 30 de la Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires abril de 2002, a pág. 163 a 192 *Responsabilidad por insolvencia de administradores de sociedades.- Sociedad en Insolvencia y Actividad Ilícita* en Doctrina Societaria y Concursal n° 185 abril 2003 p. 313 tomo XV.

TÉCNICAS PARA LOGRAR LA EFICIENCIA DEL SISTEMA CONCURSAL

160

Por eso corresponde preguntarse: ¿Genera algún efecto la presentación no tempestiva en concurso preventivo? Aparentemente no, ¿pero es realmente así?

Es que las acciones de responsabilidad, como la de imputabilidad aditiva (muchas veces denominada como de inoponibilidad de la personalidad jurídica¹²), no requieren —como las acciones revocatorias concursales o de 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.

Se trata de un problema metodológico que puede ser afrontado desde una ley de concursos, o bien desde la legislación que regula esos patrimonios, impidiendo que un instrumento de organización se constituya en una fuente de destrucción de la economía y la producción. En el derecho argentino se ha facilitado herramientas al administrador societario a través del acuerdo preventivo extrajudicial¹³. Transfiriendo el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, se ha sostenido en España que “Después de todo lo que se ha indicado, parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima –o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente..”¹⁴.

La integral aplicación de las normas sobre sociedades, como de otras del sistema jurídico, debe permitir prevenir la insolvencia de las mismas e impedir la transferencia de los daños a los acreedores¹⁵.

¹² Ver. comunicaciones en el Libro Colectivo “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. Responsabilidad de los integrantes de los órganos de administración. Responsabilidad de los controlantes*” (Una propuesta metodológica)..

¹³ ALEGRIA, HÉCTOR *Acuerdo preventivo extrajudicial (Caracterización, problemas y acuerdos privados)* en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2002-3 Concursos 1 p. 145; JUNYENT BAS, FRANCISCO *El acuerdo preventivo extrajudicial: ley 25.589*, en la misma Revista p. 189.

¹⁴ *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, a pág. 154 “5. Responsabilidad de los Administradores por las deudas Sociales e Insolvencia de la Sociedad”.

¹⁵ Nto. *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Córdoba 2002, 2ª ed. Advocatus, 1ª edición Córdoba 2000 de la Academia de Córdoba, Capítulo XI Insolvencia societaria y responsabilidad, pág. 481 y ss..

EFRAÍN HUGO RICHARD

161

IV - CONCLUSIÓN

Ponemos mucha expectativa en el debate que hemos abierto por el nuevo método indicado. Nuestro objetivo personal es 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. Aunque ello es ilusorio si la reparación jurisdiccional no es oportuna. Ello impone volver al viejo corazón del derecho mercantil: los usos y costumbres como ética de los negocios, y la justicia rápida para disuadir del incumplimiento programado, para restablecer la relación afectada¹⁶ y devolver la riqueza al circuito económico.

Pero lo que interesa fundamentalmente es la opinión de la mayoría de la doctrina, en cuanto pueda aportar nuevos puntos de vista y técnicas jurídicas que aseguren los efectos que se pretendan del sistema concursal, pues es rol de los juristas auditar el sistema jurídico como unidad. Abordamos sistémicamente ese punto en el XI Encuentro de Academias Nacionales de Derecho, realizado en Córdoba el año 1995¹⁷, resaltando que “es centro de debate la eficiencia del sistema jurídico” y que “el tema se encuentra

vinculado a la ineficiencia del derecho que facilita una actitud masiva de incumplimiento”.

¹⁶ Ver en Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho, Córdoba 1999, nto. trabajo *El derecho en el siglo XXI (visión de un comercialista)* p. 779.

¹⁷ Nto. *Posibilidad y conveniencia de la reforma del derecho privado. Aspectos metodológicos* libro colectivo “Unificación Civil y Comercial: lo posible y lo conveniente”, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba nov. 1996, correspondiente al XI Encuentro de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Córdoba, Córdoba, 12 y 13 de octubre de 1995, pág. 61 a 111, específicamente punto 5.1. pág. 74..

TÉCNICAS PARA LOGRAR LA EFICIENCIA DEL SISTEMA CONCURSAL

162

163

Sección II

DERECHO INTERNACIONAL E

INTEGRACIÓN REGIONAL

164

165

EL IMPUESTO A LA RENTA EN LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY.

Criterios jurisdiccionales de aplicación del impuesto en los países del Mercosur

*por Patricia Alderete**

Resumen: Este artículo es un informe parcial de un estudio que se está desarrollando sobre los impuestos a la renta de los países del Mercosur, en el cual se realiza una descripción de los aspectos básicos de la estructura técnica del impuesto.

Asimismo, analiza las medidas para evitar la doble tributación internacional, partiendo del supuesto de renta en base al criterio de renta mundial, o en base a la aplicación del principio de territorialidad de la fuente.

Palabras clave: renta. empresa. unidad productiva. actividad lucrativa. renta mundial. territorialidad de la fuente. doble imposición.

Introducción

La designación del Impuesto a la Renta varía en cada uno de los países miembros del Mercosur.

* Abogada egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora por concurso del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. CIJS-UNC. Carrera de Postgrado de Especialización Tributaria para el Mercosur. 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.

166

Uruguay: Impuesto a la renta de la Industria y el comercio (IRIC) e Impuesto a las rentas Agropecuarias (IRA)

Argentina: Impuesto a las ganancias

Brasil: Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza

Paraguay: Impuesto a la renta de actividades comerciales industriales y de servicios

Uruguay: Impuesto a la renta de la Industria y el comercio (IRIC) e Impuesto a las rentas Agropecuarias (IRA)

La doctrina le ha atribuido en general al impuesto a la renta, una serie de caracteres que implican un impuesto que se caracteriza por la globalización, personalidad y progresividad.

Un impuesto con estas características debe gravar la totalidad de las

rentas de una persona, teniendo en cuenta la situación personal del sujeto, cualquiera sea el destino o procedencia de esa renta, con tasas progresivas de modo que la carga relativa sea más fuerte, a medida que sea mayor la renta total.

Un impuesto con esas condiciones, tendría los siguientes caracteres:

a) el ser no trasladable, b) el contemplar la equidad a través del principio de capacidad contributiva, al ser global, personal y progresivo; c) el tener un efecto estabilizador.

Siguiendo esta línea de pensamiento, un impuesto que reúna estrictamente todas estas condiciones, difícilmente se encuentre en las legislaciones positivas.

El concepto tributario de *renta*, como base de la imposición, mantiene diferencias entre las distintas legislaciones, ya que confluyen consideraciones de tipo financiero, económico y de técnica jurídica.

Lo importante en la práctica es partir de la base de que la vida económica puede determinar que a la esfera patrimonial de una persona entren enriquecimientos de distinto origen y tener presente que las diversas doctrinas acerca del concepto de renta tienen como efecto, que según los casos, algunos enriquecimientos resultan gravados y otros no.

El impuesto a la renta vigente en Uruguay.

El impuesto a la renta comercial e industrial (IRIC) no grava la renta de trabajo personal, empleados y profesionales, que no pagan ningún gra-

¹ GARCIA MULLIN, R. *Impuesto sobre la Renta. Material de Apoyo para los Programas desarrollados por el Instituto de Capacitación Tributaria*. República Dominicana. 1980. p 13.

PATRICIA ALDERETE

167

vamen sobre la renta, y los del sector agropecuario que pagan Impuesto a la Renta Agropecuaria (IRA)².

Este último es un impuesto optativo, la empresa que opte pagar el impuesto no está sujeta a retenciones en concepto del impuesto a la enajenación de bienes agropecuarios (IMEBA), que constituye un gravamen a la primera venta, del 2%. Asimismo, pueden computar a cuenta del (IRA), los créditos por las adquisiciones efectuadas de insumos gravados con IVA.

Las sucursales de empresas extranjeras y sociedades anónimas, gravan por todos sus ingresos netos. El resto de las empresas, sólo tributan si hay una combinación de *capital y trabajo*, por lo tanto, *no se gravan los intereses y arrendamientos no operativos, las ventas de inmuebles, la venta de acciones, ni los ingresos profesionales*. La tasa proporcional es del 30%³.

No hay tasas progresivas.

En el (IRIC) la norma establece en principio un concepto amplio, expresado en forma general del aspecto material del hecho generador y señala que *este impuesto grava las rentas derivadas de las actividades comerciales, industriales y similares de cualquier naturaleza*.

En relación a *las rentas derivadas de actividades lucrativas realizadas por empresas*, define este concepto como *"toda unidad productiva que combina capital y trabajo para producir un resultado económico, intermediando para ello, en la circulación de bienes o en el trabajo ajeno"*⁴.

Se encuentran excluidas del aspecto objetivo, las rentas derivadas de actividades desarrolladas en el ejercicio de la profesión, por profesionales universitarios con título habilitante, rematadores, despachantes de aduana, corredores, productores de seguros, corredores de bolsa, mandatarios, mediadores,

agentes de papel sellado y timbres, agentes y corredores de la División de Loterías y Quinielas, siempre que el factor productivo predominante lo constituya el *trabajo*. Se entiende que al utilizarse el término *predominante*, se está admitiendo la posibilidad de aplicación también del factor *capital*.

Es por ello que la normativa establece que *no existe combinación de capital y trabajo, cuando no está dirigido activamente a la obtención de la renta, sino a facilitar la actividad personal del titular de los bienes*.

² Ley 125/91.

³ Decreto 334/96. Código Tributario t.o. en 1996. Título 4. Editado por DGI 1996

⁴ COSTA, C. Impuesto a la Renta de Industria y Comercio (Uruguay). *Bibliografía de la Carrera de Postgrado de Especialización Tributaria para el Mercosur*. UNER. 2000. p.1.

⁵ Decreto 334/96. Código Tributario. t.o en 1996. Título 4. art. 2. Editado por DGI 1996.

EL IMPUESTO A LA RENTA EN LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

168

La utilización conjunta de capital y trabajo, deben combinarse para que exista “empresa”.

Cabe señalar que en todas las actividades que constituyan la prestación de servicios personales, si el factor productivo predominante es el trabajo, no integran las rentas comprendidas por el impuesto.

Asimismo, no existe intermediación en el trabajo ajeno cuando el sujeto que genera la renta con su actividad personal es asistido por personal dependiente. Se excluyen en la descripción del aspecto objetivo, todos los servicios de carácter personal, en la medida que el factor trabajo sea el predominante en la actividad, incluyendo para ello algunas precisiones al respecto. Sin embargo en la práctica pueden darse en algunas circunstancias, inconvenientes en relación a la calificación de la renta.

Debe analizarse en cada caso en particular, si las rentas obtenidas por una empresa en sus actividades lucrativas están comprendidas en el impuesto, ya que *sólo estarán si las rentas provienen de la combinación de capital y trabajo*.

Las rentas comprendidas, están constituídas por aquellas orientadas a las personas físicas: titular de una empresa unipersonal, además quedan alcanzados por el impuesto: la enajenación de inmuebles o promesa de venta de inmuebles derivados de actividades realizadas por empresas, como el fraccionamiento para la venta de inmuebles o lotes, cualquiera sea el número de parcelas o fracciones que se enajenen en el año; la enajenación o promesa de venta de inmuebles o unidades integrantes de inmuebles amparados por el régimen de propiedad horizontal con distintas condiciones, como realizar más de dos ventas en el año fiscal.

Sin embargo, existen excepciones al concepto de “*renta comprendida*”, y están constituídas por algunas empresas designadas como sujetos pasivos, las que computan todas sus rentas comprendidas en el ámbito jurisdiccional del tributo, salvo las gravadas por el (IRA), sin necesidad de analizar si las mismas provienen de la utilización conjunta de capital y trabajo. Es decir, deben incluir aún las rentas no comprendidas, salvo las del (IRA).

Esos sujetos pasivos son:

- las sociedades anónimas aún en formación, a partir de la fecha del acta de fundación o de transformación.
- las sociedades en comandita por acciones, en la parte que corresponda

al capital accionario.

-las personas jurídicas constituídas en el extranjero, que actúen o no, por intermedio de sucursal, establecimiento o agencia.

PATRICIA ALDERETE

169

- los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, que integran el dominio industrial y comercial del Estado.

Estos Entes deben computar todas las rentas y ajustarlas de acuerdo con las normas del (IRIC).

Con respecto a las agroindustrias, están comprendidas las empresas que realicen actividades agropecuarias y el producto total o parcial de las mismas, constituye *insumo de la actividad industrial*, también realizada por la misma entidad. Asimismo deben computar como comprendidas en la renta, los arrendamientos de inmuebles rurales, aparcerías, pastoreo y cualquier otra actividad agropecuaria, que usen formas jurídicas similares. Estas empresas no deben tributar el (IRA).

Están comprendidas otras rentas que provienen de actividades que *no combinan capital y trabajo en forma conjunta, ellas son:*

- las derivadas de arrendamientos, cesión de uso o de la enajenación de marcas y patentes, modelos industriales o privilegios realizados a sujetos pasivos de este impuesto, cualquiera sea el domicilio del beneficiario.

Cuando dichos actos sean realizados por contribuyentes del IRIC domiciliados en el país, esas rentas no están comprendidas. Son rentas provenientes de la aplicación de uno sób de los factores de producción, en este caso el capital. La contraprestación está constituida por la denominada regalía.

- la asistencia técnica prestada a sujetos pasivos del IRIC, por personas jurídicas o físicas domiciliadas en el exterior.

Estas rentas estarán "*exentas*" si son gravadas en el país del domicilio del titular, y siempre que éste no tenga derecho a crédito fiscal en ese país, por el impuesto abonado en el país que recibió la asistencia técnica.

- los dividendos o utilidades acreditados o pagados por los sujetos pasivos del IRIC a personas jurídicas o físicas domiciliadas en el extranjero, siempre que en el país del beneficiario, esas rentas se encuentren gravadas y exista crédito fiscal por el impuesto pagado en Uruguay. Esto tiene por objeto, no gravar dos veces las inversiones extranjeras en ese país, cuando se remiten las utilidades.

El concepto *dividendo* incluye todo pago o crédito asignado por distribución de utilidades en concepto de retribución al capital accionario. En los casos de rescate de acciones, se considerará dividendo la parte del precio del rescate que exceda el valor nominal de la acción.

« COSTA, C. op. cit. p. 3.

EL IMPUESTO A LA RENTA EN LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

170

Vinculación (matriz, establecimientos o agencias).

Los pagos o créditos correspondientes a operaciones comerciales o financieras a la vista o a plazo, que se realicen en las mismas condiciones financieras o comerciales que se realizarían entre *personas jurídicas y económicamente independientes*, no serán tomados en cuenta a los fines de este impuesto, ya que no se trataría de un giro de utilidades en cubierto. Sin embargo, cuando los pagos o créditos que realicen las sucursales, agencias o establecimientos de personas de derecho privado constituídas

en el extranjero, a otras sucursales o a su casa matriz, no correspondan con las operaciones mencionadas anteriormente, los mismos serán gravados hasta la concurrencia con el monto de las utilidades fiscales. Estamos ante un giro de utilidades, aunque los pagos o créditos, formal o jurídicamente no manifiesten ese objetivo.

Los pagos y créditos que realicen las sociedades personales, estarán gravados, siempre que no correspondan con las operaciones mencionadas. El impuesto se aplica hasta la concurrencia con el monto de las ganancias fiscales y en la proporción que corresponda a los socios domiciliados en el exterior.

No tributan el impuesto, los pagos o créditos que superen las rentas fiscales.

Sujetos Pasivos

- sociedades con o sin personería jurídica
- titulares de empresas unipersonales
- asociaciones y fundaciones, siempre que realicen actividades gravadas que no se ajustan a los objetivos para los que fueron creados
- quienes obtengan rentas incluidas en los literales b, c y d del art. 2 del Código Tributario.
- los entes autónomos y servicios descentralizados que integran el dominio industrial y comercial del Estado.

Se consideran sujetos pasivos responsables:

- los *agentes de retención*, aquellos que paguen rentas de literales b,c,y d del art. 2 del mencionado Código, y los que pagan o las personas jurídicas del exterior, sin sucursal, agencia o establecimiento en el país
- *entidades vinculadas, es decir sucursales y agencias con casa matriz en el exterior:*

En el ámbito temporal, a los efectos de la configuración del hecho imponible, se considera año fiscal, el civil, y las rentas se computan al año fiscal en que finalice el ejercicio económico anual de la empresa, si ésta lleva contabilidad suficiente, si no es así, el ejercicio coincide con el año

PATRICIA ALDERETE

171

civil. La DGI puede fijar fecha de cierre distinto a la naturaleza de la actividad.

Base Imponible

Está constituida por la *renta neta* (RN), que se obtiene de la *renta bruta* (RB) gravada de la que se deducen los gastos necesarios para obtenerla y conservarla, gastos éstos que deben estar debidamente acreditados.

$RN = RB - \text{Gastos necesarios.}$

Rentas Presuntas

Constituyen *Renta Neta Presunta*, las que por su explotación, modalidades de la organización o por otro motivo no justificado, no pueden establecerse con exactitud, en cuyo caso la DGI puede aplicar divisiones de utilidad ficta, que establezca según modalidades del giro o explotación.

La *Renta Neta* se determina deduciendo al 30% de las ventas, servicios y demás rentas brutas del ejercicio, sueldos de dueños o socios declarados fiscalmente.

Las personas del exterior sin sucursales, agencias en el país, determinarán la Renta Neta aplicando el 30% sobre los ingresos, salvo que corresponda otro porcentaje, o a criterio de la DGI, se pruebe el monto real de la Renta Neta.

Gastos necesarios

Los gastos admitidos fiscalmente son aquellos que se requieren para obtener la renta bruta y mantener la fuente productora de la misma. La deducción de estos gastos está basada en el “principio de causalidad”. Este principio básico se complementa con una lista de gastos, que incluyen limitaciones, condiciones e incluso prohibiciones que eviten importantes brechas de evasión.

Gastos de afectación indirecta

Los gastos vinculados deben estar relacionados directa o indirectamente con las rentas brutas gravadas. Pero cuando existan gastos que están afectados indistintamente a la obtención de esas rentas, como a las exentas, a las de fuente extranjera, como a las “no comprendidas”, la deducción se efectúa en la parte proporcional de los mismos, aplicando para ello, la relación que exista entre las rentas gravadas con el total de las rentas del ejercicio.

EL IMPUESTO A LA RENTA EN LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

172

Gastos en el exterior

Estos gastos son deducibles, siempre que sean imprescindibles para la obtención de las rentas de fuente uruguaya, en cantidades razonables a criterio de la DGI.

Los gastos realizados por la casa matriz para obtener y conservar la renta de fuente uruguaya de una agencia o sucursal del país, serán admitidos si se prueba fehacientemente su origen y naturaleza. Asimismo, es necesario que el gasto que absorbe la sucursal no se haya deducido en las liquidaciones fiscales en el extranjero, los que deberán ser imputados en cantidades razonables.

Revaluación de activos fijos

Son considerados bienes del activo fijo, los que constituyen el asiento de la actividad y los demás bienes de uso, también los utilizados por terceros, como deberán incluirse los del socio si están aplicados a la actividad. Anualmente existe la obligación de actualizar los bienes del activo fijo y su amortización.

Si se trata de bienes dados en arrendamiento, el Poder Ejecutivo puede establecer coeficientes especiales teniendo en cuenta el valor de mercado de los bienes o su rentabilidad.

Exoneraciones

Están exoneradas del impuesto, las rentas comprendidas en el IRA, las rentas correspondientes a compañías de navegación marítima, las derivadas de ingresos gravados por el impuesto a las comisiones, los dividendos y utilidades, excepto los dividendos incluidos como gravados, las empresas que de acuerdo con sus ingresos son considerados “pequeños contribuyentes” por el reglamento, pero deben pagar otro impuesto distinto del IRIC, que es una cuota mensual que no está creada por la Ley del IRIC, y tampoco pagan IVA, es optativo.

Están exoneradas en un 20% las rentas destinadas a renovación hotelera y construcción

La construcción de edificios o ampliaciones para actividad industrial Existen otras exoneraciones, por inversiones hasta un máximo del 40% de la inversión realizada en el ejercicio:

-utilitarios determinados por el Poder Ejecutivo, como máquinas o instalaciones industriales, o vehículos utilitarios que establezca el Poder

ejecutivo,

PATRICIA ALDERETE

173

-instalación y renovación hotelera

-forestación, rentas de bosques artificiales y naturales

-actividades declaradas de interés nacional por Ley 14.178

-rentas derivadas de actividades desarrolladas en zonas francas

Otras exoneraciones

Forestación

Se encuentran exoneradas las rentas derivadas de la explotación de bosques naturales, artificiales protectores y de rendimiento.

Las exoneraciones que se otorguen a las actividades que son declaradas de Interés Nacional, comprenden a todo tributo que grave las rentas de las empresas. (Ley N° 14.178)

El plazo y monto de las franquicias fiscales son establecidas por el Poder Ejecutivo, luego del dictamen de la Unidad Asesora.

Liquidación

El impuesto se liquida por ejercicio económico anual. Las rentas y gastos a computar son los devengados en el ejercicio.

Principio de arm's length

Este principio asegura la neutralidad internacional del impuesto a la renta aplicado en el caso de las multinacionales, ya que sin él la renta tiende a estar infravaluada en algunos casos.

Esto es relevante en el caso de un mercado común, en el que hay eliminación de aranceles que implican un control que limita las facturaciones incorrectas.

En Uruguay la legislación prevé que en caso de divergencia entre precio mayorista de origen para las importaciones, y de destino para las exportaciones y el precio establecido para la operación, se debe adoptar el precio mayorista, pero si el mismo no fuera de público conocimiento deberá adoptarse la información de empresas similares⁷.

Todos los países tienen el principio de arm's length previsto en su legislación, pero ningún país realiza un efectivo control.

Las distorsiones de la neutralidad en el Cono Sur, no surgen sólo de la doble imposición discriminatoria, sino también de la ausencia aunque

⁷ Dec. 334/96. Cód. Tributario. Tít. 4. Art. 21, inc E y Dec. Reglamentario, art. 19.

⁸ MACON, J. *Armonización Fiscal en el Cono Sur Bs. As. 1998*. Material de la Carrera de Postgrado de Especialización Tributaria para el Mercosur. UNER.

EL IMPUESTO A LA RENTA EN LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

174

sea parcial de tributación en casos en que es tan discriminatoria, como la doble imposición.

No es suficiente la existencia de la norma, es necesario que las administraciones de todos los países ejerzan un control efectivo. La legislación de Brasil es la más reciente y la más detallada.

Criterios jurisdiccionales para la aplicación del Impuesto a la Renta en los países del Mercosur.

Diversos criterios jurisdiccionales están previstos para la aplicación del impuesto a la renta.

1) El criterio de *renta mundial*, que aplica el *principio jurisdiccional subjetivo* es un criterio personal. La sujeción a gravamen se basa en atributos personales del contribuyente, nacionalidad o ciudadanía, residencia,

domicilio o prestación de servicios a un país determinado (diplomáticos).

2) El criterio *territorial o económico*: se basa en el *principio jurisdiccional objetivo* según el cual, la renta de fuente extranjera está excluida del ámbito de imposición del tributo.

El principal fundamento de los *criterios jurisdiccionales económicos o territoriales*, se basa en la incorporación de los bienes sometidos a gravamen, a la estructura económica de un país determinado, estos bienes pueden ser inmuebles o muebles registrables en cuyo caso se tiene en cuenta el lugar de registro.

Si se trata de títulos públicos, es el domicilio de la entidad emisora y tratándose de créditos personales, el domicilio del deudor.

En Argentina, en la imposición de la riqueza personal, se utiliza el criterio jurisdiccional del domicilio, es decir el lugar de la residencia habitual y de los negocios.

Las pautas a tener en cuenta para conferir carácter de contribuyente al residente, consisten en: disponer en el país de una vivienda permanente, poseer vínculos personales y económicos de relevancia en el país y la permanencia del contribuyente durante un determinado lapso en el país que aplica el gravamen.

La adopción del criterio significa que el contribuyente estará sujeto al gravamen por su riqueza mundial. En algunos países, durante el transcurso de los períodos fiscales hasta que el contribuyente adquiere el estado de residente, es tratado como no residente, es decir sólo está sujeto al gravamen respecto de los bienes ubicados en el país de imposición.

Si se trata de títulos públicos, es el domicilio de la entidad emisora y tratándose de créditos personales, el domicilio del deudor.

PATRICIA ALDERETE

175

Criterio jurisdiccional aplicado en Uruguay.

Con respecto al ámbito jurisdiccional, *Uruguay aplica el criterio de territorialidad de la fuente*, es decir, las rentas que provengan de actividades desarrolladas, bienes situados o utilidades obtenidas en el país. Es irrelevante la nacionalidad, domicilio o residencia de quienes intervengan en las operaciones, ni el lugar de celebración de los negocios, sin perjuicio de aquellas situaciones especiales tales como las ventas presuntas para casos especiales de flete.

Los ingresos en el exterior de residentes uruguayos están exentos del gravamen.

Criterios aplicados en los países del Mercosur

El tema de los criterios jurisdiccionales, tiene íntima relación con los problemas de doble imposición de acuerdo a las causas atribuibles a la misma.

Si un fenómeno económico interesa a dos países que tengan principios jurisdiccionales distintos, por ejemplo: un país aplica el principio de territorialidad de la fuente y el otro el criterio de renta mundial, se constituye una causa que produce doble imposición internacional.

También se presentará el problema si los dos países aplicando igual principio, tienen diferentes criterios en cuanto a su correcta aplicación.

Métodos unilaterales y convencionales para evitar la doble tributación internacional.

Es importante establecer la diferencia existente entre “medidas” y

“*métodos*” a fin de evitar la doble imposición. Las *medidas* se relacionan

9 Dec.334/96. Cód. Tributario. Tít. 4 art. 3.

Personas

Jurídicas Argentina Brasil Paraguay Uruguay

Criterio

Jurisdiccional

Renta

Mundial

Renta

Mundial

Grava rentas

de

fuelle Paraguaya

Grava

rentas de

fuelle

Uruguaya

EL IMPUESTO A LA RENTA EN LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

176

con las características del instrumento normativo tendiente a evitar la doble imposición.

El *método* hace referencia a las características técnicas y operativas del sistema que se pone en práctica¹⁰.

La doble tributación internacional se verifica al cumplirse lo que se ha denominado “*regla de las cuatro identidades*”, según la cuál deben existir: identidad de objeto, identidad de tiempo, identidad de sujeto gravado e identidad de impuesto¹¹.

La doble tributación internacional de acuerdo a la denominada regla de las cuatro identidades, tiene lugar cuando una persona se encuentra sujeta al mismo tributo por parte de dos jurisdicciones fiscales sobre una misma renta y en un mismo período de tiempo (doble imposición jurídica)

¹².

El concepto de “*doble imposición económica*” es más amplio ya que se produce un conflicto entre las normas que gravan la utilidad de una sociedad por un lado, y por otro lado las que gravan las rentas de sus socios o accionistas.

Existen dos tipos de medidas para evitar la doble tributación internacional, las mismas son de *carácter unilateral o de carácter convencional*.

Ello en el supuesto en que se aplique el impuesto a la renta en base al criterio de renta mundial, ya que en el caso de aplicación exclusiva del principio de territorialidad de la fuente, la renta de fuente extranjera está excluída del ámbito de imposición del tributo.

Las medidas de carácter *unilateral para evitar la doble tributación internacional*, están contenidas en la legislación interna de un país. Pueden consistir en *exención total o parcial, o en la imputación integral o limitada*.

La *exención total* contenida en la legislación de varios países se refiere a un tipo particular de renta, consagrada en una medida normativa expresa fundada en determinadas razones. La *exención parcial*, en general contempla el caso de *exención con progresión*, es decir que la renta de fuente extranjera, exenta por expresa disposición normativa interna, será

¹⁰ GARCIA MULLIN, R. ob. cit. P.216.

¹¹ XAVIER, A. Direito Internacional Brasileiro. cit. por García Mullin en ob.cit. p. 215.

¹² FIGUEROA, A.H. *El intercambio de información prevista en el Modelo de Acuerdo de las Naciones Unidas para evitar la doble imposición entre países desarrollados y países en desarrollo.* Material complementario Carrera de Postgrado de Eespecialización Tributaria para el MERCOSUR. UNER. 1999.

PATRICIA ALDERETE

177

sumada a la renta gravada, a los fines del cálculo de la alícuota del impuesto, que luego será aplicada exclusivamente sobre dicha renta gravada. En la práctica, esto es una exención parcial. Pero la exención con progresión puede aplicarse en contribuyentes sujetos a escalas progresivas (generalmente personas físicas), porque en el caso de los contribuyentes sujetos a tasas o alícuotas proporcionales (en general empresas), no se plantea la posibilidad de progresión¹³.

La *imputación* consiste en la posibilidad de cómputo como crédito del impuesto del gravamen sobre la renta, efectivamente ingresado en el país de origen de la misma.

La *imputación integral* constituye la utilización como crédito del impuesto externo, ingresado en el país fuente, sin limitación, es decir contra el impuesto que se determine considerando todas las rentas del contribuyente. En el supuesto de *imputación limitada u ordinaria*, el cómputo del crédito por el impuesto abonado en el extranjero, no puede exceder a la parte del impuesto determinado en el país de residencia del contribuyente que proporcionalmente corresponda a las rentas originadas en el exterior. Este es el método que generalmente utilizan los países que aplican criterios jurisdiccionales subjetivos.

Cabe señalar que el denominado “*tax- deferral*” (*diferimiento de impuestos*), no es un método para evitar la doble tributación. El diferimiento de impuestos consiste en la no aplicación de impuestos en el país de residencia de la casa matriz por los resultados obtenidos por sus filiales externas, hasta que los mismos sean remitidos. En el caso de las sucursales o establecimientos estables externos, las rentas obtenidas por estos, son sometidos a gravamen por el solo hecho de su devengamiento. Las subsidiarias o filiales sólo deben tributar en el país de residencia de la casa matriz, la renta remitida por aquellas (dividendos).

Los métodos convencionales son los consagrados sólo en tratados tributarios bilaterales, significan una especie de mecanismo compensatorio.

La “*tax sparing clause*” consiste en el reconocimiento de un crédito por impuesto en el país de residencia del beneficiario de la renta, equivalente al impuesto que debió pagarse oportunamente de no haber mediado una exención del mismo.

¹³ FIGUEROA, A. H. Ob. cit. p.3.

EL IMPUESTO A LA RENTA EN LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

178

También se utiliza el “*matching credit*” el cual consiste en el reconocimiento de un crédito fijo de impuesto en el país de residencia (porcentaje sobre la renta bruta) cuando el impuesto aplicado por el país fuente, proveniente de un convenio o establecido por legislación interna, sea menor a dicho crédito, o no se aplique ningún impuesto.

Estos métodos implican una suerte de mecanismo compensatorio de las restricciones, que significa la negociación de un tratado tributario amplio

para el país de origen de la renta (tanto en resignar el derecho de ejercer la potestad tributaria a favor del otro Estado contratante, como en las limitaciones al ejercicio de la misma).

Algunas consideraciones finales

Cabe señalar que los métodos unilaterales y convencionales, son requisitos importantes en la negociación de tratados para los países importadores de capital, ya que esto implica que a través del tratado se evita la transferencia de recursos impositivos de un fisco a otro fisco, en desventaja para el inversor a quien el país fuente trata de captar para la realización de inversiones directas.

Actualmente los incentivos fiscales, como mecanismos de una política de inversiones externas, no tienen la misma importancia que en el pasado, ya que el factor tributario no se considera relevante en las decisiones de inversión, sino que se tiene en cuenta si el régimen impositivo vigente en el país receptor, responde a los parámetros existentes en otros países, de modo que sea posible generar créditos fiscales a computar en otros Estados.

No existiendo un convenio bilateral amplio en el sistema de imputación limitada (crédito por impuesto) en el país de origen del inversor, deja sin efecto los incentivos fiscales del país fuente, cuando se efectúa la remisión de la renta. Esto puede evitarse si se adoptan cláusulas en la legislación interna del país fuente para evitar la transferencia de recursos fiscales.

Asimismo, consideramos necesario que en adelante, el país fuente reconozca la “*tax- sparing clause*” en la negociación de tratados bilaterales, incluyendo en los mismos, una disposición especial que contemple la aplicación de su normativa interna, si esa normativa prevé evitar la transferencia de recursos a otro estado.

BIBLIOGRAFIA

COSTA, C. *Impuesto a la Renta de Industria y Comercio (Uruguay)*. Bibliografía de la Carrera de Postgrado de Especialización Tributaria para el Mercosur.

UNER. 2000.

179

GARCIA MULLIN, J.R. *Impuesto sobre la Renta. Material de apoyo para los Programas desarrollados por el Instituto de Capacitación Tributaria*. República Dominicana. 1980.

Dominicana. 1980.

MACON, J. *Armonización Fiscal en el Cono Sur*. Buenos Aires 1998. Bibliografía de la Carrera de Postgrado de Especialización Tributaria para el Mercosur.

UNER. 2000.

- *El impuesto a la renta en el contexto internacional*. Documento solicitado para el I Congreso Tributario. Pinamar. Abril de 1993.

XAVIER, A. *Direito Internacional Brasileiro*. cit. por GARCÍA MULLIN, J.R. citado en Impuesto a la Renta Material de apoyo para los Programas desarrollados por el Instituto de Capacitación Tributaria. República Dominicana. 1980.

MUSGRAVE, R A y MUSGRAVE, PB. *Public Finance in theory and practice*. Mc Graw Hill, New York 1980.

EL IMPUESTO A LA RENTA EN LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

180

181

ARMONIZACION LEGISLATIVA Y REGION

CENTRO EN EL MERCOSUR

*Por Rosa Angélica Avila Paz de Robledo**

Resumen: Las garantías procesales: “*debido proceso*” y “*defensa en juicio*” con sus garantías derivadas: “*duración razonable de las causas*” y “*acceso a la justicia*” tutelan la función jurisdiccional propia (jueces) y la

defensa (personas: físicas o jurídicas, privadas o públicas), sin las cuales no existe proceso judicial.

La existencia del Orden Público en la función judicial es irremplazable.

Con la reforma de la Constitución Nacional de 1994, existen nuevos marcos de análisis de los ordenamientos jurídicos provincial, nacional, como es la Región Centro de Argentina y Mercosur. En estos, las garantías citadas tienen total vigencia.

Nuestra labor de armonización legislativa se basa sobre normativas mercosureña, nacional y provincial, vigentes. Pero como en la Región Centro no hay función judicial regional, ni legislación regional procesal, consideramos, fundamentalmente, a las garantías referidas.

Damos Bases y Propuestas para la construcción y el afianzamiento del “*regionalismo judicial*” – acorde el Orden Público Regional- para que se instituyan

órganos inter- jurisdiccionales regionales independientes e imparciales,

preferentemente judiciales o en su defecto arbitrales, dotados con pro-

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Prof. Titular de la Cát. “A” de Teoría

General del Proceso y Cát. “B” de Derecho Procesal Civil de la Universidad Nacional de

Córdoba y Miembro de la Comisión Directiva del Área sobre Estudios de América Latina –

A.E..A.L. Prof. Titular de Derecho Procesal Civil y Laboral del Departamento de la Carrera

de Abogacía, Sede Capital, del Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de La Rioja.

182

cesos regulares, con efectivo acceso de los justiciables de carácter público o privado.

El “*regionalismo judicial*” de la Región Centro se basa en las garantías constitucionales citadas (art.18 C.N.). En su apoyo, propiciamos, que en la universidad, se efectúen “ acciones concertadas”, con alcances amplios.

Palabras Claves: Garantías- Región Centro- Regionalismo Judicial- Mercosur

Sumario: 1. Planteamiento Inicial. 2. Orden Público y los pilares fundamentales

del Proceso Judicial: Garantías bases. 3. Las garantías del Debido

proceso y defensa en juicio en los procesos de integración. A.- Garantía del

debido proceso: a.1) Conceptualización. a.2.) Antecedentes. a.3.) La Garantía

del Debido Proceso en la Constitución y en los Tratados. B.- La garantía

de la inviolabilidad de la defensa en juicio. b.1.Conceptualización b.2) Antecedentes.

b.3.) Consagración constitucional y en los Tratados. C.- Vigencia

de la garantía del debido proceso y defensa en juicio en los procesos de

integración, con particular referencia a MERCOSUR y a la Región Centro.

4. El regionalismo judicial. 5. Región Centro. 6. La armonización legislativa

provincial, regional y mercosureña: Bases y propuestas.

Planteamiento Inicial

Los procesos de integración y comunitarios entre las naciones,

presentan realidades diferentes. Los estados europeos han logrado construir

un derecho comunitario¹, hoy vigente, mientras que en este otro lado

del Atlántico, en el Cono Sud de América, cuatro países hermanos como

son Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, con la firma del Tratado de

Asunción de 1991², crearon el esquema jurídico fundacional del MERCADO

COMÚN DEL SUR- MERCOSUR, el cual se sigue complementando y

perfeccionando con los sucesivos protocolos. Incluso, a esta acción concertada

mercosureña, ahora se han sumado, como países invitados Bolivia y

Chile.

En estos procesos externos, es esencial, que se establezcan y se lleven,

a cabo, políticas de integración tendientes a definir estrategias de participación

en comunes realidades, necesidades y desafíos. No obstante, para

que se pueda consolidar el proceso de integración, acorde la premisa basal

del Estado de Derecho, se requiere la institución de órganos necesarios con

asignación de funciones ejecutivas, legislativas y judiciales. Es obvio, que

¹ Nota: El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea fue hecho en Roma el 25

de marzo de 1957, ver Derecho Procesal Civil Europeo –Convenios internacionales y otras normas procesales de origen comunitario europeo en materia civil y mercantil, anotados. Informes oficiales de los convenios, Legislación, Código Sectorial, Ciencias Jurídicas, p. 3 - 4, McGraw Hill, Madrid, España, 1996.

2 Tratado de Asunción de 1991, ratificado en Argentina por Ley Nacional 23.981.

ROSA ANGÉLICA AVILA PAZ DE ROBLEDO

183

esta realidad externa necesita del apoyo y acompañamiento interno en cada Estado.

Este enfoque general, comprende una doble proyección: *a) aspecto externo*: con directa aplicación en MERCOSUR; *b) aspecto interno*: con plena validez en Argentina, a partir de la reforma de la Constitución Nacional, de 1994³, que consagra la potestad de las provincias de crear ‘regiones’ para el desarrollo económico social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines, con conocimiento del gobierno federal⁴. Argentina debe trabajar la integración externa de MERCOSUR y, en lo posible, a la par, la integración regional interna, con las REGIONES ya constituidas y/o a conformarse en su territorio. Esto, requerirá de una tarea permanente de armonización legislativa.

El vasto ámbito de esta armonización legislativa, nos exige circunscribir esta investigación sólo al AREA PROCESAL, con referencia a la REGION CENTRO de Argentina en el MERCOSUR. En este plano de lo judicial -, los interrogantes que se nos plantean son los siguientes: *¿cómo afecta al Orden Público, la situación de la prestación del servicio de justicia en la REGION CENTRO?*, *¿qué es un regionalismo judicial?*; en su consecuencia, *¿cuál es la realidad legal del regionalismo judicial a construirse para la prestación del servicio de justicia en la REGION CENTRO?* y, *¿cuáles son las acciones concertadas urgentes para que se desarrolle un regionalismo judicial en la REGION CENTRO?*

Orden Público y los pilares fundamentales del Proceso Judicial:

Garantías- Bases

El Orden Público en el derecho civil, según Salas- Trigo Represas-Lopez Mesas, “ *significa la prevalencia del interés general sobre el individual*”

6. Esto es, en las cuestiones de derecho privado de intereses disponibles, el Orden Público se aplica con carácter de excepción.

³ Constitución de la Nación Argentina/1994, artículo 124.

⁴ FRIAS, PEDRO J- “*Las Provincias en 1996*”, *Cuaderno del Federalismo - Memoria Federal 1996*, X, p. 16, Instituto de Federalismo- Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Editorial El Copista, abril de 1997.

⁵ Código Civil –Anotado, Legislación Argentina vigente, 4-A, Artículos 1 a 2310, Actualización, en relación al art. 3, Punto 2. Orden Público, p. 5, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1999.

⁶ CC 1º MdelPI., 12-8-93, Juba 7 B14007/10.

ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA Y REGIÓN CENTRO EN EL MERCOSUR

184

No ocurre lo mismo, en el ámbito procesal, en el cual el Orden Público es de la esencia de la función jurisdiccional, entendida ésta- al decir de Fix Zamudio⁷ como “ *la función pública que tiene como propósito resolver las controversias jurídicas que se plantean entre dos partes contrapuestas, que debe resolver un órgano del Estado en forma imperativa y en una posición preeminente e imparcial*”. El citado autor sostiene que la “*función jurisdiccional es una de las atribuciones esenciales del Estado moderno*”. Lo cual lo reflejan las modernas constituciones que “*regulan la función jurisdiccional, estableciendo varias instituciones para lograr la correcta*

impartición de justicia, lo que se traduce en las garantías constitucionales de carácter judicial o de la jurisdicción y que de acuerdo al penetrante pensamiento de Eduardo J. Couture se pueden agrupar en tres sectores: a) garantía de independencia; b) garantía de autoridad; y c) garantía de responsabilidad”

8. En efecto, la posibilidad de que los justiciables puedan obtener en sus respectivos casos concretos, el dictado de una sentencia justa, recae en la independencia del Poder Judicial y en la responsabilidad de los jueces.

Devis Echandi⁹, enseña que el Principio de interés público o general en el proceso, tiene vigencia plena, porque: “*Nadie discute ya que tanto el proceso penal, como el civil, laboral, contencioso- administrativo y de cualquier otra clase, son eminentemente de interés público o general, porque persiguen y garantizan la armonía, la paz y la justicia sociales”*.

En efecto, el Estado para poder asegurar un orden social de convivencia, ejerce como una de sus funciones esenciales, la función jurisdiccional, la cual como expresa Jorge H. Zinny¹⁰, “*es potestad del Estado”*, “*es función soberana”*, que se ejerce dentro de los límites territoriales, con el carácter de única e insustituible, por lo que su ejercicio “*constituye un monopolio del Estado instituido por este a su favor”*, de carácter “*exclusi-*

⁷ EDUARDO J. COUTURE y el Derecho Procesal Constitucional, en *Estudios en Honor de Eduardo J. Couture*, p. 89, tomo 1º, Dirección General de Extensión Universitaria, División Publicaciones y Ediciones, Montevideo, Uruguay, diciembre 1980.

⁸ COUTURE, EDUARDO J. “*Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil”*, en el libro *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*, p. 205- 210, Bs. As. 1948, citado por Héctor Fix Zamudio en Eduardo J. Couture....., ob. cit. Nota 87, p. 92.

⁹ Cfr. Teoría General del Proceso- Aplicable a toda clase de procesos, p. 55, Editorial Universidad, mayo/ 1997.

¹⁰ Cfr. La Jurisdicción en Cuadernos de los Institutos N° 117. Éste Cuaderno corresponde al N° XII del Instituto, p.72, Dirección General de Publicaciones- Córdoba, República Argentina 1973.

ROSA ANGÉLICA AVILA PAZ DE ROBLEDO

185

vo y excluyente”, “*interviene como tercero imparcial en el conflicto”*; “*es un servicio público porque importa el ejercicio de una función pública”* y, es “*indelegable”*. Ello impone que el Estado establezca la prohibición de hacerse justicia por mano propia, y la obligatoriedad de los fallos (instituto de la cosa juzgada).

Como refuerzo de la función jurisdiccional, surge la exigencia de la sanción de códigos procesales que establecen las formas procesales y los trámites que deben observar los jueces y las partes, en los procesos judiciales. El respeto de las “*formas procesales”* constituye una verdadera garantía tutelar de la dignidad del hombre y de sus libertades y derechos, a la par, que conforman eficaces límites frente al poder jurisdiccional del Estado, el que ejercido por los jueces puede dar lugar a manifiestas arbitrariedades e ilegalidades. Sin embargo, frente a estas situaciones de notorias injusticias o de ilegalidades, el proceso judicial, con su columna vertebral: - *el principio de igualdad* (art. 16 CN)-, les otorga a los justiciables la llave de las impugnaciones, complementada con la aplicación de la sanción procesal de nulidad.

Por ello, reafirmamos que - la función jurisdiccional, y el procesobrindan una eficaz tutela, que deviene de las garantías constitucionales y de su reglamentación (art. 28 CN).

Las Garantías del debido proceso y defensa en juicio en los procesos

de integración.

A) Garantía del debido proceso

A.1. Conceptualización

El “*Debido Proceso Legal Adjetivo*” significa *ser juzgado por sus pares y por las leyes de su tierra*. En este plano Bernadis¹¹, señala que “*resulta impensable cualquier regulación procedimental o cualquier proceso que no contenga los elementos a través del cual se manifiesta*”. No existe proceso judicial o arbitral, ni tampoco ninguna forma procedimental sin la existencia necesaria de los sujetos juez o árbitro y los justiciables, quienes asumen la calidad de partes en directa relación al caso concreto. Ello es así, porque el proceso judicial o arbitral, se asientan en el ejercicio que sus sujetos esenciales: juez y partes efectúan sus respectivos poderes

¹¹ DE BERNADIS, LUIS MARCELO, *La Garantía Procesal del Debido Proceso*, p.387, - Biblioteca Universitaria de Derecho Procesal Civil, Aníbal Quiroga León, Director, Cultural, Cuzco S.A., Editores, Lima, Perú, 1995.

ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA Y REGIÓN CENTRO EN EL MERCOSUR

186

de JURISDICCIÓN, y DEFENSA mediante la ACCIÓN y EXCEPCIÓN.

Es importante, no identificar, confundiendo, a la “*tutela judicial*” y “*debido proceso*”.

La “*tutela judicial*” se presta sólo por intermedio de los órganos que integran el Poder Judicial del Estado, mientras que el instituto del “*Debido Proceso*” tiene una mayor amplitud, porque el mismo se aplica en la sede judicial, y fuera de ésta: vía administrativa y, los otros modos extraordinarios de prestación del servicio de justicia, como el arbitraje, mediación, etc.

Claría Olmedo¹², considera que el debido proceso legal constituye: “*la imposibilidad de condenar válidamente a alguien sin que antes se haya realizado un proceso conforme a la exigencia constitucional*”.

Ahora bien, volviendo nuestra mirada a la finalidad axiológica del proceso judicial o arbitraje, debemos señalar que este instituto atiende a realizar el valor JUSTICIA. Es por ello, que Luis Marcelo de Bernadis¹³ sostiene que el concepto de la “*Garantía Procesal del Debido Proceso*” es un “*concepto abierto, un estándar legislativo que permita su aplicación en un conjunto diverso de situaciones*”. Señala este autor, que la Suprema Corte de los Estados Unidos, si bien viene aplicando este instituto, “*no ha elaborado una definición acabada sobre el mismo calificándolo más bien, de acuerdo a POUND, como un estándar que deja al juzgador una amplia facultad discrecional en su aplicación, tanto en lo que se refiere a los casos en que resulta de aplicación como en la determinación de aquellos elementos que la integran*”¹⁴. Asimismo, como datos significativos de la jurisprudencia de los Estados Unidos, rescata “*que los conceptos mínimos del debido proceso, en cuya ausencia es impensable la posibilidad de un debido proceso, lo constituyen los requisitos de notificación y audiencia, en ingles “notice” y “hearing”*”¹⁵.

a.2. Antecedentes.

La denominación del “*debido proceso*” se acuña en la terminología originada en los Estados Unidos¹⁶. Entre sus antecedentes, encontramos

¹² “Teoría de la norma procesal”, publicado en *Cuadernos de los Institutos N° 121, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad Nac. de Córdoba, que corresponde al Instituto de Derecho Procesal N° XIII° / Año 1973, p. 12, Dirección General de Publicaciones, Córdoba, Argentina, 1974.

¹³ DE BERNADIS, LUIS MARCELO, *La Garantía Procesal del ...* ob. cit. p. 389 - 390.

¹⁴ Ibidem p. 389 - 390.

¹⁵ Ibidem p. 396.

¹⁶ Ver nuestros trabajos “*El Debido Procesal Legal*” en *Revista de la Facultad*, p. 83-98, Vol.6, Nº 1 y 2, Año 1998-Nueva Serie.

ROSA ANGÉLICA AVILA PAZ DE ROBLEDO

187

en: a) Edad Antigua, un proceso embrionario, atado a los “*prejuicios éticos – religiosos*”; b) Edad Media, el Proceso se instrumenta con “*debate y prueba*”, pero sin garantizarse el dictado de un fallo justo; c) Edad Moderna, con el Estado de Derecho, recién se consagra el “*Debido Proceso Legal*”, como un instituto creado por el constitucionalismo, con el fin de poder brindar una eficaz tutela constitucional, a cuyos efectos, a la par se garantiza también a la “*defensa en juicio*” Este “*Debido Proceso Legal Adjetivo*” o nominado Proceso Garantizado, al decir de Rivas¹⁷ demanda el “*desarrollo del debate, en paridad de condiciones, con sujeción a un método racional, posibilidades defensivas de las partes elevadas a la categoría de derecho inalienable y en presencia de un tercero imparcial institucionalmente facultado para resolver con virtualidad de cosa juzgada*”.

En esta línea Morello¹⁸ (5), sostiene que el “*Debido Proceso Legal*” es abarcativo, además de su “*proyección procesal*”, de una “*aplicación sustancial*” que requiere de “*la razonabilidad en concreto de las medidas y del accionar del poder de policía, y de la razón de Estado, para reglamentar, condicionar y limitar- más nunca desconocer o vaciar – los derechos y libertades*”.

En nuestra opinión, el Debido Proceso Legal es el instrumento idóneo de tutela de la dignidad humana, supremo valor que fundamenta todos sus derechos y deberes¹⁹.

a.3. La Garantía del Debido Proceso en la Constitución y en los Tratados

En los estados partes de MERCOSUR la garantía del Debido Proceso tiene consagración constitucional, bajo diversas modalidades: a) Argentina, en el ámbito nacional, contiene una cláusula constitucional identificatoria del debido proceso con el proceso penal²⁰. Sin embargo, por vía

¹⁷ “*Proceso y Garantías Constitucionales*” en Homenaje a la Escuela Procesal de Córdoba, tomo 1, p. 88, Ed. Marcos Lerner Editora, Córdoba, Argentina, noviembre de 1995.

¹⁸ “*El Proceso Justo*”, p. 203/204, Librería Editora Platense S.R.L., Bs.As. Argentina, 1994.

¹⁹ Ver, IGLESIA Y COMUNIDAD NACIONAL, XLII Asamblea Plenaria, 4-9 de mayo de 1981, Conferencia Episcopal Argentina, Segunda Parte, Punto I, Sub - punto 1, “*Ser personal*”, p. 18, Oficina del Libro, Buenos Aires, 1990, Y, en materia jurídica, entre otros, Constitución de la Prov. de Córdoba (Argentina) /1987, art.4 .

²⁰ Constitución de la Nación Argentina / 94, en Primera Parte, Cap.. 1º Declaraciones, derechos y garantías, art. 18.

ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA Y REGIÓN CENTRO EN EL MERCOSUR

188

interpretativa se la extiende a todo proceso judicial, cualesquiera sea su fuero civil, penal, laboral, contencioso administrativo, etc.. Ello, guarda congruencia con las veintitrés(23) constituciones de las provincias argentinas y una(1) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. b) Los demás Estados partes de MERCOSUR: Brasil²¹, Paraguay²² y Uruguay ²³, también realizan una similar asimilación de este instituto, con el proceso penal.

En cuando a los instrumentos internacionales: Tratados, en Argentina, a partir de la reforma constitucional de 1994, existen tratados que tienen rango constitucional según el art. 75 inc. 22. Entre ellos, citamos, a la

Declaración Universal de los Derechos del Hombre²⁴ y el Pacto Internacional de Derechos Humanos y la Convención de Costa Rica²⁵.

La consagración del “*debido proceso*” en los citados tratados internacionales, se hace extensivo de los procesos penales, a los demás, como los civiles, administrativos, etc. En este sentido O’Donnell²⁶ sostiene: “...es menester destacar que el derecho a un proceso consagrado por los arts. 14(1) del Pacto y 8(1) de la Convención Americana, no se limita a procesos penales, sino que se extiende a los procesos que tienden a la “*determinación de derechos u obligaciones de carácter civil*”, según el Pacto, o, “*de carácter civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*”, a tenor de la cláusula correspondiente de la Convención Americana”.

²¹ Constitución de la República Federativa del Brasil/ 1988 con Emenda Constitucional N° 1/ 92; N° 2/ 92; N° 3/93; N° 4/ 94. Emenda Constitucional de Revisao N° 1/ 94 y, Emenda de Constitucionais N° 2, 3; 4; 5; y 6/ 94, Título II, De los derechos y garantías fundamentales, Cap.1, De los derechos individuales y colectivos, dispone: **Artículo 5, XXXVII, LIII y, LV.**

²² Constitución Nacional de la República de Paraguay / 1992, cit., en la Parte 1°, Tit. 2°, Cap. 2° cit., **Artículo 16. De la defensa en juicio**, y **Artículo 17. De los Derechos Procesales**,.. 3) y, en Parte 2° Del ordenamiento político de la República, Tít. 2° De la estructura y organización del estado, Cap. 3° Del Poder Judicial, Sección 1° De las disposiciones generales, **Artículo 256. Forma de los Juicios.**

²³ Constitución de la República Oriental del Uruguay / 1967 con la incorporación de las reformas de 1989 y 1994, en Sección 2 Derechos, deberes y garantías, Cap.1°, **Artículo 12, Artículo 18 y Artículo 19.**

²⁴ Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A(III), del 10 de diciembre de 1948.

²⁵ Ratificado por la República Argentina, por Ley Nac. 23.054, con reserva y por la Provincia de Córdoba, por Ley Prov.7098.

²⁶ Protección Internacional de los Derechos Humanos, Comisión Andina de Juristas y Fundación Frederic Naumann, 2ª Edición, Lima 1989, Pp. 164 a 167, citado por Luis Marcelo de Bernardis, La Garantía Procesal del Debido....ob. cit. p. 397 - 399.

ROSA ANGÉLICA AVILA PAZ DE ROBLEDO

189

Con agudeza señala Luis Marcelo de Bernardis, que el debido proceso implica “*consagrar el derecho de toda persona a un proceso justo*”, el cual “*no se agota en los trámites que sigue sino que se extiende a lo que es objeto de la resolución que le pone término*”.

El acceso a la justicia, por vía del “*derecho al recurso*”, es pedir el re examen, de acuerdo a los agravios invocados -, de la injusticia de las resoluciones o de las ilegalidades del proceso. Ello, sostiene el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos en su Informe de 1984²⁷, cuya parte pertinente, dice”: *En la segunda frase del párrafo 1 del artículo 14, se dispone que toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debida garantías. En el párrafo 3 se detallan esas garantías en relación con los procesos penales. Ahora bien, las exigencias formuladas en el párrafo 3 son requisitos mínimos, cuya observancia no es siempre suficiente para asegurar un proceso que llene los requisitos previstos en el párrafo 1.*” En igual línea, O’DONNELL²⁸, señala que”: *(...) la garantía genérica a un derecho con las debidas garantías(...) es más amplia que la suma de las garantías específicas enumeradas en el art. 14(3) (del Pacto) (...)*En otras palabras el individuo no sólo tiene el derecho a ser juzgado con el respeto de todas las garantías procesales reconocidas por la normativa internacional, sino a ser juzgado “*con justicia*” a tenor de la Declaración Universal”.

Un aspecto interesante de estos tratados es mostrar que la justicia ha

dejado de ser un problema de derecho interno, de cada país, y se ha convertido en un problema mundial.

B. La garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio.

b.1. Conceptualización

La garantía de defensa, se encuentra regulada en el art. 18 de la Constitución Nacional, que prescribe: “ *Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de sus derechos*”.

Esta garantía “ *rige imperativamente: para el legislador que no podrá alterarla mediante leyes reglamentarias (art. 28C.N.); para el juzgador, quien en su función jurisdiccional no podrá dictar un fallo legal y*

²⁷ Citada por O'DONNELL, DANIEL, ob. cit. p. 165, citado por Luis Marcelo de Bernardis, *La Garantía Procesal del Debido.....* ob. cit. p. 399.

²⁸ Citada por O'DONNELL, DANIEL, ob. cit. página 165, citado por Luis Marcelo de Bernardis, *La Garantía del Debido*, ob. cit. p. 400.

ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA Y REGIÓN CENTRO EN EL MERCOSUR

190

válido cuando realmente se hubiera vulnerado la defensa”²⁹, ya sea durante el trámite de la instancia ordinaria o extraordinaria, o sea en la resolución que recaiga sobre dicha causa judicial (civil, penal, laboral, etc.).

La garantía de la defensa en su doble rol de acción y excepción, se materializa en:

Intervención en juicio: como posibilidad irrestricta de comparecer como pretendiente u opositor ante el tribunal.

Audiencia ante el tribunal: implica que nadie puede ser condenado, sin haber sido oído.

Prueba de la litis: importa la necesidad de acreditar el fundamento o la falta de fundamento de la pretensión u oposición que se invocan. Se integra con el “*derecho de audiencia*”.

Asistencia técnica: como garantía de que el justiciable cuente con asesoramiento técnico durante el trámite de la causa³⁰. Esto, justifica la intervención de los abogados en el proceso judicial, sea como defensores oficiales, sea como letrados patrocinantes, de los justiciables.

En este aspecto, Rivas³¹ sostiene que el “*principio de razonabilidad estructural*” importa que debe otorgarse al derecho de defensa su debida proyección, lo cual se materializa en que - nadie debe ser condenado sin haber sido previamente oído y sin que se haya dado una efectiva posibilidad de audiencia a la contraparte.

b.2. Antecedentes

Los antecedentes del derecho de defensa, se caracterizan porque se encuentra mixturados con los antecedentes sobre la historia de la libertad.

Entre muchos, rescatamos la revolución francesa (1789), que dejó como fruto la constitución del estado de derecho, con la división de poderes de

²⁹ Ver nuestro trabajo “La prueba en el ámbito de sus cánones rectores y medios probatorios” en ALVARADO VELLOSO - AVILA PAZ DE ROBLEDO, T. CAFFERATA - E. DIAZ REYNA G. DIAZ REYNA - ECHENIQUE - FERNANDEZ - FONTAINE - GARAYMURUA - IZQUIERDO - MACIEL - VÉNICA ZARAZAGA - ZINNY 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, Universidad Nacional de Córdoba*, p. 44, Editorial Advocatus, Córdoba, diciembre de 1991.

³⁰ Nota: Es importante rescatar que son nulas las actuaciones del proceso que debiendo contar la asistencia de su defensor. Así, lo dispone la Constitución de la Prov. de Córdoba/2001, *Defensa en juicio: Artículo 40*.

³¹ Proceso y garantías constitucionales en *Homenaje Escuela Procesal de Córdoba*, p. 90, tomo 1, Marcos Lerner Editora, Córdoba, noviembre de 1995.

Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Y es ahí, con la institución del Poder Judicial, que el debido proceso y la defensa en juicio tienen consagración constitucional. En la actualidad, la defensa se elonga y trasciende la tutela judicial en acompañamiento del debido proceso.

b.3. Consagración constitucional y en los Tratados

Con relación a los Tratados, la garantía de defensa en juicio, al igual que la garantía del debido proceso, reciben una consagración conjunta, porque no se asegura el debido proceso legal, si a la par, no se asegura la defensa en juicio.

En este aspecto, Sagües³² sostiene que la garantía de defensa “*ha cobrado nuevos bríos a raíz de la jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) de documentos internacionales como el Pacto de San José de Costa Rica (art.8 inc. 2,d) o del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.14 inc. 3), que aseguran al acusado el derecho a defenderse personalmente. La manera de compatibilizar estas normas con las que imponen la asistencia letrada puede estribar en asegurar al inculpado su defensa personal, sin perjuicio de dar también intervención a su abogado que puede contribuir a hacerla más eficaz. En caso de conflicto entre la voluntad del acusado y la de su defensor, debería prevalecer la del primero*”.

C. Vigencia de la garantía del debido proceso y defensa en juicio en los procesos de integración, con particular referencia a MERCOSUR y a la Región Centro

Las garantías de debido proceso y de defensa en juicio tienen una directa proyección en el mecanismo de solución de controversias de MERCOSUR. Y, deben regir en el esquema jurídico judicial de la “REGION”. Su prescindencia, determina que no exista proceso judicial, ni proceso arbitral, ni tampoco que exista un orden jurídico con legitimación y legalidad.

En consecuencia, es importante que en MERCOSUR y en la REGION se asegure y salvaguarde la consagración y vigencia efectiva de dichas garantías en cualquiera de los regímenes de solución de controversias, adoptado, ya sea que se trate de un régimen transitorio, o cuando se establezca un régimen permanente.

³² Elementos de Derecho Constitucional, p.772, tomo 2, 3ª Edición Actualizada y ampliada, 1ª Reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, primera quincena de junio de 2001.

4. El Regionalismo Judicial

En el gran marco del “regionalismo jurídico”- como sinónimo del esquema jurídico de la “*región*”, insertamos este nuevo concepto de “*regionalismo judicial*”.

Entendemos como “*regionalismo judicial*”, que a la “región” se la dote de órganos jurisdiccionales, u órganos similares, con asignación de competencia en asuntos de interés regional abarcando causas de carácter originario y excluyente de cualquier otra vía, y causas de carácter concurrente con otras vías similares.-. Contrario sensu, la carencia de estos órganos de jurisdicción regional afecta la consolidación regional porque se vulnera el Orden Público que existe en cualquier Región, porque sus normativas regionales quedan sujetas a su mero cumplimiento voluntario, no pudiendo

requerirse su cumplimiento coactivo ante sede judicial u, otra sede alternativa y complementaria institucionalizada de prestación del servicio de justicia.

Es evidente que la constitución de estos órganos judiciales regionales, da lugar a la necesidad de establecer un cuerpo de normas procesales regionales, con el fin de fortalecer, en el orden regional, la tutela judicial que garantice el respeto de los derechos del hombre.

A modo de justificación, debemos señalar que es menester que exista – tanto “*normativa regional organizativa de la función judicial regional*”, como también “*normativa regional procedimental*”. Además, la instrumentación de las “*normas organizativas*”, puede realizarse con la suscripción de un Tratado Regional que instituya los órganos judiciales o similares para impartir el servicio de justicia, bajo la modalidad de un tratado marco, en el cual se vayan incorporando los demás acuerdos a realizarse sobre las cuestiones especiales. Y, en cuanto, a las “*normativas procedimentales*” pueden instrumentarse junto con las disposiciones organizativas en el respectivo tratado regional marco, o por separado mediante un tratado regional diferente, o bajo la modalidad novedosa de ley convenio regional al estilo de la Ley de Comunicación entre Tribunales de distinta competencia territorial³³ o como un código procesal regional.

Como un primer paso, es necesario que se establezcan vías de solución de controversias regionales, aunque más no fuere mediante un “*siste-*

³³ Ley Convenio 22.172, fue sancionado: 25-02-1980; B.O. 29-02-1980 y con adhesión de las provincias signatarias de la Región Centro, Córdoba, por L.P.6425 y Entre Ríos, por L.P.6567. Así, 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).

ROSA ANGÉLICA AVILA PAZ DE ROBLEDO

193

ma transitorio”, acompañado de normas de aplicación, sino propias, por lo menos de “*aplicación supletoria*”, e incluso, de “*carácter sustitutivo*”, lo que importa una “*delegación expresa a otro órgano extra región*”.

Este requerimiento real, es urgente porque - como un signo de los tiempos actuales -, la región conforma, otra forma más de descentralización, idea ésta que se contrapone con su bipolar de la centralización. En la actualidad, la opción prevalente es hacia la descentralización y, por ende, hacia el federalismo. De ahí, que la “*región*”, cobre tanta importancia.

En esta línea, Antonio La Pergola³⁴, enseña que: “*La Comunidad (Europea) es un sistema, una vía de integración. Las Regiones, las subdivisiones territoriales autónomas de cada uno de los Estados Miembros, adquiere relieve en un campo diverso de las relaciones internacionales, en el que comienza a diseñarse un sistema de cooperación que, si bien embrionario, corresponde a las relaciones entre estados miembros, o entre estados miembros y autoridades centrales, tales como las que podemos encontrar en el interior de un Estado Federal*”. Y, agrega, que: “*Las Regiones tienen una limitada esfera de actividad promocial en el exterior del Estado y un margen de iniciativa internacional que se desarrolla bajo el control de los órganos centrales. Este principio tiene también vigencia en el ámbito comunitario*”. Y, concluye, señalando, que como: “*Integración, significa ante todo, cooperación*”.

En estas nuevas realidades, el referido autor³⁵, considera la necesidad de “*una reforma no de las instituciones, sino del modo en como gestionarlas*”.

Ello, requiere establecer “vínculos y la necesidad de cohesión”, en muchos frentes, tal como ocurre con la defensa de las programaciones integradas, “los euroconsorcios, las inter – regiones transnacionales, y los otros instrumentos en los que opera concretamente el sentido comunitario de autogobierno”.

En definitiva, en esta “nueva realidad de la región”, Mario A.

Morello³⁶, nos ilustra que es necesario repensar el derecho, con miras a

³⁴ LA PERGOLA, ANTONIO: “Las autonomías regionales y la Comunidad Europea”, en *El Derecho y los problemas contemporáneos*. Libro del Cincuentenario, p. 24 a 28, Editorial El Copista, Córdoba, julio de 1991.

³⁵ Cfr. Las autonomías regionales y la Comunidad...ob. cit. p. 31.

³⁶ Cfr. Repensar el derecho, (Mayores desarrollos y fundamentación: “Los Abogados”, segunda edición. Platense Abeledo 1999. Berizonce, “Derecho Procesal Civil Actual”, Platense Abeledo Perrot, 1999) en *Proceso de Cambio*, Publicación del XXº Congreso Nacional de Derecho Procesal, octubre de 1999, p. 6.

ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA Y REGIÓN CENTRO EN EL MERCOSUR

194

que: “debe propiciarse una visión concurrente de tres dimensiones que como diagonales, cruzan el mapa jurídico procesal, la primera, es la visión constitucional; la segunda, la dimensión social y, la tercera, la transnacional, en cuya síntesis se aposenta lo dogmático de una ciencia jurídica útil (Scialoja). Creemos, que el camino del “regionalismo judicial”, que propiciamos es un cabal respuesta, porque exige su construcción y afianzamiento, para lo cual – en el marco del Orden Público Regional- se deben instituir órganos interjurisdiccionales regionales independientes e imparciales, dotados de procesos regulares con trámites simplificados que se cumplan con una duración razonable y con el ejercicio de la garantía de la defensa el juicio y, el efectivo acceso de los justiciables de carácter público o privado.

5. Región Centro

La Región Centro de Argentina, fue creada por el Tratado de Integración Regional entre Córdoba y Santa Fe, celebrado el 15 de agosto de 1998³⁷.

En la REGION CENTRO se han instituidos: a) El “órgano ejecutivo” máximo, con la Junta de Gobernadores, formada con los Gobernadores de las provincias miembros, funcionalmente a cargo de la conducción política del proceso de integración³⁸. A los Ministros de dichas provincias, se los asocia en el Comité Ejecutivo, como órgano de instrumentación 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 Gobernadores³⁹. b) La “función deliberativa”, esta dotada de la Comisión Parlamentaria Conjunta, integrada 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”⁴⁰. Además, se establece la Secretaría Administrativa como organismo de coordinación de la integración regional⁴¹, con sede anual,

³⁷ Cfr. HERNANDEZ, ANTONIO MARÍA - “El Desafío de la integración regional”, en *La Ley Litoral* y en páginas 177/178, en *1º Congreso Interprovincial sobre la Región Centro-Córdoba- Santa Fe- Entre Ríos*, 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”.

³⁸ Tratado de Integración Regional entre Córdoba y Santa Fe, artículo 10.

³⁹ Tratado de Integración Regional...cit., artículo 4.

⁴⁰ Tratado de Integración Regional...cit, artículo.5

⁴¹ Tratado de Integración Regional...cit.artículo .6.

ROSA ANGÉLICA AVILA PAZ DE ROBLEDO

195

rotativa, en cada provincia signataria. Esta Región Centro de Argentina, fue ampliada mediante el Acta de Integración de la Provincia de Entre Ríos al Tratado de Integración Regional, suscripto en la ciudad de Paraná, provincia de Entre Ríos, el día 6 de abril de 1999⁴².

La “función judicial”, fue excluida porque no se han previsto ni órgano interjurisdiccional, ni una función judicial regional. Es encomiable la labor del Foro de Tribunales Superiores y Cortes de Justicia apoyando la institución y desarrollo de la función judicial regional⁴³.

Esta ausencia de la “función judicial en la REGION CENTRO”, en los tiempos iniciales de formación de esta región con apenas un poco más de cuatro años, es grave porque equivale: *a) REGION CENTRO*: acarrea un “decisivo retraso en el desarrollo regional”, porque no se resuelven las causas motivadas en la aplicación de la normativa regional; *b) JUSTICIABLES*: no tienen acceso a la justicia, lo cual importa “una denegación de justicia”. Este desafío debe ser atendido en un tiempo razonable, porque la falta de justicia, acarrea inseguridad jurídica.

6. La armonización legislativa provincial, regional y mercosureña: Bases y propuestas.

Esta labor de armonización legislativa de la REGION CENTRO, hoy, no tiene alcances importantes, frente a la falta de órganos interjurisdiccionales de carácter regional y, de la debida regulación de vías judiciales regionales o, de otras vías de solución de controversias regionales.

Las premisas necesarias para una labor de armonización legislativa, se conforman con la normativa regional y las legislaciones de las provincias que integran esta REGION CENTRO; por lo que a falta de esta normativa regional, nuestra tarea se encarrila a prestar nuestra colaboración, propiciando criterios bases para su pronta y necesaria elaboración legislativa.

Pues bien, ¿cómo se compone el panorama de legislación procesal existente en la REGION CENTRO?. Existe un triple ordenamiento legal provincial, nacional y mercosureño:

⁴² 1º Congreso Interprovincial sobre la Región Centro - Córdoba - Santa Fe - Entre Ríos, Universidad Nacional de Córdoba, 6 y 7 de mayo de 1999, p. 187/188.

⁴³ Con motivo de 1º Congreso Interprovincial sobre la Región Centro- Córdoba- Santa Fe- Entre Ríos,...ob. cit., p. 170/172.

ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA Y REGION CENTRO EN EL MERCOSUR

196

Orden Provincial: *Código de Procedimiento Civil y Comercial de Córdoba- Ley 8465⁴⁴ y sus modificatorias; *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Entre Ríos- Ley 4870⁴⁵ y *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe⁴⁶.

Orden Nacional: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y sus modificatorias.

Orden de legislación externa mercosureña: El Tratado de Asunción, de 1991, con los siguientes protocolos: Protocolo de Brasilia de Solución de Controversias/1991, ratificado en Argentina por Ley Nac. 24.102 y el Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la estructura del Mercosur, Ouro Preto/1994, ratificado en Argentina por Ley Nac. 24.560, con más las reformas introducidas por el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversia

en el Mercosur, del 18 de febrero de 2002⁴⁷.

En este mosaico legislativo, advertimos las siguientes “*cuestiones comunes*”:

A) REGION CENTRO y MERCOSUR: tienen en común la NORMATIVA MERCOSUREÑA. Esta, establece un mecanismo de solución de controversias⁴⁸, compuesto de una primera etapa de negociación directa⁴⁹, la cual después de su agotamiento, “si no hubo acuerdo”, autoriza su prosecución por ante el Grupo del Mercado Común, a fin de que las partes “*expongan sus respectivas posiciones y requiriendo, cuando lo considere necesario, el asesoramiento de expertos seleccionados de la lista a que se hace referencia en el artículo 30 del presente Protocolo*”⁵⁰. Cuando esta

⁴⁴ Sanción 27-4-1995; promulgación 29-V-1995; B.O.: 8-6-1995. Fe de Erratas 23-6-1995.

⁴⁵ Sanción y promulgación, 6-IV-1970, B.O. 15-5-1970 (Adla XXX-C-4079).

⁴⁶ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe t.o.1997, edición al cuidado de Cristella Seró, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe 1997.

⁴⁷ Nota: El Protocolo de Olivos fue suscripto en ciudad de Olivos, prov. de Buenos Aires el 18 de febrero de 2002, y fue ratificado por Argentina mediante la Ley Nacional 25-661, sanción 2002/10/09; promulgación: 2002/10/18 y publicación B.O. 2002/10/21(Adla LXII-E 5100).

⁴⁸ Ver, nuestra Nota del Mercosur, 2º Laudo del Tribunal Arbitral Ad hoc del Mercosur, en Revista de la Facultad, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, p.410 y siguientes, Vol. 7, Nº 1 y 2, Año 2000- Nueva Serie, Marcos Lerner Editora, Córdoba, segunda quincena de 2000.

⁴⁹ Ley Nacional 24.102 (B.O. 14/07/01), por la cual Argentina ratificó el Protocolo de Brasilia, en el art. 2, dispone que las negociaciones se realicen en el plazo máximo de 15 días.

⁵⁰ Ley Nacional 24.102 (B.O. 14/07/01), por la cual Argentina ratificó el Protocolo de Brasilia, en el artículo 3, regula la intervención del Grupo Mercado Común, y establece

ROSA ANGÉLICA AVILA PAZ DE ROBLEDO

197

etapa concluye, sin acuerdo total o parcial, recién les queda habilitado a las partes el acceso a la etapa siguiente de arbitraje ad hoc⁵¹.

Este régimen transitorio, vigente desde el año 1991, sufre una importante reforma con el Protocolo de Olivos (prov. de Buenos Aires), del 18 de febrero de 2002. El Protocolo de Olivos, al igual que el Protocolo de Brasilia, se aprueba con carácter transitorio, y establece que con su entrada en vigencia, quedaran derogados el Protocolo de Brasilia y su Reglamento, Decisión CMC 17/98⁵². Entre los aspectos salientes de esta reforma, rescatamos el afianzamiento de las garantías del “*debido proceso*” y “*defensa en juicio*”, porque: a) *Se acuerda el “derecho al recurso de los Estados partes”*, a cuyos efectos se instituye como “*nuevo órgano arbitral al Tribunal Permanente de Revisión*”⁵³, compuesto de cinco miembros, con: a-

1) *Competencia derivada*: para entender en el recurso de revisión instituido para recurrir limitadamente solo “*las cuestiones de derecho tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el Laudo del Tribunal Arbitral Ad hoc*”, lo cual implica que quedan excluidos de esta vía impugnativa extraordinaria los laudos de los Tribunales Ad Hoc dictados sobre la base de los principios ex aequo et bono⁵⁴. El Tribunal Permanente de Revisión, en calidad de Ad quem, al resolver el laudo arbitral del A quo, podrá confirmarlo, modificarlo o revocar los fundamentos jurídicos y las decisiones del Tribunal Arbitral Ad Hoc. En consecuencia, el laudo del Tribunal Permanente de Revisión es definitivo, prevaleciendo sobre el Laudo del Tribunal Ad Hoc⁵⁵. a-2) *Con competencia originaria de acceso directo a este tribunal*, cuando después del agotamiento de las negociaciones

directas (arts. 4 y 5 del citado Protocolo de Olivos), se habilita que se pueda “*acordar expresamente someterse directamente y en única que este procedimiento “ no podrá excederse por un plazo mayor a treinta días, a partir de la fecha en que se sometió la controversia a la consideración del Grupo Mercado Común”.*

⁵¹ Ley Nacional 24.102 (B.O. 14/07/01) por la cual Argentina ratificó el Protocolo de Brasilia, en los arts. 7 a 24 establece el procedimiento arbitral que se aplica para la solución de controversias de Mercosur.

⁵² Ley Nac. 25.661(B.O. 21/10/02), por la cual Argentina ratifica el Protocolo de Olivos, establece esta derogación en el art. 55.

⁵³ Ley Nac. 25.661(B.O. 21/10/02), por la cual Argentina ratifica el Protocolo de Olivos, lo regula en el art. 18- Composición del Tribunal Permanente de Revisión.

⁵⁴ Ley Nac. 25.661(B.O. 21/10/02), por la cual Argentina ratifica el Protocolo de Olivos, lo prescribe en el art. 17- Recurso de Revisión.

⁵⁵ Ley Nac. 25.661(B.O. 21/10/02), por la cual Argentina ratifica el Protocolo de Olivos, lo prescribe en el art. 22- Alcance del pronunciamiento.

ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA Y REGIÓN CENTRO EN EL MERCOSUR

198

instancia al Tribunal Permanente de Revisión, en cuyo caso este tendrá las mismas competencias asignadas a su inferior, el Tribunal Ad Hoc”. Este laudo es irrecurable y tiene los alcances de cosa juzgada (art. 23 del citado Protocolo de Olivos). b) “*Medidas Provisionales*” que son 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, por quien las dicto o, por el Tribunal Permanente de Revisión (en Alzada), cuando conozca sobre los “*Recursos de Revisión*” interpuestos en contra del Laudo dictado por el Tribunal Arbitral “ad hoc”. Así, las “*medidas provisionales*” ordenadas 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). La Doctrina y la jurisprudencia, también son comunes.

B) REGION CENTRO y NACION: tienen en común la LEGISLACIÓN PROCESAL NACIONAL, o sea el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, reformado por la Ley 25.488, con vigencia a partir del 21-05-2002, y que según Mario Ernesto Kaminker⁵⁶, constituye un nuevo ordenamiento en el que, como transición, se procuro consensuar sobre pocos y nítidos aspectos, que de algún modo aliviaran la situación de colapso”, pero en realidad, “*tal proyecto de reformas puntuales, que luego de innúmeras modificaciones y ablaciones pasó a ser la ley 25.488, solamente tenía sentido en tanto se llevará adelante el proyecto integral*”(que fue dejado de lado). En lo positivo, un signo de modernización del proceso civil, es que refuerza la aplicación de la intermediación. La Doctrina y la jurisprudencia, también es común.

C) REGION CENTRO y PROVINCIAS: tienen diferentes ORDENAMIENTOS PROCESALES CIVILES Y COMERCIALES DE APLICACIÓN PROVINCIAL, lo que origina la elaboración de doctrinas y jurisprudencias provinciales diferentes. Así: c.1) Provincia de Santa Fe, dio un paso adelante con la Ley 10.160, al establecer un “*sistema oral*”, únicamente para procesos especiales orales de divorcio, alimentos, responsabili-

⁵⁶ Cfr. Noticia y breve análisis de la reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación por la Ley 25.488, en Revista de Derecho Procesal, 2002, Derecho Procesal de Familia I, p. 606 y 607, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 11 de abril de 2002.

dad por hechos ilícitos, acciones posesorias y de despojo; c.2) Provincia de Córdoba, tiene un fuero civil y comercial, con “*proceso escrito*”, Ley Prov. 8465, con la reciente creación por Ley 9024 de los Juzgados Civiles y Comerciales en lo Fiscal, con competencia asignadas en las causas que se promuevan por el cobro de tributos y multas aplicadas por la autoridad administrativa y por repetición de pago indebido de impuestos, tanto provinciales como municipales, y un fuero especializado de Tribunales de Familia con “*proceso oral*”, por Ley Prov. 7675 y 7576, (t.o. con las modificaciones de la Ley 7727), todavía con una aplicación gradual en el territorio provincial; c.3) Provincia de Entre Ríos, sigue prevaleciendo el “*proceso escrito*”, Ley Prov. 4870.

De este análisis, resulta que el punto de “*mayores coincidencias*”, son las garantías procesales del “*debido proceso*” y “*defensa en juicio*”, con más sus propias actualizaciones consagradas en la “*duración razonable de los procesos*” y el “*acceso a la justicia*”.

Consecuentemente, PROPICIAMOS las siguientes *Bases- Propuestas*:

La construcción y el afianzamiento del “*regionalismo judicial*” a los fines de que – en el marco del Orden Público Regional- se instituyan órganos inter- jurisdiccionales regionales independientes e imparciales, preferentemente judiciales y en su defecto arbitrales, dotados con procesos regulares, con una etapa conciliatoria previa y con una posterior instancia, con trámites simplificados para la fijación de las cuestiones, pruebas, informes, fallo, y recursos extraordinarios, todo ello con una duración razonable y con plena garantía de la defensa el juicio y, el efectivo acceso de los justiciables de carácter público o privado.

En la REGION CENTRO, su “*regionalismo judicial*”, debe sustentarse en las garantías procesales del “*debido proceso*” y “*defensa en juicio*”, en forma efectiva y eficaz, a cuyo efecto la “*función judicial regional debe asentarse en el orden público regional*” acorde a estos *criterios- bases*: preconstitución de las reglas a aplicarse, sean propias, sean de aplicación supletoria, o sean de aplicación sustitutiva.;

independencia e imparcialidad del órgano para asegurar una recta administración del servicio de justicia regional;

principio de contradictorio, como un modo de tutelar el derecho de defensa de los justiciables

principio de igualdad entre las partes, como valioso resguardo de la paridad que debe brindarse a los justiciables

ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA Y REGIÓN CENTRO EN EL MERCOSUR

200

buena fe y moralidad procesal, como sustratum ético necesario del proceso judicial o de las demás vías alternativas y complementarias de prestación del servicio de justicia regional.

3) Las “*acciones concertadas*”, a llevarse a cabo, desde el ámbito universitario, importan programar – en lo inmediato- y luego ejecutar lo programado, con miras, a desenvolver una labor coordinada y conjunta de las Facultades de Abogacía de las Altas Casas de Estudios existentes en la REGION CENTRO, con el objetivo básico de la apertura sucesiva de “*Foros de Debate*” sobre el “*REGIONALISMO JUDICIAL DE LA REGION CENTRO*”, con una co- participación de los Tribunales Federales y Ordinarios,

Asociaciones de Magistrados y Funcionarios Judiciales, Colegios de Abogados, Tribunales de Disciplina de los Abogados y demás entidades del Foro Judicial. En los Procesos de Integración, esto es oportuno y necesario.

ROSA ANGÉLICA AVILA PAZ DE ROBLEDO

201

LAS RESTRICCIONES NO ARANCELARIAS COMO INSTRUMENTO DE PRESERVACIÓN AMBIENTAL Y COMO INSTRUMENTO COMERCIAL EN EL MARCO DEL SISTEMA MULTILATERAL DE COMERCIO¹

*por Zlata Drnas de Clément**

Resumen: Las políticas medio ambiental y comercial constituyen la base del desarrollo sustentable. Las diferencias de enfoque que podemos observar a la hora de articular ambas políticas, resultan llamativas y poco claras, atento a que los Estados Miembros de la OMC alcanzan a la fecha a 147, cifra que, a menudo, es superada al contarse el número de Estados Partes (EPs) en varios Acuerdos Ambientales Multilaterales (AAMs) que permiten o exigen la aplicación de restricciones no arancelarias (RNAs) con fines de protección ambiental.

Por ello, en la investigación que referimos hemos estimado conveniente ir esclareciendo los principios que hacen al enlace de ambas dimensiones, en particular, los que hacen a la aplicación de las RNAs con fin de protección ambiental. Tal clarificación la hemos buscado en el análisis transversal de las normas del MERCOSUR, de la OMC, de los AAMs.

Palabras clave: Restricciones no arancelarias - sistema comercial multilateral - instrumentos ambientales y comerciales

*Profesora de Derecho Internacional Público y Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

202

Introducción

Los países industriales, de acuerdo al Informe 2002 de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), subsidian anualmente su producción agropecuaria con aproximadamente 350.000 millones de dólares americanos, dificultando las condiciones de acceso a los mercados de los menos desarrollados².

Así, en EE.UU., la nueva normativa agrícola, conocida como *Ley de Seguridad Agrícola e Inversión Rural* (FSRI de conformidad a su sigla en inglés) del año 2002, que contiene el programa federal agrícola para los próximos seis años, empezó a aplicarse el 13 de mayo en sustitución de la Ley FAIR de 1996. La norma prevé conceder 73,5 mil millones *más* de ayuda a la agricultura durante la próxima década que la contemplada en la última ley para la agricultura (Ley FAIR, 1996). Con esto se institucionalizan los créditos *ad hoc* para ayuda a las situaciones de emergencia que se han ido concediendo anualmente desde 1998, un período en el que la producción estadounidense de granos y de semillas oleaginosas ha crecido frente a la caída de los precios mundiales³. A más de los subsidios, debemos agregar sensibles restricciones no arancelarias (RNAs) impuestas por los EE.UU. al comercio internacional, tales como cuotas, medidas técnicas y administrativas entre otras. La FSRI incrementó en un 70 por ciento el apoyo estatal a los productores estadounidenses, alcanzando la cifra total de ayudas la suma de 190.000 millones de dólares para los próximos 10 años.

Por su parte, la Unión Europea (UE) acordó el 26 de junio de 2003 una radical reforma a la política de subsidios agrícolas. La *Política Agrícola Común* (PAC) ha de significar (a pesar de la reciente reducción de los

incentivos relacionados a excedentes para exportación⁴), para el 2003, un gasto anual de US\$ 50.000 millones (casi la mitad del presupuesto europeo), distorsionando el comercio mundial y damnificando a los países más pobres.

¹ Trabajo basado en los resultados parciales del Proyecto de Investigación subsidiado por SECyT-UNC, año 2002-2004, titulado *Restricciones No Arancelarias del MERCOSUR como Instrumento de Preservación Ambiental*, bajo la dirección de la autora.

² <http://www.oecd.org>

³ OCDE. *Perspectivas Agrícolas de la OCDE:2002/2007*. Edición 2002 <http://www.oecd.org/publications/e-book/5102074E5.pdf>

⁴ Sustituidos por un sistema de subsidios fijos durante dos años.

⁵ Es de tener presente que las ayudas comunitarias a los productores alcanzaron durante 2002 US\$ 86.000.000.

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT

203

Además, los Estados desarrollados, en el marco del sistema multilateral de comercio, han reclamado a los menos desarrollados la reducción inmediata de las barreras arancelarias (medidas que mayoritariamente aplican para proteger sus productos dada su imposibilidad de otorgar subsidios u otro tipo de ayudas a sus productores) para, recién en una segunda etapa, proceder a la disminución o eliminación de las restricciones no arancelarias (instrumento, mayoritariamente, propio de los industrializados). El enfrentamiento entre industrializados y productores primarios o manufactureros ha sido puesto en evidencia en el fracaso de la *5ª Conferencia Ministerial de la OMC* (Ronda de Doha para el Desarrollo⁶), celebrada en Cancún-Méjico, entre el 10 y el 14 de septiembre de 2003. También es observable la referida puja en las dificultades que muestran las negociaciones en el marco del ALCA. Así, las últimas rondas de 2003 del *Comité de Negociaciones Comerciales* los países de América del Sur, liderados por Brasil, han exigido la eliminación de las subvenciones. Por su parte, EE.UU. y Canadá justificaron la medida, considerando que sin ella quedarían en desventaja ante la Unión Europea (UE) y Japón. Tanto los Estados del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) como los de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) consideran no negociable el ALCA a menos que simultáneamente a la reducción o eliminación de las tarifas arancelarias se disminuyan o supriman los subsidios y otras restricciones no tarifarias al libre comercio.

Es de observar que los países no industrializados pierden anualmente, aproximadamente, unos 500.000 millones debido a los subsidios y trabas no arancelarias de los países desarrollados⁷.

A tal punto se han vuelto notorias las desigualdades comerciales entre ricos y pobres que Kofi Annan, Secretario General de la ONU, señaló en la *Cumbre Mundial sobre el Hambre* de 2002 que un país en desarrollo, aun cuando puede exportar, no puede competir en un mercado mundial distorsionado en el que los agricultores más ricos de los países más ricos están subsidiados, impidiendo a los más pobres su supervivencias. Además, el propio Informe del Banco Mundial de septiembre de 2003, titulado *Glo-*

⁶ Sus negociaciones deben concluir antes del 1 de enero de 2005.

⁷ Informe del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo 2002 (<http://www.undp.org>).

⁸ “El ‘farmer’ nuevo villano del libre comercio mundial”, *Diario Clarín, Económico*, 1 de septiembre de 2002, p. 10.

LAS RESTRICCIONES NO ARANCELARIAS COMO INSTRUMENTO DE PRESERVACIÓN ...

204

bal Economic Prospects 2004: Realizing the Development Promise of the Doha Agenda ha señalado los desniveles en el sistema de comercio mundial que impiden el crecimiento de las exportaciones de los países en desarrollo⁹. Tal como lo señaláramos, los Estados menos desarrollados no están en condiciones de financiar subsidios. No obstante, tampoco han aprovechado las herramientas de las que disponen en lo que hace al uso adecuado de los instrumentos internacionales comerciales y ambientales vigentes para proteger sus recursos y productos en el mercado.

Para los países en vías de desarrollo, como Argentina y los Latinoamericanos en general, las restricciones no arancelarias vinculadas a la protección y preservación ambiental, aplicadas *ad extra*, pueden llegar a constituir un instrumento normativo comercial adecuado para hacer frente a las políticas desleales o restrictivas de los más industrializados. Las medidas que proponemos desarrollar deben ser compatibilizadas en un marco jurídico más amplio, propio de las nuevas relaciones entre “regionalismo” y “multilateralismo”.

Es de observar que la mayoría de las exportaciones de los países del MERCOSUR (socios y asociados) son productos basados en recursos naturales y sus manufacturas, en los que toda actividad vinculada al comercio tiene incidencia en el medio ambiente.

Entendemos que, dado que no es posible separar el deterioro ambiental del crecimiento económico e industrial, es hora de que los menos desarrollados, en lugar de “clamar” por la reducción de los subsidios, hagan valer las obligaciones que los países desarrollados poseen en virtud de acuerdos multilaterales en materia de preservación ambiental e impongan a sus productos (los que en las distintas etapas de producción o de uso del

⁹ En particular, ha observado en la esfera de la agricultura (uno de los ámbitos más sensibles para los Estados productores de materias primas y, consecuentemente, menos desarrollados), por ejemplo: *el apoyo del Estado japonés a los productores de arroz asciende al 700% de los costos de producción, lo que en la práctica cierra las puertas a las exportaciones de Tailandia y otros productores; *los subsidios presupuestarios directos que otorga la UE a los productores tienen un costo anual cercano a los US\$ 100.000 millones y hacen bajar los precios del azúcar, los productos lácteos y el trigo en los mercados mundiales; * los EE.UU. gastan US\$ 50.000 millones al año exclusivamente en apoyo directo a su sector agrícola, alcanzando las ayudas que reciben los productores de algodón a más de US\$ 3.000 millones anuales (el triple de la ayuda externa de los EE.UU. a África), reduciendo los precios mundiales del algodón y excluyendo a los agricultores eficientes de África Occidental. (<http://www.worldbank.org/prospects/gep2004>).

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT

205

producto final implican algún tipo de daño ambiental) restricciones no arancelarias como instrumentos de preservación ambiental y como instrumentos comerciales, haciendo uso de las facultades que, legítimamente, les proveen las disposiciones del sistema multilateral de comercio y los acuerdos ambientales multilaterales¹⁰.

Las Restricciones al Comercio en el Sistema Multilateral de Comercio

En la Conferencia Diplomática de 1923 sobre “Simplificación de las Formalidades de Aduana”, celebrada bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones (SdeN), se invitó a los Estados a reducir al mínimo las prohibiciones de importaciones y exportaciones. En la Conferencia Diplomática de 1927 se adoptó un “Tratado para la Supresión de Restricciones Cuantitativas y Derechos de Aduana”, el que no alcanzó el número de ratificaciones

necesario para su entrada en vigor.

Tras una etapa de intenso proteccionismo, fruto de la crisis de los años '30, volvió a tomar impulso la promoción del libre comercio. Así, en la Conferencia Monetaria y Económica, celebrada en Londres en 1933, expertos de la SdeN insistieron en la necesidad urgente de liberalizar el comercio internacional, suprimiendo, particularmente, los contingentes, licencias y las disposiciones abusivas de reglamentos aduaneros. En esta etapa, los Estados europeos se mostraron proteccionistas, mientras que EE.UU. bregó por la liberación comercial.

En 1943 se confeccionó el “Código de Conducta Comercial”, el que incluyó a todas las restricciones al comercio, prohibiéndolas con la sola excepción de crisis estatal producida por un desequilibrio de la balanza de pagos.

Este Código sirvió de base a la Carta de la Organización Internacional de Comercio (OIC) de La Habana de 1947, la que nunca llegó a entrar en vigor.

El “Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio” (AGAC/GATT¹⁰) adoptado en 1947 como simple acuerdo provisional en la Conferencia preparatoria de la OIC. Debido al fracaso de la OIC, se transformó en el principal cuerpo normativo del comercio mundial por más de cinco décadas. Dio trato diferente a aranceles y restricciones no arancelarias. Así, los primeros, debían ser reducidos progresivamente, mientras que las segundas quedaban proscriptas si bien con numerosas excepciones.

¹⁰ V. *infra*.

¹¹ Sigla del Acuerdo en inglés.

LAS RESTRICCIONES NO ARANCELARIAS COMO INSTRUMENTO DE PRESERVACIÓN ...

206

Al impulso del GATT se llevaron adelante ocho grandes Rondas de negociaciones multilaterales dirigidas a liberalizar el comercio internacional. Al término de la Octava Ronda (Uruguay, los Estados Partes del GATT decidieron crear la Organización Mundial del Comercio (OMC)¹² y renovar el GATT (GATT 1994).

De conformidad al sistema renovado del GATT, la libertad de comercio ha de basarse en la cláusula de la nación más favorecida¹³, en la concesión de trato igual en materia de tributación y de reglamentaciones interiores¹⁴, en la reducción general y progresiva de los aranceles¹⁵, la eliminación de las restricciones no arancelarias cuantitativas (Art. XI.1). Sin embargo el Art. XII prevé una excepción general por razones de desequilibrio en la balanza de pagos. También, tiene previsión de excepciones particulares, *vg.*: con relación a necesidades alimentarias o productos de base, para los productos agrícolas y pesqueros (inc. 2); para planes económicos de los países en desarrollo (Art. XVIII. b); por desorganización del mercado (Art. XIX); por razones de orden público, moralidad, salud pública, conservación del patrimonio artístico y de los recursos naturales, escasez de aprovisionamientos (Art. XX); para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar a los vegetales” (Art. XX. b); para la conservación de los recursos naturales agotables” (Art. XX.g); por acuerdos regionales (art XXIV); por circunstancias especiales no definidas (Art. XXV).

Restricciones no Arancelarias. Concepto y Tipos

Se ha solido definir a la restricción no arancelaria como cualquier medida (distinta a los aranceles) de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante la cual un Estado Parte en un

¹² Acuerdo firmado el 15 de abril de 1994 (Marrakech), entrado en vigor el 1 de

enero de 1995.

¹³Art. 1 del GATT: "Cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una Parte Contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás Partes Contratantes o a ellas destinado".

¹⁴De conformidad al Art. III.2 del GATT, a los productos procedentes de cualquiera de las Partes en el territorio de otra no se le puede dar un trato diferente en materia de impuestos o gravámenes al de los productos nacionales.

¹⁵Las reducciones se logran mediante negociaciones entre los Estados Miembros de la OMC, quedando esos entendimientos automáticamente extendidos a los otros Miembros en función de la cláusula de la nación más favorecida (Art. II del GATT).

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT

207

acuerdo de libre comercio impide o dificulta, por decisión unilateral, el comercio recíproco. Es decir, se trata de leyes, regulaciones, políticas o prácticas de un sujeto internacional que restringen el comercio internacional, básicamente, el acceso de productos importados a un mercado¹⁶. A menudo, se las ha definido lacónicamente como "todo impedimento al libre comercio que no sea un arancel"¹⁷⁻¹⁸.

En lo que hace a los tipos de restricciones no arancelarias, éstos suelen clasificarse según se trate de medidas cuantitativas o no cuantitativas.

Entre las *cuantitativas* figuran:

*-los *permisos* de importación o exportación. Tal el caso de ciertas drogas, determinadas especies de animales o vegetales, productos agrícolas, materiales y equipos de generación de energía en Canadá y EE.UU.;

*-las *cuotas o cupos*. Consisten en medidas que establecen la cantidad máxima de un producto a ser importadas con un arancel determinado. Por encima de ese volumen se deben pagar tasas mucho más altas, las que generalmente, configuran verdaderas prohibiciones a la importación¹⁹. Tal el caso de Canadá con relación a la importación de productos lácteos, huevos y aves de corral; productos textiles de bajo costo de producción procedentes de Taiwán, Corea del Sur, Hong Kong, China²⁰;

¹⁶No debe confundírselas con medidas de política fiscal o monetaria destinadas a mantener el equilibrio exterior, introducidas en el comercio local.

¹⁷CENTURIÓN LÓPEZ, A.- "Restricciones No Arancelarias en el MERCOSUR", *Los Nuevos Desafíos para la Integración Regional*, BID/INTAL, octubre de 2002.

¹⁸No nos detendremos en esta oportunidad, dadas las limitaciones impuestas a este trabajo, en los aspectos relativos a los elementos de las RNAs y que hacen a la percepción correcta de su conceptualización, tales como *i.a.*, las condiciones del acto estatal, los criterios en la determinación de las medidas, los distintos niveles interpretativos de la aplicación de las RNAs. (restrictivo/extensivo), en las excepciones a las excepciones, en las diferencias de la aplicación de las RNAs *ad intra* y *ad extra* de un mercado común o de una unión aduanera, los obstáculos que resultan de las disparidades entre legislaciones nacionales, etc.

¹⁹Existen *cupos generales*, los que se negocian en el ámbito del GATT y *cupos bilaterales*, los que otorgan preferencias a algunos Estados.

²⁰Este último caso, de conformidad al Acuerdo Multifibras negociado en el marco del GATT.

LAS RESTRICCIONES NO ARANCELARIAS COMO INSTRUMENTO DE PRESERVACIÓN ...

208

*-*salvaguardias*. Consisten en restricciones temporarias a las importaciones de un producto para proteger una rama específica de producción específica frente al aumento de importación que haría caer los precios del bien o servicio interno. Tal el caso de la UE que se ha reservado el derecho de aplicar salvaguardias especiales

a ciertos productos agropecuarios cuando el volumen de importaciones alcanza un nivel considerado como crítico. En esa situación, las importaciones adicionales deben abonar derechos aduaneros complementarios²¹⁻²²;

*-los *precios oficiales*. Tal el caso de la UE que posee un sistema de precios de entrada, *i.a.* para los productos agropecuarios. El sistema establece un precio mínimo por debajo del cual la mercadería debe pagar derechos aduaneros²³;

*-las *medidas antidumping*. Constituyen derechos especiales (generalmente, impuestos) cuando el precio de las importaciones pretende estar por debajo de los costos de producción. Tal el caso de los aranceles al acero aplicados por EE.UU frente a los productos provenientes de la UE. Es de observar que los países menos desarrollados no pueden aplicar este tipo de medidas por carecer del poder de mercado necesario²⁴;

²¹ Es de observar que la vigilancia a las importaciones actúa como RNA, ya que tiene un efecto inhibitorio para los exportadores dada la falta de certidumbre con relación a la posibilidad de ingresar en el mercado o no.

²² En 1995, primer año de vigencia del *Acuerdo de Salvaguardias* de la OMC, la excepción sólo fue empleada en 2 casos, en 2002 fue invocada en 53 casos y, con los años, la cifra se sigue incrementando, aún cuando la OMC no ha avalado ninguna de esas medidas de salvaguardia.

²³ Las *salvaguardias por precios* y los *precios de referencia* actúan del mismo modo que los *precios de entrada*. En el caso europeo, las medidas permiten al mercado agropecuario sustraerse a las fluctuaciones internacionales de precio. Es de observar que los más afectados por estas medidas son los Estados dependientes de la exportación de productos primarios y de manufactura de origen agropecuario. En 1998, el 27% de las exportaciones del complejo agroalimentario argentino se destinó a la UE. A su vez, debido a la alta protección que poseen los productos europeos en esos rubros, el 94% de las manufacturas y el 83% de los productos primarios argentinos colocados en la UE se han visto afectados por RNAs. (<http://www.mercosur-comisec.gub.uy>).

²⁴ Reunidos bajo el «Grupo de Amigos por el *Antidumping*», Chile y otros catorce países presentaron un reclamo formal ante la OMC en contra de las naciones que usan

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT

209

*-Los *derechos compensatorios*. Imposición de derechos especiales para contrarrestar los efectos de pretendidos subsidios a la exportación por parte de un gobierno extranjero²⁵;

*-las *restituciones a la exportación*. Tal el caso de la UE con relación a todo tipo de carnes, vinos, cereales.

Entre las RNAs *no cuantitativas*, podemos señalar:

*-las *normas consulares y estadísticas*, las que frecuentemente se presentan con exigencias de facturas, certificados consulares, documentos adicionales, etc.;

*-las *regulaciones sanitarias*. Tal el caso de la prohibición impuesta por el gobierno canadiense a la importación de productos cárnicos de vaca y de cerdo procedentes de países que vacunan a esos animales contra la fiebre aftosa;

*-las *regulaciones de toxicidad*. Caso de los pescados argentinos, los que para ingresar al mercado de la UE, deben pasar severos controles que cubren las condiciones de captura y transporte como también inspecciones de los establecimientos de producción y comercialización, según el caso;

*-las *regulaciones fitosanitarias*. Tal el caso de los cítricos argentinos

con destino a la UE, que sufren la barrera fitosanitaria por no contar aún con el “status” sanitario de país libre de cancro cítrico (salvo el NOA-Misiones);

indiscriminadamente las acusaciones de competencia desleal para proteger a sus industrias locales. Motivó la presentación de estos países el aumento del 71% de las acusaciones de este tipo en las últimas dos décadas. Entre los países más importantes de este «grupo» se encuentran Brasil, Hong Kong, China, Israel, Japón, Corea, México, Noruega, Singapur y Suiza. El *antidumping* es uno de los temas prioritarios en la agenda de los países exportadores dentro de la Ronda Doha y principal programa de la OMC para los próximos años. Según datos de la OMC, en la actualidad existen más de 1.100 medidas *antidumping* implementadas en el mundo, siendo China la que cuenta con mayor número de acusaciones. *Diario El Mercurio*, Santiago de Chile, 11 de febrero de 2003.

²⁵ Tanto este tipo como el anterior puede constituir barrera cuantitativa como no cuantitativa.

LAS RESTRICCIONES NO ARANCELARIAS COMO INSTRUMENTO DE PRESERVACIÓN ...
210

*-las *regulaciones ecológicas*. Tal el caso de los cereales argentinos y de los alimentos preparados para animales los que deben acreditar estándares ecológicos de cuidado del medio ambiente en su producción para ingresar en el mercado de la UE, la no modificación genética de ciertas semillas de maíz, soja, etc.;

*-las *normas técnicas y normas de calidad*. Tal el caso de los requisitos con relación a las características de los productos y la evaluación de su conformidad. Incluso, ciertas medidas gubernativas aparentemente ajenas al comercio en sí, revisten complejidades y trabas mayores de este tipo, como es el caso de La Ley Jones de EE.UU. que exige que el transporte de costa a costa de madera aserrada y otros productos, no pueda hacerse bajo pabellones extranjeros ²⁶;

*-las *marcas de origen*. Tal el caso de los vinos argentinos que requieren la identificación del origen de la mercadería para ingresar en el mercado de la UE ²⁷;

*-los *requisitos de empaque*. Ya desde 1992, en Alemania, y desde 2000 en toda la UE, se requiere que los productos sean ingresados en embalajes reciclables de determinado tipo;

*-los *requisitos de etiquetado*. Tal el caso de la soja transgénica argentina para su entrada en la UE, la que debe cumplir con exigencias de identificación, información sobre certificación y rubros en el etiquetado.

A estas medidas se agregan, con efectos de RNAs, los *subsidios*, los que si bien no constituyen en sí RNAs directas, afectan el libre comercio de modo equivalente. Los subsidios son medidas consistentes en reembolsos a las exportaciones, fondos de intervención para estabilizar los mercados, pagos directos por sacar tierras de la explotación con el fin de mantener

²⁶ Con ello se crea ventajas para determinados países de conformidad a las costas de ingreso.

²⁷ En mercados regionales se suele requerir la proporción de insumos internos en el valor agregado (proporción nacional). Similar situación la hallamos en la preferencia de “bandera nacional” especialmente cuando se trata de contratación de servicios.

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT

211

cuotas de producción, financiamiento de operaciones destinadas a cumplir objetivos en determinadas políticas, como es el caso de la UE con relación a la PAC, tal como ya lo señaláramos al inicio de este trabajo ²⁸.

Es de tener presente que el 60% de las exportaciones de carnes argentinas se destina al mercado de la UE, correspondiendo las dos terceras partes de ese volumen a carne bovina deshuesada. Entre las RNAs más importantes para Argentina figuran las cuotas, ya que los aranceles, una vez excedida la cuota resultan difícilmente sostenibles²⁹. Además, debe tenerse en cuenta que las políticas protectoras de la UE hacia sus productos la ha convertido en uno de los principales exportadores de productos alimenticios³⁰. Por su parte, tal como lo señaláramos, EE.UU ha dispuesto subsidios por el monto 190.000 millones de dólares para apoyar al agro (particularmente, a productores de cereal y algodón) durante diez años, prolongando

²⁸ Así, en la UE: *la protección a los cereales combina pagos directos proporcionales a las tierras sacadas de cultivo; *la de los lácteos y el azúcar a más de precios oficiales incorpora cuotas de producción y protección a las importaciones y restituciones a las exportaciones; *la de la carne bovina incluye precios administrados, cuotas de importación, pagos directos basados en rodeos de referencia y sujetos a límites de ocupación de tierras, protección sanitaria en frontera y subsidios a la exportación; *la de la carne ovina goza de precios administrados y tarifas de importación.

²⁹ Para las carnes vacunas, Argentina está incluida en la *Cuota Hilton*, habiéndosele asignado 28.000 toneladas anuales. También está incluida en la *Cuota Bilan*, con un cupo de 57.000 toneladas anuales. Ambas cuotas tienen aranceles del orden del 20 % dentro del cupo, mientras que fuera de él, el arancel trepa al 104 %. Además, Argentina tiene la posibilidad de participar de un cupo general para carne vacuna de 53.000 toneladas en total. Para las carnes ovinas y caprinas, nuestro país tiene asignadas 23.000 toneladas.

Adicionalmente, tanto para estas carnes como las de pollo, puede participar en cupos generales.

Los pescados argentinos y mariscos (básicamente, camarones, langostinos, gambas) sufren RNAs. por parte de la UE, la que concentra el 54 % de las exportaciones argentinas.

No poseen cupo propio sino que participan a través del GATT en un cupo general.

Los cereales argentinos sufren las barreras de los cupos arancelarios bilaterales, en los que nuestro país no participa.

Las frutas argentinas, centralmente, naranjas, limones, manzanas y peras, pasas de higo y uva, sufren restricciones en un 80%.

Los vinos argentinos participan en cuotas generales. A esta deficiencia se agrega la exigencia de licencias y la imposición de aranceles estacionales. (RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, G.- *Restricciones y Cupos, Barreras No Arancelarias y Subsidios*, www.mecon.gov.ar). (V. asimismo, www.alimentosargentinos.gov.ar).

³⁰ Por ejemplo, las exportaciones subsidiadas en trigo, harina, lácteos, carne bovina, representan entre el 80% y el 100% del total de ventas del bloque en esos rubros. (*Ibidem*).

LAS RESTRICCIONES NO ARANCELARIAS COMO INSTRUMENTO DE PRESERVACIÓN ...

212

el programa de ayuda financiera creado durante la Depresión. Frente a las críticas recibidas, dado que los más favorecidos son los grandes productores, ha previsto incentivar no sólo la producción, sino premiar la conservación de los recursos, la reducción de la contaminación (atmósfera, agua subterránea y superficial). Indudablemente, ello beneficiará nueva mente a los más ricos del país del Norte ya que sólo ellos podrán contar con la tecnología adecuada para alcanzar ese tipo de premios.

Se estima que EE.UU., la UE y Japón gastan unos 1.000 millones de dólares por día para subsidiar a sus agricultores, seis veces la suma que envían para auxiliar al mundo en desarrollo. Si bien, la UE ofreció reducir los subsidios en un porcentaje que va del 35 al 55% (a aplicar a partir del 2006), la propuesta se halla lejos del reclamo del "Grupo Cairns"³¹, que exige la eliminación de los subsidios a la exportación y una apertura para la importación, mayor que la ofrecida por la UE. Además, Argentina, Brasil, Chile, Uruguay, Australia y Nueva Zelanda constituyen la "Alianza Láctea Global" para presionar por la eliminación de subsidios a la producción y exportación que otorgan en ese rubro los países desarrollados a sus

“farmers”³².

El 10 de febrero de 2003, Argentina, Chile, Perú, Australia y los países escandinavos denunciaron ante la OMC los subsidios a la pesca que ofrecen otras naciones, especialmente Japón, por entender que distorsionan el comercio y depredan los mares³³.

Las Restricciones No Arancelarias y la Protección del Medio Ambiente

Aspectos generales

Tal como los señaláramos al resumir la evolución histórica de las RNAs, existen importantes excepciones a la proscripción de imposición de medidas obstaculizadoras del libre comercio mundial.

Es de tener en cuenta que, para aplicar una RNA, no basta que la autoridad estatal invoque la existencia de uno de los bienes protegibles (vg. salud pública, preservación de animales o vegetales, medio ambiente, etc.),

³¹ El Grupo, integrado por 18 Estados (entre los que se encuentra Argentina), y que toma su nombre de la ciudad australiana donde se constituyó a los fines de luchar por un mejor acceso a los mercados para los menos desarrollados y por la eliminación de los subsidios a las exportaciones.

³² Alianza Global de Exportadores de Leche, en “Noticias MERCOSUR”, 10 de octubre de 2002.

³³ www.cityeconómica.com.ar

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT

213

sino que debe tener en cuenta una serie de principios y condiciones, entre ellos:

*- *principio de causalidad*: relación de causa efecto entre la medida y el fin perseguido con la restricción;

*- *principio de no discriminación arbitraria o principio de aplicación indistinta*: igualdad de trato dado de conformidad a los fines perseguidos por la imposición de la medida³⁴;

*- *principio de proporcionalidad*: adecuación del grado en que la medida lesiona el libre flujo comercial con el grado de logro del fin perseguido;

*- *principio de insustituibilidad*: falta de otro medio menos dañoso para la libre circulación de mercancías para obtener el fin perseguido.

A ello se agrega que la carga de la prueba recae sobre el Estado o ente que pretende aplicar la RNA.

Sustentabilidad y Comercio Internacional

El desarrollo sostenible se ha transformado en una de las principales preocupaciones, tanto de los países industrializados como de los menos desarrollados, pasando a ser la sustentabilidad ambiental un requisito relevante de la competitividad internacional³⁵.

Es de observar que el acceso a los mercados cada vez más se halla condicionado al cumplimiento de requisitos de protección ambiental impuestos por disposición internacional, comunitaria o nacional.

³⁴ Este trato igualitario en el plano comercial internacional mundial se da con todos los terceros en base a la cláusula de la nación más favorecida vigente en la OMC. En el plano de la relación interno-internacional, requiere que no se dé trato diferenciado a los productos extranjeros con relación a los nacionales, de modo que una limitación impuesta a un producto extranjero, también debe imperar en el sistema interno.

³⁵ Cf. GONZÁLEZ LÜTZENKIRCHEN, A.C. (Comp.)- *Conclusiones del Seminario Internacional sobre Comercio y Medio Ambiente: La Perspectiva Latinoamérica*, 22 y 23 de octubre de 1998, Centro Mexicano de Derecho Ambiental (CEMDA) y Universidad Iberoamericana, Méjico, 1999.

LAS RESTRICCIONES NO ARANCELARIAS COMO INSTRUMENTO DE PRESERVACIÓN ...

Las RNAs con fin de protección ambiental tienden a cubrir todo el ciclo de vida de un producto, especialmente en los sectores vinculados a la producción, explotación y elaboración de los recursos naturales, como la minería, la agricultura, la fruticultura, la foresticultura, la pesca, etc. Para aplicar tales medidas es necesario observar los principios que rigen para la invocación de las excepciones a la proscripción de aplicación de medidas obstaculizadoras del libre comercio de bienes y servicios, señalados precedentemente. En particular, el relacionado a la no discriminación. Por ello, creemos que unos de los aspectos más urgentes a que se ven llamados los países productores de materias primas y sus manufacturas es a desarrollar la “producción verde”, a multiplicar las certificaciones de calidad, para con ello abrir el amplio campo de la facultad de imponer restricciones a productos industrializados de los países desarrollados en base a la falta de protecciones ambientales comprometidas internacionalmente³⁶, proteger los productos argentinos y del MERCOSUR, en particular, y compensar por esa vía los perjuicios que ocasionan los subsidios de los países desarrollados a productos de gran sensibilidad para la economía de los países del Cono Sur Latinoamericano ³⁷.

³⁶ V. *infra* Convenciones internacionales en materia ambiental vinculantes, que pueden dar base a la imposición de RNAs.

³⁷ Es de recordar que por Decisión 13/02 del Consejo del Mercado Común (CMC) del MERCOSUR, de 5 de julio de 2002, los Estados Partes (que habían firmado el 15 de abril de 1994 los Acuerdos constitutivos de la OMC, ratificándolos e incorporándolos a su derecho interno) decidieron adoptar, en el ámbito del MERCOSUR, el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT) de la Organización Mundial de Comercio, para la aplicación de medidas *antidumping* en el comercio intrazona (Art. 1). De conformidad al Art. 8, las disciplinas adicionales para la aplicación de medidas *antidumping* en el comercio intrazona ya acordadas entre los Estados Partes, y las que se acuerden en cumplimiento de los mandatos establecidos, prevalecerán sobre la aplicación de la presente Decisión y del Acuerdo previsto en el artículo 1. Esta Decisión fue protocolizada por los EP en el marco del ACE N° 18 de ALADI, entrando en vigor el 4 de agosto de 2002. La Decisión no ha necesitado ser incorporada a los ordenamientos jurídicos internos de los EPs dado que integra los Acuerdos ratificados en 1994. (Argentina: Ley N° 24.425/1994; Brasil: Decreto N° 1.355/1994; Paraguay: Ley N° 444/1994; Uruguay: Ley N° 16.671/1994. Además, por Dec. 14/02 del Consejo del Mercado Común (CMC) del MERCOSUR, de 5 de julio de 2002, los Estados Partes decidieron adoptar, en el ámbito del MERCOSUR, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la Organización Mundial de Comercio, para el tratamiento de las subvenciones y medidas compensatorias en el comercio intrazona, ratificado en similares condiciones a las relativas a medidas *antidumping* y bajo los mismos ordenamientos normativos internos ya señalados.

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT

A menudo, erróneamente, se cree que los países que imponen normas ambientales estrictas pierden competitividad. Entendemos que, precisamente, por el contrario, el cumplimiento de requisitos ambientales en los procesos productivos constituyen la base más interesante para los Estados de menor desarrollo, los que pueden ser usados como instrumentos de diferenciación de productos y estrategia comercial. Así, en particular, la aplicación de RNAs podrá cubrir los espacios vacíos de la imposibilidad de subsidiar a la producción con fondos propios, al mismo tiempo que elemento eficaz para la preservación ambiental en sí, como valor autónomo. El denominado “*dumping* ecológico” que realizan las empresas contaminantes desde los mal llamados “paraísos ambientales”(“paraísos de

contaminación”), escaso juego puede prestar a la competitividad de los infractores frente a las múltiples barreras no arancelarias que pueden legítimamente oponérseles en base a argumentos de preservación ambiental.

A medida que se acentúan las interrelaciones entre economía y medio ambiente en pos de un desarrollo sostenible³⁸, los Estados productores de materias primas y sus manufacturas inmediatas debieran verse llamados a aprovechar los elementos favorables que esa interrelación les brinda en el comercio internacional. Más que bregar por la eliminación de barreras no arancelarias, deben prepararse para, legítimamente, estar en condiciones de imponerlas desde la necesidad de protección de sus recursos naturales y el medio ambiente global. Ello implica menor costo que la puja por la imposible destrucción de ciertas RNAs (como las basadas en salud de las personas, animales, vegetales), indiscutible estrategia de control de importaciones y exportaciones, rédito seguro a corto, mediano y largo plazo, a más de la no dependencia de las políticas de los países ricos en relación al destino comercial de los más pobres³⁹.

Es decir, la escasez de recursos económicos en los países en desarrollo no debe ser causa para descuidar una forma de recuperación económica y de balanza comercial a través del ámbito más propicio: la producción de materias primas y sus manufacturas inmediatas con altos estándares ambientales.

Si los Estados menos desarrollados no perciben esta óptica es porque están actuando contra la lógica de su propia problemática de desa-

³⁸ V. nuestro trabajo “*Derecho Sostenible: Concepto y Elementos*”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. VIII (1998).

³⁹ Baste recordar al respecto la presión internacional para que Argentina no se industrialice y se mantenga como país proveedor de materias primas agropecuarias, bienes cuyos precios en el mercado mundial sufren prolongada y creciente retracción.

rollo, desarrollo que no les ha de venir a través de las ayudas provenientes del extranjero.

Si bien una política de desarrollo como la que proponemos encuentra complejidades a la hora de aplicar medidas a países que no son partes en los Acuerdos Ambientales Multilaterales (AAM) o no son miembros de la OMC, tales Estados son una minoría. Debemos tener en cuenta que los AAM al igual que el Tratado de Marrakech tienen altísimo número de Estados Partes (EPs). Así, por ejemplo, la *Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar* en 2002 ha contado con 137 EPs, la *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático* con 189 EPs, el *Convenio de Viena para la protección de la Capa de Ozono* con 181 EPs, la *Convención sobre la Lucha contra la Desertificación* con 167 EPs, el *Convenio sobre la Diversidad Biológica* con 181 EPs, la *Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre* con 110 EPs, el *Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación* con 148 EPs⁴⁰, el *Acuerdo de la OMC* con 144 Estados Miembros. Por otra parte, nada obsta que, por argumentaciones jurídicas diferentes, a esos Estados *free-riders* que se mantienen ajenos a los acuerdos multilaterales, se les apliquen las RNAs con fines de protección ambiental. Es de observar que todos los países del MERCOSUR (socios⁴¹ y asociados⁴²) son partes en los AAMs citados precedentemente y miembros de la OMC.

Si bien, a menudo se ha señalado que no es apropiado utilizar las

medidas comerciales con fines ambientales como instrumentos de política internacional. No obstante, no consideramos correcto que ciertos países desarrollados se beneficien económicamente manteniéndose ajenos a los AAMs. Probablemente, sería de gran interés establecer listas de productos según sus impactos directos o indirectos sobre el medio ambiente, centrándose en los sectores económicos más importantes y en las principales importaciones de un país o región integrada ⁴³⁻⁴⁴.

⁴⁰ V. nuestro trabajo *Codificación y Comentario de las Normas Internacionales Ambientales Vigentes en la República Argentina y en el MERCOSUR*, La Ley, Buenos Aires, 2001.

⁴¹ Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

⁴² Chile, Bolivia y Perú.

⁴³ Aspecto que desborda los límites de esta presentación pero que no deja de señalarse, dada la importancia de sus implicaciones para la aplicación de RNAs en base a consideraciones ambientales. Debe tenerse presente, si bien se trata predominantemente de una

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT

217

Así, por ejemplo, EE.UU., individualmente, es responsable del 25 % de las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero. Buena parte de sus productos son contaminantes en el proceso y/o en el uso del producto final. Tales productos (vg. automotores de alta cilindrada) debieran tener restricciones para su ingreso en los países que respetan los parámetros fijados en los AAMs a las emisiones de carbono u otros contaminantes. Es de tener presente que, los Estados más pobres, dada su baja industrialización, tienen un bajo nivel de contaminación atmosférica.

Similar es la situación en el caso de la sobrepesca por parte de los Estados de la UE, particularmente por España. Debemos tener en cuenta relación *ad intra*, que en estos últimos meses tanto el MERCOSUR como sus Estados Partes se han inclinado a volver a ocuparse de las RNAs. con fines ambientales, tema que los Sub-Grupos de Trabajo (particularmente, el N° 6 sobre Medio Ambiente), habían relegado desde 1998.

⁴⁴ En el caso de Argentina, en relación a los embalajes, el Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (SENASA) tiene una presencia más visible en la regulación de los bienes que ingresan en el país gracias a su resolución 19/02 y a la instrucción general 82/02 de la Aduana. Estas normas establecieron un nuevo esquema de control a observar desde el 29 de enero de 2003 para las cargas que ingresan en el país con embalajes o soportes de madera. La nueva instancia de fiscalización obedece a que «las maderas que se emplean en el comercio de mercaderías poseen un elevado riesgo fitosanitario al transportar plagas que pueden perjudicar el patrimonio forestal del país». Según reconocen los operadores de comercio exterior, este nuevo control recaerá sobre la gran mayoría de bienes que ingresa en la Argentina. En la carga contenedorizada se emplean comúnmente pallets de madera para facilitar la estiba y la extracción de los bienes una vez abierto el contenedor. También se utilizan separadores de madera para delimitar zonas dentro de los contenedores que se utilizan para separar carga o para minimizar el movimiento durante el traslado marítimo. En estos casos, entre otros, hay que confeccionar una declaración jurada con datos de la mercancía que debe ser autorizada por el SENASA. Ese trámite tiene un costo por despacho aduanero y puede insumir unas 24 horas, de conformidad a lo informado por la Asociación de Importadores y Exportadores de la República Argentina (AIERA). También podría llegar a ordenarse una fumigación de la carga costada por el importador, sin embargo, en general, se firma la declaración jurada y no se hace control ni de maderas ni de pallets. La AIERA ha observado que deberían tomarse mayores recaudos con la introducción de embalajes provenientes de países que tuvieran plagas o que sean susceptibles de causarlas en lugar de involucrar a todas las mercaderías posibles de importación cualquiera sea su origen. El presidente de la Cámara de Importadores de la República Argentina (CIRA), también se manifestó en favor de acentuar controles fitosanitarios. Sin embargo, advirtió que en este caso «el procedimiento va en exceso de la norma» y que se pueden dar casos de «importadores menos preparados a los que se presente esta medida como una dificultad insalvable». Agregó que ése no es un trasfondo que quieran la Aduana, el SENASA o los importadores».

Diario la Nación, Sección Comercio Exterior, 11 de febrero de 2003.

LAS RESTRICCIONES NO ARANCELARIAS COMO INSTRUMENTO DE PRESERVACIÓN ...

218

que 75% de pesquerías son ya explotadas, que 50% de los recursos pesqueros mundiales ya agotados y que numerosos Estados desarrollados son remisos a respetar las normas ambientales establecidas para la conservación de las especies. Es frecuente encontrar en comercios de los países menos desarrollados productos pesqueros industrializados provenientes de ese tipo de países, los que debieran estar impedidos de ingresar al territorio de los Estados que respetan y hacen respetar las normas ambientales preservatorias comprometidas internacionalmente.

Resulta del mayor interés para los Estados menos desarrollados analizar los AAM, la posibilidad de aplicar RNAs sobre su base (desde la acción del MERCOSUR o la de los Estados Partes) y la compatibilidad de tal aplicación con los principios y disposiciones del Sistema Multilateral de Comercio⁴⁵⁻⁴⁶.

A modo de *conclusión* debemos hacer presente que las RNAs resultan un instrumento de desarrollo sustentable (con su faz ambiental y económico-financiera-comercial) tanto más relevante cuanto mayores las dificultades económicas de un Estado para colocar sus productos en el mercado y cuanta mayor presión sufren para reducir las restricciones tarifarias.

⁴⁵ Si bien, los AAMs que contemplan disposiciones comerciales o con efecto comercial inmediato no son muchas, pueden resultar muy significativas para la economía de los países menos desarrollados.

⁴⁶ Es de observar que el sistema de la OMC no posee acuerdos específicos relacionados con el medio ambiente, aún cuando en su sistema institucional se ha constituido el *Comité de Comercio y Medio Ambiente*.

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT

219

EL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA EN LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES 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 del artículo es la exposición de las previsiones legales acerca del derecho humano de libertad religiosa en Argentina, Uruguay, Brasil y Paraguay

Palabras Clave: Derecho Eclesiástico - Libertad Religiosa - Mercosur -

Derechos Humanos

La libertad religiosa en el Derecho Constitucional de los países del Mercosur

1. La libertad religiosa en las Declaraciones de Derechos Humanos

Podemos hablar de la libertad religiosa como principio constitucional de organización del Estado frente al factor religioso, o bien, en su otra

* Abogado (UN Buenos Aires). Licenciado en Derecho Canónico – Doctor en Derecho (Universidad de Navarra – ESPAÑA). Ex becario del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (ESPAÑA); del Consejo de Investigaciones Científicas y Tecnológicas de Córdoba (CONICOR), ARGENTINA y del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). ARGENTINA. Investigador Asociado del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). ARGENTINA. Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Jefe de Trabajos Prácticos por concurso, dedicación semiexclusiva. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba.

220

acepción, la libertad religiosa es considerada como un derecho humano

fundamental. A continuación nos referiremos a la libertad religiosa en esta segunda acepción, o sea al estudio del derecho humano fundamental de libertad religiosa, siempre ciñéndonos al ámbito de los cuatro países del MERCOSUR. Sabido es que el tema de la libertad religiosa ha sido ampliamente desarrollado en las Declaraciones de Derechos Humanos desde el siglo XVIII hasta las más modernas de nuestro siglo. La Declaración de Derechos de Virginia de 1776 y la de Massachusetts de 1780 influyeron en la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, sobre todo en aquellas disposiciones referentes al tratamiento de la cuestión religiosa y al principio de libertad religiosa. Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ambas de 1948, han influido en algunas convenciones constituyentes americanas en el modo de tratar el factor religioso. Este influjo resulta evidente en nuestro caso, ya que sólo Argentina promulgó su constitución con anterioridad a 1948. La concepción de la libertad e igualdad en materia religiosa que reflejan las declaraciones internacionales de derechos humanos se constituye en el marco en el que deben ser encuadrados los principios constitucionales sobre la materia, siendo, por tanto, criterio de interpretación de los preceptos de la Constitución.

Aunque no es nuestro propósito realizar en este estudio un análisis exhaustivo de la libertad religiosa en los Documentos Internacionales sobre Derechos Humanos, resulta inevitable alguna reflexión previa sobre los que consideramos más importantes. Sin pretender agotar ni ser exhaustivos en las repercusiones que tuvieron en los textos constitucionales de América, y en concreto en los países del MERCOSUR, recogemos a título de ejemplo, algunos preceptos que –según nuestra opinión– se proyectaron en ellos. Nos referiremos especialmente a dos de las Naciones Unidas (“Declaración Universal de los Derechos Humanos” de 1948 y el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” de 1966) y al de la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” de 1969.

¹ DUBROWSKY, S. *Tratamiento del factor religioso en la vigente Constitución de la Provincia de Córdoba, República Argentina*. Córdoba, 1992. Publicado en agosto/2002 por Editorial EDEC en internet. <http://edec.iespana.es>, artículos

² LOMBARDÍA, P. - FORNES, J. *Las fuentes del Derecho eclesiástico español*, en Autores Varios, *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Pamplona 1994, p.339.

SERGIO DUBROWSKY

221

La “Declaración Universal de los Derechos Humanos” de 1948 en su segundo considerando afirma que una de las aspiraciones más elevadas del hombre es poder disfrutar de la “libertad de creencias”³. Si examinamos el tenor literal del artículo 18 comprobaremos que no hace mención a esta libertad sino al derecho de toda persona “a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”⁴. Esto es una muestra de la fluctuación terminológica de este documento para hacer referencia a la cuestión religiosa. Es importante también destacar la modalización que hace acerca de la manifestación de la religión o de la creencia, que puede ser individual o colectiva, pública o privada, expresada en la enseñanza, en la práctica, en el culto y en la observancia.

Con estas premisas, vemos conveniente señalar la opinión de Hervada al comentar este artículo: considera que es significativo que se distinga “entre pensamiento, religión y conciencia”. Por otra parte, también distingue entre religión y creencia, esto es, entre lo perteneciente a la religión y

las creencias no religiosas (las que no tienen su base en una creencia o credo religioso): es la distinción entre pensamiento y religión. En cambio, engloba el pensamiento, la religión y la conciencia en un solo derechos. El artículo 18 del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” de 1966, está redactado en términos parecidos a los de la “Declaración

³“Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.”, NACIONES UNIDAS, *Derechos humanos. Recopilación de instrumentos internacionales*, Gineve 1988, p. 1.

⁴“Artículo 18.- 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración o de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. NACIONES UNIDAS, *Derechos humanos. Recopilación de instrumentos internacionales*, Gineve 1988, p. 1.

⁵ HERVADA, J. *Los eclesiasticistas ante un espectador*, Pamplona 1993, pp. 203-204.

EL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA EN LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES ...

222

Universal de los Derechos del Hombre” con ligeras variantes y dos novedades⁶.

En primer lugar establece como objeto de este derecho la libertad de tener religión; además, en la redacción se advierten los diversos modos mediante los cuales la persona puede manifestar su religión o sus creencias.

Los incisos 2, 3 y 4 le dan a este Pacto una especial importancia en la regulación de la libertad religiosa: se hace mención a ésta, en sentido jurídico, como inmunidad de coacción. Garantiza también, como compromiso de los Estados, el respeto a la libertad de los padres, y, en su caso, de los tutores para que sus hijos reciban la educación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones.

Finalmente, la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” de 1969⁷ preceptúa el derecho de libertad religiosa en forma parecida al “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. Sin embargo, después de un detenido estudio comparativo, hemos advertido algunas diferencias.

Por ejemplo, se establece en el artículo 12 como un mismo derecho la libertad de conciencia y de religión -cabe señalar que ninguna de las

⁶“Artículo 18.- 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. Hervada, J. - Zumaquero, J., *Textos internacionales de derechos humanos*, Pamplona 1978, pp. 569-

570.

7 "Artículo 12.- 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias. 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás. 4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones". ZOVATTO, D. *Los derechos humanos en el sistema interamericano. Recopilación de instrumentos básicos*, San José de Costa Rica 1987, p. 126.

SERGIO DUBROWSKY

223

Constituciones del Mercosur identifican estos ámbitos de libertad en un mismo derecho- con lo que amplía el contenido del artículo 3 de la "Declaración Americana", que solo hace referencia a la libertad religiosa. Mientras que la libertad de pensamiento y de expresión se siguen considerando como constitutivas de un derecho diferente, el que es reconocido expresamente por el artículo 14. El contenido de este derecho, según las disposiciones de esta Convención, es conservar, cambiar, profesar, divulgar su religión o sus creencias. Del mismo modo se garantiza de forma expresa a los padres, y en su caso a los tutores, el derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones. Es interesante hacer notar en este momento, que las Constituciones anglosajonas -especialmente las de aquellos países del *Commonwealth of Nations*- al desarrollar el contenido del derecho de libertad religiosa lo hacen de una forma similar a lo preceptuado en esta Convención.

Expuestas estas consideraciones previas aportadas por algunos Documentos Internacionales sobre los Derechos Humanos -posibles claves de lectura de las Constituciones estudiadas- nos disponemos a abordar la cuestión sobre el modo de regular el derecho de libertad religiosa en las constituciones del MERCOSUR.

El método que seguiremos será, en primer lugar, analizar las relaciones y diferencias que la doctrina considera existen entre la libertad religiosa, la libertad de pensamiento y la libertad de conciencia. En un segundo momento, se estudiarán las distintas expresiones utilizadas por los textos constitucionales del MERCOSUR para referirse a la libertad religiosa. En tercer lugar, se abordará qué valor jurídico atribuyen estos ordenamientos constitucionales a la libertad religiosa, considerándola como un derecho fundamental de la persona humana.

2. La doctrina ante la libertad religiosa, la libertad de pensamiento y la libertad de conciencia. Semejanzas y diferencias en sus contenidos

La doctrina no es unánime al considerar los contenidos de la libertad religiosa, la libertad de pensamiento y la libertad de conciencia⁸. Hay quie-

⁸ Algunas de estas posturas son: a) no se trata de tres libertades distintas: cfr. González del Valle, *J Derecho eclesiástico español*, Madrid 1991, pp. 197-199; b) son libertades diferentes: cfr. VILLADRICH, P. J. y FERRER ORTÍZ, J. *Principios informadores del Derecho Eclesiástico Español*", en Autores Varios, pp. 165-226; *Derecho Eclesiástico del Estado*

EL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA EN LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES ...

224

nes consideran que se trata de una sola libertad; otros confunden sus contenidos;

y finalmente, algunos ven en el contenido de cada una un derecho tipificado.

Los primeros, engloban el contenido de la libertad de pensamiento, de religión y de conciencia en un sólo derecho. Los segundos, utilizan indistintamente los términos: ideas, ideología, creencias, religión, pensamiento, convicciones, opiniones, culto, cultos⁹ y conciencia, para expresar estas tres libertades aludidas. Los últimos, piensan que cada una tiene su propia configuración y aunque se relacionan entre sí, cada una es un derecho delimitado y autónomo¹⁰.

Hervada ha realizado un estudio sobre el tema, partiendo de la terminología utilizada en los diferentes textos internacionales sobre Derechos Humanos y en las Constituciones Española e Italiana. Nos parece que el argumento merece una consideración especial¹¹. Según el profesor de la Universidad de Navarra se podría afirmar que “pensamiento”, “religión” y “conciencia” son conceptos distintos. Si se considera que el “pensamiento” es el sistema de ideas profesado por una persona de forma individual o colectiva, la “religión”, en cambio, sería la relación de cada hombre con Dios. En sentido objetivo, es el orden o relación con Dios. En sentido subjetivo es la virtud moral de dar a Dios el culto debido (objeto material) como primer principio de todas las cosas (objeto formal). Uno y otro sentido guardan estrecha relación con la fe¹².

Español. Pamplona 1993; SOUTO J., *Derecho eclesiástico del Estado: el derecho de la libertad de ideas y creencias*, Madrid 1993, pp. 80-84; c) aunque los contenidos de la libertad ideológica y de la libertad religiosa no son idénticos, tienen mucho en común: cfr. LLAMAZARES, D. *Derecho eclesiástico del Estado: el derecho de la libertad de conciencia*, Madrid 1991, p. 661; d) la libertad de pensamiento comprende a las libertades ideológicas y de creencias, la de conciencia en sentido estricto, la de expresión de esas creencias y la de hacer prosélitos: cfr. PRIETO SANCHIS, L., *Principios constitucionales del Derecho eclesiástico español*, en Autores Varios, *Curso de Derecho eclesiástico*, Madrid 1991, p. 302.

⁹ A lo largo de la historia se ha distinguido entre “culto” y “cultos”, nosotros no realizaremos ninguna distinción: se entenderá -tanto en singular como en plural- como el “conjunto de actos y ceremonias –ritos- con que el hombre tributa homenaje a la Divinidad. Es un acto de comunicación con la Divinidad”. HERVADA, J. *Los eclesiasticistas ante un espectador*, Pamplona 1993, p. 200.

¹⁰ HERVADA, J. *Los eclesiasticistas ante un espectador*, Pamplona 1993, pp. 184-185.

¹¹ HERVADA, J. *Los eclesiasticistas ante un espectador*, Pamplona 1993, pp. 183-224.

¹² Cfr. ILLANES, J. *Voz: Religión*, en *Gran Enciclopedia Rialp*. vol. XX, Madrid 1991, pp. 14-21.

SERGIO DUBROWSKY

225

Mientras que la “conciencia” sería el juicio de moralidad que posee cada persona. El término conciencia puede tomarse en dos sentidos: el primero, expresa el conocimiento que el alma tiene de sí misma o de sus actos (conciencia psicológica); el segundo, designa el juicio del entendimiento práctico acerca de la bondad o la maldad moral de un acto que se va a realizar, que se está realizando, o que se ha realizado (conciencia moral)¹³.

Pensamos que este último sentido es el que se utiliza en algunas Constituciones para referirse al objeto del derecho de la libertad de conciencia. Así, por ejemplo, se consagra en la de Colombia:

*“Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia”*¹⁴.

Si se observan individualmente cada una de estas libertades, se puede advertir que cada una tiene -como propios- un objeto y un bien defendido¹⁵.

La “libertad religiosa” tiene como objeto la religión; y su bien defendido es la capacidad del hombre de relacionarse con la Divinidad, de prestarle adoración y darle culto individual o colectivamente. La “libertad de conciencia” ampara la actuación en conciencia, y consiste en “obrar según los dictados de la conciencia y en no verse obligado o compelido a obrar en contra conciencia”¹⁶. La “libertad de pensamiento” tiene por objeto un sistema de ideas, creencias, convicciones y opiniones que profesa la persona y “se refiere al derecho que tiene todo ciudadano de poseer sus propias ideas y juicios sobre las distintas realidades del mundo y de la vida, es decir, una personal y libre cosmovisión”¹⁷; su bien defendido es el acto de pensar, en el que se incluyen los actos de opinar, de obrar y el de conducirse conforme

¹³ Cfr. HERVADA, J. *Cuatro lecciones de derecho natural. Parte especial*, Pamplona

1989, pp. 56 y ss. ROYOMARIN, A. *Teología moral para seglares*, Madrid 1986, pp. 156 y ss.

¹⁴ Artículo 18

¹⁵ La diversidad de términos empleados por las Constituciones “indica que existe una cierta distinción entre los ámbitos de libertad a que cada uno de esos conceptos se refiere. Algunos autores distinguen las libertades de pensamiento, conciencia y religión en cuanto por su objeto específico se refieren respectivamente a las actitudes del hombre frente a la verdad, el bien y Dios”. MARTÍN DE AGAR, J. *Problemas jurídicos de la objeción de conciencia*, en *Scripta Theologica* 27 (1995), p. 524.

¹⁶ HERVADA, J. *Los eclesiasticos ante un espectador*, p. 222.. Pamplona 1993

¹⁷ SOUTO J., *Derecho eclesiástico del Estado: el derecho de la libertad de ideas y creencias*, p. 80 Madrid 1993

EL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA EN LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES ...

226

a este pensamiento. Se procura proteger este “ideario, de las injerencias exteriores. Este ámbito de libertad se encuentra, por tanto, en el ancho campo de las materias no religiosas y desborda el ámbito de lo religiosos¹⁸. Por este motivo en el presente estudio no se harán referencias directas a ella. El punto de conexión a través del cual se relacionan es la persona humana. Todos los derechos humanos tienen una raíz común, lo que en palabras de Hervada se denomina “el derecho radical y fundamental; y con más precisión, núcleo de debitud y exigibilidad inherente a la dignidad humana. Es el derecho de la persona a su ser, a su socialidad, a su libertad y al desarrollo de su personalidad. (...) Pues bien, ese núcleo es necesariamente libre, porque es el núcleo primario de su libertad. Si alguna exigencia y debitud de libertad tiene la dignidad humana -y tiene muchas- es precisamente ésa. La razón es obvia: la libertad humana reside en el espíritu; lo libre del hombre es el espíritu y, en consecuencia, aquello que constituye el núcleo central de su libertad ante los demás es la actividad del espíritu humano. Esta actividad del espíritu es indivisible y, por lo tanto, han de darse conexiones entre los distintos aspectos que se puedan distinguir”¹⁹.

3. Expresiones utilizadas para regular el derecho de libertad religiosa

La Constitución del Paraguay, la de más reciente sanción y más moderna técnica legislativa, es la más amplia y detallada en esta cuestión. Así reza: “*Quedan reconocidas la libertad religiosa, la de culto y la ideológica...*”

²⁰ .

La Constitución del Brasil distingue la “libertad de conciencia” de la “libertad de creencia”. Garantiza así el ejercicio de dos libertades diferentes

²¹ .

He aquí el texto:

“*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer*

natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros resi-

¹⁸ PRIETO SANCHIS, L., *Principios constitucionales del Derecho eclesiástico español*, en Autores Varios, *Curso de Derecho eclesiástico*, Madrid 1991, p. 303.

¹⁹ HERVADA, J. *Los eclesiasticistas ante un espectador*, Pamplona 1993, pp. 206-207.

²⁰ Artículo 24.

²¹ Cfr. BONAVIDES, P. *História constitucional do Brasil*, Brasilia 1990, pp. 198-204.

SERGIO DUBROWSKY

227

dentés no País as inviolabilidades do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) VI.- é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a prestação aos locais de culto e a suas liturgias; VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva; 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; (...)"²².

La Constitución Argentina, en cambio garantiza el derecho de profesar libremente el culto. He aquí el texto:

"Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, a saber: (...) de profesar libremente su culto"²³.

Uruguay también garantiza este derecho en forma genérica. Su constitución establece:

"Todos los cultos religiosos son libres en el Uruguay"²⁴.

Otra característica común en las de Argentina y Paraguay, es que para garantizar la libertad de cultos, utilizan el término "culto" en singular. Entendemos que en estos casos la palabra "culto" significa "religión", es decir, conjunto de creencias y su práctica.

4. Caracterización de la libertad religiosa como derecho

Cuando se habla del derecho de libertad religiosa, se está haciendo referencia al derecho que tiene toda persona humana a profesar una religión, a mantener una relación vital con la Divinidad, sea de un modo privado o público; si además se pretende calificar como un verdadero derecho,

²² Artículo 5.

²³ Artículo 14.

²⁴ Artículo 5

EL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA EN LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES ...

228

es necesario analizar su naturaleza jurídica y comprobar si reúne los elementos esenciales que se predicán de todo derecho. Estos elementos esenciales serían: primero, si existe un titular bien determinado, que primariamente resulta ser la persona humana y, secundariamente, la familia, las confesiones o grupos religiosos, que se constituirían como "sujetos titulares de este derecho". En segundo lugar, si es un derecho que puede ser oponible a terceros, en quienes engendra un deber de abstención o el de una prestación, los cuales serían los "sujetos titulares del deber". Tercero, si tiene un objeto suficientemente concreto y posible -la profesión y práctica de las creencias religiosas- que se considerará desde el punto de vista formal y material, como así también las limitaciones que se le imponen. En cuarto lugar, las garantías jurídicas de su ejercicio y la posibilidad de una

sanción prevista para los casos de lesión del derecho²⁵.

De todos modos, como se intentará comprobar, las constituciones estudiadas se limitan a reconocer, respetar y garantizar el derecho de libertad religiosa, pero no lo definen como tampoco lo hacen con otros derechos fundamentales, como el derecho a la educación. Realizadas estas consideraciones previas pasemos al estudio de la naturaleza jurídica y de las notas características de este derecho humano fundamental.

4.1. *Naturaleza jurídica del derecho de libertad religiosa*

La doctrina eclesiasticista española sitúa al derecho de libertad religiosa en el marco de los Derechos Humanos, más concretamente entre los Derechos Fundamentales²⁶. Citaremos a continuación la opinión de algunos autores españoles y americanos que han investigado sobre esta cuestión.

En un segundo momento consideraremos el tratamiento que le han dado las Constituciones vigentes en el Continente americano.

²⁵ Cfr. MANTECON, J. *La libertad religiosa como derecho humano*. en Autores Varios, *Tratado de Derecho eclesiástico*, Pamplona 1994, p.106-108.

²⁶ Con esta afirmación estamos haciendo eco a la doctrina mayoritaria: así lo señala Amadeo de Fuenmayor cuando afirma que entre los juristas civiles no hay discordia en qué es lo que entienden por libertad religiosa. “Su respuesta -discrepante en otros puntos y, por eso, variable de unos autores a otros- es unánime en el que ahora nos interesa considerar. Todos coinciden en advertir que el de libertad religiosa es uno entre los muchos derechos de libertad, así llamados porque históricamente, estos derechos logran su consagración legislativa cuando se atenúan o abrogan las restricciones vigentes hasta el momento de su promulgación o reconocimiento, que se contiene de ordinario en textos constitucionales”. de FUENMAYOR, A. *La libertad religiosa*, Pamplona 1974, p 33.

SERGIO DUBROWSKY

229

González del Valle lo considera “como un derecho del hombre, un derecho constitucional y un derecho matriz”²⁷; de tal modo que “si un Estado no respetase ese derecho del hombre podría en esa misma medida ser calificado de ilegítimo. No es un norma promulgada por el Estado en la que se proclama el derecho a la libertad religiosa la que legitima a sus destinatarios para hacer uso de ese derecho, sino que por el contrario es el reconocimiento de ese derecho, lo que legitima el poder del Estado”²⁸. Viladrich lo considera como un derecho innato, inviolable, imprescriptible de toda persona humana, por el hecho de serlo, que constituye, junto con otros derechos, el patrimonio jurídico básico y radical frente a la sociedad y el Estado²⁹.

Ibán y Prieto Sanchís señalan que se trata de un derecho fundamental del que se derivan facultades e inmunidades en favor del individuo y de los grupos. “Implica siempre la existencia de una obligación, de contenido positivo o negativo, cuyo cumplimiento puede ser exigido por el titular del derecho mediante el ejercicio de una acción en el orden jurisdiccional”³⁰.

Llamazares, al tratar la naturaleza del derecho de libertad religiosa y del derecho de igualdad, considera que son dos derechos subjetivos, inseparables y fundamentales, y que cada ordenamiento jurídico persigue, no sólo la igualdad o la libertad religiosa por separado, “sino la igualdad de todos los ciudadanos, no sólo en la titularidad, sino también en el ejercicio de la libertad”³¹.

Mantecón por su parte opina que “tradicionalmente los derechos denominados “de libertad”, herederos de las primigenias libertades -entre las que se incluía la libertad religiosa- se conceptuaban como derechos negativos, absolutos y públicos, y conforme su reconocimiento ha sido incorpo-

²⁷ GONZALEZ DEL VALLE, J., *La regulación legal de la libertad religiosa*, en Autores Varios, *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Ed. EUNSA, 2ª Ed., 1ª Reimpresión, Pamplona 1983, p. 266.

²⁸ GONZALEZ DEL VALLE, J., *La regulación legal de la libertad religiosa*, en Autores Varios, *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Ed. EUNSA, 2ª Ed., 1ª Reimpresión, Pamplona 1983, p. 266.

²⁹ Cfr. VILADRICH, P.J. *Principios informadores del Derecho eclesiástico español*, en Autores Varios, *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Ed. EUNSA, 2ª Ed., 1ª Reimpresión, Pamplona 1983, pp. 202-204.

³⁰ IBÁN, I. - PRIETO SANCHIS, L., *Lecciones de Derecho Eclesiástico*, Madrid 1985, pp. 88-89.

³¹ LLAMAZARES, D. *Derecho eclesiástico del Estado: el derecho de la libertad de conciencia*, Madrid 1991, pp. 779-780.

EL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA EN LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES ...

230

³² MANTECÓN, J. *La libertad religiosa como derecho humano*, en Autores Varios, *Tratado de Derecho eclesiástico*, Pamplona 1994, p. 107-108.

³³ PACHECO, A. *Temas de derecho eclesiástico mexicano*, México 1993, p.28.

³⁴ HOYOS CASTANEDA, I., *La libertad religiosa en la Constitución de 1991*, Santa Fe de Bogotá 1993, p. 44.

³⁵ LLANO CIFUENTES, R. *Relações entre a Igreja e o Estado*, Rio de Janeiro 1989, pp. 190-191.

³⁶ LLANO CIFUENTES, R. *Relações entre a Igreja e o Estado*, Rio de Janeiro 1989, pp. 190-191.

rado a las nuevas Constituciones de manera prácticamente universal, ha podido ser calificado también como “constitucional” (...). En cuanto derecho “constitucional”, aparte de reforzar su consideración como derecho concreto (normalmente a través de una posición cualificada), lleva consigo como una especie de compromiso jurídico-moral por parte del Estado de considerar la libertad religiosa como una especie de principio inspirador de todo el ordenamiento (juntamente con otros principios, como el de igualdad y no discriminación) en lo que se refiere al tratamiento normativo, administrativo y jurisdiccional del factor religioso”³².

La incipiente doctrina americana reafirma estas mismas características con algunos matices propios. Pacheco, por ejemplo, resalta la fuerza con que se ha ido imponiendo este derecho humano fundamental en el mundo moderno, “cada vez con más intensidad y con mayor nitidez”³³. Hoyos Castañeda pone énfasis en señalar que es un “auténtico derecho, cosa justa, debida y exigida. Lo que se tiene, en relación con otros, es la inmunidad de coacción, esto mismo referido a su titular es la autonomía jurídica. La cosa justa en la libertad religiosa es, por tanto, la inmunidad de coacción y la autonomía jurídica”³⁴.

Llano Cifuentes sostiene que es un derecho primario, pleno y efectivo; por tanto, cada Estado además de reconocerlo constitucionalmente deberá promover las medidas que favorezcan su ejercicio, tanto individual como colectivo. Y por tratarse de un derecho fundamental, procurará seguir un criterio justo y democrático, sin favoritismos ni discriminaciones que afecten al bien común de la sociedad³⁵. Es un derecho que se desarrolla en diferentes planos, que van desde la intimidad de la conciencia, como una vivencia particular, hasta las distintas manifestaciones en el plano social y comunitario³⁶.

Larrea Holguín señala que el reconocimiento del derecho de libertad religiosa por parte del Estado es una consecuencia del servicio que éste le

SERGIO DUBROWSKY

debe prestar a la persona humana; se facilita así que cada ciudadano alcance su pleno desenvolvimiento material y moral. Precisa, además, que la Constitución ecuatoriana “mira al hombre en su íntegra naturaleza y no con un criterio materialista; considera los valores morales como los valores supremos”

37.

Algorta del Castillo adhiere en este punto a lo expuesto por Viladrich³⁸, y nosotros, en otro trabajo, lo hemos descrito como un derecho humano fundamental de contenido negativo: consiste en la inmunidad de coacción tanto por otras personas como entidades, y fundamentalmente por parte de los poderes públicos en la propia y personalísima opción religiosa. Este derecho implica la libertad de tener o no tener una religión o creencia, la libertad de conservar o cambiar la propia opción religiosa y en su caso adherir, no adherir o cambiar la afiliación a una determinada confesión. También la libertad de manifestar o callar la propia opción religiosa, como la libertad de profesar un determinado culto en público o en privado, y divulgar la propia religión o credo, sea en forma individual o colectiva³⁹. Podemos afirmar, como conclusión de estas posturas, que en la actualidad no existen discrepancias doctrinales en torno a la naturaleza jurídica del derecho de libertad religiosa. Es el momento, entonces, de estudiar el tratamiento que dan los textos constitucionales americanos a este asunto. Algunos textos constitucionales americanos, sin intenciones de definir la naturaleza de este derecho⁴⁰, utilizan una formulación negativa para referirse a él -la inmunidad de coacción⁴¹ - de modo que en materia religio-

³⁷ LARREA HOLGUIN, J. *La Iglesia y el Estado en Ecuador*, Quito 1988, pp. 196-197.

³⁸ ALCORTA DEL CASTILLO, E. *Calificación Jurídica del Estado Uruguayo en materia religiosa. (pro manuscripto)*, Pamplona 1983, p. 318. Parcialmente publicado como ALGORTA DEL CASTILLO, E. “*Calificación jurídica del Estado uruguayo en materia religiosa*”, en Excerpta e Dissertationibus in Iure Canonico II, Pamplona 1984, pp. 485-529

³⁹ DUBROWSKY, S. *Tratamiento del factor religioso en la vigente Constitución de la Provincia de Córdoba, República Argentina*. Córdoba, 1992. Publicado en agosto/2002 por Editorial EDEC en internet. <http://edec.iespana.es>, artículos.

⁴⁰ Pedro JUAN VILADRICH opina que no es la Constitución la que debe afrontar estos temas, puesto que “no se ocupa de responder expresa y directamente a estas cuestiones, si bien las regula de un modo que implica una interna toma de postura sobre las mismas. Ese contenido implícito hay que explicitar. Lo mismo ocurre con las más importantes declaraciones internacionales de derechos humanos”. VILADRICH, P. J. *Principios informadores del Derecho eclesiástico español*, en Autores Varios, *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Pamplona 1983, Ed. EUNSA. 2ª Ed., 1ª Reimpresión, p. 201.

⁴¹ Carlos Soler, comentando la Declaración *Dignitatis humanae* del Concilio Vaticano II que también define al derecho de libertad religiosa como “inmunidad de coacción”, EL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA EN LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES ...

232

sa nadie sea forzado a obrar contra su conciencia, ni impedido de obrar conforme a ella⁴².

Otras Constituciones ponen énfasis en garantizar el ejercicio de la libertad religiosa, sea la libertad de culto o de los cultos, de conciencia y de religión, en forma individual o colectiva, en público o en privado⁴³.

Y entre las constituciones mencionadas, unas pocas regulan ambos aspectos; son las de Argentina, Brasil, Colombia, Paraguay, Nicaragua, y Uruguay, que además de garantizar la inmunidad de coacción sientan las pautas para el pleno ejercicio de este derecho.

De todo lo dicho podemos concluir -tal como lo señalamos antes que todos estos ordenamientos consideran que el derecho de libertad religiosa es un derecho fundamental del hombre, un derecho constitucional y

un derecho matriz.

Por ser un derecho humano su titularidad corresponde a toda persona humana por el mero hecho de serlo; y al ser un derecho propio de toda persona humana es previo al Estado. Reconocerle el carácter de fundamental es aceptar, implícita o explícitamente que la adhesión a Dios y la profesión de las creencias religiosas son bienes esenciales de la persona, que no pueden ser desconocidos, ni vulnerados por los poderes públicos. y, cuando este reconocimiento se realiza a través de la Constitución, supone que los constituyentes han considerado que la cuestión religiosa ha de tenerse en cuenta en la organización de la nación: es un bien social que no puede ser soslayado.

sostiene que este modo de designarla "se justifica por el hecho de que el contenido primario de los derechos de libertad es negativo: los derechos de libertad son primariamente esferas de autonomía personal, ámbitos o áreas de no-interferencia y no-intervención". SOLER, C. *Iglesia y Estado. La incidencia del Concilio Vaticano II sobre el derecho público externo*, Pamplona 1993, p. 239.

⁴² Algunos preceptos concretos que avalan esta afirmación se los puede encontrar en los siguientes textos: Antigua y Barbuda (art. 11, incs. 1-5); *Argentina (art. 19)*; *Brasil (art. 5 y 143)*; Las Bahamas (art. 22, incs. 1-5); Barbados (art. 19 incs. 1-5); Belize (art. 11, incs. 1-5). Colombia (art. 18); Dominica, art. 9, incs. 1-5); Grenada (art. 9, incs. 1-5); Guyana, art. 145, incs. 1-5); Jamaica (art. 21, inc. 1-5); Nicaragua (art. 29); *Paraguay (art. 24, in fine)*; San Cristóbal y Nevis (art. 11, incs. 1-5). Santa Lucía (art. 9, incs. 1-5);y, San Vicente y Grenadines (art. 9, incs. 1-5). *Uruguay (art. 10)*

⁴³ Se pueden ver las de: Bolivia (art. 3); *Argentina (arts. 14 y 20)*; *Brasil (art. 5, inc. VI)*; Colombia (art. 19); Costa Rica (art. 75); Chile (art. 19, inc. 6); Ecuador (art. 19, inc. 6); El Salvador (art. 25); Estados Unidos de Norteamérica (Enmienda 1 a); Guatemala (art. 36); Haití (art. 30); Honduras (art. 77); México (art. 24); Nicaragua (art. 69); Panamá (art. 35); *Paraguay (art. 24)*; Perú (art. 2, inc. 3); República Dominicana, (art. 8, inc. 8); Suriname (art. 18); *Uruguay (art. 5)*; y Venezuela (art. 65).

SERGIO DUBROWSKY

233

El derecho de libertad religiosa es un derecho constitucional y en consecuencia está garantizado y protegido institucionalmente por el Estado. En tercer lugar, es un derecho matriz y ésta es la razón por la cual se desglosa en diversos derechos de contenidos muy específicos y concretos. "Los derechos derivados del derecho matriz de libertad religiosa quedan, por tanto, abiertos a múltiples formulaciones. (...) La tarea de especificar nuevos derechos derivados es propia principalmente de la jurisprudencia constitucional y de la doctrina"⁴⁴. A modo de colofón, resaltando lo ya dicho más arriba, los cuatro países del MERCOSUR se encuentran entre los seis países de todo América que formalizan en sus constituciones el derecho humano fundamental de libertad religiosa tanto en su formulación positiva como negativa, con mayor precisión y amplitud.

EL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA EN LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES ...

⁴⁴ SOLER, C. *Iglesia y Estado. La incidencia del Concilio Vaticano II sobre el derecho público externo*, Pamplona 1993, p. 239.

234

235

LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

por Andrés Rossetti*

"...l'universalità è, per ora, un mito."

Antonio Cassese¹

Resumen: En este artículo se presenta un análisis de la universalidad de los derechos humanos en relación con el derecho internacional. Inicialmente se

presenta una introducción teórica al tema. Seguidamente se presentan algunos de los principales problemas con los que se encuentra el derecho internacional para lograr la universalidad de los derechos humanos dentro de su contexto, posteriormente se analizan algunos de los diferentes recursos que han surgido y que parecen ser un paliativo a los problemas planteados pero que no necesariamente lo son, y finalmente se presentan algunas soluciones que pueden ayudar, desde la perspectiva del autor, a lograr el objetivo de la universalidad de los derechos humanos. En la última parte del trabajo se presentan las reflexiones finales del autor sobre los aspectos tratados, en las

* Abogado. Diplomado en *Human Rights Law* en la *Academy of European Law* del *European University Institute* de Florencia, Italia (1999). *Master in International Human Rights Law* en la Universidad de Lund, Suecia (2000). Actualmente es Profesor Adjunto de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina e Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la misma universidad.

¹ *I diritti umani nel mondo contemporaneo* (Laterza, Bari 1994, 2da. Edición), p. 55.

236

que se advierte la importancia de lograr un efectivo cumplimiento de los derechos humanos con independencia de si ellos son presentados como universales o particulares.

Palabras clave: Derechos humanos – Derecho internacional – Universalismo de los derechos.

I. Introducción.

En este breve artículo me propongo analizar la cuestión de la *universalidad* de los derechos humanos (y su contracara, el *particularismo*) en relación con el derecho internacional.

Mucho se ha escrito sobre los problemas teóricos de la universalidad de los derechos humanos² por lo que no me detendré en ello. Mi intención es, en cambio, concentrarme en la relación entre la universalidad de los derechos humanos y sus principales problemas concretos en el derecho internacional, en algunos de los (supuestos) paliativos que éste prevé para amenguarlos y en algunas (supuestas) propuestas de solución. Finalmente concluiré con algunas reflexiones personales.

Existe un fuerte debate con respecto al difícil problema de definir si es posible o no encontrar derechos que sean válidos para todos los seres humanos en razón de las profundas diferencias culturales en las cuales éstos se encuentran insertos. Sin embargo, cuando se analizan las diferentes normas internacionales y regionales que se relacionan con los derechos humanos³ o las mismas decisiones “jurisprudenciales”⁴ de los organismos

² Al respecto ver JACK DONNELLY *Universal Human Rights in Theory and Practice* (Cornell University Press, Londres 1989 y Lucca Bacelli *Il particolarismo dei diritti* (Carocci, Roma 1999) como ejemplos bien fundados de posturas distintas: universalista en el primer texto y particularista en el segundo. La postura “particularista” se relaciona con las corrientes que defienden el “relativismo cultural”.

³ En el sentido de aquellos documentos de derechos humanos (declaraciones o tratados, y dentro de estos últimos sean ellos convenciones o pactos) establecidos por los organismos internacionales o regionales, como la ONU en el primer caso y la OEA o el Consejo de Europa en el segundo. Para un buen compendio de la mayoría de ellos ver GÖRAN MELANDER Y GUDMUNDUR ALFREDSSON *The Raoul Wallenberg Compilation of Human Rights Instruments* (Martinus Nijhoff, La Haya 1997).

⁴ Entiendo por este último tipo de normas las decisiones de los distintos órganos que monitorean los derechos humanos, sea tanto en relación con resoluciones vinculadas con casos particulares como así también en relación con los informes generales (sean generales propiamente dichos, temáticos o de países) o bien con respecto a las observaciones generales que estos organismos realizan en algunas circunstancias para clarificar el significado de los documentos que ellos monitorean. No considero, en cambio, “normas” del derecho internacional, obviamente, los diferentes informes generales que realizan las agencias de la

ONU o de organismos regionales, como así tampoco los informes de las ONG's.

ANDRÉS ROSSETTI

237

que los monitorean, se puede visualizar que ellas suponen y manifiestan la convicción que estos derechos son *universales*. Con independencia de la fuerte ambigüedad que este término tiene ínsito en sí, se entiende, al menos en forma mínima, que con él se quiere decir que tales derechos son válidos para todos los seres humanos⁶. Esto, por cierto, no significa que con ello se pretenda sostener que todos los seres humanos –al tener los mismos derechos– deban vivir en una situación de perfecta y total igualdad, ya que la incontable cantidad de diferencias entre ellos y sus diversas circunstancias justifican tratamientos precisamente distintos en la implementación del reconocimiento de los derechos. Al respecto, los que podrían llamarse “universalistas” consideran que existen derechos que son básicos y que permiten su reconocimiento y aplicación “general” para todos los seres humanos, aún cuando pueden admitir algunas formas de implementación o realización variadas según los diferentes contextos culturales. En cambio, los que podrían llamarse “particularistas” creen que no pueden encontrarse estos parámetros generales, ya que la noción de derechos (y de moral, con la cual se relaciona) depende del contexto cultural del cual surgen, que varía enormemente de un lugar a otro del mundo.

⁵ Ver HENRY STEINER y PHILIP ALSTON *International Human Rights in Context* (Oxford University Press, 2da. Edición, 2000) p. 367. También se le pretende atribuir a los derechos humanos otras características o adjetivos, como el de ser “inalienables”, “irrenunciables” o “absolutos”, de lo que no me ocuparé en este trabajo. Ver, al respecto, Francisco Laporta *Sobre el concepto de los derechos humanos* en *Doxa* 4 (1987) pags. 22-46.

⁶ Puede entenderse, además, que no basta con afirmar que se tiene un derecho por el mero hecho que éste se encuentre consagrado en alguna norma jurídica válida, sino que para poder afirmar que un derecho *existe* o *se tiene* debe poder ser ejercitado (con independencia que se haga o no) por el titular del mismo. Esta controversia se ha planteado teóricamente con respecto a la exigibilidad de los derechos sociales (Ver, por ejemplo, la reciente discusión al respecto entre L. Ferrajoli y D. Zolo, entre otros, en el libro de LUIGI FERRAJOLI *Diritti fondamentali*, Laterza, Bari 2001). Como este artículo se refiere al derecho internacional (y a pesar que no es claro si este “*debba essere annoverato tra i sistemi giuridici positivi, o debba invece essere considerato una sorta di ordinamento morale*”, RICCARDO GUASTINI, *Diritti*, en *Distinguendo*, Giappichelli, Turín 1996, página 149) me parece mejor –tomando la postura que se trata de un sistema jurídico positivo– considerar que un derecho es tal cuando no sólo es válido porque ha sido reconocido en una norma sino que también requiere que tenga una posibilidad cierta de ser reclamado y aplicado para poderlo considerar derecho primero y, consecuentemente, universal después. Como la cuestión es bien debatida, en este artículo usaré en forma bien amplia la idea de *derecho* (subjetivo), o sea que uniré –en forma no necesariamente metodológica– a esta posición también aquellas que creen que basta que una norma válida lo reconozca para que un derecho sea tal o al menos que a más de la norma existan otras que le aseguran tutela jurisdiccional (v. GUASTINI, *op. cit.*, página 156.).

LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

238

La cuestión de la universalidad o no de los derechos humanos lleva, inevitablemente, a la necesidad de fijar posición con relación a su *conceptualización*. ¿Qué son los derechos humanos? Podría decirse, en una primera aproximación, que se trata de *aquellos derechos que todo ser humano tiene por el sólo hecho de ser tal* y con ello, entonces, no parecerían quedar dudas que *son* (o deben ser) universales, ya que basta con ser un “ser humano” para tener (y, por tanto, deber gozar de) tales derechos⁷. Más allá del acuerdo –quizás muy mayoritario– sobre esta “definición”⁸, ella es –al menos– vaga, tautológica y carente de contenido, ya que no nos dice, en realidad, cuales son los derechos humanos ahora –ya en razón de ella– considerados

“universales”. Para “descubrirlos” se debe recurrir a algunas de las formas que utilizan los juristas para ello y seguramente también nos encontraremos con el problema de determinar si los derechos humanos son jurídicos o son, como sostienen algunos, derechos morales⁹. No me detendré a analizar estos problemas de tipo filosófico¹⁰. En forma extremadamente sintética puede decirse que existen dos “clásicas” posturas en el campo jurídico para determinar cuáles son concretamente los derechos humanos:

⁷ Por cierto que la determinación de quién es un “ser humano” es sumamente difícil. Piénsese, dentro de los numerosos ejemplos polémicos que se podrían citar, en los casos de los fetos en los primeras semanas de embarazo, de los embriones congelados, de los enfermos terminales en estado vegetativo o en coma profundo con muerte cerebral, o muchos otros casos que se discuten arduamente dentro del campo de la bioética moderna. Para un muy buen análisis desde la perspectiva de la ética de estos casos difíciles, ver PETER SINGER *Ripensare la vita*. (Il Saggiatore, 2000. Traducción italiana de Stefano Rini).

⁸ Esta “definición”, de todos modos, deja muchos aspectos de lado que hoy se discuten fuertemente en relación con la materia, ya que, por ejemplo, excluye como sujetos titulares de estos derechos a los “entes colectivos” o grupos (que gozarían de “derechos colectivos”), a los “animales” o a otros sujetos o entes (robots o eventuales seres extraterrestres) a los cuales puede atribuírsele –hoy o en el futuro- ciertas características racionales o morales, considerándose los, por tanto, con capacidad para ser titulares de “derechos humanos”. A su vez, incluye seres que algunos podrían entender que no entran dentro de la concepción de humanos o que debiera discutirse seriamente si lo son (ver como ejemplo la nota 7).

⁹ Una posición clara en este sentido es la de CARLOS NINO en *Ética y derechos humanos* (Paidós, Buenos Aires 1984). Para una posible clarificación en relación con la confusa y difícil cuestión de la existencia de derechos morales v. NORBERTO BOBBIO *L'età dei diritti* (Einaudi, Torino 1990) pag. XVII-XXI. Para un análisis de la cuestión, ver ANTONIO E. PEREZ LUÑO *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* (Tecnos, Madrid 1999, 6ta. Edición), página 177-180.

¹⁰ Sigo, en esta parte, a GENARO CARRIÓ en *Los derechos humanos y su protección* (Abeledo Perrot, Buenos Aires 1990) a quién remito para un breve análisis al respecto.

ANDRÉS ROSSETTI

239

el naturalismo y el positivismo. De ellas (ambas generalmente sostenidas con una visión universalista de los derechos humanos), tomaré la segunda. Hago esto no necesariamente por una elección personal sino porque es la que más se adecua a los parámetros del derecho internacional sobre el cual pretendo seguir el discurso en este artículo¹¹. Por tanto, puede decirse que los derechos humanos serían, entonces, aquellos derechos que los seres humanos –por determinadas razones, pero fundamentalmente por razones políticas y morales- determinan o establecen como tales, y dentro del contexto internacional serían hoy el cúmulo de declaraciones y tratados que son adoptados por los organismos internacionales en esta materia¹². Esta estipulación, obviamente, no asegura “buenos” o “mejores” derechos humanos, pero permite de aquí en más seguir este trabajo enfocándolo solamente desde la órbita de los derechos humanos en el campo del derecho internacional, ya que uso el término en la misma forma en que es usado generalmente por esta rama del derecho.

II. El derecho internacional y la universalidad de los derechos humanos.

En relación con el derecho internacional¹³, me parece importante recalcar que en el contexto global aparece, fácticamente, contraintuitivo sostener que todos los seres humanos de este planeta tenemos los mismos

¹¹ Coincido, a su vez, con el argumento de Carrió expresado en el libro citado en la nota precedente cuando debe expedirse en torno a una fundamentación naturalista y positivista de los derechos humanos y dice “No sabría como expedirme en este debate. Como no

soy filósofo y sí abogado me seduce más la propuesta de Rabossi [positivista]. Aunque no sea más que porque me exige de adentrarme en terrenos peligrosamente metafísicos. Pero me doy cuenta de que la solución Rabossi deja muchas preguntas abiertas. Una de ellas: ¿pero antes de que comenzara el reciente fenómeno de la consagración y protección internacionales de los derechos humanos, no era posible dar de éstos una justificación sólida y seria?” (página 23). Adopto esta postura no sin dejar de recordar la fuerte influencia que tuvo y tiene el “naturalismo” en el derecho internacional (ver, sobre éste último aspecto, por ejemplo I. A. SHEARER *Starke’s International Law* (Butterworths, Londres 1994, 11 edición, páginas 3-27).

¹² Las normas del derecho internacional de los derechos humanos no se agotan con las declaraciones y tratados. Vuelvo sobre este aspecto *infra*, en particular en la nota 21.

¹³ El derecho internacional puede entenderse como “*that body of law which is composed for its greater part of the principles and rules of conduct which states feel themselves bound to observe, and therefore, do commonly observe in their relations with each other....*” (I. A. Shearer, *op. cit.*, página 3) o, más simplemente, como el derecho (u ordenamiento) de la “comunidad de los Estados” (cfr. BENEDETTO CONFORTI *Diritto Internazionale* Ed. Científica, Nápoli 1997, 5ta. Edición, página 3-5).

LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

240

derechos humanos y, seguidamente, comprobar las enormes diferencias existentes entre las más de 6 billones de personas que habitan la Tierra. En efecto, la riqueza se encuentra concentrada en muy pocas manos, las perspectivas de vida varían (incluso duplicándose) según donde cada sujeto nazca¹⁴ y las diferencias en educación, salud y tantos otros items son abismales¹⁵. Por tanto, si bien el derecho internacional se preocupa por establecer normas que señalan que los derechos humanos en ellas consagrados son “universales”¹⁶, parece fundamental diferenciar entre el *discurso* del derecho con la *realidad concreta y efectiva* en la que éste opera. A continuación me concentraré en los distintos aspectos que considero más relevantes en relación con la conexión entre el derecho internacional y la universalidad de los derechos humanos.

A) ¿Problemas?

Teniendo presente lo dicho *supra* y considerando las características específicas del derecho internacional¹⁷, se visualizan algunos problemas en él con relación a la implementación que pretende (al menos teóricamente) dársele a la universalidad de los derechos humanos. Me animo a elencar aquellos que considero más salientes al respecto:

a) *El Estado como único sujeto del derecho internacional.*

En el derecho internacional los sujetos involucrados son –casi exclusivamente– los Estados¹⁸. Las obligaciones en materia de

¹⁴ En este sentido basta leer los distintos informes que periódicamente publican distintas agencias de la ONU u organizaciones no gubernamentales. Por ejemplo, si tomamos el informe del Programa para el Desarrollo de Naciones Unidas vemos que en su informe sobre desarrollo humano de 1999 (*Human Development Report 1999*, UNDP, Oxford University Press, Nueva York 1999) la expectativa de vida al nacer variaba, tomando los extremos, en 1970 de 74,4 años en Suecia a sólo 34,4 en Sierra Leona. La diferencia en 1997 es de 80,0 años en Japón a 37,2 siempre en Sierra Leona. Como puede verse con este simple ejemplo, la duplicación en la expectativa de vida es clara y lejos parece de acortarse ya que tiende, aún subiendo ambos índices, a mantenerse.

¹⁵ Ver el informe citado en la nota anterior o las ediciones más actualizadas, que pueden ser consultadas por Internet en la página web www.undp.org

¹⁶ Ver *supra* y nota 5.

¹⁷ Para una visualización de ellas ver, por ejemplo, PETER MALANCZUK *Akehurst’s Modern Introduction to International Law* (Routledge, Londres 1997, 7ma. Edición) página 3-4.

¹⁸ Lo que no quita que, cada día en forma más clara, se reconozcan otros sujetos del derecho internacional incluyendo los individuos. Ver I. A. SHEARER, *op. cit.*, página 51-62 y Conforti, *op. cit.*, página 11-30.

derechos humanos, por tanto, recaen -casi exclusivamente- en los Estados¹⁹. Esto lleva a reflexionar sobre las enormes diferencias de riqueza, de poder, de desarrollo entre ellos, lo que señala, sin dudas, un punto de partida con diferencias abismales entre los seres humanos que habitan un Estado u otro, con independencia de las conductas estatales, y que señala, también, la “relatividad” de los pomposos enunciados de *universalidad* (es decir, válido “para todos”) de los derechos humanos. Esto se agrava aún más, cuando son, precisamente, los Estados más poderosos quienes – generalmente- sostienen con fuerza la universalidad de los derechos humanos pero, a su vez, no sólo no hacen nada (o muy poco) para tratar de paliar las enormes diferencias existentes en las condiciones de partida de todos los seres humanos para poder disfrutarlos, sino que, en muchos casos, usan los sofisticados y poderosos mecanismos ideados por el derecho internacional (junto con la economía y la política internacional), como por ejemplo las organizaciones financieras internacionales (FMI, Banca Mundial, por citar los ejemplos mas conocidos) o el WTO, para generar aún más desigualdad, más pobreza en determinadas zonas o sectores del planeta, obteniendo, en los hechos, “menos universalidad” en el disfrute de los derechos humanos²⁰.

b) *La “generalidad” de las normas de derechos humanos.*

En el derecho internacional la universalidad de los derechos humanos se manifiesta a través de normas. En este sentido, las principales normas son, entre las generales, los tratados y las declaraciones y, entre las “menos generales”, los numerosos informes (generales o individuales) sobre países o temas; o en casos individuales “contenciosos” o “semi-contenciosos”. A ello deben su-

¹⁹ En este terreno hay una evolución que podría partir desde la Declaración Universal de 1948 pero que hoy se ha intensificado en forma notable. El “Caso Pinochet” y la creación del Tribunal Penal Internacional marcan pautas claras en este sentido en relación con la responsabilidad directa de los individuos frente a la violación de algunos derechos puntuales, pero falta avanzar mucho en relación con otras responsabilidades, por ejemplo de organismos internacionales, de empresas o de los mismos individuos relacionadas con acciones u omisiones que comportan violaciones de muchos derechos humanos.

²⁰ Para un interesante análisis, entre los muchos que hay, de la situación descripta ver el reciente libro de Jean Ziegler *La privatizzazione del mondo* (M ARCO TROPPEA, Milán 2003, Traducción italiana de Monica Fiorini).

marse las normas consuetudinarias²¹. Las normas del derecho internacional de los derechos humanos, cuando son *generales*, deben necesariamente ser amplias y presentar indeterminaciones, debido a la complejidad de conductas y realidades distintas que deben regular²². Esta característica necesaria amplía enormemente los márgenes de interpretación que los Estados pueden hacer de ellas y por tanto los resultados finales en relación con la determinación de una conducta en un Estado u otro con respecto al cumplimiento de un determinado derecho humano pueden ser –y de hecho lo son- contradictorias total o parcialmente²³, conflictuando, con ello, su pretendida universalidad.

c) *La adhesión de los Estados (o no) a los tratados de derechos humanos y las reservas.*

El tratado es, como se acaba de señalar, una fuente preponderante en relación con el derecho internacional de los derechos humanos.

Estos tratados tienen siempre una visión “universal” de los derechos²⁴, y precisamente por ello su lenguaje es general y deja márgenes de interpretación muy amplios con respecto a sus contenidos tal como se acaba de señalar *supra*.

El principal problema con el que se enfrentan estos “derechos universales” consagrados en los tratados es que los Estados pue-

²¹ Doy una concepción amplia de normas. Cabe aclarar que el derecho internacional de los derechos humanos –en relación con sus fuentes normativas- si bien es parte del derecho internacional general (en el que la costumbre y los principios generales del derecho son, junto con los tratados, las fuentes principales, mientras que las auxiliares son la jurisprudencia y la doctrina) está contenido mayoritariamente por tratados. Ver DIEGO RODRÍGUEZ PINZÓN, CLAUDIA MARTÍN Y TOMÁS OJEA QUINTANA *La dimensión internacional de los derechos humanos* (BID-American University, Washington D.C 1999, páginas 27-82. Ver también KRZYSZTOF DRZEWICKI *Internationalization of human rights and their juridization* en RADA HANSKI Y MARKKU SUKSI (compiladores) *An Introduction to the International Protection of Human Rights* (Åbö Akademi University, Turku/Abo 1997) páginas 25-47. Sobre las fuentes normativas del derecho internacional general ver MALANCZUK, *op. cit.*, páginas 35-62.

²² Se asemejan, por tanto, a las normas constitucionales y por ello afirma CARLOS S. NINO que “*La vaguedad del lenguaje no siempre es un defecto sino que muchas veces es un instrumento indispensable de comunicación*” en *Fundamentos de Derecho Constitucional* (Astrea, Buenos Aires 1992) pag. 89.

²³ Ver la obra de NINO citada en la nota anterior, páginas 77-106.

²⁴ Aún aquellos que no son “universales”, sino que sólo se limitan a determinadas áreas regionales o locales, igualmente siguen teniendo “pretensión universal” en tanto consagran derechos “válidos para todos” dentro de su ámbito de aplicación.

ANDRÉS ROSSETTI

243

den o no adherir a tal o cual tratado²⁵. Además, aún en caso que lo hagan²⁶, pueden establecer reservas o interpretaciones limitativas²⁷.

Con las reservas se *borran* los efectos jurídicos que el Estado adherente considera contrarios a sus intereses y este Estado no se compromete a respetar las cuestiones que el tratado prevé y que han sido objeto de reserva. Por todo ello, con la adopción de los tratados de derechos humanos no se pueden superar las diferencias entre los derechos a los cuales se obliga un determinado Estado en relación con los que se obligan otros Estados. Lo dicho, por cierto, comporta que los seres humanos tengan derechos muy distintos según el Estado en el cual habiten, lo cual no se condice con la idea de los derechos universales.

d) *La debilidad de los mecanismos de monitoreo.*

Normalmente los tratados generales o específicos de derechos humanos prevén alguna forma de control o monitoreo del cumplimiento en el respeto o protección de los mismos (sistemas que pueden ser muy variados: directamente de tipo *político*, o bien *cuasi-judicial* o *judicial*)²⁸. En general estas formas de control son –salvo las judiciales en el sistema de peticiones individuales en Europa y América cuyas decisiones finales son obligatorias²⁹–

²⁵ La adhesión al tratado (o más propiamente la aceptación de un tratado por parte de un Estado, que inicia generalmente con la firma y concluye con la ratificación) por parte de un Estado comporta la asunción del compromiso jurídico a respetarlo. En caso de incumplimiento el Estado se hace pasible de las “sanciones” (muchas veces muy tenues) que el

tratado mismo o el derecho internacional en forma general prevén. Ver MALANCZUCK, *op. cit.*, Capítulo 9.

²⁶ Hay que tener presente que muchas veces la adhesión a estos tratados es meramente “de facciata” (por presiones o por otros intereses políticos o económicos), sin tener la *real* intención de cumplir tal compromiso.

²⁷ Es importante recordar que no todas las reservas son admisibles, ya que aquellas que atentan contra principios esenciales del tratado pueden considerarse inválidas. Ver, en general, MALANCZUCK, *op. cit.*, página 135. En la “interpretación limitativa” (o reserva o declaración interpretativa) el Estado formula aclaraciones con respecto a una cláusula del tratado la cual sólo acepta en un determinado significado y sólo se compromete en este sentido. Ver CONFORTI, *op. cit.*, página 94.

²⁸ Ver un rápido y completo resumen de los mecanismos de control en MÓNICA PINTO *Temas de Derechos Humanos* (Ed. Del Puerto, Bs. As. 1997), Capítulos VII y VIII. Ver también STEINER y ALSTON, *op. cit.*, caps. 6 a 10 ; y HANSKIY SUSKI, *op. cit.*, caps. 5 a 19.

²⁹ *Ibidem*.

LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

244

meras recomendaciones –generalmente genéricas- que los Estados no están obligados a cumplir (y en muchos de los casos no lo hacen).

Esta “falta de coacción” del derecho internacional de los derechos humanos no ayuda a lograr darles mayor universalidad a los mismos.

B) ¿Paliativos?

La situación descrita precedentemente no parece dejar dudas que la universalidad de los derechos humanos está lejos de ser una realidad, con independencia de las declamaciones normativas, doctrinarias o “jurisprudenciales”³⁰.

No obstante lo dicho, siempre existe una búsqueda incesante para encontrar algunos parámetros jurídicos válidos para todos los seres humanos.

En la evolución del derecho internacional se han esbozado –a más de los aspectos ya señalados *supra*- algunas estrategias complementarias concretas tendientes a “posibilitar” o “facilitar” que los considerados “derechos universales” se conviertan en una realidad, aún cuando puede discutirse si las mismas logran el objetivo propuesto o, más bien, exactamente lo contrario. Ejemplos de ellas pueden ser:

a) *La regionalización de los derechos humanos*. Junto con el desarrollo internacional de los derechos humanos se ha dado también un desarrollo regional de los mismos. Se considera, creo acertadamente, que el hecho de tener un grado mayor de homogeneidad cultural posibilita un más fácil y mejor desarrollo de los sistemas de protección³¹. Los cada vez más evolucionados sistemas regionales de protección, de todos modos, no dejan de tener una visión “universal” dentro de su propio ámbito regional. Este “progreso” en el monitoreo de los derechos humanos³², si es visto des-

³⁰ Este término en el sentido ya señalado en la nota 4.

³¹ Por ejemplo, JACK DONNELLY dice “*Regional human rights regimes address a wide range of rights in smaller and more homogenous groups of states*” en Jack Donnelly *International Human Rights* (Vestview Press, 1998, 2da. edición) página 68.

³² Para un rápido pero completo panorama del desarrollo de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos ver el capítulo 10 de STEINER-ALSTON, *op. cit.*

ANDRÉS ROSSETTI

245

de una perspectiva “universal” o “global” puede acentuar, justamente, lo contrario, es decir generar una “dispersión” en la concepción

de los derechos humanos en relación con las diferentes secciones o regiones en las que se divide el mundo.

b) *La doctrina del margen de apreciación*. Esta doctrina, usada fundamentalmente en Europa en su sistema de derechos humanos, considera que si bien todos los Estados deben respetar los derechos humanos establecidos convencionalmente, con respecto a algunos de estos los Estados parte pueden actuarlos en forma distinta de acuerdo con su realidad político-cultural y social por encontrarse en una mejor situación para determinar la conveniencia o no de la aplicación del derecho³³. Por tanto, en casos con características similares, el órgano de monitoreo puede condenar a un Estado, mientras que en otro -debido a las diferentes realidades señaladas- el mismo órgano permite la restricción del derecho. Con independencia de la razonabilidad que puede encontrarse, y encuentro, en esta práctica, ella parece erosionar la idea de universalidad de los derechos, ya que los habitantes de un Estado gozan de algunos derechos que en el Estado vecino (ambos adheridos y comprometidos en la misma forma por un mismo tratado) los habitantes, en “casi” similares circunstancias, no tienen.

c) *La protección de las minorías y de los pueblos indígenas*. Las fuertes diferencias de las realidades culturales que existen entre los pueblos de la Tierra, la globalización y, sobretodo, las fuertes corrientes migratorias (debidos a razones políticas o económicas) han llevado a pensar—en especial en Europa- que es necesario

³³ Ver un detallado análisis (crítico) de esta doctrina en el artículo de LILIANA VALIÑA *El margen de apreciación de los Estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno* en MARTÍN ABREGÚ y CHRISTIAN COURTIS (compiladores) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (CELS, Buenos Aires 1997, páginas 173-197). Allí vemos que esta doctrina cuando ha sido usada por la Corte Europea de Derechos Humanos tiene una extensión variable, ya que es amplio cuando se invoca con relación a nociones susceptibles de interpretación subjetiva y que varían según el tiempo y el espacio (moral, seguridad o utilidad pública, política socioeconómica) pero se restringe cuando implica nociones de apreciación objetiva (imparcialidad del poder judicial). De todos modos, la jurisprudencia europea no parece guardar una coherencia precisa en el uso de esta doctrina.

LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL
246

proteger en forma particular a aquellos grupos minoritarios insertos en realidades culturales distintas. Por ello hay un impulso en establecer una protección normativa a nivel nacional, regional e internacional (en este caso aún en forma muy tenue) en lo que respecta a las minorías y los pueblos indígenas³⁴ precisamente para garantizarles a ellos ciertos aspectos, fundamentalmente culturales, en cuanto grupos desventajados³⁵. La conveniencia o no de este tipo de protecciones especiales es fruto de fuerte debate³⁶. De todos modos, estas protecciones (que pueden ser en relación con los individuos en tanto y en cuanto pertenecientes al grupo o bien a todo el grupo) parecen contradecir, justamente, la idea de universalismo. Además, si como sucede a veces, se implementan en forma errónea, se pueden lograr resultados francamente peligrosos que llevan a estos grupos a quedar aún más marginados que antes³⁷ y, por tanto, con menos derechos “universales” de los que gozar.

d) *La intervención (armada) humanitaria*. En el derecho internacional contemporáneo si bien se partió inicialmente en 1945 de la idea del “dominio reservado del Estado” en relación con casi todos los aspectos internos de los Estados (Artículo 2do. Inciso 7 de la Carta de Naciones Unidas) y se renunció al uso de la fuerza, se está afianzando en los últimos años -con el argumento de una defensa basada en la universalidad de los derechos humanos- en la posibilidad de intervenir militarmente para hacer respetar, precisamente, el cumplimiento de tales derechos. Esta doctrina de la

³⁴ Existe una fuerte diferencia entre el planteo en el reconocimiento de derechos a las minorías y los pueblos indígenas, principalmente porque éstos últimos no aceptan ser considerados minorías. Además, el tipo de derechos que reclaman son distintos. Ver MANFRED NOWAK *CCPR Commentary* (N. P. Engel, 1993) página 492-494.

³⁵ Por ejemplo la protección de su religión, su lengua, o sus costumbres en razón de la etnia para las minorías o, además, la propiedad comunitaria de la tierra y ciertas costumbres en relación con algunas conductas que necesitan un “derecho” diferente en el caso de los pueblos indígenas.

³⁶ He analizado la cuestión en el trabajo *Perspectivas de los derechos de las minorías en el ordenamiento jurídico argentino después de la reforma constitucional de 1994 en Anuario V* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (Córdoba, 2001), páginas 71-88, al que remito y a la bibliografía allí citada.

³⁷ *Ibid*, página 74.

ANDRÉS ROSSETTI

247

intervención armada humanitaria (que se diferencia de la simple ayuda humanitaria) es sostenida, fundamentalmente, por la actual única super-potencia militar en el mundo (con el agregado más actual de la doctrina de la *guerra preventiva*). Al respecto, no sólo los argumentos teóricos en su contra (que podrían discutirse fuertemente) sino fundamentalmente los casos en los que se ha utilizado³⁸ demuestran que con estas intervenciones lejos de haberse protegido los derechos humanos de las personas a las que se les estarían violando (a veces derechos relacionados, por ejemplo, con la falta de democracia), se les han violado a ellos con la intervención (y a otros seres humanos inocentes inevitablemente involucrados en el conflicto armado) abiertamente el derecho a la vida, a la salud y muchos otros “indiscutidos” derechos. Este polémico instrumento, entonces, parece muy poco efectivo a los efectos de afianzar la universalidad de los derechos de *todos* los seres humanos.

Lo dicho en el punto anterior (A) y en este (B) no comportan, necesariamente, una visión negativa o crítica del derecho internacional. Éste ha servido –justamente- para favorecer una fuerte evolución –al menos normativa y de órganos- en la defensa y en el monitoreo de los derechos humanos en el mundo, más allá de sus asignaturas pendientes y sus fuertes defectos. Simplemente he pretendido mostrar los problemas centrales con los que se encuentra aquél y cómo algunos de los mecanismos que parece pueden paliar sus defectos en relación con la universalidad de los derechos humanos no favorecen el objetivo que persiguen, sino que, incluso, pueden tener efectos contrarios.

³⁸ Las intervenciones en Kosovo (1999), Afganistán (2002) e Irak (2003) aparecen como las confirmaciones más claras de esta “doctrina”. Para un análisis de la misma ver DANILOZOLO *Chi dice umanità*. (Einaudi, Torino 2000) y, más puntual, del mismo autor, *La guerra come strumento di protezione dei diritti dell'uomo* en el libro compilado por TECLA

MAZZARESE *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali* (Giappichelli, Torino 2002) páginas 257-271. Ver también ANTONIO GAMBINO *L'imperialismo dei diritti umani* (Riuniti, Roma 2001) y Linda Bimbi (compiladora) *Not in my name*. (Riuniti, Roma 2003) en el que varios artículos tratan en diversa forma este aspecto (especialmente los de MICHAEL KLARE, RICHARD FALK, FRANCOIS RIGAU, PHIL SHINER, ANTONIETTA DI BLASE, GIUSEPPE PALMISANO, RAINIERO LA VALLE, DANILO ZOLO, SALVATORE SENESE y LUIGI FERRAJOLI).

LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

248

C) ¿Soluciones?

La situación actual, como se ha visto y más allá de los aspectos meramente “declamativos”, dista mucho -en la práctica- de admitir que se pueda afirmar que todos los habitantes del planeta gozamos *efectivamente* de los mismos derechos. Quizás, lograr un avance en el reconocimiento concreto de derechos universales presupone -a más de cambios éticos, políticos, económicos y de otro tipo- la implementación, desde lo jurídico, de ideas todavía por desarrollarse. Me permito reflexionar en voz alta sobre algunas de las que pueden pensarse dentro del contexto histórico que vivimos, teniendo presente que ellas se vinculan con propuestas -que pueden, en algún caso, contraponerse entre sí- que intentan modificar el esquema jurídico del derecho internacional tal como se presenta en nuestros días, y que sólo se pretende -dentro de éste- intentar avanzar hacia una “mayor universalidad” en relación con los derechos humanos hoy generalmente reconocidos.

a) *El Estado global (o cosmopolita) democrático*. Mucho se escribe con respecto a lograr un estado planetario con una Constitución común y con derechos iguales para todos los habitantes del planeta³⁹. Más allá de su real concreción (al menos tal como se presentan hoy los estados democráticos a nivel nacional), sobre lo cual soy particularmente escéptico máxime con los últimos acontecimientos en las relaciones internacionales, podría imaginarse, teóricamente, una solución de este tipo. El modelo federal podría servir para posibilitar las lógicas y razonables diferencias entre los pueblos, pero la base de derechos fundamentales debiera ser -como en los estados federales- común. Quizás la Unión Europea, en los tiempos actuales, pueda marcar un rumbo regional en este sentido, aún cuando ella esté todavía lejos de lograr esta unidad en la materia, pese a las semejanzas entre los Estados que la integran.

b) *La creación de un Tribunal Internacional o Universal de los Derechos Humanos*. La creación de este tribunal⁴⁰, con compe-

³⁹ Ver, por ejemplo, DANIELE ARCHIBUGI *Principi di democrazia cosmopolita* en Daniele Archibugi y David Beetham *Diritti umani e democrazia cosmopolita* (Feltrinelli, Milán 1998, páginas 66-121)

⁴⁰ Esta idea la he tomado de una de las lecciones del Profesor DAVID J. HARRIS en el marco del curso de la Academy of European Law (European University Institute), Tenth Anniversary Session on Human Rights Law (Florencia, 21 de Junio al 2 de Julio de 1999).

ANDRÉS ROSSETTI

249

tencias concretas -el esquema de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI)⁴¹ puede servir de modelo- como por ejemplo la de anular normas estatales violatorias de derechos humanos fundamentales, puede significar un avance en la universalización de los derechos humanos. Por supuesto, la determinación de cuáles derechos permitirle “monitorear” y con qué alcances, la forma de

elección de los miembros del Tribunal y, sobretodo, la segura resistencia de los Estados (especialmente de algunos de los más poderosos, tal como sucede con la ratificación del citado Estatuto de la CPI), transforman la discusión en tan difícil que esta idea es de muy remota aplicación.

c) *Los derechos humanos “fundamentalísimos”*. Existen numerosos derechos humanos y cada día aparecen nuevos candidatos a tales. En efecto, nos encontramos en tiempos de “inflación” de los derechos humanos. Toda nueva exigencia o necesidad inmediatamente pretende ser llevada al “altar” de los derechos humanos.

Esta circunstancia –positiva o no que se la juzgue- parece atentar contra la “fuerza moral” pero también jurídica de los derechos humanos⁴². Quizás, entonces, para lograr cierta universalidad *real* en el reconocimiento global de los derechos, estos debieran acotarse a los *más básicos*, a los yo diría “casi-indiscutibles”.

No es fácil, por cierto, ponerse de acuerdo en cuáles deben ser ellos, pero hay ciertas pautas interesantes para poder avanzar en algunos acuerdos para establecerlos. Por ejemplo, considerar aquellas prohibiciones establecidas por el Estatuto de la ya citada

⁴¹ El Estatuto de la Corte fué adoptado en Roma el 17 de Julio de 1998 y en el 2002 ha entrado en vigor luego de la ratificación de más de 60 países. En agosto del 2003 ya cuenta con 91 Estados partes.

⁴² Esta es la posición de FRANCISO LAPORTA, que comparto, cuando dice “*Me parece razonable suponer que cuanto más se multiplique la nómina de los derechos humanos menos fuerza tendrán como exigencia y cuanto más fuerza moral o jurídica se les suponga más limitada ha de ser la lista de derechos que la justifiquen adecuadamente*” (*op. cit.*; página 23). ¿Esta posición comporta, entonces, renunciar a la idea de universalidad de los demás derechos humanos que no son considerados “fundamentalísimos”? Me parece que una respuesta afirmativa en este sentido no es la de quienes sostienen esta posición. En efecto, se pueden establecer categorías en las que sólo aquellos derechos sean universales, mientras que los “básicos” pueden tener “pretensión de universalidad” pero con menor fuerza y con mayor adaptabilidad a las realidades culturales, morales y regionales.

LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

250

CPI podría comportar un punto de partida⁴³. Otros que demuestran un nivel de aceptación mayor son aquellos cuya suspensión no está permitida en los documentos internacionales en ninguna circunstancia ni aún en casos de emergencia⁴⁴. Esta propuesta, por cierto, puede generar un efecto muy peligroso cual es el de considerar que todos aquellos otros derechos que no entran en esta categoría ya dejan de ser “reales” derechos. En el fondo, la cuestión debe resolverse en relación con la concepción de lo que se considera derecho y como conviene *actuarlo* en la mejor forma.

d) *El diálogo intercultural*. El objetivo prefijado en el punto anterior requiere, como pregonan muchos autores⁴⁵, la necesidad de un diálogo abierto, franco y sincero entre los distintos pueblos que habitan la Tierra⁴⁶. La búsqueda, sólo por este camino, de la “cuasi-unanimidad” (o al menos de un “consenso fuerte”) aparece como un objetivo fundamental para poder cualificar a ciertos derechos como “fundamentalísimos” (y, por tanto, con pretensión seria de ser considerados “universales”)⁴⁷. En este diálogo, quizás, puede ser útil y estratégicamente eficiente, concentrar ini-

⁴³ La prohibición se refiere al genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y los crímenes de agresión.

44 Lo que coloca a estos derechos en una situación de “mayor” o “mejor” protección. Como ejemplos de ello tenemos el artículo 27 inciso 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 o el artículo 4 inciso 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1996.

45 Ver, por ejemplo, el libro compilado por Abdullah An’Aim *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives. A Quest for Consensus* (University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1992).

46 Obviamente el diálogo no puede quedar exclusivamente en mano de los Estados y sus representantes más o menos “representativos”. En efecto, son los Estados los directos involucrados en relación con los efectos de la determinación de cuáles derechos pueden ser considerados universales y cuáles no, por lo que parece necesario que en este diálogo intervengan variadas y diferentes representaciones de la sociedad civil de todos los pueblos de la tierra. Las ONG’s que trabajan en derechos humanos podrían (y deberían) cumplir un importante rol en este sentido.

47 Aquí nos encontramos con un problema serio que se relaciona con la necesidad de mayorías para determinar derechos humanos y el hecho que precisamente éstos surgen y existen para garantizar, principalmente, los derechos de las minorías frente a los eventuales excesos o abusos de las mayorías. Creo que el diálogo sigue siendo básico como elemento para poder determinar que un derecho es universal (válido para todos y con real eficacia), con independencia que existirá una muy grande cantidad de “derechos” que no entrarían en esta categoría pero que no dejarán de poder ser considerados “derechos humanos” (en su sentido actual pero sin el calificativo de universal) o “fundamentales”.

ANDRÉS ROSSETTI

251

cialmente la búsqueda de los aspectos comunes en relación con las cuestiones o conductas consideradas negativas o “malas” y no, en cambio, en las cuestiones o conductas consideradas “buenas” o positivas que puede resultar más difícil⁴⁸.

e) *Hacia el reconocimiento pleno de los “deberes humanos”*. Otra cuestión interesante para pensar se relaciona con el desarrollo de los “deberes humanos”. Siempre se habla, al menos en “Occidente” de derechos, aún cuando se sabe que los mismos –en una visión técnica- presuponen para su existencia la contrapartida de uno o más sujetos que tengan un deber. Los derechos humanos presuponen, en el derecho internacional, que los Estados deben velar por su efectivo cumplimiento. De todos modos, y a pesar que hasta hoy son los Estados los responsables “jurídicos” de las violaciones a los derechos humanos, no quedan dudas que hay otros responsables “éticos” por las violaciones a ellos, entre los que se encuentran a más de las organizaciones y empresas multinacionales, los grupos económicos y también los individuos. Baste pensar –en relación con estos últimos- en los casos de desigualdad económica increíble, con personas cuyo patrimonio son mucho mayores que los presupuestos de países enteros. ¿Como no creer, por ejemplo, que hay una violación ética cuando una persona posee una cantidad inmensa de riqueza y sabe que, a metros o a kilómetros de distancia una gran cantidad de personas muere de hambre?⁴⁹ Creo que la evolución del pensamiento ético debe llevar a considerar que esta es una situación insostenible y que ese sujeto multimillonario, por más que pague sus impuestos, tiene el “deber humano” de ayudar a sus semejantes. Hace años existía la esclavitud⁵⁰ y hoy es considerada una cuestión aberrante y una

⁴⁸ Para una argumentación en este sentido ver el artículo de ERNESTO GARZÓN VALDÉS *El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías en Isonomía* Número 12/ Abril 2000, páginas 7-34, y la bibliografía allí citada.

⁴⁹ Ver, sobre esta cuestión, el excelente artículo de ERNESTO GARZÓN VALDÉS *Los*

deberes positivos generales y su fundamentación en el libro del mismo autor *Derecho, Ética y Política* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, páginas 339-360), también en *Doxa* 3, 1986, páginas 17-33 pero en donde, además, se pueden ver algunos artículos críticos y la contrarréplica del autor.

⁵⁰ En realidad hoy también existe *de hecho* en su forma pura en algunos sectores del planeta, y *de derecho*, aún cuando su nombre es diferente y las características también, en razón de las insólitas condiciones laborales dispuestas “jurídicamente” en algunas partes del mundo.

LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

252

clara e indiscutible violación de derechos humanos. Quizás en el futuro, como espero, la desigualdad extrema será vista en la misma forma. Creo, por tanto, que el *discurso* de los derechos humanos puede detenerse a visualizar aquellas concepciones culturales que ponen el énfasis en los deberes antes que en los derechos⁵¹, no para imitarlas exactamente, pero sí para empezar a tomar conciencia que no sólo existen derechos de los individuos frente al Estado, sino que junto con ellos (y como contrapartida) existen también deberes⁵² de los individuos para con el Estado y, sobretodo, para con sus semejantes. En síntesis, en relación con los deberes, se podría (o incluso debería) pensar en ellos –con la misma lógica de los derechos- en la determinación de algunos –pocos pero firmes- “deberes humanos universales”.

f) *La evolución del derecho al desarrollo y de una más equitativa re-distribución de la riqueza*. Cada día se hace más imperioso una evolución seria en relación con el derecho al desarrollo para igualar las ya mencionadas desigualdades estatales (tan resistido por los Estados y que sólo cuenta con una Declaración de Naciones Unidas de 1986) y, sobre todo, de una más justa o equitativa redistribución de la riqueza (para igualar las diferencias individuales). Estos dos aspectos generan consecuencias positivas evidentes⁵³ ya que al perseguir márgenes razonables de igualdad evitan las actuales situaciones de privación total en el reconoci-

⁵¹ Un ejemplo de esta posición es la perspectiva hindú de los derechos humanos. Ver R. C. PANDEYA *Fundamentos filosóficos de los derechos humanos. Perspectiva hindú* en el libro *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos* de A. DIEMER, J. HERSCH, P. RICOUER et al. (UNESCO/Serbal, París 1985), páginas 295-307.

⁵² Si bien hay referencias a los deberes en el artículo 29 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948, en la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* del mismo año, en el Preámbulo del *Pacto de Derechos Civiles y Políticos* de 1966 y en la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* de 1981, es notable como en los documentos internacionales de derechos humanos la declamación y el reconocimiento de deberes es muy escasa.

⁵³ Para una visión general con referencia al derecho al desarrollo, ver Steiner-Alston, *op. cit.*, capítulo 16. Me he referido al derecho a una justa redistribución de la riqueza como un derecho humano básico, en mi trabajo *The right to an equal re-distribution of wealth. An argumentation to find the tools through the individual complaints* (Lund, 2000) que puede consultarse en el sitio web [Http://www.jur.lu.se/Internet/english/essay/Masterth.nsf/](http://www.jur.lu.se/Internet/english/essay/Masterth.nsf/).

ANDRÉS ROSSETTI

253

miento de derechos con respecto a gran parte de la población mundial. Su implementación comporta, por tanto, un desafío fundamental para lograr la universalidad de la mayoría de los actuales “derechos humanos” en la escala planetaria.

Estas “pretendidas” soluciones, obviamente, son sólo propuestas que

requieren una profunda reflexión y que –a su vez- se interrelacionan y complementan entre sí (a más de con otras cuestiones más generales), ya que cada una en forma aislada difícilmente pueda lograr un real cambio en un mayor reconocimiento de los derechos humanos (y con ello, por tanto, una “mayor universalidad” en los mismos).

III. ¿La universalidad como objetivo a perseguir? Reflexiones finales

He presentado un panorama general de los principales problemas con los que se encuentra el derecho internacional para sostener y lograr la universalidad de los derechos humanos y, aunque seguidamente se han presentado los presuntos paliativos y algunas pretendidas soluciones, parece difícil, en el contexto de las relaciones internacionales actuales –después de guerras realizadas en clara violación del derecho internacional⁵⁴, después de atentados terroristas cada vez más fuertes y difusos, después de políticas económicas internacionales que fomentan la desigualdad y la pobreza- que se pueda tener una visión “optimista” al respecto.

Quienes estamos comprometidos con la defensa de los “derechos humanos” no podemos, de todos modos, dejar de ser “utópicamente” optimistas.

Se sostiene, a su vez, que el “compromiso” con los derechos humanos comporta, necesariamente, una defensa de la universalidad de los mismos⁵⁵.

¿Es así?. Me parece que para responder afirmativamente a esta cuestión, en forma previa es necesario determinar cuáles son los derechos hu-

⁵⁴ Por supuesto que, además, la violación del derecho internacional corre por separado de la legitimidad ética, o no, de realizar estas acciones militares.

⁵⁵ Esta postura es sostenida por TECLA MAZZARESE en *Diritti fondamentali fra particolarismo e riaffermazione dell'universalismo* in *Ragion Pratica*, 17/2001, pp. 205-213, donde dice “Ma, posto che si rivendichi una ‘lotta per i diritti’, non si può però ignorare né che diventa necessaria una risposta relativa all'individuazione dei diritti fondamentali per la cui tutela battersi, né che battersi per la tutela dei diritti fondamentali (indipendentemente dai criteri della loro identificazione) presuppone (poco rileva se poi si sia disposti a riconoscerlo) la convinzione nella, e l'impegno per la loro universalizzazione” (p. 213).

manos universales o que se pretenden universalizar, y que la respuesta variará según la perspectiva y posición ideológica de quién deba responder.

Es aquí donde creo que el diálogo intercultural, la estipulación de pocos pero firmemente acordados derechos humanos y la creación de un tribunal internacional para monitorearlos, junto con las demás “soluciones” propuestas, podría ayudar.

No puede pretenderse, obviamente, que el “derecho” logre objetivos de este calibre –eliminar la pobreza y las graves desigualdades, por ejemplo- sin la ayuda de otras áreas como la política, la economía, la ética y las relaciones internacionales. El derecho no puede lograrlo sólo, pero sin dudas puede ayudar enormemente para el progreso ético de la civilización humana, y el desarrollo de los derechos humanos puede ser –bien usada una herramienta indispensable.

Quienes creemos en la defensa de la libertad y la igualdad en forma proporcional y, sobre todo, en la necesidad de lograr niveles dignos de desarrollo sostenido de todos (es decir, pretensión “universal”) los seres humanos⁵⁶ no podemos dejar de defender estos principios (que, justamente, se relacionan y coinciden en gran parte con los sostenidos en la Declaración Universal y los dos Pactos principales de derechos humanos⁵⁷ y que hoy se pueden llamar, en forma general, los “derechos humanos”⁵⁸). Este compromiso y esta defensa debe hacerse, creo, respetando al máximo posible

los diferentes valores culturales y usando exclusivamente el diálogo y la persuasión por medios pacíficos para lograr una mayor universalización de estos principios que hacen a la dignidad de los seres humanos. Pero la estrategia a perseguir desde la perspectiva jurídica me parece que es independiente o incluso irrelevante, ya que lo importante es que los “derechos humanos” tengan una cada vez *mayor eficacia* en el mundo (lo cual, lamentablemente, no sucede), sea que sean presentados o invocados en forma *universal o particular*.

⁵⁶ Aquí vuelve a presentarse el problema señalado en la nota 7 sobre quienes son (o deben considerarse) seres humanos. Un intento de clarificación de esta cuestión excede completamente el marco de este trabajo.

⁵⁷ Declaración Universal de los Derechos Humanos del 1948, Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966) y Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), todos adoptados por Naciones Unidas y los dos últimos con entrada en vigencia en 1976 (y que cuentan con un amplio número de ratificaciones a nivel global).

⁵⁸ De hecho es lo que se conoce como el “Human Rights Core” (centro, núcleo o corazón de los derechos humanos).

ANDRÉS ROSSETTI

255

EL DERECHO CONSUECUDINARIO INDIGENA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL

por María Cristina Rodríguez()*

Resumen: En el presente ensayo la autora advierte de qué manera el derecho consuetudinario y las costumbres de los pueblos indígenas podrían constituir una materia de importancia dentro de la legislación nacional e internacional.

También señala como las diferentes cortes de justicia han reconocido y protegido los derechos e intereses de estos pueblos aplicando el derecho consuetudinario indígena, pero sólo en ciertos casos porque los modelos de pluralismo jurídico no son sistemas que en la práctica unifiquen normas o autoricen su aplicación como regímenes jurídicos independientes. El derecho consuetudinario indígena puede ser aplicado por los tribunales indígenas o por la justicia nacional sólo si no resulta incompatible con el derecho nacional e internacional.

Palabras claves: pueblos indígenas, derecho consuetudinario, jurisprudencia.

Introducción.

En 1970 la Subcomisión para la Prevención de las Discriminaciones y Protección a las Minorías de las Naciones Unidas encomendó al Relator especial Martínez Cobo la realización de un estudio sobre “El problema de la discriminación respecto a las poblaciones indígenas”. El estudio, que fue completado recién en 1984, concluía destacando la situación de desprotección de los pueblos indígenas.

* Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Especialista en el Régimen Jurídico del Comercio Exterior. Docente de Derecho Internacional Público en la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina).

256

La Organización de las Naciones Unidas siguió ocupándose del tema, por lo que la Asamblea General declaró el “Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas” (1995-2004) (Resolución 48/163 de 21 de diciembre de 1993) y comisionó al Consejo Económico y Social para la elaboración de un instrumento jurídico internacional a fin de proteger los derechos de estos grupos humanos. Éste estableció el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas como órgano subsidiario (Resolución 2000/22 de 28 de julio de 2000).

Sin embargo, desde hace ya varias décadas uno de los organismos especializados de las Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo, se había interesado por la problemática. Así, en 1957 aprobó el

Convenio n° 107 relativo a la “Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y Otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes”, luego revisado por el “Convenio n° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes” de 1989² (Convenio n° 169).

En el ámbito americano diversas conferencias internacionales abordaron la temática destacándose la creación del “Instituto Indigenista Ame-

¹ En el presente trabajo no formulamos una definición de “pueblos indígenas” en el entendimiento que no existe aún uniformidad de criterio para definirlos, y porque las organizaciones indígenas han manifestado que no es oportuno que los Estados definan el concepto, correspondiéndoles exclusivamente a dichas colectividades determinar su existencia (Véase: “*Sección Primera. Definiciones. Documento comparativo de trabajo entre el Proyecto Original de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y las propuestas de los Estados*” (OEA/Ser.K/XVI- GT/DADIN/doc.49/01, 6 diciembre 2000); “*Cuestiones Indígenas. Informe del Grupo de trabajo establecido de conformidad con la Resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos*” (E/CN.4/2003/92- 6 de enero de 2003)). Existe una interesante definición en el trabajo de Martínez Cobo “*Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. Vol. V. Conclusiones, propuestas y recomendaciones*” (ECN.4/Sub/1986/7/Add 4), donde sostiene que sólo serían pueblos indígenas los autóctonos de América y Oceanía.

² Aprobado el 27 de julio de 1989 por la 76va. Conferencia de la OIT (en vigor desde julio de 2001). Fue aprobado por Argentina en 1992 (ley 24.071) y ratificado en el año 2000. También lo han ratificado Bolivia, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Perú.

³ Verbigracia, V Conferencia Internacional Americana de 1922 que solicitó a los gobiernos estimular el estudio de las lenguas aborígenes y adoptar medidas para proteger los monumentos arqueológicos; Conferencia de la Unión Panamericana de 1933 que propuso el estudio de las lenguas vernáculas y las civilizaciones de las tribus en las grandes selvas; Conferencia de la Unión Panamericana de 1938 que afirmó que los indígenas tienen derecho preferencial a la protección y que el mejorar su estado sería una reparación por la incompreensión que fueron tratados en épocas anteriores.

MARÍA CRISTINA RODRÍGUEZ

257

ricano” en 1940 y la aprobación de la “Carta Internacional Americana de Garantías Sociales” en 1947⁴.

Actualmente están siendo redactados dos proyectos de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas: uno por el Grupo de Trabajo dependiente de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y otro por el Grupo de Trabajo establecido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Se espera que antes que termine el “Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas” (2004) ambos instrumentos hayan sido aprobados.

En el orden nacional algunas legislaciones contemplan el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Así, art. 75, inc. 17, de la Constitución Nacional de la República Argentina; Constitución de Guatemala de 1985; art. 231 de la Constitución de Brasil de 1988; arts. 7 y 246 de la Constitución de Colombia de 1991; Constitución de Paraguay de 1992; Constitución de México de 1992 y Carta Constitucional de México de 1998; art. 2, inc. 19 y 149 de la Constitución de Perú de 1993; art. 1 y 171 de la Constitución de Bolivia de 1994; Constitución de Panamá de 1994; art. 5, inc. 3 de la Constitución de Nicaragua de 1995; art. 1 y 179 de la Constitución de Ecuador de 1998; Constitución de Guyana de 1980 (enmendada en 2000); Ley Indígena de Chile n° 19.253 de 1993; Constitutional Act de 1982 y Nunavut Agreement de 1993 en Canadá; Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas de 1998 en Costa Rica, etc.

Esta reciente tendencia dentro de los ordenamientos nacional e internacional

ha originado un nuevo debate, en el que los actores no son solamente los Estados y organizaciones internacionales, sino también las organizaciones indígenas. Ello porque se ha evidenciado la importancia de precisar qué derechos corresponden a estos pueblos, cuál es su contenido y sus límites, y para ello resulta necesario consultar a quienes son los destinatarios de las normas.

⁴ Estipuló deberes de los Estados y derechos de los indígenas y previó la creación de instituciones o servicios para la protección de los indios y, en particular, para hacer respetar sus tierras, legalizar su posesión y evitar su invasión por extraños.

⁵ Art. 75, inc. 17: “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto de su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan, y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

EL DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL...

258

Pueblos Indígenas y minorías

Si bien inicialmente se ha reconocido a los pueblos indígenas el *derecho a la identidad cultural* aplicándoseles las normas que protegen a las minorías, conforme fueron estudiados los dos conceptos se advirtió que, aunque algunos pueblos indígenas sean grupos minoritarios dentro de la población de un Estado, las minorías a las que aluden el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (art. 27)⁶ y la “Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas” (Res. 47/135 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18-12-92) y otros instrumentos regionales, no son pueblos indígenas en el sentido estricto de la palabra⁷.

A pesar que los miembros de los pueblos indígenas gozan de los mismos derechos que individualmente se les reconoce a las personas pertenecientes a minorías, también disfrutaban de derechos específicos que se confunden con los derechos colectivos que les corresponden como “pueblos” y no como grupos minoritarios dentro de un Estado. Estos derechos surgen de su particular relación con sus tierras y territorios y los recursos naturales y conllevan la posibilidad de establecer sus propias instituciones, a modo

⁶ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha hecho mención a la inadecuación de la legislación internacional en relación a la especificidad de la situación de los pueblos indígenas americanos, aclarando que aunque el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas “en su artículo 27 defiende los derechos culturales de las minorías étnicas, no hace la diferencia entre minorías y pueblos indígenas, distinción de importancia en nuestra región”. Organización de Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “*La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*”. (OEA/Ser.L/V/II.108- Doc 62- 20 de octubre de 2000).

⁷ Véase: “*Prevención de la discriminación y protección de las minorías. Documento de trabajo sobre la relación y las diferencias entre los derechos de las personas pertenecientes a minorías y los derechos de los pueblos indígenas*” (E/CN.4/Sub.2/2000/10 de 6 de diciembre de 2001) y *Seminario sobre “Multiculturalismo en África: Soluciones pacíficas y constructivas para las situaciones de las minorías y las poblaciones indígenas”* celebrado en Arusha (República de Tanzania) del 13 al 15 de mayo de 2000 (E/CN.4/Sub.2/AC.5/2000/WP.3 de 18 de mayo de 2000).

⁸ En palabras de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos MARY ROBINSON: “El proyecto de declaración de las Naciones Unidas establece el vínculo entre los derechos humanos y el desarrollo, es decir que uno no es posible sin el otro. Así, las mejoras económicas no pueden planearse sin la protección de los derechos a la tierra y los recursos. Los derechos sobre la tierra deben incluir el reconocimiento de la

relación espiritual que los pueblos indígenas tienen con sus territorios ancestrales. Y la base económica que esa tierra proporciona debe ir acompañada de un reconocimiento de las

MARÍA CRISTINA RODRÍGUEZ

259

de libre determinación interna, incluido el desarrollo autónomo. Por eso es que con respecto a los pueblos indígenas se ha comenzado a hablar del *derecho a la integridad cultural*, expresión que abarcaría su existencia vinculada a otros ordenes, como lo serían la relación con la naturaleza y la manera en que está estructurada su vida social y económica. Este derecho no surge de manera negativa, como ocurre con el art. 27 del Pacto que indica que “no se les debe negar” el goce de determinados derechos, a lo que se agrega que “el término *pueblo* tendería a respetar mejor la idea de que existen sociedades organizadas, con cultura e identidad propias, destinadas a perdurar, en lugar de simples agrupaciones de personas que comparten algunas características raciales o culturales”¹⁰.

Además, el reconocimiento de la igualdad diferenciada, mediante la que se busca su integración (no asimilación) y protección, puede contener la obligación por parte del Estado de garantizar el deseo de la comunidad indígena de no integrarse a la sociedad no indígena y, por ende, proteger su derecho a no ser contactados¹¹. Este derecho, que no aparece como correspondencia de políticas y legales propias de los pueblos indígenas, de sus tradiciones culturales y organizaciones sociales. La tierra y la cultura, el desarrollo, los valores espirituales y el conocimiento son uno. No reconocer uno de estos factores es no reconocer ninguno” (ROBINSON, M. - “*Bridging the Gap Between Human Rights and Development: From Normative principles to Operational Relevance*”. Presidential Fellow Lecture, 3 December 2001, Banco Mundial, Washington D.C. Traducción no oficial.)

⁹ “Nada se va a decir aquí sobre los posibles derechos de los pueblos indígenas salvo que tienen especificidades que los separan en muchos casos de las ‘simples’ reivindicaciones de existencia e identidad de las minorías en cuanto grupo. No se plantea para los indígenas un problema tanto de integración cuanto de reconocimiento constitucional de su existencia separada, protegida notoriamente por el reconocimiento de derechos vinculados estrechamente al dominio sobre la tierra y sus recursos”. MARIÑO MENENDEZ, F., “*Protección Internacional de las minorías: consideraciones viejas y nuevas*” en “Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural”. Isabel García Rodríguez (Ed.)- Universidad de Alcalá- Servicio de Publicaciones. España, 2001, p. 29.

¹⁰ BRONSTEIN, A., “*Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: Síntesis de una evolución y temas de reflexión*” en Organización Internacional del Trabajo. Equipo Técnico Interdisciplinario (ETM). Pueblos Indígenas. San José de Costa Rica, noviembre 1998.

¹¹ En el Informe elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la “*Situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*” (OEA/Ser.L/V/II.108- Doc.62, 20 de octubre de 2000) al referirse a los Tagaeri, Taromenane y Oñamane (comunidades indígenas que habitan en el Oriente ecuatoriano) se expresa que han rechazado todos los intentos de extraños de establecer contactos con ellos. Según la Comisión el cumplimiento por parte de Ecuador del art. 1(1) de la Convención Americana

EL DERECHO CONSUETUDINARIO INDÍGENA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL...

260

pondiente a los individuos que pertenecen a minorías, estaría contenido en el art. V del “Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” referido al rechazo a la asimilación¹². Asimismo, atento los arts. 7 y 8 del “Convenio n° 169”, y arts. 19 y 20 del “Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” la participación en la sociedad es un derecho optativo para los pueblos indígenas.

Derecho consuetudinario y jurisdicción indígena

Vinculado a la protección especial que debe asegurar el Estado a

estos pueblos, aparece el reconocimiento de su derecho consuetudinario como una particularidad que se halla ausente entre los derechos que corresponden a las personas pertenecientes a minorías.

El “Convenio n° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes” establece:

Art. 8. “1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario de los pueblos indígenas.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

respecto a grupos que no han sido contactados presenta problemas difíciles y complejos.

Los informes recibidos por la Comisión “indican que el Estado ha adoptado medidas periódicas para proteger a los tagaeri-taromenane de los contactos”, a lo que se agrega que observadores que enviara a la región han concluido que los Tagaeri “están decididos a vivir en aislamiento, como lo evidencia la muerte por lanza de dos misioneros, Monseñor Lebaka y la Hermana Arano, quienes ingresaron al área donde se sabe que habitan en 1987, en un intento por contactarlos”. (Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, 1991. Capítulo IX. Asuntos de derechos humanos de especial relevancia para los habitantes indígenas del país, p. 326).

¹² “1. Los pueblos indígenas tendrán derecho a preservar, expresar y desarrollar libremente su identidad cultural en todos sus aspectos, libre de todo intento de asimilación.

2. Los Estados no adoptarán, apoyarán o favorecerán política alguna de asimilación artificial o forzosa, de destrucción de una cultura, o que implique posibilidad alguna de exterminio de un pueblo indígena”.

MARÍA CRISTINA RODRÍGUEZ

261

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.”

Art. 9.

“1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.

Art. 10.

“1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2. Deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.”

Art. 17.

“1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados, establecidas por dichos pueblos.”

Asimismo el “Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos

de los Pueblos Indígenas”, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 26 de febrero de 1997, trata el derecho consuetudinario indígena en los artículos XVI, XVII y XVIII en los siguientes términos:

“Art. XVI. Derecho indígena.

1. El derecho indígena deberá ser reconocido como parte del ordenamiento jurídico y del marco de desenvolvimiento social y económico de los Estados.

2. Los pueblos indígenas tienen el derecho de mantener y reforzar sus sistemas jurídicos, y de aplicarlos en los asuntos internos en sus comunidades, incluyendo los sistemas relacionados con asuntos como la resolución de conflictos, en la prevención del crimen y en el mantenimiento de la paz y armonía.

EL DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL...
262

3. En la jurisdicción de cada Estado, los asuntos referidos a personas indígenas o a sus intereses, serán conducidos de manera tal de proveer el derecho de los indígenas a la plena representación con dignidad e igualdad frente a la ley. Ello incluirá la observancia del derecho y costumbre indígena y, de ser necesario, el uso de su lengua.”

“Art. XVII. Incorporación nacional de los sistemas legales y organizativos indígenas.

1. Los Estados facilitarán la inclusión en sus estructuras organizativas, de instituciones y prácticas tradicionales de los pueblos indígenas, en consulta y con el consentimiento de dichos pueblos.

2. Las instituciones relevantes de cada Estado que sirvan a los pueblos indígenas, serán diseñadas en consulta y con la participación de los pueblos interesados para reforzar y promover la identidad, cultura, tradiciones, organización y valores de dichos pueblos”.

“Art. XVIII. Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a las tierras y territorios.

1. Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de su posesión, dominio, y disfrute de territorios y propiedad.”.

En tanto que el “Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, que está siendo elaborado por el Grupo de Trabajo establecido por la resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos, establece:

“Artículo 33. *Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus costumbres, tradiciones, procedimientos y prácticas jurídicos característicos, de conformidad con las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas”.*

“Artículo 34. *Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo de determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades”.*

En algunos ordenamientos nacionales americanos también se reconocen estos derechos. Así, en las Constituciones de Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994) y Ecuador (1998) se prevé la facultad de los pueblos

indígenas de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con sus propias costumbres y procedimientos, con las

MARÍA CRISTINA RODRÍGUEZ

263

limitaciones que resultan del propio texto constitucional, de leyes nacionales y de instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Se advierte entonces que, aún cuando el derecho consuetudinario indígena existiera y se desarrolló desde épocas anteriores a la conquista y colonización en las distintas regiones del mundo, es relativamente reciente el interés nacional e internacional por su reconocimiento¹³.

La posibilidad de aplicar este derecho implica de por sí la existencia de una cultura jurídica pluralista o lo que es lo mismo, la existencia de varios órdenes jurídicos válidos dentro de un mismo Estado: derecho estatal, internacional e indígena. Este hecho lleva a la necesidad de elaborar reglas que resuelvan los conflictos que se presenten en la aplicación de los tres ordenamientos, lo que redundará en el mayor o menor grado de reconocimiento del derecho indígena. Estas reglas pueden estar contenidas en la legislación nacional e internacional o surgir de la jurisprudencia, pero, cualquiera sea la vía elegida, nunca deberán vaciar de contenido a los derechos de los pueblos indígenas¹⁴.

Definir y, por ende, entender qué es el derecho consuetudinario indígena¹⁵ importa una tarea que requiere sacudirse parte de las ideas tradicionales existentes en el pensamiento jurídico occidental, principalmente aquellas que sustentadas por la teoría positivista separan moral y derecho. A mayor abundamiento, el concepto de derecho no existe en el lenguaje de algunos pueblos indígenas (como es el caso de los mayas¹⁶), lo cual no significa que no exista normatividad.

En este sentido la Corte Constitucional de Colombia expresó:

“En efecto, el tipo penal establecido en dicho artículo tiene tres componentes que deben ser estudiados separadamente: el bien jurídico protegido (la moral), la autoridad encargada de establecer la sanción (el gobernador del cabildo indígena) y la sanción

¹³ No obstante ello, existen antecedentes que lo consideraron. Verbigracia, el Decreto Real de 1815 dictado para ser aplicado en América dispuso que fueran restablecidos los cacicazgos y justicia de indios que se habían extinguido de hecho.

¹⁴ WALSH, C. “Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico” en Boletín ICC-RIMAC. Año 4, n° 36, marzo de 2002. Publicación mensual del Instituto Científico de Culturas Indígenas, Quito, Ecuador.

¹⁵ Los propios pueblos indígenas han utilizado expresiones que indican algunas concepciones particulares, tales como justicia tradicional, derecho originario, sistema legal indígena, ley indígena, etc..

¹⁶ QUICH, A., “El derecho consuetudinario maya Tzutujil”. Forum II, 30 de septiembre de 2001 (www.derechosociedad.org).

EL DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL...

264

misma (uno o dos días de arresto). En cuanto al primero, el castigo de falta contra la moral parece, a primera vista, vulnerar la separación contemporánea entre el ámbito de la moral y el jurídico, y establecer un tipo penal en blanco. Sin embargo, esta conclusión parte de la asunción del esquema jurídico predominante en la sociedad colombiana, en el que existe una clara diferenciación entre dichos ámbitos (cf., entre otras, la sentencia C-221/94); una mirada a la norma desde la perspectiva de sus destinatarios

*lleva a la conclusión contraria, por cuanto los ordenamientos jurídicos de las comunidades indígenas carecen de dicha separación tajante*¹⁷.

Llamado también “orden cosmogónico”, por estar conformado por conceptos, creencias y normas de índole religioso, moral y social, responde a una cierta concepción del orden social que determina el modo de aplicación (de qué por forma, a quienes y por quienes) y la función del derecho indígena (finalidad). En algunos aspectos discrepa del modo formal de concebir la justicia en el sistema no indígena revistiendo características propias: generalmente no es escrito, no existe sistematización de sus normas, su transgresión ocasiona una reacción comunal, prevalece el poder conciliatorio¹⁸, el tipo de sanción y la finalidad perseguida es muy particular, es ejecutado por y sobre miembros de la comunidad y difiere del ordenamiento jurídico nacional y de la lógica jurídica occidental¹⁹. Estas dos últimas particularidades no significan que perviva en su estado puro, ya que en muchos casos recogió elementos pertenecientes al sistema jurídico no indígena. También se lo ha calificado como colectivo, ya que no pertenece a

¹⁷ Sentencia N° C-139/96 (9-abril- 1996)-Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 5 y 40 de la ley 89 de 1890.

¹⁸ “Mirando al particular modo de sentenciar, la situación es marcadamente diferente. Respecto del proceso penal el impacto de los principios consuetudinarios, más notablemente la reconciliación y compensación, es mucho más visible”. Cf. CAIN, T. – “*Convergence or Clash? The Recognition of Customary Law and Practice in Sentencing Decisions of the Courts of the Pacific Island Region*” en *Melbourne Journal of International Law*, vol. 2, 2001, n° 1, p. 51

¹⁹ CHACÓN CASTRO, R.- “*Derecho de los Pueblos Indígenas a Darse su Propia Justicia, en el Sistema Jurídico Costarricense (Derecho Consuetudinario Indígena en Costa Rica)*” en “*Estudios y artículos*”: Costa Rica, marzo 2002. Organización Internacional del Trabajo. Proyecto fortalecimiento de la capacidad de defensa legal de los pueblos indígenas en América Central (julio 1999-2002).

MARÍA CRISTINA RODRÍGUEZ

265

autoridad o generación alguna, y sumario, por el tiempo relativamente corto en que se resuelven los conflictos²⁰.

Por otra parte, el origen del derecho consuetudinario indígena resulta bastante complejo, ya que está relacionado con el sistema de parentesco (constitución de las familias y relaciones entre las mismas, herencia y transmisión de la riqueza, filiación, etc.), las concepciones religiosas y el vínculo social de la comunidad con la tierra²¹.

Con respecto a su aplicación existen variantes. En el ámbito internacional, por ejemplo, mientras el Convenio n° 169 de la OIT prescribe que “al aplicar la legislación nacional deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario” (art. 8) y que “las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia” (art. 9), el “Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” va más allá, ya que obliga a su reconocimiento como parte del orden jurídico y del marco de desenvolvimiento social y económico de los Estados (arts. XVI y XVII).

Además, al hacer referencia a “sus costumbres o a su derecho consuetudinario” el Convenio n° 169 pareciera diferenciar los conceptos, lo cual sería congruente desde el punto de vista del derecho no indígena, ya que una costumbre puede o no devenir en norma jurídica dependiendo de la

opinio iuris. Esta es una presunción que puede estar desvinculada de la realidad. En primer lugar, porque los pueblos indígenas no realizan tales distinciones, incluso no existe una clara separación entre las áreas civil y criminal tal como se conoce en el derecho no indígena y, en segundo lugar, porque la permanencia de la costumbre indígena en el tiempo, que el pensa-

²⁰ BOLIVAR BELTRAN - “*Sistema Legal Indígena*” en Revista Yachaykuna del Instituto Científico de Culturas Indígenas, Quito, Ecuador, n°2, diciembre 2001, p. 5.

²¹ Con respecto al vínculo con las tierras y territorios se ha dicho: “La primera dimensión –el espacio– se expresa en la demanda por el uso, goce y manejo de los recursos naturales. La segunda dimensión se expresa, por una parte, en el reclamo por el control de los procesos de orden político, social y cultural gracias a los cuales se asegura la reproducción y continuidad material y cultural del grupo en cuestión, y de otra parte, en el reclamo de que tales procesos estén regidos y se lleven a cabo según la normatividad propia de los pueblos indígenas”. Sesión especial del Grupo de trabajo encargado de elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Informe del Relator de la sesión especial Dr. Osvaldo Kreimer (OEA/Ser.K/XVI-GT/DADIN/doc.138/03, 5 mayo 2003).

EL DERECHO CONSUETUDINARIO INDÍGENA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL...

266

miento jurídico occidental supone ancestral, no existe en todas las circunstancias, pues se trata de un derecho dinámico²².

Dentro de la jurisprudencia internacional americana existen dos interesantes fallos que han considerado las normas particulares que vinculan a los grupos étnicos. El primero de ellos lo constituye el caso *Aloeboetoe y otros-Reparaciones (1993)* emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a un reclamo de una tribu no amerindia (tribu saramaca constituida por descendientes de esclavos africanos que huyeron de sus propietarios holandeses en la época del colonialismo). Al resolver entendió que:

“...las pruebas producidas permiten deducir que las leyes de Suriname sobre esa materia no tienen eficacia respecto de aquella tribu; sus integrantes las desconocen y se rigen por sus propias reglas y el Estado, por su parte, no mantiene la estructura necesaria para el registro de matrimonios, nacimientos y defunciones, requisito indispensable para la aplicación de la ley surinamesa. Además, los conflictos que ocurren en estas materias no son sometidos por los saramacas a los tribunales del Estado y la intervención de éstos en las materias mencionadas, respecto de los saramacas, es prácticamente inexistente. Cabe señalar también que en este proceso Suriname reconoció la existencia de un derecho consuetudinario saramaca”(párrafo 58).

La Corte aplicó los principios generales de derecho que establecen que en la materia los sucesores son los hijos, cónyuge o ascendientes, conceptos que fueron interpretados según el derecho local o costumbre saramaca²³ siempre que no violara la “Convención Americana sobre Derechos Humanos”. En este último sentido se apartó del sistema comunitario de estructura matrilineal y no distinguió entre sexos al referirse a los ascendientes, por ser contrario al principio de no discriminación por género (párrafo 61).

En la sentencia que en 2001 resolvió el asunto de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (art.63 de la Convención*

²² MARTINEZ, V., “*La disputa por el poder municipal en Oaxaca*” en *América Indígena*, Instituto Indigenista Interamericano, México, Vol. LIX, n° 2, Abril –Junio 2003, p. 17.

²³ La Corte reconoció que el principal grupo de familiares es el *bee*, compuesto por

descendientes de una mujer en particular. La compensación por cada víctima se asignó a cada uno de los *bee* que le correspondían, cuyo titular la distribuiría entre sus miembros (párrafo 59).

MARÍA CRISTINA RODRÍGUEZ

267

Americana sobre Derechos Humanos), la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y aludió al sistema consuetudinario de propiedad vigente en esa comunidad indígena en estos términos:

“La Corte considera que es necesario hacer efectivos los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la legislación nicaragüense, de conformidad con la Convención Americana. En consecuencia, el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta” (párrafo 138).

“...entre los pueblos indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad privada de la tierra en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en el individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios, la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del cual deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” (párrafo 149).

“El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.” (párrafo 151).”

“Por la razón anterior, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esta Corte considera que el Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación

EL DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL...

268

y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas. Asimismo, como consecuencia de las violaciones señaladas de los derechos consagrados en la Convención en el presente caso, la Corte dispone que el Estado deberá proceder a delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los

miembros de la Comunidad Awas Tingni, en un plazo máximo de 15 meses, con la plena participación, y tomando en consideración el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de la Comunidad” (párrafo 164).

En estos párrafos la Corte diferencia derecho consuetudinario de valores, usos y costumbres de la comunidad indígena, cuando de los testimonios de los especialistas no surgió tal distinción, ya que el derecho indígena está constituido por valores, usos y costumbres²⁴. Asimismo utiliza la expresión “propiedad privada”, término que esta comunidad no conoce y que de incorporarlo a su lenguaje lo es sólo con la finalidad de defender sus reivindicaciones sobre sus tierras y territorios.

En el ámbito nacional se le ha dado el carácter de fuente supletoria de último rango (Constitución de Guatemala de 1985) o se reconoce su existencia y validez (art. 85 de la Constitución de Tuvalu de 1987, Village Fono Act de 1990 en Samoa, art. 246 de la Constitución de Colombia, art. 149 de la Constitución de Perú de 1993, Nunavut Settlement de 1993 en Canadá²⁵, art. 171 de la Constitución de Bolivia de 1994, Constitución de Fiji de 1997²⁶, Constitución de Sudáfrica de 1996²⁷, art 191 de la Constitu-

²⁴ Véase: páginas 727, 734 y 745 del fallo.

²⁵ “For the Inuit, many issues are being resolved by way of land claims settlements based on the fact that they have never ceded their Aboriginal title to their lands by Treaty. Entitlement as a beneficiary, compensation, self-government measures and a land base are issues commonly dealt with in these comprehensive land claim negotiations. These agreements achieved are, as noted above, become treaties for purposes of constitutional protection of the rights guaranteed to the Inuit parties. The Inuvialuit settlement of the early 1980’s was an example of such a settlement; the most comprehensive has been the *Nunavut Agreement* of 1993 which will, when implemented, effectively divide the Northwest Territories into two new political units”. Cf. “*A Brief Introduction to Aboriginal Law in Canada*”. Virtual Law Office Bill Henderson (www.bloorstreet.com).

²⁶ La Constitución de Fiji de 1990 reconocía el derecho consuetudinario como parte del derecho estatal, pero luego la Constitución de 1997 le ha restado tal dimensión, reduciéndolo a una especie de moral consuetudinaria.

²⁷ La Constitución de Sudáfrica de 1996 reconoce el derecho consuetudinario como parte de la ley del Estado, pero no puede aplicarse si es contrario a la justicia, equidad, orden público y, en general, al respeto de los derechos humanos.

MARÍA CRISTINA RODRÍGUEZ

269

ción de Ecuador de 1998, art. 59 de la Ley Relativa a la protección, fomento y desarrollo de los Pueblos Indígenas de la República de Chile de 1991), o deberá ser tenido simplemente en cuenta por los tribunales (art. 6 del Estatuto de las Comunidades Indígenas de Paraguay²⁸, Sec. 1, párrafo 3 de Laws of Kiribati Act de 1989).

Por ejemplo, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala al aprobar el Convenio nº169 afirmó que la aplicación del derecho consuetudinario “*se debe hacer siempre dentro del marco del derecho existente en el país (...) así el artículo 8 del Convenio 169 de la OIT (...) no establece que se juzgará con base en las costumbres, sino que se tomarán en consideración éstas al momento de juzgar*” (Resolución del 18 de Mayo de 1995).

Otras veces el derecho consuetudinario indígena no se puede aplicar o está sujeto a restricciones que surgen de la legislación general²⁹. Verbigracia, en Costa Rica está prohibido en los litigios laborales, pues los derechos sociales son irrenunciables; en Colombia se prohíben ciertos castigos (destierro, prisión perpetua, confiscación, pena de muerte) y está limitado

personalmente (individuos indígenas) y territorialmente (hechos ocurridos en territorio indígena).

Con respecto a la jurisprudencia nacional, se advierte que los fallos relativos a los derechos de los pueblos indígenas son muy recientes, destacándose que los jueces han comenzado a considerar las costumbres indígenas abandonando aquellos viejos conceptos que los calificaban como mar-

²⁸ Art. 6: “*En los procesos que atañen a indígenas los jueces tendrán también en cuenta su derecho consuetudinario, debiendo solicitar dictamen fundado al Instituto Paraguayo Indígena o a otros especialistas en la materia*”.

²⁹ “Juridic pluralism has received attention by Quentin-Baxter in Fiji, Morgan in the Sudan, and Rumbles in his discussion of African customary law and its harmonisation with ‘received law.’ In Fiji and most of Africa, indigenous customary law was retained in some form, especially in terms of civil (private) law. As a result customary and common law operate as independent legal regimes. In both the South African and Fijian pluralist models serious criminal offences are dealt with under one legal code. It appears criminal justice is an area where the country needs a unified system of law, while application of sentence may differ according to culture. Customary criminal law may be able to be applied in community based traditional courts/tribunals but this would be only in minor matters as once the case enters the formal court system the unified system would apply to all equally, regardless of cultural affiliation”. Cf. Joseph, R. – “*Laws and Institutions for Aotearoa/New Zealand*” en “Comparatively Speaking. A Summary Paper for Objective 2”. Te Matahauraki Reserch Institute. February 2001, p. 6.

EL DERECHO CONSUETUDINARIO INDÍGENA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL...

270

ginados, salvajes o incapaces relativos, tal como ha sucedido en Argentina³⁰, Colombia, Australia, Perú, Costa Rica, Canadá, etc.

En Argentina, la sentencia dictada el 12 marzo de 1999 por el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Neuquén³¹ recaída en los autos “*Puel, Raúl s/ daño*” (expediente n° 228- año 1998), Acuerdo n° 8/1999, declaró no punible la conducta de un miembro de la comunidad indígena mapuche acusado de extraer estacas demarcatorias en la propiedad de un particular. El tribunal, señalando la reforma constitucional de 1994 relativa al reconocimiento expreso del respeto por la identidad de los pueblos indígenas argentinos (art. 75, inc. 17) y la jerarquía constitucional otorgada al “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (art. 75, inc.22), expresó: “...no podrá dudarse que como cumplimiento de aquellas mandas constitucionales, ciertas conductas desplegadas en el ámbito de determinados grupos étnicos deben ser analizadas en función de su significación que, las mismas adquieren dentro de su atmósfera cultural; ello, simplemente porque es dentro de esa atmósfera en que se vuelven inteligibles”.

“El documento sentencial materia de recurso da cuenta de que el imputado es un ‘criancero’ que pertenece a la comunidad “Mapuche”. También, como ya se pusiera en evidencia, Raúl Puel, en reiteradas ocasiones afirmó que había sacado las estacas porque al estar dentro de los límites de su propiedad no se le había requerido ‘autorización’ para colocarlas”.

“Esta circunstancia, que en otro contexto, podría (lícitamente) ser considerada como una mera excusa exculpatoria, en este caso,

³⁰ Por ejemplo, caso *Lonco Luan*, en el que el Juez del Crimen de Zapala, Neuquén, en 1980, declara inimputable a un miembro de la comunidad mapuche en razón de las pautas culturales de la comunidad y la influencia negativa que había producido la prédica de un pastor evangélico en 1978; caso *Ñarez, Leyla Marcela s/denuncia usurpación* resuelto por un Juzgado de Instrucción de Puerto Madryn, Chubut, en 2002; caso *Oñate, Juan c/Rago, Pablo y otro s/ interdicto de retener*, resuelto por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil,

Comercial y Minería n° 5 de Bariloche, Río Negro, en 2002.

³¹ En el año 2000 fue presentado en la legislatura de la provincia de Neuquén un anteproyecto de Código Procesal Penal que contenía dos artículos referidos a los pueblos indígenas y a la diversidad cultural. En el primero se preveía un tratamiento especial, atendiendo a la diversidad cultural, con respecto a hechos cometidos por un grupo social con normas particulares o a la persona o vida del imputado; en el segundo, se prescribía que el juez debía tener en cuenta el derecho consuetudinario indígena cuando éste estableciera la extinción de la acción penal.

MARÍA CRISTINA RODRÍGUEZ

271

por las particularidades culturales que conforman la 'identidad' del imputado, debieron haber merecido, por parte del juzgador, un tratamiento más detallado".

A su vez, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, al resolver un recurso de amparo sobre nacionalidad de indígenas que no podían acreditar su nacimiento en territorio costarricense sostuvo:

"IX. La demostración de que estamos frente a un problema del nacimiento de una persona o incluso del de sus padres también, que no correspondía a la realidad de esas comunidades, es el hecho que el legislador simplificó aún más esos requisitos y por reforma introducida por ley n° 7225 que deroga la n° 7024, permite la inscripción de los indígenas nacidos en Costa Rica con cumplimiento del simple requisito de aportar el testimonio de dos personas de buenas costumbres. Ello con el fin de que sean las mismas comunidades autóctonas las que definan quienes son sus integrantes, aplicando sus propios criterios y no los que sigue la legislación para el resto de los ciudadanos..."

*"X. Lo dicho en el punto anterior, es de vital importancia para la inscripción de un indígena como ciudadano costarricense, puesto que aún cuando una comunidad autóctona reconozca un territorio vital no concordante con las fronteras políticas hoy definidas por los Estados, la determinación que hagan los dirigentes de la misma sobre la pertenencia o no de una persona al grupo, determinará su inscripción"*³².

En otro sistema jurídico diferente al continental, como lo es el *common law*, también se han considerado las costumbres. Así, en el asunto *Simon c. La Reine* (2R.C.S.38- 1985), resuelto por la Corte de Suprema de Canadá sobre la base de un tratado suscrito entre la Corona británica y la tribu Micmac en 1752, se tuvieron en cuenta las costumbres de esta comunidad para establecer la filiación y, por consiguiente, determinar quien es indígena. Al respecto el tribunal afirmó:

"Los Micmacs no llevan ningún registro. Las tradiciones micmacs son en gran parte de naturaleza oral. La imposición de una carga de prueba imposible eliminaría efectivamente de todo valor al derecho de caza que un Indio Micmac Shubenacadie actual podría invocar fundándose en este tratado" (párrafo 44).

³² Recurso de Amparo: Cuatrimestre 1, 1993. Voto 1786.

EL DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL...

272

En algunos países se permite la actuación de tribunales indígenas, pero ellos son muy pocos, aún cuando es uno de los reclamos de ciertas comunidades en América y Oceanía³³. Estos tribunales sólo pueden aplicar el derecho consuetudinario y con muchas restricciones. Como ya dijimos,

su competencia es material, espacial y personal, en tanto está circunscrita a las propias normas, al territorio y a los miembros de la comunidad indígena. Por ende, esta jurisdicción especial no opera cuando la violación lo es al ordenamiento nacional o el agravio se produce con respecto a un extraño a la comunidad o viceversa. Empero, los jueces ordinarios deben tener en cuenta las costumbres indígenas. Así lo entendió la Corte Constitucional Colombiana en estos términos:

“...las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera incidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable...”(Sentencia T-496-1996).

Cuando las conductas permitidas por el derecho indígena resulten contrarias a los derechos humanos fundamentales reconocidos por los ordenamientos nacional e internaciona³⁴, o violen normas de especial interés público nacional, estamos frente a una costumbre *contra legem*, lo cual plantea el principio a utilizarse para resolver el conflicto de normas (*pro*

³³ La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica sostuvo:

“La legislación penal tampoco contempla la posibilidad de dar valor al sistema tradicional de justicia interna de estos pueblos, según el cual el mayor de la comunidad, -cacique, o sukia-, líder espiritual, aplica un derecho consuetudinario para resolver las controversias surgidas dentro del grupo.(...) Sólo en casos de lesiones o hechos más graves recurren a la justicia común. Por ello aspiran a que se les permita celebrar sus propios juicios y a que la legislación no les imponga un doble castigo por el mismo hecho: el de su comunidad y el de la justicia común”. (Voto 3003/92 de 7 de octubre de 1992).

³⁴ Verbigracia, la Corte Superior de Ancash (Perú) entendió que el castigo (consistente en hacer trabajar tres días en cada base rondera a una persona acusada de abigeato) aplicado por los ronderos de la comunidad campesina de Huaraz vulneraba la libertad individual e indicó: *“...las rondas campesinas puedan ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre y cuando no violen derechos fundamentales de la persona, en el caso sub judice, precisamente se ha violado el derecho a la libertad”* (YRIGOYEN FAJARDO, R. – *“Tratamiento judicial de la diversidad cultural y la jurisdicción especial en Perú”*. Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Antropología Jurídica y Derecho Consuetudinario organizado por la Asociación Internacional de Antropología Jurídica y Pluralismo Legal y por la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU). Arica, 13-17 de marzo de 2000.

MARÍA CRISTINA RODRÍGUEZ

273

hombre, pro indígena). Generalmente el conflicto es resuelto por el ordenamiento nacional o por la justicia ordinaria. Así, en algunas islas del Pacífico los tribunales indígenas pueden aplicar el derecho consuetudinario siempre y cuando no entren en conflicto con el derecho escrito o sea contrario a la justicia, moralidad y buen orden (cap. 167 de Island Courts Act de Vanuatu) o las sanciones sean de las expresamente determinadas por la legislación estatal (sección 6 de Village Fono Act de 1990 en Samoa³⁵)

Incluso, cierto tipo de sanciones dispuestas por la jurisdicción indígena han motivado una interesante polémica, ya que muchas parecieran ser incompatibles con lo establecido por la “Convención contra la Tortura y otros Tratados o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes”, por lo que corresponderá a los jueces nacionales revisar tales condenas³⁶.

A opinión del gobierno de Canadá resulta una cuestión muy crítica la posibilidad de conflicto entre una ley indígena y una ley del Estado. En algunos casos prevalecerán las primeras y en otros las segundas, dependiendo del asunto tratado por las leyes en cuestión³⁷. Sin embargo, en la mayoría de los casos que ha debido resolver la justicia canadiense se ha

buscado armonizar el derecho estatal o provincial con las costumbres indí-

³⁵ "(a) *The power to impose a fine in money, fine mats, animals or food; or partly in one or partly in others of those things; (b) The power to order the offender to undertake any work on village land*".

³⁶ Verbigracia, la Corte Constitucional de Colombia debió ocuparse de los castigos corporales aplicados en las comunidades embero-chamí y paez conocidos como "cepo" y "fuate". Respecto al "cepo" (que consiste en dos maderos aserrados y unidos donde se colocan los tobillos del condenado y se aplica a los casos de falso testimonio, homicidio, lesiones corporales, hurtos, infidelidad, envenenamiento de aguas, etc.) consideró que no era tortura ni trato inhumano o degradante porque era una pena corporal que hacía a la tradición y era considerada valiosa por su alto poder intimidatorio para la comunidad chamí, su duración no era extensa y se aplicaba de manera que no producía daño alguno en la integridad del condenado³⁶ (Sentencia T-349/1996).

Al referirse al "fuate" (castigo corporal de flagelación con un palo de madera fina al cual se ata una tira no trenzada) la Corte expresó que si bien producía aflicción, la finalidad no era causar un sufrimiento excesivo, "sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo". Es, según el tribunal, una figura simbólica o ritual de la comunidad paez para sancionar a un miembro y devolver la armonía, y para aclarar la diferencia con la tortura y los tratos inhumanos y degradantes se valió del fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos de 1978 en el caso *Tyrer* (Sentencia T-523/97).

³⁷ Comentarios de la delegación del Canadá sobre los artículos VII a XVIII referidos a la libre determinación de los pueblos en el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas presentados el 14 de marzo de 2002 (OEA/Ser.K/ XVI- GT/DADIN/doc.69/02, 14 marzo 2002).

EL DERECHO CONSUETUDINARIO INDÍGENA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL...

274

genas y, dentro del primero, se han tenido en cuenta los antiguos tratados suscritos entre la Corona británica y los pueblos indígenas.

Verbigracia, en el asunto *Sioui* (1990) la Corte Suprema de Canadá debió decidir si las prácticas religiosas (tala y quema de árboles) del pueblo indígena (hurón) de Lorrette en el Parque Jacques Cartier en Quebec eran contrarias a las regulaciones provinciales sobre conservación y protección de parques. Basándose en un tratado de 1760, este alto tribunal sostuvo que le correspondía balancear los intereses de la Corona con los de la comunidad indígena, protegiendo el ejercicio de sus costumbres en todo el territorio que frecuentan sus miembros en tanto no fuesen contrarias a las necesidades de la sociedad³⁸.

Otro tanto ocurre en las ex colonias británicas de Oceanía. En el famoso caso *Mabo and Others v. Queensland (n° 2)* (1992)³⁹ la Suprema Corte de Justicia de Australia fue más allá de un conflicto entre las normas del *common law* referidas a la propiedad de la tierra y los derechos de los indígenas. Partió de una interpretación evolutiva del primero que le permitió reconocer una ocupación continuada de las tierras basada en sus normas tradicionales y costumbres⁴⁰. Además, se apartó de la idea tradicional de calificar como tierras "res nullius" a aquellas habitadas por poblaciones

³⁸ "Aboriginal people do not use terms in their own languages that connote 'ownership'; they describe themselves rather as 'stewards' of their traditional territories, with a responsibility to the Creator to care for them and every living thing on them. They tend to focus on the respectful use of lands and resources rather than Dominion over them. The Supreme Court of Canada disagreed, finding in the treaty itself an intention by the Crown and the Wendat that Wendat rights to exercise their customs be reconciled with the needs of the settler society, represented by the Crown, to expand. Thus, confronted with the conflicting interests of the Crown and the Wendat today, the Court preferred to balance their interests as follows: Protecting the exercise of the customs in all parts of the territory frequented when it is not incompatible with its occupancy is in my opinion the most reasonable way of reconciling the competing interests(51). The Court found that exercise of the rights of the Wendat was not incompatible with the rights of the Crown. The convictions of the Wendat of Lorrette were accordingly set aside (52)".

³⁹ *Mabo and Others v. Queensland* (n° 2) (1992) 175 CLR 1 F.C. 92/014. Aborigines - Constitutional Law - Real Property.

⁴⁰ “*Native title has its origin in and is given its content by the traditional laws acknowledged by and the traditional customs observed by the indigenous inhabitants of a territory. The nature and incidents of native title must be ascertained as a matter of fact by reference to those laws and customs.... The general principle that the common law will recognize a customary title only if it be consistent with the common law is subject to an exception in favour of traditional native title*” (párrafo 64). “*The common law can, by reference to the traditional laws and customs of an indigenous people, identify and protect the native*

MARÍA CRISTINA RODRÍGUEZ

275

consideradas inferiores por ser diferentes en su cultura y organización social, en tanto hoy son conceptos contrarios al derecho internacional (citó a la CIJ en el asunto del Sahara Occidental). Si bien dijo que el *common law* no se conforma estrictamente con el derecho internacional, reconoció que este último es una legítima influencia para el primero, especialmente en lo relativo a los derechos humanos. Diferenció adquisición de territorios para el derecho internacional del régimen de la propiedad que sólo pertenece al derecho interno, y declaró que existía un “título nativo” cuya transmisión o adquisición era materia determinada por las leyes y costumbres indígenas, mientras no fueran contrarias a la justicia natural, la equidad y las buenas costumbres⁴¹.

En el asunto *Friends and Community of Ngawha inc. v. Ronald Wihongi and Riana Wihongi and Others* (2002)⁴², la Corte de Apelaciones de Nueva Zelanda debió entender en la negativa de una comunidad maorí a la construcción de una cárcel en un sector que ellos consideraban sagrado. En primera instancia, un tribunal especial para cuestiones ambientales afirmó que la efectiva protección del medio ambiente no se limitaba a los recursos físicos y tangibles, sino que se extendía a los valores espirituales e intrínsecos⁴³. Pero, en opinión de la Corte los trabajos podían realizarse sin *rights and interests to which they give rise. However, when the tide of history has washed away any real acknowledgment of traditional law and any real observance of traditional customs, the foundation of native title has disappeared. A native title which has ceased with the abandoning of laws and customs based on tradition cannot be revived for contemporary recognition. Australian law can protect the interests of members of an indigenous clan or group, whether communally or individually, only in conformity with the traditional laws and customs of the people to whom the clan or group belongs and only where members of the clan or group acknowledge those laws and observe those customs (so far as it is practicable to do so)*” (párrafo 66).

⁴¹ Véase también los comentarios sobre este fallo realizados por REILLY, A. en “*From a Jurisprudence of Regret to a Regrettable Jurisprudence: Shaping native Title from Mabo to Ward*”. Vol. 9, Number 4 (December 2002). E LAW Murdoch University Electronic Journal of Law (www.murdoch.edu.au/elaw/issues).

⁴² *Friends & Community of Ngawha inc v Ronald Wihongi and Riana Wihongi & Ors* (2002) NZCA 322 (17 December 2002).

⁴³ “*The central argument which the applicants would wish to advance in this Court is that the Environment Court did not have proper regard to the beliefs concerning the taniwha of those Maori whom they represent. They accept that those beliefs are not a natural or physical resource but say that, for the purposes of s5, the beliefs form part of a cultural and social wellbeing and that they are, in terms of the definition of “environment”, part of the social and cultural conditions which affect ecosystems and natural and physical*

EL DERECHO CONSUETUDINARIO INDÍGENA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL...

276

resources. They say that the use and development of resources must be done consistently with Part II of the Act, including s6(e) which requires both recognition and provision for the relationship of Maori and their culture and traditions with their ancestral lands, water and taonga. The taniwha, or the belief in it, is said to be a taonga. Whilst it is accepted that the Environment Court recognised the beliefs, it is said to have made no provision, or inadequate

provision, for them in its decision; that there was no compromise or balancing carried out by the Court in this respect so that the prison proposal cannot achieve the sustainable management of natural and physical resources in a way which protects the cultural wellbeing of Maori in accordance with s5”.

⁴⁴“The Court, for example, made a determination of fact that the prison and other works would not affect the pathways. The Court appears to have been of the view that the beliefs of the applicants about the taniwha were therefore being appropriately provided for by the way in which the development had been designed. The Court could hardly have been expected to conclude that although the taniwha’s pathways were not affected – there being no gas vents within the site – it was nevertheless necessary to make further provision for beliefs to the contrary, especially when those beliefs were not shared by other Maori witnesses”.

⁴⁵ Resource Management Act 1991.

daño alguno en los sitios religiosos maoríes, ya que por la índole de la creencia era imposible afectarlos ⁴⁴:

“Neither the statutory purpose, nor the text of [ss6(e), 7(a) and 8] indicates that those making decisions under the Act⁴⁵ are to be influenced by claimed interference with pathways of mythical, spiritual, symbolic or metaphysical beings, or effects on the mythical, spiritual, symbolic or metaphysical qualities”.

Este caso resulta muy interesante pues abre el interrogante sobre el contenido y los límites del derecho a la identidad cultural y sobre la relación entre creencias y medio ambiente. Por ello es que durante la discusión del “Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” se ha cuestionado la inclusión del término “medio ambiente total”.

Conclusión

El derecho consuetudinario indígena va adquiriendo cada vez mayor importancia ya que se lo ha ido reconociendo en las legislaciones nacional e internacional y, por vía jurisdiccional, se lo ha aplicado e interpretado. No obstante, por el momento no se puede afirmar que, frente a los conflictos que surjan al confrontarlo con aquellos dos ordenamientos, el derecho indígena pueda ser aplicado plenamente. En este sentido, porque ni el llamado derecho a la integridad cultural ni el derecho al desarrollo autónomo han

MARÍA CRISTINA RODRÍGUEZ

277

sido definidos como otorgando a los pueblos indígenas la posibilidad de libre determinación interna separada totalmente de la población del Estado. Como consecuencia no existe tal pluralismo jurídico sino una suerte de pirámide jurídica donde el derecho consuetudinario indígena ocupa el último lugar.

EL DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL...

278

279

Sección III

HISTORIA, FILOSOFÍA, SOCIOLOGÍA Y POLÍTICA

280

281

NORMATIVIDAD Y DERECHO

por Celia Abril de Castellanos*

Resumen: El propósito del presente trabajo es exponer, desde una perspectiva meta - teórica, cuestiones inherentes a la elaboración de una teoría normativa del derecho. A tal fin, se hace hincapié en los requerimientos para una explicación satisfactoria del concepto de derecho y de obligación jurídica.

Asimismo, el análisis intenta efectuar una evaluación de los métodos alternativos de responder a dichas cuestiones, provenientes de teóricos cuyas elaboraciones constituyen hitos en el proceso de determinación del alcance y límites de una teoría normativa del derecho.

Palabras clave: derecho – autoridad - decisión judicial – textura abierta – normas – principios - justificación - casos difíciles.

1.- Introducción

La elaboración de una teoría normativa del derecho requiere una explicación satisfactoria del concepto de derecho y de la obligación de obedecer el derecho. Me propongo, en el presente análisis, un examen y evaluación de los métodos alternativos de responder a dichas cuestiones, provenientes de teóricos cuyas elaboraciones constituyen hitos en el proceso de determinación del alcance y límites de una teoría normativa del derecho.

* Adjunta por concurso, dedicación exclusiva, en la cátedra C de Introducción al Derecho con tareas de extensión en la cátedra B de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba.

282

Los enfoques tradicionales en teoría del derecho ubicaban la cuestión inherente al conocimiento del derecho en un plano ontológico. El tema central, para dichos enfoques, estaba constituido por la discusión en torno a las características distintivas del objeto del análisis, esto es, el derecho positivo.

Los enfoques contemporáneos han ido desplazando la cuestión relativa al conocimiento del derecho, del plano ontológico al plano epistemológico.

En efecto, las exigencias de conocimiento hacen referencia, según estos nuevos enfoques, a las específicas condiciones que debe reunir el sujeto cognoscente, las cuales harán posible la producción de genuinas proposiciones acerca del fenómeno jurídico.

2.- El enfoque definicional

Los primeros intentos de elaboración de una teoría del derecho asumían la forma de una exigencia de definición. La tarea requerida al jurista, según esta perspectiva, consistía en explicar el significado de la palabra derecho para dar cuenta del fenómeno que constituye su referencia. Según estos enfoques esencialistas o realistas, definir “derecho” equivale a suministrar las condiciones necesarias y suficientes para el uso del término analizado.

Dicho de otro modo, la teoría del derecho sirve al propósito de dar respuesta a preguntas tales como: ¿Qué es derecho? O ¿Cuál es la naturaleza del derecho?.

Los problemas que surgen de la perspectiva definicional tienen su origen en la naturaleza compleja del fenómeno jurídico. Dicha complejidad viene dada, por un lado, por la conexión estrecha del derecho con otros fenómenos sociales, tales como el poder coercitivo y la moral, y, por el otro, porque presuponer la idea de que todo sistema jurídico consiste en normas de un cierto tipo, da lugar a una cuestión ulterior no menos compleja, a saber, la de dar respuesta a preguntas tales como: ¿Qué tipo de entidades son las normas? y ¿Cómo podemos diferenciar las normas jurídicas de otros tipos de normas? (Hart: 1998; 7-11).

2.1.- Derecho y coerción

En relación al primero de los problemas mencionados, la denominada versión clásica de la teoría positivista del derecho elaborada por John Austin, caracterizó al derecho positivo por su relación estrecha con el poder coercitivo, inclinándose a ver en la relación entre ambos fenómenos una identidad (Hart:1998; 8). De ese modo, el derecho es concebido como el conjunto de órdenes coercitivas del sector dominante en una sociedad, y

la obligación como una consecuencia del vínculo generado a partir de di-

CELIA ABRIL DE CASTELLANOS

283

chas órdenes, el que halla su fundamento último en el interés prudencial, por parte de quien recibe las órdenes, de evitar las sanciones coercitivas. Algunos juristas posteriores advierten que el concepto de derecho elaborado por Austin no reproduce las características de los sistemas jurídicos modernos. En tal sentido, se sostiene que su explicación del derecho no reproduce las características del vínculo voluntario que se da entre las autoridades supremas, los delegados de aquellas y demás participantes que aceptan tales órdenes. Ello así, porque la explicación de Austin no da cuenta de la específica actitud normativa característica del derecho. En síntesis, se niega que el derecho sea un fenómeno puramente coercitivo.

2.2.- Derecho y moral

Por su parte, las distintas versiones de la clásica teoría iusnaturalista identifican el derecho y la moral a partir de aspectos que ambos fenómenos tienen en común, tal como el carácter normativo, el cual hace que ciertas áreas de la conducta queden excluidas del ámbito de libre elección de los individuos. Se añade a esto el hecho de que los derechos positivos reproduzcan a través de algunas normas jurídicas exigencias morales fundamentales. Cabe agregar, además, la idea de justicia que une el derecho al dominio moral. La idea de conducta obligatoria está ligada, en esta perspectiva de análisis, a la congruencia con principios de moral o de justicia.

Las posiciones del positivismo clásico y el iusnaturalismo resultan contrapuestas, pero tienen en común que ambas producen un análisis insuficiente de las diferencias específicas existentes entre derecho, coerción y moral. Reducen la complejidad característica del derecho al precio de dar una visión distorsionada y parcial del fenómeno jurídico (Hart: 1998; 8-10).

2.3.- Derecho y autoridad

Por su parte, Hans Kelsen advierte que la categoría lingüística de las órdenes no es adecuada para una explicación satisfactoria del derecho. Su análisis hace hincapié en las características distintivas del derecho. En efecto, el derecho según el autor, es un fenómeno normativo y, en tal sentido, caracteriza la norma jurídica a diferencia de las meras órdenes, como el sentido de un acto de promulgación autorizado. Asimismo el sistema jurídico, a diferencia de la moral, constituye deberes objetivos porque la validez o existencia de sus normas no depende del punto de vista particular de una o varias personas, sino que son válidas para cualquier sujeto que las tome en consideración con independencia de su voluntad o creencias. La objetividad de los deberes jurídicos está ligada al orden social constituido y soste-

NORMATIVIDAD Y DERECHO

284

nido por el derecho, de allí que existan como sentidos de actos de autoridad (Kelsen: 1979 – 1985). Su enfoque permite, a diferencia del propuesto por Austin, identificar al soberano como supremo legislador y, de ese modo, reproducir la idea de autoridad característica del derecho en los estados modernos.

La contribución de la teoría del derecho de Hans Kelsen ha sido desplazar la discusión relativa al concepto de derecho al plano epistemológico.

En efecto, la noción de autoridad, que constituye el punto de partida de su

análisis, es un presupuesto epistemológico, un concepto puramente explicativo. A su vez, su enfoque adopta la perspectiva del jurista quien debe ubicarse frente al derecho en una posición de neutralidad, analizando el sistema jurídico como un conjunto de directivas dirigidas principalmente a los jueces a fin de determinar las condiciones de aplicación de las sanciones coercitivas. El derecho es un conjunto de prescripciones o normas existentes sólo en el pensamiento del jurista, esto es, existentes en un plano puramente ideal. De allí que su propuesta pueda ser caracterizada como normativa y neutral a la vez (Raz: 1986, 1990, 1991).

El problema que surge de la propuesta del autor es que la misma conduce a un círculo vicioso. En efecto, identificamos las normas por medio de los actos de promulgación de la autoridad, cuando dichos actos no pueden ser identificados sino a partir de las normas que le confieren tal sentido. Ello así, porque la noción de autoridad, que constituye el núcleo de su caracterización del derecho como fenómeno esencialmente normativo, es también normativa (Caracciolo: 1991).

3.- El enfoque descriptivo de la actitud normativa y de la práctica del derecho

La cuestión que se plantea en el seno de la teoría jurídica, a partir de la obra de Kelsen, es que las normas jurídicas no sólo tienen que poseer autoridad, sino que tal autoridad tiene que reconocerse o justificarse. Este nuevo desafío es abordado por teóricos que, con el propósito de dar cuenta de esta nueva exigencia, orientan el análisis del derecho hacia el fenómeno de la motivación subyacente a la práctica del derecho. De otro modo, el fenómeno de la aceptación o reconocimiento de la autoridad del derecho y de los deberes jurídicos pasa a ocupar un lugar prioritario en la teoría del derecho. La característica del derecho, desde este nuevo enfoque, está dada por la actitud normativa de los participantes en la práctica del derecho. En efecto, el derecho se caracteriza por la naturaleza voluntaria del vínculo que se da entre la norma jurídica y el sujeto de la norma. En

CELIA ABRIL DE CASTELLANOS

285

consecuencia, las normas son identificadas, desde el punto de vista del participante, como pautas de conducta reflexivas¹.

El análisis desde esta perspectiva da lugar a teorías descriptivas de la función del derecho en la determinación de acciones y decisiones de sus eventuales destinatarios.

3.1.- Derecho y regla social

La teoría del derecho de H.L.A.Hart describe los efectos prácticos a que da lugar el fenómeno de reconocimiento o aceptación de las normas jurídicas. A tal fin reproduce el punto de vista de los que usan las reglas para guiar su conducta social, esto es, de aquellos que aceptan las reglas y aprecian su conducta y la de otros individuos en términos de esas reglas. En otros términos, su análisis del significado estándar asignado a las reglas por parte de quienes adoptan el punto de vista interno, le permite registrar el conjunto de actitudes, creencias, deseos e intenciones que subyacen a una práctica del derecho.

Las normas jurídicas en su conjunto funcionan como un marco dentro del cual aparecen definidos los hechos institucionales. De ese modo, los elementos del derecho son caracterizados como reglas en uso o prácticas sociales. Todo lo que existe como método de control social, en esta perspectiva,

es una actitud general del grupo social hacia las reglas como pautas o guías de conducta (Hart: 1998 ; 69 – 72). En tal sentido las normas jurídicas, al igual que las reglas de un juego, valen sólo para aquellos que han resuelto participar del mismo. Admitir que hay hechos institucionales implica admitir que hay deberes y que los que participan del juego institucional están vinculados por ellos².

¹ En tal sentido PHILIP SOPER afirma: “A la inversa del universo físico, la realidad social consiste no sólo en el comportamiento observable de individuos, sino también en sus actitudes internas.” PHILIP SOPER, *Una Teoría del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

² Al caracterizar el aspecto interno de las reglas, Hart sostiene que es erróneo representarlo como una cuestión de “sentimientos”. Al respecto el autor afirma: “Lo que es necesario es que haya una actitud crítica reflexiva frente a ciertos modelos de comportamiento en tanto que pautas o criterios de conducta comunes, y que ella se despliegue en la forma de crítica (que incluye la auto-crítica), exigencias de conformidad, y en reconocimientos de que tales críticas y exigencias están justificadas, todo lo cual halla expresión característica en la terminología normativa: “yo debo”, “deber”, “tú tienes que”, “el debería”, “correcto”, “incorrecto”, etc.” HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, 1998, pg.72.

NORMATIVIDAD Y DERECHO

286

El criterio cognitivo propuesto por el autor es la denominada regla de reconocimiento. Básicamente, ésta regla se expresa en términos de eficacia general, pues indica los criterios con autoridad usados en una práctica del derecho para identificar las reglas jurídicas existentes. Dicha regla identifica la práctica social compleja o complejo actitudinal en que consiste el derecho. Es en tal sentido que podemos afirmar que su teoría no describe el derecho, sino sus efectos prácticos. En relación al criterio cognitivo propuesto, regla de reconocimiento, cabe sostener que el mismo conduce a una petición de principio. En efecto, la regla de reconocimiento sólo puede ser identificada porque su aceptación, como regla, genera la práctica que se quiere identificar.

En síntesis, Hart analiza la función que cumplen las normas en la evaluación de la conducta social. Pero adquiere especial relevancia la referencia que el autor hace del uso de las reglas jurídicas para evaluar las decisiones de la judicatura. Ello así porque la característica central del derecho como práctica social es la de proveer pautas o criterios de decisión judicial correcta. El problema que surge en este punto es que las pautas de comportamiento son expresadas o comunicadas en lenguaje que contiene términos generales y, por ende, poseen textura abierta. La textura abierta o vaguedad hace que las reglas, en tanto guías de decisión judicial correcta, en algunas instancias particulares de aplicación no sean claras. Dicha situación da lugar a los denominados casos difíciles. En tales casos, el autor sostiene que el derecho confiere a los tribunales un poder discrecional para decidir en un sentido o en otro (Hart: 1998 ; 164 –65).

Podría decirse que la teoría de Hart constituye una teoría del punto de vista interno desde un punto de vista externo. Con este juego de palabras signífico que el autor describe la valoración de los comportamientos a que da lugar un orden jurídico vigente, pero conservando el punto de vista de un observador externo. Sin embargo, algunos autores sostienen que si la teoría se limita a describir los ideales o valores vigentes en una sociedad sin, a su vez, evaluarlos, deja sin explicar la estructura normativa racional de la cual dependen tales ideales y, en consecuencia, tampoco puede explicar la corrección de los argumentos normativos por referencia a tales ideales

o valores (Soper: 1993 ; 18-19).

3.2.- Derecho y razones excluyentes para la acción

Una contribución también importante a la teoría práctica del derecho es la efectuada por Joseph Raz. Este autor, a diferencia de Hart, se propone reproducir la perspectiva del participante dentro de un contexto institucio-

CELIA ABRIL DE CASTELLANOS

287

nal, haciendo hincapié en la consideración que dicho participante hace de las expresiones de autoridad como válidas y obligatorias con independencia de sus contenidos significativos. De otro modo, no adopta una perspectiva semántica sino que parte de la tesis, según la cual, las normas jurídicas constituyen razones para la acción de un tipo especial. Con el fin de caracterizar el tipo de razones para la acción que constituyen las normas jurídicas analiza la estructura lógica de los enunciados de razón.

Según el autor las normas jurídicas, cuando son aceptadas, son razones concluyentes para actuar y, a su vez, tienen fuerza o peso suficiente para excluir la consideración de otras razones, ya sean estas razones egoístas, morales o prudenciales. En otras palabras, tales normas no dirimen conflictos de razones para actuar en un sentido o en otro sino que, por su fuerza o primacía, excluyen toda consideración o ponderación de otro tipo de razones. En tal sentido es que las normas jurídicas son caracterizadas por Raz como razones de orden superior. Además, a diferencia de las razones que sustentan creencias, las normas jurídicas no son razones explicativas, sino razones justificativas de acciones y decisiones. En síntesis, constituyen razones para no actuar motivados por la consideración de otras razones y, de ese modo, ponen fin a la deliberación práctica (Raz: 1986; 1990; 1991).

En relación al análisis del derecho ofrecido por Raz, Philip Soper afirma: “Raz también parece insistir, de manera aún más fuerte que Hart, en que un modelo de derecho debe reflejar la percepción de los participantes de que las reglas jurídicas obligan efectivamente” (Soper: 1993; 28).

El problema que surge, de esta caracterización del punto de vista interno de las normas jurídicas, se hace explícito cuando nos preguntamos sobre los fundamentos de nuestra aceptación de los deberes impuestos por las normas jurídicas. Tal cuestión, conocida como la paradoja de la autoridad, halla su expresión en el argumento del anarquista cuando afirma que no puede ser racional actuar conforme a órdenes de otros, pues ello vulnera el principio de autonomía de la voluntad. Una respuesta satisfactoria, a los fines de superar las consecuencias paradójicas que conlleva tal explicación de las normas jurídicas, requiere situar el criterio de identificación de las mismas en el propio agente o aceptante. En efecto, podría sostenerse que las razones impuestas no pueden ser consideradas razones para actuar. En otros términos, las normas tienen que configurar razones internas para actuar, esto es, razones que el propio aceptante se dé a sí mismo a través de su propia deliberación práctica. Sin embargo, admitir esto implica hacer depender la fuerza motivacional ejercida por las normas jurídicas de los valo-

NORMATIVIDAD Y DERECHO

288

res, deseos, preferencias, propósitos o fines sustentados por cada participante. Pero identificar las normas con razones internas para la acción, sustituye el origen o fuente social del derecho y la sanción organizada, por una

apelación a la propia conciencia. Si se traslada esta exigencia a la caracterización de la función jurisdiccional la cuestión se complica, pues habría que admitir que el conocimiento del derecho y, su consecuente aplicación a la resolución de un caso en mano, dependerá de un hipotético hecho mental, interno y privado, del sujeto que aplica la regla jurídica.

4.- Una teoría normativa de la función judicial

La teoría de Ronald Dworkin orienta el análisis a la cuestión de la justificación del derecho vigente, procura ofrecer argumentos convincentes que disuelvan la paradoja que conlleva la noción de autoridad y, de ese modo, invalidar el argumento del anarquista anteriormente aludido. Asimismo, las elaboraciones teóricas de este autor proponen un criterio de identificación del material jurídico que permita evaluar la corrección o incorrección de la propia actitud normativa. Dicho en otros términos, suministra criterios para caracterizar la actitud normativa distintiva del derecho.

Retoma la línea de análisis lingüístico elaborada por Hart y, aunque admite el problema de textura abierta del derecho y la situación de incerteza en ocasión de su aplicación a casos marginales o difíciles, este autor considera, en contraposición a Hart, que el derecho puede resolver esos casos.

En tal sentido, sostiene que el derecho, además de normas, contiene principios a los que se remite con frecuencia la judicatura. A su vez, los principios justifican el material jurídico existente, leyes y casos judiciales decididos, en base a derechos políticos individuales básicos e institucionales³.

La teoría de Dworkin tiene por objetivo guiar la decisión judicial en casos difíciles a través de un razonamiento que va de los principios fundamentales a los derechos concretos. De ello se desprende que la determinación del derecho es una actividad específica de los órganos de aplicación.

La adjudicación de derecho apela a la búsqueda de razones o fundamentos de la legislación y las decisiones judiciales emitidas en el pasado y, una vez que esas razones son identificadas, el juez tiene que sopesarlas o evaluarlas

³ Según CAMPBELL, el intento de Dworkin es socavar la visión del positivismo jurídico de que el derecho es un sistema de normas que se complementa con la discreción judicial y que esto es necesario para interpretar las ambigüedades de las normas o para llenar los vacíos allí donde no existe una norma relevante no controvertida conforme a la cual decidir el caso particular. CAMPBELL, TOM; *La Justicia. Los principales debates contemporáneos*, Gedisa, 2001, Pg.83.

CELIA ABRIL DE CASTELLANOS

289

frente al caso en mano. De otro modo, la actividad de identificar el derecho es una actividad esencialmente interpretativa. La interpretación correcta de las normas jurídicas, según el autor, es aquella orientada hacia la determinación de los derechos que dichas normas consagran. El método interpretativo propuesto conecta los derechos positivos a derechos morales de los individuos. En efecto, el derecho positivo resulta justificado del modo más plausible cuando es interpretado como un medio de proteger los derechos individuales frente a las demandas basadas en objetivos o fines colectivos. En síntesis, para Dworkin descubrir el derecho es determinar qué derechos tienen las personas y, la actitud normativa adecuada a tal propósito es la que garantiza que los individuos sean tratados conforme a los derechos que poseen. Ello así, su tesis de los derechos constituye una réplica al argumento del anarquista pues, los derechos fundamentales, tales como el derecho a ser tratado con igual consideración y respeto, están conectados con una concepción de persona como individuo autónomo y racional.

La diferencia entre el análisis de Dworkin y la teoría práctica del derecho expuesta por Hart reside en que, para el primero de ellos conocer el derecho es hacer derecho y, en consecuencia, la teoría del derecho queda subsumida en la práctica judicial del derecho. Los enunciados de una teoría jurídica son normativos, según Dworkin, porque imponen a los jueces el deber de resolver correctamente los casos. De ese modo, las condiciones de verdad de los enunciados de derecho estarán dadas por las condiciones que, según el autor, una resolución judicial debe satisfacer para ser correcta. Por su parte, la teoría de Hart adopta para los enunciados jurídicos un criterio de verdad por correspondencia que vincula estos enunciados con aquello que el sistema efectivamente permite, requiere o autoriza hacer. Dicho criterio surge del método propuesto por este autor para determinar el significado y alcance de las normas jurídicas. En efecto, las normas poseen el significado vigente o estándar, esto es, el significado que usualmente le asigna el grupo social y, en particular el sector oficial, para la evaluación crítica de acciones y decisiones. Por el contrario, el criterio de verdad que surge del método interpretativo propuesto por Dworkin está basado en la creencia o convicción de quien argumenta judicialmente.

⁴ Según CAMPBELL, ob.citada "Dworkin está evidentemente interesado en validar el papel de la Corte Suprema de los Estados Unidos al adoptar una lectura moral de la Constitución y es un declarado defensor de la aprobación de una carta de derechos para Gran Bretaña". Op.cit.pg.93.

NORMATIVIDAD Y DERECHO

290

Si bien Dworkin reconoce la importancia de los elementos morales en el derecho – principios de moralidad política, su preocupación fundamental no es tanto descubrir el contenido del derecho, sino determinar la obligación judicial. A ello se agrega la propuesta de un test de identificación del material jurídico que resulta en los hechos impracticable.

5.-Conclusión

A modo de síntesis de lo expuesto, cabe concluir que, a partir de la obra de Hart las dificultades para dar una explicación que concilie de modo adecuado los aspectos fácticos y los normativos característicos del derecho positivo surgen, en gran medida, de la ausencia de distinción clara entre lo que constituye la actividad de aplicación del órgano jurisdiccional y la cuestión cognoscitiva que preocupa al jurista, esto es, dar un concepto satisfactorio del derecho positivo.

Finalmente, con respecto a las teorías positivistas del derecho, desde Kelsen en adelante, posiblemente el error haya sido admitir la existencia de una actitud normativa – reconocimiento de la autoridad y consiguiente aceptación del deber de obediencia a sus órdenes. No obstante, la apelación a la existencia de una actitud normativa típica del derecho introduce aportes valiosos en la indagación teórica del fenómeno jurídico, pues hace posible distinguir el derecho de una situación de pura fuerza o coerción y, además, permite dar cuenta de la noción de obligación jurídica con independencia del concepto de obligación moral. Esto último preserva la neutralidad del jurista quien debe, por exigencias epistémicas, omitir suministrar criterios normativos destinados a examinar la adecuación o falta de adecuación de la propia actitud normativa frente al derecho.

No obstante, algunos autores sostienen que el estudio del derecho requiere retornar nuevamente el problema de la definición como una alternativa superadora de las dificultades expuestas, pero sin soslayar una explicación

de los propósitos que motivan la necesidad de una definición de derecho. Ello así, porque resultaría arbitrario o infundado sostener la tesis de que el derecho es un fenómeno normativo y, al mismo tiempo, omitir indagar las cuestiones morales pertinentes.

⁵ PHILIP SOPER al respecto sostiene que “El concepto de derecho se balancea precariamente entre la idea de que no es nada más que fuerza y la que indica que es algo más que fuerza” de allí que manifieste la necesidad de “mostrar de qué forma es posible visualizar al derecho como algo más que la fuerza sin declarar simplemente que el derecho y la moral coinciden”. SOPER, PHILIP, *Una teoría del derecho*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1993, pgs. 34 y 35.

CELIA ABRIL DE CASTELLANOS

291

Por último, cabe advertir que dentro de una concepción “convencionalista” del lenguaje, el significado del término derecho estará determinado por las reglas vigentes que determinan el uso de la palabra y que tal uso varía según el contexto. En efecto, la palabra derecho es ambigua, pues en algunos contextos es empleada sin ninguna connotación valorativa y, en otros, es usada para hacer referencia únicamente a reglas que deben ser observadas y aplicadas (Nino: 1992 ; 38-39). En conclusión, el problema de la definición sólo puede ser superado satisfactoriamente con el abandono de concepciones esencialistas o realistas en cuanto al modo de entender la relación entre el lenguaje y la realidad. No obstante, la exploración de una alternativa tal excede los objetivos del presente análisis.

Bibliografía

BAYÓN, JUAN CARLOS: (1991); “*Razones y Reglas: Sobre el concepto de ‘Razón excluyente’*”, Doxa10, Alicante, España, 1991, ps.25-65.

CAMPBELL, TOM: (2002); *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, Gedisa, Barcelona, España.

CARACCILO, RICARDO A.: (1991); “*El concepto de autoridad normativa.: El modelo de las razones para la acción*”, Doxa 10, Alicante, España, ps. 67-89.

DWORKIN, RONALD: (1993); *Los Derechos en Serio*, Ed.Planeta Argentina, cap.4, pgs. 146 y ss. (1986); *LAW’S EMPIRE*, Fontana Press, London, Great Britain.

(1994); “HART’S POSTHUMOUS REPLY”, NYU School of Law, n°4.

HART, H.L.A.:(1998); *El Concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, 1963. (1994);

“Postscript”, *The Concept of Law*, Clarendon Press,Oxford, pgs. 238-76.

KELSEN, HANS: (1979); *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, México, trad.Roberto J:Vernengo.

NINO, CARLOS SANTIAGO: (1989); *Ética y Derechos Humanos*, Astrea, Buenos Aires.

(1990); “*Sobre los derechos morales*”, Doxa 7, Alicante, España,1990.

(1992); *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1973.

RAZ, JOSEPH: (1986); *La autoridad del derecho*, Trad. R.Tamayo, UNAM, México.

(1990); “*Authority and Justification*”, en *Authority*, Joseph Raz (Ed.),

Oxford: Basil Blackwell, ps.115-141. “INTRODUCTION”, en *Authority*, ob.cit.,

ps.1-19. (1991); *Razón Práctica y Normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

RUIZ MANERO, JUAN: (1991); “*Entrevista con Joseph Raz*”, Doxa 9, Alicante, España, ps. 331 y ss.

SOPER, PHILIP: (1993); *Una Teoría del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

NORMATIVIDAD Y DERECHO

292

293

CONSTITUCION Y REALIDAD

por Ernesto Abril (*) (**)

“...el interprete de la letra, según se dice, es prisionero de lo que pretende

poner en claro: la letra misma. Y si se libera de sus grifos, fracasa en la interpretación, pues traiciona el texto." (Vernengo, 1971, 65)

Resumen: El artículo pretende establecer una precisión conceptual entre dos significados de "Constitución" cuando se usa indistintamente tanto para referir a la posibilidad de conocer el significado del texto como a la práctica social vinculada con posterioridad a su promulgación, tanto por la autoridad normativa cuanto por quienes son sus destinatarios. Luego de ello, se analizan dos significados del término "realidad" cuando se lo utiliza para aludir tanto a la posibilidad de conocer teóricamente el significado del texto constitucional cuanto al impacto que su promulgación provoca luego de su

preferencia en la conducta de sus destinatarios. Establece luego precisiones sobre la relación que mantienen entre sí ambos pares de conceptos y lo ejemplifica, en primer término, mediante un modelo ideal para luego, em-
* Profesor Titular Cátedra "C", Introducción al Derecho; Prof. Adjunto, Cátedra "B", Filosofía del Derecho; Codirector Proyecto Investigación Régimen de Incentivo Docente "Conocimiento y Justificación de Normas", con subsidio SECYT-UNC, Año 2003.

** El presente trabajo fue defendido como ponencia presentada en el año 1999, ante el Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho de León, España, dentro del Convenio de Cooperación "Inter-campus", bajo la tutoría del Prof. Dr. Antonio García Amado, aunque se lo hizo bajo otra denominación. También fue defendido durante el desarrollo del Seminario a su cargo de la Cátedra "C" de Introducción al Derecho, Año 2002. Deseo agradecer todas las críticas que permitieron su formulación en los términos de la presente.

294

plear el mismo deslinde en circunstancias históricas concretas en las que se interpretó el artículo 30 de la Constitución Nacional para proceder a la reforma del texto de esta última. El autor sostiene que la falta de ese deslinde y precisión dentro del discurso legal, es decir, el que tiende a proporcionar razones para proceder a la reforma del texto constitucional, constituye un argumento persuasivo que oculta ese deslinde y es incompatible con la realidad teórica de conocimiento que exige una actividad austera como la investigación científica del acto de legislar.

Palabras Claves: Constitución, Realidad, Reforma, Interpretación, Aplicación, Observador, Participante, Conocimiento, Objetividad, Austeridad y Persuasión.

1. Introducción

Desde el año 1993, en especial a partir de mi participación en un Seminario donde se abordó el tema de la reforma constitucional, comencé a profundizar el estudio de la relación que, según se afirma, existe entre la circunstancia de que una determinada autoridad normativa dé a conocer o para ser más preciso, promulgue determinada norma de un modo genérico y abstracto y la incidencia de esta circunstancia sobre la efectiva conducta de sus destinatarios. Mi inquietud tiene un antiguo origen pero se profundizó durante el periodo que precedió a la reforma del texto de la Constitución Nacional que, finalmente, se concretó en el año 1994. Como es obvio, todas esas discusiones y los innumerables debates que precedieron a la citada reforma giraban sobre la supuesta conveniencia de reformar el texto de la norma constitucional vigente hasta ese año. También se verificaba cierta insatisfacción frente al tenor del texto de la Constitución el cuál, conforme el normal desarrollo de nuestras prácticas, era considerado más como un dogma difícil de alcanzar que como un criterio efectivamente usado por los ciudadanos, como parámetro de corrección tanto de sus conductas individuales como colectivas.

¹ Al respecto: ERNESTO GARZÓN VALDÉS, "Las funciones del derecho en América Latina" y "La constitución de 1853 y el proceso de "desintegración" de América del Sur", incluidos en *Derecho, Ética y Política*, CEC, Madrid, 1993, páginas 201 y 781 respectivamente. Respecto de los propósitos de la reforma ver en especial, *Reforma Constitucional, "Dictamen Preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia"*, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1986. En especial, Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 2446

del 27/12/85, páginas 10/12; Carta del Presidente dirigida a los Consejeros de fecha 13/03/86, pág. 13/14 y dictamen, Apartado II Oportunidad y necesidad de la reforma, páginas 23/30 y finalmente, reserva del Consejero Oscar Puiggros, página 30 y siguientes. También: *Reforma Constitucional, "Segundo Dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia"*, Eudeba, Buenos Aires, 1987, en especial, JORGE REINALDO VANOSI, "*Fundamentos y razones de la necesidad de la reforma de la constitución*", página 121.

ERNESTO ABRIL

295

La cuestión se abordó desde muy distintas perspectivas. En ocasiones, se lo hizo con el objeto de delimitar o bien, deslindar campos de actividades propias de distintas disciplinas tales como la ciencia jurídica, por un lado; y la sociología o la ciencia política, por el otro². Desde otro ángulo, se puede verificar que el tema fue motivo de preocupación en la búsqueda de justificación cuando el discurso aludía o directamente intentaba poner de manifiesto que la circunstancia de mantener el texto de la norma constitucional en el estado que presentaba podía constituirse en un factor relevante para entorpecer o directamente impedir ciertas transformaciones o cambios de diverso orden que, según se alegaba, resultan necesarios para el progreso de nuestra sociedad. Tampoco faltan quienes, puestos a analizar esta problemática, sostienen que la tradición, los hábitos o la cultura de los grupos dominantes son los que, en realidad, hacen imposible la adecuación de nuestras acciones a las que, repito, de modo genérico y abstracto, resultan requeridas por las normas que componen la Constitución⁴.

El tema fue posteriormente actualizado con una enorme producción intelectual realizada en torno a la función de la Constitución, la incidencia de su interpretación y su consecuente aplicación a casos concretos⁵. Así,

² Al respecto: GEORGE NAKHNIKIAN, *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*, Fontamara, ITAM, México, 1998. También: KARL OLIVECRONA, *Lenguaje jurídico y realidad*, CEAL, Buenos Aires, 1968; JEROME FRANK, *Derecho e Incertidumbre*, CEAL, Buenos Aires, 1968; RICARDO A. GUIBOURG, *Derecho, sistema y realidad*, Astrea, Buenos Aires, 1986; MARIO BUNGE, *Las ciencias sociales en discusión – Una perspectiva filosófica*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1999, en especial, Capítulo 8 *Derecho*, páginas 383 y siguientes.

³ Ver: EDUARDO NOVOA MONREAL, *El derecho como obstáculo al cambio social*, México, 1975. Este autor sostiene con referencia a los países de América latina que "...nos encontramos en presencia de un derecho obsoleto que el conservatismo de los juristas es incapaz de advertir y mucho menos remover...el derecho ha perdido vitalidad y se ha transformado en un pesado lastre que frena el progreso social y llega a ser un verdadero obstáculo para éste." (Obra citada, página 14). En sentido contrario, se afirma: "*Hay quienes consideran que no corresponde encarar una reforma de la Constitución Nacional mientras no haya transcurrido un prolongado periodo de pleno acatamiento a ella. Hacen notar que la inestabilidad que durante más de medio siglo ha afectado a nuestras instituciones fue consecuencia de la reiterada inobservancia de las prescripciones de la Constitución que hoy nos rige. Y concluyen diciendo que en lugar de reformarla bastaría con empezar a aplicarla lealmente*" (Cf.: *Reforma Constitucional, "Dictamen Preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia"*, obra citada, página 24)

⁴ Así, por ejemplo, HOWARD J. WIARDA, "*Law an Political Development in Latin América*", The University of Massachussets Press, 1974, pág. 283.

⁵ De modo especial, puede consultarse al respecto el ejemplar de DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 23, Universidad de Alicante, Alicante, 2000, en memoria del CONSTITUCIÓN Y REALIDAD

296

uno de los expositores habló de la posibilidad de que el órgano que tiene la obligación de hacer observar sus prescripciones pueda tener una interpretación "*atrincherada*" de la norma que debe aplicar al caso concreto⁶. Para ello, se utilizó ejemplos de normas simples y claramente comprensibles por cualquier intérprete y se aludió a problemas de interpretación que genera el

ineludible uso vago de los términos que componen el texto de la norma⁷. Como la cuestión posee un amplio marco teórico resulta necesario efectuar algunas precisiones respecto de la característica y objetivo de este trabajo. En primer lugar, el análisis que propongo realizar tiene sólo alcance conceptual y se vincula fundamentalmente con la posibilidad de defender un único sentido atribuible a la norma positiva última del ordenamiento jurídico argentino, es decir, concretamente, con relación al texto del artículo 30 de nuestra Constitución Nacional. Me interesa analizar el texto de esta norma porque, a pesar de su aparente complejidad y por las razones Profesor Dr. Albert Calsamiglia, donde se destacan los siguientes trabajos sobre el tema que aquí analizo: VÍCTOR FERRERES COMELLA, “Una defensa de la rigidez constitucional”; PABLO DE LORA, “La posibilidad del constitucionalismo thayeriano”, M ARISA IGLESIAS VILA, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”; JOSÉ JUAN MORESO, “Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional”; y finalmente, Anna Pintore, “Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático”, páginas 29, 49,77,105 y 119 respectivamente. En Argentina, el tema fue también motivo de una compilación de trabajos efectuada por Pablo Eugenio Navarro, Andrés Bouzat y Luis María Esandi (h) que publicó el Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur, bajo el título: *Interpretación Constitucional*, Bahía Blanca, 1999.

⁶Me refiero a FREDERIK SCHAUER, *Playing by the rules, A Philosophical Examination of Rule – Based Decisión – Making in Law and in life*, Clarendon Press, Oxford, 1992, en especial, Capítulo IV, páginas 53 y siguientes. Sin embargo, corresponde aclarar que el autor no se dedica específicamente a normas de rango constitucional pero el desarrollo de su trabajo permite claramente su aplicación al problema que aquí desarrollo.

⁷ Ver: FREDERIK SCHAUER, Obra citada, Capítulo II, “Rules as generalizations”, páginas 17 y siguientes. Allí el autor ejemplifica el problema a partir de una norma tan simple como prohibir la entrada de perros a los restaurantes. Así, dice el expositor que cualquier persona puede entender el significado literal de esta norma luego de ser proferida y cualquier versión interpretativa, arrojará idéntico sentido aunque se exprese mediante enunciados de diversa estructura sintáctica. Sin embargo, Shauer se pregunta sobre como será la interpretación que puede llegar a adoptar un determinado agente, obligado a decidir conforme a esta regla, frente a una persona que por carecer de capacidad visual pretende ingresar a un determinado restaurant con su lazarillo. El autor sugiere que si el decisor tiene “*atrincherada*” la norma en los términos en que se profirió, impedirá que el lazarillo ingrese aún cuando, como es obvio, la situación puede introducir problemas de justificación subyacente al sentido u objetivo que pudo tener en mente la autoridad normativa antes de proferir la norma de conducta en cuestión.

ERNESTO ABRIL

297

que más adelante expondré, resulta evidente que por la relevancia de esta norma, el legislador constitucional cuidó muy especialmente su redacción de tal modo que permite su interpretación sin tener que afrontar los habituales problemas semánticos derivados de un uso real o potencialmente vago de los términos que la componen. Sin embargo, muy a pesar de ello, en las diversas oportunidades en que se propuso la reforma del texto constitucional se reiteraron desacuerdos sobre la adjudicación de sentido a esa norma y ello se hizo más notorio, en oportunidad de las reformas de los años 1949 y 1994. Es por ello, que me interesa precisar conceptualmente los términos “*Constitución*” y “*realidad*”, muy especialmente cuando éste último se emplea para describir las prácticas sociales concretas que engastan en ese dispositivo.

En concreto, luego de establecer algunas precisiones conceptuales acerca de dos de los muchos significados que se atribuyen a esos términos quiero mostrar las relaciones que ellos guardan entre sí dentro del contexto del discurso legal. Por cierto, el objetivo final será fundamentar que, si tenemos presente las precisiones conceptuales que expondré, se puede contribuir

no sólo a comprender el alcance y justificación de toda pretensión de realizar cambios en el texto constitucional sino también, evitar disputas verbales que son comunes en aquellas ocasiones en las cuales, según se afirma, la acción cambiar el texto resulta relevante para lograr determinadas transformaciones en las prácticas jurídicas de nuestra sociedad.

2. Dos significados de “Constitución”

El término “*Constitución*” no es usado en forma unívoca. Así, resulta posible encontrar que, en ciertos enunciados, la referencia del término guarda estrecha conexión con determinados textos que son considerados básicos, fundamentales o supremos para la explicación de la estructura de un determinado orden jurídico. Este es el sentido que habitualmente usan los juristas para distinguir el contenido literal de la norma respecto de los actos realizados para su sanción o promulgación, efectuar su interpretación o simplemente, aplicarlas a un caso concreto. Un ejemplo de este tipo de uso del término se presenta en la siguiente cita textual de Hans Kelsen. “*El documento denominado “Constitución” que como constitución escrita, no sólo contiene normas que regulan la legislación, esto es, la producción de normas jurídicas generales, sino también normas que se refieren a otros objetos políticamente importantes, así como disposiciones según las cuales las normas con-*

CONSTITUCIÓN Y REALIDAD

298

tenidas en ese documento, la ley constitucional, no pueden ser derogadas o modificadas como simples leyes, sino sólo bajo condiciones más difíciles mediante procedimiento especial” (H.

Kelsen, 1979,233)

Nótese que Hans Kelsen alude con mucha precisión al documento que contiene el acto de proferencia de la máxima autoridad normativa de una sociedad políticamente organizada y al explícito objetivo que se desprende del mismo, es decir, la forma o procedimiento de producción de ulteriores normas generales y la pretensión de hacer rígido ese núcleo normativo, mediante el establecimiento de procedimientos que tornen complicada la acción de proceder a su modificaciones. Podemos denominar este primer significado como “*Constitución texto legal*”. En lo sucesivo, **Ctl.** Otra forma diversa de adjudicar significado al término en cuestión es aludir con él a ciertas prácticas efectivas, sea que ellas provengan del hábito, de compromisos adquiridos en la interdependencia social o del grado de aceptación que de ella existe dentro de la sociedad. Este término es también utilizado para aludir a la comprensión de la conducta social vinculada a la reforma de la propia práctica, es decir, tomar la propia acción buscando captar su significado o en otros términos, analizarla como signo de algo⁹. Podríamos denominar a este significado como “*Constitución práctica social*”, en adelante, **Cps**. Un ejemplo relevante de este tipo de uso, se verifica en el siguiente concepto que concreta el sociólogo Theodor Geiger respecto del término “Constitución”:

“La constitución es la paráfrasis jurídica de la constelación de poder existente en el momento en que se dictó. Ella legaliza y

⁹ En el mismo sentido, VÍCTOR FERRERES COMELLA afirma que por rigidez de la Constitución se alude a que “...su modificación sólo es posible a través de un procedimiento más complejo que el procedimiento legislativo ordinario...”. Y cuando se pregunta el porqué de esa pretensión, sostiene que: “*dada la existencia de una pluralidad de sistemas razonables de gobierno, y dada la necesidad de estabilizar uno de ellos para que la vida política pueda*

desenvolverse de manera ordenada...La rigidez constitucional asegura la estabilidad de la opción elegida." (Cf.: VÍCTOR FERRERES COMELLES, obra citada, página 29)

9 En otros términos, como sostienen GREGORIO KLIMOVSKY y CECILIA HIDALGO, esta perspectiva epistémica "...apunta a captar y explicar las motivaciones y razones que están presentes detrás de la acción humana en distintas sociedades y momentos históricos, además de las significaciones peculiares que revelan tales acciones." (Cf.: GREGORIO KLIMOVSKY y CECILIA HIDALGO, *La inexplicable Sociedad. Cuestiones de epistemología de las ciencias sociales*, A-Z Editora, Bs.As., 1998, página 22).

ERNESTO ABRIL

299

estabiliza la relación de poder existente...las reglas de la constitución poseen fuerza exactamente en la medida en que responden a la voluntad realizable de quien detenta el poder..." (T. Geiger, 1982,112)

Es evidente que tanto los enunciados que aluden a **Ctl** como aquellos que refieren a **Cps** resultan susceptibles de muy variadas predicaciones. Sin embargo, lo que aquí interesa son aquellos destinados a confirmar o refutar sus contenidos mediante la utilización de una determinada noción de verdad, es decir, de aquella que alude a la adecuación entre el significado que, en determinado contexto, se asigna al término y el estado de cosas al que se alude con su uso en determinada situación. En esa dirección, es posible sostener que para llegar a tales determinaciones, tanto el nivel del análisis cuanto los métodos que se utilicen, no son similares ni permiten, sin más, afirmar que siempre resultan, al menos desde el punto de vista conceptual, compatibles entre sí.

Así, para poner sólo un ejemplo, resulta posible sostener que, a partir de **Ctl**, la República organizada por el texto de la Constitución Soviética del año 1917, es absolutamente incompatible con aquel establecido en el texto de la Constitución Alemana de 1971. Para llegar a tal conclusión, es suficiente comparar los textos de ambas Constituciones y mediante su correcta traducción a un lenguaje común, en nuestro caso, el castellano, será posible corroborar esa conclusión sin necesidad de realizar ningún tipo de observación de acciones por parte de quienes participan de la práctica jurídica en cualquiera de esos países¹⁰. Tampoco será necesario encarar alguna investigación sobre la existencia de intenciones, finalidades, etc, que precedieron a la decisión de proferir esas normas por parte de quienes promulgaron ambos textos normativos¹¹. Simultáneamente, a partir de **Cps**, se

¹⁰ Vid: JOHN HOSPERS, *Introducción al análisis filosófico*, Alianza Universidad, Madrid, 1980, Tomo I, pág. 19/20: "...la regla que usualmente se propone para nuestro empleo de las palabras es **que sigamos el uso común**. Esto es lo que hacemos ordinariamente sin que senos haya dicho, simplemente porque sería inútil inventar un nuevo sonido para representar una cosa cuando todas las personas que nos rodean emplean ya otro sonido...cuando **empleamos** una palabra de manera contraria al uso común, debemos informar a nuestros oyentes de qué pretendemos que signifiquen nuestras palabras cuando las usamos..."(Destacado en texto).

¹¹ Ejemplo de este tipo de trabajo lo constituye la interpretación literal que, del artículo primero del Código Civil, realiza ROBERTO J. VERNENGO, *La interpretación literal de la ley*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971. También es importante tener presente ejemplos **CONSTITUCIÓN Y REALIDAD**

300

podría llevar a cabo otro tipo de investigación, es decir, verificar hasta que punto las prácticas sociales de los destinatarios de estos textos, en cada uno de los países, se encuentran o encontraba más o menos cerca de adecuarse a los contenidos establecidos en las respectivas **Ctl**. En este último caso, la verificación de la verdad de tales proposiciones se presenta más compleja y

sin duda, requeriría, además de una perspectiva más dinámica del análisis, una verificación empírica de aquellas acciones sociales que resultan alcanzadas por **Ctl** en cada una de esas sociedades, en determinados y específicos momentos. Ello así no sólo en lo que se refiere a la aceptación de sus contenidos sino fundamentalmente, en las reacciones que provocan su exteriorización en la conducta de sus destinatarios tanto sea en aquellos que efectivamente las aceptan como criterios de corrección cuando por aquellos que, por diversos motivos, se desvían respecto de ellas¹².

3. Dos significados de “realidad”

De las consideraciones precedentes surge también que el término “*realidad*” no posee un sentido uniforme en uno u otro tipo de enunciados¹³. Resultaría obvio sostener que no es fácil precisar el alcance de este término y nada ganaríamos si procedemos a utilizar un criterio de género y diferencia para distinguir aquello que consideramos real de aquello que sostenemos resulta irreal.

No obstante ello, parece evidente que en determinadas ocasiones el término “*realidad*” es usado para establecer relaciones de objetividad o intersubjetividad entre el contenido de lo que se enuncia en una proposición y aquello a lo cual ésta alude¹⁴. Es el supuesto, como dije anteriormente como el de Alf Ross (*Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1970, pág. 125) al analizar el caso de inconsistencia total-total en el texto de la Constitución Dinamarquesa de 1920. Así, en la primer parte del párrafo 36 del texto constitucional al que se alude se disponía que el número de miembros de la Primer Cámara no podía exceder de 68 y la segunda parte del mismo dispositivo, prescribía que el número a ser elegido era de 79. Es razonable, a partir del texto, determinar que existe una inconsistencia insoluble con sólo realizar una operación aritmética. A través de ella se concluye que no es posible determinar cuál es el número necesario para reunir las distintas mayorías (simple, absoluta, etc.) que requiere el texto para la aprobación de diversas decisiones legislativas.

¹² Al respecto: THEODOR GEIGER, obra citada, Capítulo III, “*El derecho como tipo de ordenamiento*”, pág. 113 y siguientes.

¹³ Para corroborar esta afirmación, Diccionario de la Real Academia de Lenguas, vocable “*Realidad*”, pág. 2077.

¹⁴ Al respecto: BERNARD WILLIAMS, *La ética y los límites de la filosofía*, Editorial Monte Ávila Latinoamericana, Caracas, Año 1997, en especial, Capítulo 8, “*Conocimiento*”, ERNESTO ABRIL

301

te, en el cual el sentido de lo que se expresa en la proposición se adecua al caso de referencia¹⁵. Por cierto, el caso individual al que se alude debe ser susceptible de verificación empírica o, en todo caso, de certificación lógica. A esa parcela del universo podríamos denominar “*realidad teórica de conocimiento*”. En lo sucesivo, **Rtc**. Un ejemplo puede servir para clarificar como se desenvuelve este método o forma de abordar el conocimiento de un texto normativo a partir de su estructura gramatical:

“...la cláusula legal que nos ha ocupado, el artículo 1 del Código Civil...pareciera centrarse en la tarea de desentrañar el sentido literal de esa norma. La estructura superficial del mencionado enunciado es relativamente sencilla: tenemos una oración principal “las leyes son obligatorias para todos los que habita el territorio de la República”...y una frase atributiva, “son obligatorias para todos...”. Fácil sería parafrasearla con una oración enunciativa, con función sujeto, verbo transitivo y objeto directo: “Las leyes obligan a todos los que habitan el territorio de la República”. Por otra parte, tenemos una oración subordinada incrustada en la principal, que rezaría: “Los que habitan el

territorio de la República son ciudadanos domiciliados, o ciudadanos transeúntes, o extranjeros domiciliados, o extranjeros transeúntes.”

(R. J. Vernengo, 1971, 79)

Ciencia, Convergencia, en página 171, afirma: “Las discusiones sobre la objetividad suelen tener su inicio en consideraciones en torno a algún desacuerdo...Hasta cierto punto el interés por el desacuerdo surge porque ni el acuerdo ni el desacuerdo son universales. Y no es que el desacuerdo o la divergencia sean solamente lo que tenga que explicarse y el acuerdo no, sino que en diferentes contextos la idea de desacuerdo requiere diferentes tipos de explicaciones, y lo mismo sucede con el acuerdo...La naturaleza de estos desacuerdos típicamente depende de la teoría del conocimiento que privilegie quien los explique; sin embargo, en condiciones de observación normal suele suponerse lo que el filósofo de Oxford, J.L. Austin, llamaba “bienes secos de tamaño mediano”. Un rasgo significativo de estos ejemplos supone que las partes comparten los mismos conceptos y que están entrenadas para reconocer los muebles, las plumas, los centavos o lo que fuere”.

¹⁵ Este parece ser uno de los sentidos que asigna el diccionario mencionado anteriormente al expresar que el término “realidad” alude a: “2. Conformidad de las cosas con el concepto que de ellas forma la mente. Conformidad de lo que se dice con lo que se siente o se piensa...4. Juicio o proposición que no se puede negar racionalmente. 5. Calidad de veraz.”, Diccionario citado, pág. 2077.

CONSTITUCIÓN Y REALIDAD

302

Sin embargo, en otras situaciones usamos el término “realidad” para hacer referencia a un sentido comprometido entre nuestras conductas y el orden jurídico o social que rige dentro de la sociedad de la que formamos parte. Por lo general, se trata de enunciados que privilegian la referencia a la posición de quienes participan en la práctica social concreta, en este caso la legal. Bajo esta situación, el interprete expresa más su acuerdo o desacuerdo con lo que la norma dispone y su tendencia a dar razones que justifiquen seguir lo que ella dispone o bien, desviarse respecto de ella. Denominaré a este sentido, “*realidad existencial*”¹⁶. En lo sucesivo, **Re.** Estimo que la introducción de un nuevo ejemplo que alude a la situación existente en tiempos de la formulación del originario texto de la Constitución Argentina, puede ser útil para hacer comprensible aquello a lo que quiero aludir. Utilizaré para ello, un comentario del propio Juan Bautista Alberdi:

“No son los hombres los que están en guerra, en verdad: son poderes, intereses. Quitad los hombres que hoy representan esos

¹⁶ A este sentido refiere Alberdi en varias de sus obras. Así, afirma “...la reforma... Mientras no se tome horror a esa palabra, aplicada al santo código de la República, no tendremos régimen moderno en Sud América. Deshaciendo hoy nuestras leyes de ayer, iremos dejando a las Siete Partidas y a los Estatutos Indianos de Felipe II el dominio tranquilo e inmutable de la República Argentina...La política que pide reformas de la Constitución para enmendar faltas secundarias, se parece a la medicina que receta amputaciones para curar los menores arañazos. Cincuenta defectos tiene la Constitución tan mentada de los EEUU ¿Piensa por eso ningún hombre grave de aquel país en pedir su reforma? (Cf.: Juan Bautista Alberdi, *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*, W.N. Jackson Inc., Bs.As., 1948, pág. 98/9). También a ese sentido, pero con afirmación contraria, alude Roberto Gargarella respecto de la Convención Constituyente Norteamericana, cuando afirma: “Los convencionales constituyentes decidieron adoptar un mecanismo muy complejo respecto de cómo reformar la Constitución. El deseo de dificultar la reforma de la Constitución fue motivado por dos presupuestos de idéntica raíz elitista. Por un lado, los convencionales asumieron que la Convención Federal había reunido a un elenco de gente especialmente ilustrada en la tarea constitucional a pesar de la casi nula representatividad de todos ellos...Por otro lado, los delegados también asumieron (injustificadamente), que una futura convención se guiaría meramente por una visión parcializada y contraria al interés general.” (Cf.: ROBERTO GARGARELLA, *Nos los representantes – Crítica a los fundamentos del sistema representativo*, Miño y Dávila Editores, Bs.As., 1995, pág. 83/4). Más contemporáneamente, también se sostuvo: “Resulta bien claro y evidente que las anormalidades sufridas en nuestro país, su pérdida de imagen en el panorama mundial y sus frustraciones son

las nuestras, pues son las del pueblo que integramos, y no son el resultado de la Constitución Nacional sino de sus trasgresiones.”(Cf.: ALBERTO A. SPOTA, “*Dictámenes y Antecedentes de la Comisión Asesora para el Estudio de la Reforma Constitucional*”, página 132, citado por OSCAR PUIGGROS, *Reforma Constitucional – Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, obra citada, pág. 33)

ERNESTO ABRIL

303

intereses, colocad otros en su lugar y tendréis siempre la guerra en pie, si estos hombres son como los actuales...La guerra argentina no es de personas, es de cosas...De lo mucho que ha reformado la reforma, nada ha reformado, tanto como mis nociones sobre ciertos hombres públicos del Plata, especialmente Urquiza, en cuyo patrimonio había tenido yo la flaqueza de creer. Con cinismo sin ejemplo, él ha despedazado y pisoteado su propia obra (la Constitución) desde que le sirvió de estorbo para perpetuarse en el poder, a que se ambiciona más y más a medida que se envejece...” (J. B. Alberdi, 1986, 291/2)

Y en otra obra, Alberdi volvió a aludir al mismo sentido, pero ahora lo hace con específica referencia al texto del art. 30 de la Constitución Nacional en su redacción originaria, es decir, aquella que prohibía efectuar cualquier reforma del texto antes de transcurridos diez años desde su efectiva promulgación:

“...La Constitución...que por su artículo 30, dice..., para garantizarse contra las veleidades inagotables de la demagogia que se veían venir, y que tantas veces nos han impedido tener Constitución, se adoptó ese arbitrio, que no es sin ejemplo en la historia de los países enfermos de agitaciones crónicas. En vista de ese artículo, acometer la reforma antes de tiempo, sería violar la Constitución que se pretende robustecer y afianzar” (J. B. Alberdi, 1948, 95/6)

4. La relación de ambos pares de significados. Un modelo simple

Aislados los pares de conceptos precedentes, corresponde ahora analizar las relaciones que existen entre ellos. Para tal fin, utilizaré en primer término un modelo extremadamente simplificado al modo que, en su oportunidad, propuso Hart pero lo haré por medio de acontecimientos más próximos a nuestra historia¹⁷. Así, propongo que imaginemos una comunidad que, en un momento determinado que tomamos como punto de partida (**to**),

¹⁷No utilizaré “*Rex*” como lo hace Hart en el desarrollo de su propio ejemplo (H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Bs.As., 1968, capítulo IV, pág. 77). El modelo que utilizaré tampoco es casual porque, de algún modo y antes de la conquista española, existía en este territorio un grupo de individuos que, según Darwin, carecía de autoridades tal como hoy las entendemos.

CONSTITUCIÓN Y REALIDAD

304

no cuenta con **Ctl**. Siempre de acuerdo con el modelo propuesto, **Cps** se caracteriza por la existencia de un hábito de los miembros de la tribu que consiste en delegar en el individuo más anciano, la toma de decisiones definitivas respecto de la conducta a seguir en caso de conflicto o grave dificultad que los involucra. El transcurso del tiempo y el ejercicio cotidiano de esta práctica ha comenzado a producir un severo agotamiento en el individuo que detenta tal posición. Tal situación lo lleva a pensar que resulta excesiva la carga de tareas que el grupo le confía y por esa razón, dado que la comunidad es de reducidas dimensiones, logra realizar una reunión con

todos los que la integran (**t1**). En el transcurso de la reunión, el citado individuo explica su problema y argumenta que la situación que describe, que se corresponde con **Cps**, no resulta conveniente para el grupo en tanto, además del insopportable desgaste que ella le provoca, resulta inconveniente para todos. Al respecto, además de demostrar la total falta de eficacia de esa forma de organización, logra persuadirlos de que, de mantenerse esa práctica a lo largo del tiempo y no adquirir el grupo en su conjunto tal habilidad, todos terminarán siendo incompetentes para proporcionar solución a esos asuntos de interés común (**Re**).

Por esta razón, el grupo decide establecer por escrito (**Ctl**) que, en lo sucesivo, la tarea de establecer las normas que regirán el comportamiento colectivo se encontrará exclusivamente a cargo de determinados miembros del grupo que resultan caracterizados expresamente en el texto. Tal conjunto de individuos, no tendrá a su cargo la función de hacer cumplir lo establecido en ese texto sino que, otro grupo, también específicamente caracterizados del mismo modo, tendrán competencia para decidir en cada caso individual, si la efectiva conducta se adecua o no al contenido de las normas que contiene el texto. Por su parte, el individuo que propició y logró establecer en el documento ese tipo de organización, retiene la representación del grupo ante otros grupos similares.

Por cierto, **Ctl** no reproduce lo que ocurre en **Cps** porque, en los hechos y a pesar del documento en cuestión, los individuos que lo integran siguen con el hábito de delegar esas decisiones al individuo al que aludí sin que, aquellos otros individuos del grupo que fueron descritos en el texto como habilitados para ello, constituyan una excepción a tal convergencia de acciones¹⁸. Por esta razón, diversos allegados al mismo lo exhortan a

¹⁸ Es importante destacar que, como sucede en este caso, el texto de la norma no reproduce lo que sucede en **Cps** sino que posee un sentido directivo y por tanto, el texto

seguir con esa tarea pese a lo que establece **Ctl**. Alegan que ello resulta necesario y urgente por los graves problemas de desorientación que presenta el grupo cada vez que él pretende que las conductas se conformen a lo que se estableció en el documento. Por esta razón, comienza a pensar otras salidas a su conflicto. Nuevamente logra reunir a todos los integrantes de la comunidad y los convence, en el tiempo **t2**, que se incorpore a **Ctl**, lo siguiente:

“El individuo del grupo que reúna las condiciones C1, C2, Cn, será considerado la última autoridad normativa de la comunidad y se elegirá por la mitad más uno de los votos de los miembros de la tribu habilitados para ello, es decir, de aquellos que reúnan las condiciones H1, H2...Hn. Una vez puesto en funciones, durará en ellas por un término improrrogable de seis años. Al vencimiento de ese término el individuo que ocupa este cargo no podrá ser reelegido sino media un intervalo de tiempo similar.”

Como consecuencia de ello, se llama a elecciones y resulta elegido otro individuo que pasa a ocupar esa posición de autoridad conforme al documento. Sin embargo, **Cps** sigue sin presentar modificaciones dentro de las prácticas del grupo, es decir, que luego de un tiempo el individuo que ocupa ahora ese status normativo sigue resolviendo estas cuestiones para el conjunto de un modo incompatible con lo que dispone el documento en cuestión. La diferencia que ahora se aprecia es que este individuo no tiene

idénticos pensamientos que el individuo que tenía antes tal jerarquía. Por el contrario, a él no le desagrada esa función que se le adjudica (**Re**). A raíz de ello y al ver promediar el término de su mandato, comienza a pensar seriamente en continuar con tal investidura más allá del término que establece

Ctl. En realidad, con vistas a obtener su propósito, **Cps** no le ofrece dificultades para continuar en el mando. El único inconveniente que advierte es el texto del documento que el grupo redactó y dio a conocer en **t2** y por ese motivo, intenta por diversos medios que el grupo lo modifique. Sin embargo, no logra tal propósito y **Ctl** se mantiene inalterable hasta el final del término establecido para su mandato.

enuncia quien y de que forma debe establecerse el orden del grupo aún cuando la práctica habitual sea contraria a su sentido meramente literal Al respecto: Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, traducción de ROBERTO J. VERNENGO, U.N.A.M., México, 1979, pág. 44 y siguientes y 90 y siguientes.

CONSTITUCIÓN Y REALIDAD

306

Llegados a este punto del relato podríamos concretar diversas proposiciones acerca del orden normativo de la comunidad en cuestión. Así, podemos sostener que entre **to**, **t1** y **t2**, **Rtc** exhibe un cambio. En efecto, en un universo constituido únicamente por la mera convergencia de conductas se pasa a otro en el que aparece un texto escrito susceptible de ser objetivamente descrito. Lo mismo ocurre en **t2** en donde también es posible desde **Ctl** advertir modificaciones en **Rtc**.

Desde otra perspectiva, **Cps** permite observar que pese a la existencia de los textos dados a conocer en **t1** y **t2**, **Re** no sufre modificaciones¹⁹. Ciertamente, esto es lo que sucede en un modelo extremadamente simplificado como el propuesto, pero igualmente podríamos ahora efectuar muchas variaciones, tantas como spongo puede facilitar la efectiva conducta de los más diversos grupos frente a los textos que redactan y luego dan a conocer mediante el formal acto de su promulgación. Sin embargo, aquí sólo me interesa mostrar que las proposiciones en uno u otro sentido, pueden ser susceptibles de diversas predicaciones sin que la verdad acerca de una de ellas afecte el status de las que se concretan en el otro nivel.

5. Un caso concreto

Podría decirse que todo este desarrollo es excesivamente simple e intrascendente y que, incluso el modelo propuesto, no permite dar cuenta de lo que sucede en un orden de conducta determinado. Para desvirtuar esa falsa conclusión, utilizaré el artículo 30 de la Constitución Nacional (**Ctl**)²⁰. El texto de esta norma es el siguiente:

“La constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el

¹⁹ Por cierto, no escapa a mi conocimiento que con relación a **Re** también se produce un cambio entre **t1** y **t2** en tanto es distinto el individuo que ocupa ahora el cargo de autoridad respecto de **t1**. Sin embargo, lo que quiero destacar es que se mantiene el hábito de seguir las reglas de conducta que él establece, cuando es notorio que son otros quienes, conforme al documento (**Rtc**), están habilitados para establecerlas y también, otros, quienes reúnen las condiciones para decidir en cada caso concreto, si el mismo encuadra o no en las condiciones genéricas de adecuación que la regla establece.

²⁰ El texto de este dispositivo no fue motivo de modificación por los convencionales durante la reforma del año 1994. Advierto que no es mi interés destacar respecto de este texto el problema de la autoreferencia, es decir, si esta norma puede ser modificada por una convención constituyente convocada al efecto y conforme el procedimiento que el dispositivo establece.

Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto.”

Para arribar a comprender lo que el primer enunciado de esta norma dispone no se requiere más que una operación interpretativa literal en sentido estricto. Para llegar a esta conclusión es necesario tener en cuenta que la mayoría de los términos que componen el texto, como se demostrará, carecen de referencia empírica y aluden, en su mayoría, a entidades ideales o teóricas. En esta situación, no existe la posibilidad de que se verifique una real o potencial vaguedad porque, los términos que la componen, no hacen referencia hechos brutos y además, tampoco existe posibilidad de que, el simple paso del tiempo, pueda modificar alguna característica que el texto establece como definitoria²¹. Se comprende de este modo que una simple traducción permite sostener que el constituyente dio a conocer a través del texto, lo siguiente:

Esta constitución (Ct) puede (es decir, que la acción a la que ulteriormente se alude resulta calificada de facultativa) reformarse en su totalidad o en cualquiera de sus partes.

Al proseguir la actividad de interpretación, cabe concluir que el legislador señaló quien dispondrá de esa facultad de reformar **Ct**, es decir, concretamente el “*Congreso*”. Para comprender el significado de este término teórico sólo es necesario trasladar nuestra atención hacia otro texto de ese mismo cuerpo legal. El texto al que aludo se encuentra ubicado en la *Segunda Parte: Autoridades de la Nación. Título Primero: Gobierno Federal. Sección primera: Del poder legislativo*. Se trata del **art. 44** que, en la parte que aquí resulta pertinente, dispone:

“Un congreso compuesto de dos Cámaras, una de diputados de la Nación y otra de senadores de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires...”

²¹ Aludo aquí a la famosa regla que se atribuye a Einstein y que afirma que cuando las palabras aluden a hechos brutos siempre tienen la posibilidad de presentar problemas de vaguedad (actual o potencial). No ocurre lo mismo con términos que aluden a entidades ideales (por ejemplo, matemáticas) o cuyo significado es dependiente de una definiciones estipulativa. Al respecto: John Hospers, obra citada, Tomo I, pág. 31. En este sentido la norma tiene más precisión que la del ejemplo de Schauer respecto de la prohibición de ingreso con perros al restaurant (Vid: Frederick Schauer, *Las Reglas en Juego – Un examen filosófico del proceso de toma de decisiones basado en reglas en el derecho y en la vida ordinaria*, traducción sin publicación, Capítulo Primero).

CONSTITUCIÓN Y REALIDAD

Por cierto, para saber integralmente a que refiere el término teórico “*Congreso*” el texto remite a varios términos del mismo tipo, a saber: “*Cámaras*”, “*diputados*” “*Nación*”, “*senadores*”, “*provincia*” y “*ciudad*”. El plexo de este documento se encarga de proporcionar las correspondientes definiciones de tales términos²². Así, en el dispositivo siguiente, es decir, el **art. 45** se establece:

“La Cámara de diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires, de la Capital en caso de traslado que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado y a simple pluralidad de sufragios. El número de representantes será de uno por cada treinta y tres mil habitantes o fracción que no

baje de dieciséis mil quinientos. Después de la realización de cada censo el Congreso fijará la representación con arreglo al mismo, pudiendo aumentar pero no disminuir la base expresada para cada diputado”

Este dispositivo debe complementarse con el siguiente, del que se desprende que la Cámara de Diputados estará constituida por determinada cantidad de ciudadanos que, a su vez, deben reunir las condiciones establecidas por los **artículos 48, 49, 50 y 51** de la Constitución (**Ctl**). A su vez, el **artículo 54**, dispone:

“El senado se compondrá de tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires, elegidos en forma directa y conjunta, correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en número de votos...”

22 Se trata concretamente de definiciones estipulativas. Al respecto, JOHN HOSPERS, Ob. cit., pág. 53: “Una definición estipulativa dice: “Voy a usar esta palabra para significar tal y tal”... Funciona como **aviso** de que a partir de ahora hemos de esperar que la persona que tal afirma use cierto sonido con cierto significado. Puede estipular el **significado que quiera** para la palabra, y su estipulación no es verdadera ni falsa (Lo que es verdadero o falso es si realmente va a usar la palabra de acuerdo con su estipulación)...” (Destacado en texto).

ERNESTO ABRIL

309

Por último, las condiciones para que un ciudadano detente el status normativo de senador se establecen en los **artículos 55 y 56** del mismo texto constitucional.

De la consideración gramatical y sistemática de estos dispositivos se puede determinar en forma aritmética y por tanto, con absoluta exactitud, cual es el total de los miembros que están habilitados para integrar la *Asamblea* a la que refiere el texto del art. 30 transcrito precedentemente. Ello así porque si retornamos nuevamente al texto del dispositivo del art. 30 advertimos que el mismo expresa claramente que para reformar **Ctl**, se requieren, en total, al menos, es decir, como mínimo las dos terceras partes de dicho número de miembros. Y nuevamente, podemos advertir que la norma no incorpora ningún término que refiera a hechos brutos de naturaleza empírica sino que sólo hace alusión a un simple cálculo matemático. En ningún momento, el texto presenta al interprete dificultad para determinar el quórum que resulta necesario para que, quienes constituyen tal asamblea, queden habilitados o dispongan de la facultad para declarar la necesidad de reformar el texto y creo que tal afirmación queda demostrada en las consideraciones precedentes. No hay aquí problemas de vaguedad, porque, reitero, todos sus términos aluden a entidades ideales o a términos teóricos y cada uno de ellos, se encuentra expresamente definido por el propio texto (**Ctl**).

Por su parte, a la luz de **Cps** es posible verificar que ella se apartó de la estricta interpretación literal del texto (**Rtc**) y que, al menos en dos oportunidades, concretamente en el año 1949 y 1994, se declaró la necesidad de la reforma con el argumento de que el texto del art. 30 de la Constitución Nacional requería sólo el voto de las 2/3 partes de los miembros de ambas cámaras que se encontraran “*presentes*” en la Asamblea. Es dable corroborar en el tenor literal de la norma que no alude a esa circunstancia y que, repito, desde **Ctl** no es posible inferir esa conclusión (**Rtc**)²³.

²³ Es interesante remitir al Diario de Sesiones de la Reforma Constitucional de 1949. Allí se verifica que en el informe general sobre la impugnación de inconstitucionalidad del llamado a la reforma se afirma “...esta interpretación, y conforme con la difundida máxima...según la cual *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemos, de cuyo alcance resulta que el artículo 30 no puede referirse a los miembros “presentes” porque allí no se hace ningún distingo...Como se ve, del examen gramatical y lógico resulta claro que la ley que declaró la necesidad de la reforma no ha contado con el número de votos necesarios para ser sancionada y es, en consecuencia, inconstitucional, por ser violatoria del artículo 30 de la Constitución Nacional vigente*”. La respuesta de la mayoría no se hizo esperar y su

CONSTITUCIÓN Y REALIDAD

310

6. Conclusiones

Las conclusiones del análisis precedente pueden sintetizarse de la siguiente forma:

6.1.

Las proposiciones respecto de **Ctl** pueden aludir tanto a su realidad, entendida como **Rtc** cuanto como **Re**. Sin embargo, conviene tener presente que ambas predicaciones refieren a dos sentidos diversos de realidad que resultan, al menos desde el punto de vista epistemológico, incompatibles. En efecto, al emprender el conocimiento de un texto legal (**Ctl**), el jurista puede asumir el modelo de un simple observador respecto del mismo y hacer uso de las reglas sintácticas y semánticas que gobiernan la interpretación literal del lenguaje en el cuál se promulgó (**Rtc**). Por el contrario, si el jurista adopta el modelo de un participante de la práctica social es posible que la información que ulteriormente proporcione se refiera ahora, al impacto que el texto normativo y su interpretación literal le ocasiona (**Re**). A esto parece aludir Hans Kelsen cuando sostiene:

“La afirmación de que una persona está legalmente obligada a una cierta conducta, es un acerto sobre el contenido de una norma de derecho y no sobre acontecimientos reales ni sobre el fuero interno del obligado.” (H. Kelsen, 1988,83).

6.2.

La adopción del primer modelo metodológico resulta privilegiada respecto del segundo modelo. Ello así, porque resulta indudable que para brindar información acerca del impacto que la norma provoca en su persona, es necesario que el jurista haya identificado previamente la norma a miembro informante, afirmó “...El derecho se elabora en base de la realidad concreta y... el derecho político existe para legislar dentro de la realidad concreta en un momento determinado de la vida de los pueblos. No invoquemos precedentes y argumento, como circunstancia de peso o consideración, una entidad política, siendo irreal, esta en contradicción con la realidad, que es existencial y presente (Aplausos)...En el terreno puramente dialéctico la verdad se puede sostener de una sola manera...cuando se trata de hombres que debaten sobre temas políticos, las interpretaciones pueden variar. Si la Constitución exigiera decisiones por dos tercios de la totalidad, exigiría en tales casos, veredictos por unanimidad, lo cual repugna.” (Cf.: Convención Nacional Constituyente 1949, Diario de Sesiones, 24/I – 16-III, Bs. As., 1251, Imprenta del Congreso de la Nación, 1949, páginas 41, 39 y 140 respectivamente)

ERNESTO ABRIL

311

partir del texto y para ello, resulta indispensable adoptar una posición metodológica objetiva o austera. Tal posición resulta alcanzable con mayor precisión a partir del método del observador²⁴. Nuevamente, respecto de esta consideración Hans Kelsen afirma:

“Así se enseña que, en general, todo debe ocurrir en la medida de lo posible, dentro de los causes de la juridicidad, pero que el

“Estado” tiene la misión de proteger el bien público incluso sin el Derecho y aún en contra del Derecho. Dícese que “en caso de necesidad”, pero esto no significa, de ordinario, sino lo siguiente: “Cuando así conviene a ciertos intereses políticos contrarios al Derecho positivo” (H. Kelsen, 1945,104/5)

6.3.

Sin perjuicio de lo anterior, es posible sostener que el significado de Constitución **Ctl** tiene mayor correlación y compatibilidad lógica con el significado de realidad **Rtc** y que, cuando el significado de Constitución refiere a **Cps**, resulta más compatible con el uso de realidad en el sentido de **Re**. Mantener esta diferencia de niveles permite advertir el sentido de las proposiciones y adecuar la perspectiva metodológica para verificar la verdad de cada una de ellas. La confusión de ambos niveles, por el contrario, sólo provoca la posibilidad de que bajo una aparente proposición (Referente a **Ctl**) se oculte únicamente un uso retórico o persuasivo del lenguaje (Referente a **Re**) que, en el plano de la ciencia, resulta al menos no aconsejable para transmitir información. Nuevamente Hans Kelsen alude a esta cuestión y con ello, concluyo estas consideraciones:

“Dentro del marco del derecho formal, no tiene por qué cobrar relieve los factores materiales de la superioridad económica, moral, física o psíquica de un sujeto sobre otro. Enlazar a dos sujetos en una relación jurídica equivale, sencillamente, a equipararlos entre sí como persona, prescindiendo de toda diferencia de poder y de cualquier otra diferencia de hecho que entre ellos pueda existir” (H. Kelsen, 1987, 196);

²⁴ Al respecto: CELIA B. ABRIL DE CASTELLANOS y ERNESTO ABRIL, “*La teoría del derecho entre observadores y participantes*”, Revista de la Facultad, Vol. 3, N°2, Año 1995, Nueva Serie, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1995, pág. 11 y siguientes.
CONSTITUCIÓN Y REALIDAD

312

Bibliografía

- ABRIL DE CASTELLANOS, CELIA B. Y ABRIL, ERNESTO, “*La teoría del derecho entre observadores y participantes*”, Revista de la Facultad, Vol. 3, Año 1995, Nueva Serie, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1995.
- ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*, Editorial Jackson, Bs. As., 1945.
- ALCHOURRON, CARLOS E. Y BULYGIN, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho*, CEC, Madrid, 1991.
- BELTRÁN DE FELIPE, MIGUEL, *Originalismo e Interpretación*, Editorial Civitas, Madrid, 1989.
- BOBBIO, NORBERTO, *Teoría General del Derecho*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1987.
- BUNGE, MARIO, *Las ciencias sociales en discusión*, Sudamericana, Bs.As., 1999.
- CANAL FEIJOO, BERNARDO, *Constitución y Revolución*, Hyspamerica, Bs.As., 1986.
- CARRIO, GENARO R., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Tercera Edición Aumentada, Abeledo-Perrot, Bs.As., 1988.
- CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA, Zavallía, Buenos Aires, 1998.
- DE LORA, PABLO, “*La posibilidad del constitucionalismo thayeriano*”, DOXA, Alicante, 2000.
- DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 1999 y *Law’s Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 1997.
- FERRERES COMELLES, VICTOR, “*Una defensa de la rigidez constitucional*”, DOXA, Alicante, 2000.

- FRANK, JEROME, *Derecho e Incertidumbre*, CEAL, Bs.As., 1968.
- GARGARELLA, ROBERTO, *Nos los representantes*, Miño y Davila Editores, Bs.As., 1995.
- GARZON VALDES, ERNESTO, *Derecho, Ética y Política*, CEC, Madrid, 1993.
- GEIGER, THEODOR, *Estudios de Sociología del Derecho*, FCE, México, 1983.
- GUASTINI, RICARDO, “*Enunciato normativo, interpretaciones, norma*”, III Conferencia Internacional en Lógica, Informática y Derecho, Florencia, 1989, Volumen 1.
- GUIBOURG, RICARDO, *Derecho, Sistema y Realidad*, Astrea, Bs.As., 1986.
- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Bs.As., 1977.
- HOSPERS, JOHN, *Introducción al análisis filosófico*, Alianza, Madrid, 1980.
- IGLESIAS, VILA, MARISA, “*Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional*”, DOXA, Alicante, 2000.
- KELSEN, HANS, *Teoría General del Estado*, Editorial Nacional, México, 1945; *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, México, 1979; *Derecho y Paz en las relaciones internacionales*, FCE, México, 1986; *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*, Editorial Porrúa, México, 1987; *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1988.
- ERNESTO ABRIL
- 313
- MORESO, JOSÉ JUAN, “*Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional*”, DOXA, Alicante, 2000.
- NAKHNIKIAN, GEORGE, *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*, Fontamara, México, 1998.
- NAVARRO, PABLO EUGENIO, BAUZAT, ADRIÁN Y ESANDI (H), LUIS MARIA – Compiladores, *Interpretación Constitucional*, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, 1999.
- NINO, CARLOS SANTIAGO, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Bs.As., 1992.
- NOVOA MONREAL, EDUARDO, *El derecho como obstáculo al cambio social*, México, 1975.
- OLIVECRONA, KARL, *Lenguaje Jurídico y Realidad*, CEAL, Bs.As., 1968.
- PINTORE, ANNA, “*Democracia sin Derechos. En torno al Kelsen democrático*”, DOXA, Alicante, 2000.
- REFORMA CONSTITUCIONAL, *Dictamen Preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, Eudeba, Bs.As., 1986 y *Segundo Dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, Eudeba, Bs.As., 1987.
- SHAUER, FREDERICK, *Las reglas en juego*, traducción inédita.
- VERNENGO, ROBERTO J., *La interpretación literal del derecho*, Abeledo Perrot, Bs.As., 1971.
- WILLIAMS, BERNARD, *La ética y los límites de la filosofía*, Monte Ávila Editora Latinoamericana, Caracas, Año 1997.

CONSTITUCIÓN Y REALIDAD

314

315

LOS VIDRIOS ROTOS.

Reforma y Planes de Estudio en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba 1918-2000.

Dra. Marcela Aspell

*Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira.*²

Resumen: El inicio del Siglo XX requería una profunda renovación de la vida académica en la Universidad Nacional de Córdoba, las agrupaciones estudiantiles, cuestionaban la rigidez de las cátedras, su tradición conservadora, su falta de renovación, se exigía la participación de los estudiantes en el gobierno de las casas de estudio, la docencia libre, la democratización del sistema de selección docente, la periodicidad de las cátedras, la extensión de

la labor universitaria hacia la sociedad, etc, pero las iniciales propuestas de la reforma alcanzaron y luego se extendieron a otras universidades argentinas y americanas, adquiriendo una verdadera y renovadora proyección continental.

¹ Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Titular de la Cátedra "B" de Historia del Derecho Argentino de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Categorizada I Régimen de Incentivos de Docentes Investigadores. Miembro de la Carrera de Investigador Científico del Conicet. Vice Presidenta I. de la Junta Provincial de Historia de Córdoba.

² Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Titular de la Cátedra "C" de Historia del Derecho Argentino y Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

316

MARCELA ASPELL - RAMÓN PEDRO YANZI FERREYRA

Palabras Claves: Historia- Derecho- Reforma y Planes de Estudio- Universidad Nacional de Córdoba.

1. Los tiempos de la reforma.

*Los adversarios sólo oyen el ruido
de unos vidrios rotos.*

Deodoro Roca.

Desde los inicios de los tiempos patrios, la Universidad Nacional de Córdoba había proporcionado a las elites gobernantes, buena parte de sus cuadros dirigentes, pero el inicio del siglo XX requería una profunda renovación de la vida académica. ³

El peso de decisivos acontecimientos internacionales entre ellos la revolución mexicana, la revolución rusa y la misma primera guerra mundial no dejaban de aquilatar su importancia en el plexo ideológico de la época, cuyo impacto asimismo se había traducido en multitud de foros. Una nueva clase política había accedido al poder y estos mismos cambios políticos, que significaban el ascenso de clases sociales distintas, alentaban y sostenían los procesos de renovación de los estudios universitarios. El entretejido social y político del país comenzaba a urdirse con nuevos segmentos, en este preciso contexto, las agrupaciones estudiantiles, sensibles al cambio, cuestionaban la rigidez de las cátedras, su tradición conservadora, su falta de renovación, se exigía la participación de los estudiantes en el gobierno de las casas de estudio, la docencia libre, la democratización del sistema de selección docente, la periodicidad de las cátedras, la extensión de la labor universitaria hacia la sociedad etc, pero las iniciales propuestas de la reforma⁴ alcanzaron y luego se extendieron a

³ Uno de los protagonistas de la Reforma Universitaria de 1918, Gabriel del Mazo juzgaba: "*Hacia 1916 privaba en la Nación y en la Universidad un tipo de enseñanza utilitaria cuya dosis de falsedad y descreimiento provenía del régimen de las oligarquías gobernantes, criterio mercantil en la política, criterio egoísta en la Universidad en la educación pública*" citado por FELIX LUNA Historia Integral de la Argentina. Tomo XVIII pág. 1403, Buenos Aires, Editorial Planeta de Agostini.

⁴ La Reforma universitaria de 1918 ha merecido enjundiosos estudios entre los que se destacan: ALBERTO CIRIA y HORACIO SANGUINETTI: *La reforma Universitaria*, Buenos Aires, CEAL, 1918, Idem *Los reformistas*, Buenos Aires, Jorge Alvarez, 1968; DARDO CÚNEO

317

LOS VIDRIOS ROTOS

otras universidades argentinas y americanas, adquiriendo una verdadera y renovadora proyección continental.

Deodoro Roca sintetizaría estos afanes en una sentencia que se hizo celebre: "*Buscando un maestro ilusorio descubrimos un mundo nuevo*".

Al tiempo de la reforma, cinco universidades desarrollaban su trabajo

intelectual en el país, la Universidad Nacional de Córdoba, creada en 1613, la Universidad de Buenos Aires fundada en 1821 en pleno apogeo de las ideas de la ilustración y del racionalismo, la Universidad de La Plata, refundada en 1905 bajo un modelo científico, la Universidad de Santa Fe, concebida bajo el modelo de la Universidad de Buenos Aires y la Universidad de Tucumán que desde 1914 intentó adoptar el modelo de las universidades alemanas.

Se habían celebrado asimismo importantes congresos internacionales de estudiantes universitarios, en 1908 en Uruguay, en 1910 en Argentina y Colombia y en 1912 en la República del Perú. En todas estas reuniones, que profundizaron la integración regional y desarrollaron lazos de solidaridad y proyección de ideales comunes, se había exigido puntualmente, la participación de los estudiantes en la gestión universitaria.

En el Congreso de Lima se sancionó el *Himno de los Estudiantes Americanos* con música del chileno Enrique Saro y letra del peruano José Galvez.

Su texto resulta premonitorio:

(comp) *La Reforma Universitaria 1918-1930*. Venezuela, Biblioteca Ayacucho; Federación Universitaria Argentina: *La Reforma Universitaria 1918-1958*, Buenos Aires, 1959; JULIO V. GONZÁLEZ: *La Universidad. Teoría y acción de la Reforma*. Buenos Aires, Claridad, 1945; ESTELAMIRANDA: *La formación del sistema universitario nacional. Desarrollo y crisis. 1880-1945*. Dirección de Publicaciones, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1993; FERNANDO MARTÍNEZ PAZ: *El sistema educativo nacional, formación, desarrollo, crisis*. Dirección de Publicaciones Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1986; Universidad Nacional de Córdoba: *La Reforma Universitaria. 1918-1988*. Buenos Aires, Legasa, 1989, etc. GABRIEL DELMAZO reunió un importante conjunto de documentos y testimonios en *La Reforma Universitaria* publicado en 1967 por la Universidad Mayor de San Marcos, Lima, Perú en tres tomos. La lista es meramente enunciativa.

El Congreso de Montevideo reunió delegaciones de 8 países americanos sancionando la recomendación: “*que es de desear sea llevado a la practica.a representación de los estudiantes en los consejos directivos de enseñanza universitaria por medio de delegados nombrados directamente por ellos y renovados con la mayor frecuencia posible*” Honorable Congreso de la Nación Argentina. Cámara de Diputados. Sesión del 31 de agosto de 1917.

318

MARCELA ASPELL - RAMÓN PEDRO YANZI FERREYRA

*Sobre el viejo pasado soñemos
En sus ruinas hagamos jardín,
Y marchando al futuro cantemos
Que a lo lejos resuena un clarín.
La mirada embriagada en los cielos
Y aromados por una mujer
Fecundemos los viejos anhelos
Y seamos mejores que ayer.
Consagremos orgullo en la herida
Y sintamos la fe del dolor y triunfemos del mal de la vida
Con un frágil ensueño de amor.
Que las dulces amadas suspiren
De pasión al mirarnos pasar,
Que los viejos maestros admiren
Al tropel que los va a suceder
Coro:
¡Juventud, juventud, torbellino
Soplo eterno de eterna ilusión*

*Fulge el sol en el largo camino
Que ha nacido la nueva canción!*

Pero estas señales no fueron advertidas por las clases gobernantes. Con un tono francamente irónico, Arturo Capdevila recreaba, nostálgico, varios años después, el ambiente universitario cordobés previo a la Reforma: “¿Es que había, cosa más plácida en la Universidad que ser profesor de Derecho? Este llegaba, tomaba posesión de su cátedra, ocupaban los estudiantes los escaños del aula y el maestro se reducía a escoger al expositor de esa hora, a quien escuchaba entre severo y deferente. Después si con uno no alcanzaba seguía con otro. Entonces era el suspirar ¡ Quien fuere profesor! Mas cuando llegue a serlo ¿ qué pasaba? Habíanse trocado los papeles. El alumno no se sentaba para oír y tomar notas, al paso que el maestro corría con toda la oratoria. Y era entonces el momento de la murmurada queja: *Quién fuese alumno!*”

319

LOS VIDRIOS ROTOS

Lo único que no sufrió mudanza hasta mi salida fue el refresco que unos serviciales ordenanzas servían a los examinadores en aquellas jornadas que caían sofocantes en el rigor del estío. Refresco de panales o rosados o blancos que se iban rompiendo y deshaciendo en esa fresca agua de cántaro que llenaba el vaso. Hasta que no probé el primer azucarillo, no me sentí profesor de verdad entre esos gloriosos muros” ⁶.

Ramón J. Cárcano recordando la sólida presencia de profesores de prestigio: Rafael García, Nicéforo Castellanos, Santiago Cáceres, Néstor Escalante, Cayetano Lozano, Justino César, Cipriano Soria etc, que habían intervenido decisivamente en su formación estudiantil, no dejaba de acotar, también, como a pesar de integrar en las aulas cordobesas un curso numeroso, *a medida que la vía férrea va llegando al interior y norte del país disminuye en Córdoba la asistencia de estudiantes. Todos pasan a Buenos Aires, mucho mas después que se declara capital de la nación. Pierde sus ventajas geográficas el viejo centro de la enseñanza superior* ⁷.

El mismo autor pasaba revista a los juveniles intentos universitarios que protagonizara, intentando constituir ateneos y foros de debate, algunos incluso, con órganos de expresión escrita que naufragaron estrepitosamente ante los desbordes verbales “*de un correntino de carácter retraído y silencioso que se animó a declarar su ateísmo y que las religiones son un producto de la ignorancia o de negocios. Matar a los frailes es una acción santa porque son los grandes corruptores*”⁸.

El relato, no exento de gracia y agudeza, le merece la siguiente reflexión: “*Córdoba, tan satisfecha y sedentaria en su posición geográfica central y atrayente, con sus famosas casas de estudio, cuida con intransigencia la integridad de sus tradiciones. Diez años de comunicación por vía férrea con Buenos Aires de mayor contacto de hombres, ideas y sentimientos de intercambio general ocasionan una lenta pero positiva evolución progresiva en la vida provinciana. Aunque la biblioteca de la Universidad, desde los días de su fundador Manuel Antonio de Castro, no aumenta los libros de sus anaqueles, se crea la biblioteca “Unión y Progreso” de una sociedad de artesanos que pronto llega a cinco mil volúmenes... El espíritu hallase mejor nutrido, con inquietudes y ambiciones que no siente en la*

⁶ La Prensa. Ejemplar del 22 de noviembre de 1964.

⁷ RAMÓN J. CÁRCANO *Mis primeros ochenta años*. Buenos Aires Ediciones Pampa y Cielo, 1965, Volumen 1, pag 39.

8 Idem, pág 42.

320

MARCELA ASPELL - RAMÓN PEDRO YANZI FERREYRA

penúltima década. Esta fuerza nueva audaz y contagiosa, que es crónica en la ciudad y atención de los hombres reflexivos, solicitada o espontánea, principia a distribuirse en las diversas tendencias políticas que dividen la opinión. Todos los estudiantes tenemos una definición y una actitud. La inmensa mayoría se incorpora al movimiento nacional que lucha por establecer la capital de la república. El movimiento trae ruido de armas de fuego y fuego de pasiones tradicionales. La Universidad que contiene todos los gérmenes de renovación no se altera. Continúa con las clases abiertas y el orden de los estudios no se interrumpe hasta que todo el país es llamado bajo banderas” 9.

Con pluma más descarnada Enrique Barros radiografiaba de este modo la situación que atravesaba la Universidad Nacional de Córdoba: *“Universidad implica amplitud de conocimientos, capacidad didáctica y libertad de pensamiento. No podrán tener ninguna de estas condiciones profesores reclutados en la cerrada sociedad de Córdoba y que además debían pasar para su nombramiento por el triple cernidor del abolengo, de la política y de la religión. Hay familias que tienen hasta diez representantes en la Universidad, partidos políticos que cuentan allí altísimo porcentaje de afiliados y en cuanto a la religión, esta tiene el noventa y nueve por ciento sometidos a la más escrupulosa selección y vigilancia”* 10.

En 1916, Arturo Capdevila invitado a pronunciar una conferencia en la señera *Biblioteca Córdoba* de la ciudad, sobre el desarrollo del Derecho Hindú, explicó cómo algunos contenidos de dicho sistema jurídico se enfrentaban, en su parecer, a principios que el autor consideraba anacrónicos y que regulaban la sociedad católica.

La disertación no pasó desapercibida en los medios de información locales y generó una verdadera polémica. La edición del 19 de septiembre de 1916 de *Los Principios* denunció indignada *“se acaba de dar una conferencia que es todo un atentado contra nuestra religión... El gobierno debe clausurar esas conferencias... siquiera por consideración a los ciudadanos católicos y a la propia cultura... Por lo demás hablar del cristianismo en la forma que se ha hecho en la Biblioteca Córdoba, revela atraso de información científica y escasez de intelecto.... Pontifican de estas cosas sin entenderlas cuando debieran comenzar a estudiar”* 11.

9 Idem, pág 43 y 44.

10 La Nación. Ejemplar del 10 de julio de 1918.

11 Los principios. Edición del 19 de septiembre de 1916. Citado por JORGE EDUARDO NARVAJA: *La reforma universitaria de 1918. Los hechos. Repercusión en la legislatura de*

321

LOS VIDRIOS ROTOS

Pero el aire estaba ya impregnado con las esencias refrescantes de la reforma de las casas de altos estudios. El proyecto de creación de la Universidad Nacional de Santa Fe, presentado a las Cámaras del Congreso Nacional el 31 de agosto de 1917 por el diputado Jorge Rodríguez, insistía en la necesidad de elegir las autoridades universitarias por medio de elecciones democráticas en asambleas donde participaran *profesores, directores de institutos y delegados de los alumnos* insistiendo en la completa autonomía de las Universidades para construir sus planes de estudio.

Meses más tarde el mismo Diputado Rodríguez presentaba un proyecto

de reorganización de las universidades nacionales, reformando los términos de la Ley Avellaneda donde insistía *“la incorporación de representantes o delegados de los estudiantes del curso universitario a la asamblea o consejos de facultad realizara una aspiración de la exigencia de justicia impostergable... afirmando más adelante, que las organizaciones, los centros de estudiantes universitarios tienen una personería que sería ingenuo negar”*¹².

La reforma se preparaba ya como un huracán imposible de detener o desviar, extendería su bagaje doctrinario a todas las casas de estudio incorporando nuevos paradigmas académicos, que significaron una verdadera renovación intelectual, a la par que una nueva clase dirigente accedía a los niveles de conducción política y nuevos sectores de la sociedad se incorporaban a los espacios de las universidades argentinas.

Aún a través de la presencia de intereses opuestos, formulados en diversas tendencias, donde no dejaban de aquilatar su impronta el peso de los acontecimientos internacionales de la segunda década del siglo XX, se impuso un discurso ético *“como el fundamento filosófico de una propuesta totalizadora que abarcó lo social, lo político, lo cultural y lo universitario”*

¹³.

El malestar comenzó cuando el Rectorado de la Universidad decidió suprimir, *por razones de economía y moralidad*, el régimen de internados Córdoba y en la cámara de Diputados de la Nación. En Primer Congreso Internacional sobre Historia de las Universidades en América y Europa. Gobierno de Córdoba Junta provincial de Historia de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2003, Tomo II, pág. 318.

¹² Sesión de la Honorable Cámara de Diputados del 29 de septiembre de 1917.

Citado por JORGE EDUARDO NARVAJA: *La reforma universitaria de 1918* cit. pág. 319.

¹³ MARÍA CALDEARI. PATRICIA FUNES. *Escenas Reformistas. La reforma Universitaria 1918-1930*. Universidad de Buenos Aires. Secretaria de Extensión Universitaria Programa de Historia Oral y Gráfica. Eudeba, Buenos Aires, 1998, pág. 10.

322

MARCELA ASPELL - RAMÓN PEDRO YANZI FERREYRA

de los estudiantes de Medicina en el Hospital de Clínicas de la ciudad. Las protestas de los universitarios no se hicieron esperar. El 4 de diciembre de 1917 se elevó un petitorio, solicitando la mediación del Ministro de Justicia e Instrucción Pública, José Salinas. En su texto, el Presidente del Centro de Estudiantes de Medicina Alfredo P. Degano razonaba: *“No escaparán al elevado criterio del Señor Ministro los múltiples perjuicios que reporta la medida aludida, máxime si se tiene en cuenta que en esa facultad, el internado en el Hospital Clínicas constituye la única escuela práctica para estudios médicos”*

Pero los reclamos no provenían exclusivamente del área de la Facultad de Medicina, también los estudiantes de Ingeniería se habían opuesto a las estrictas medidas, tomadas por las autoridades, que exigían su asistencia a clase protestando asimismo contra el nuevo escalafón de clasificaciones, regulado por la Ordenanza de Decanos.

Se sucede la presentación de memoriales que contienen los reclamos de los estudiantes y que aguardan en vano su tratamiento, sin ser despachados. *La Voz del Interior* alertaba sobre el río incontenible de profunda desazón y efervescencia social que corría desbordado por la ciudad *“Estamos en vísperas de graves sucesos en el mundo universitario. La juventud se apresta a asentar el golpe definitivo a la camarilla gobernante, recurriendo si preciso fuera a medidas contundentes de acción en la jornada*

que se avecina”¹⁴.

Entonces, la organización entre los universitarios no tardó en cuajar, se constituyó el *Comité Pro Reforma*, integrado por representantes de las Facultades de Derecho, Medicina e Ingeniería, presidido por Horacio Valdes y Gumersindo Sayago, el primer acto de importancia ante la opinión pública lo llevó a cabo en el teatro Rivera Indarte. En el multitudinario mitin se suceden los oradores: Horacio Valdes, Gregorio Bermann, Arturo Orgaz, Ismael Bordabehere y Arturo Capdevila¹⁵.

¹⁴ *La Voz del Interior*. Edición del 7 de marzo de 1918.

¹⁵ Integraron el Comité GUMERSINDO SAYAGO, JORGE L. BAZANTE, R. ARTAZA RODRÍGUEZ, HORACIO MIRAVET, PARODIE MONTERO, CLEMENTE ELISSAMBURU, R. LÓPEZ RAMÍREZ y M. J. TAPIA por la Facultad de Medicina; HORACIO VALDES, ANDRÉS G. POSSE (H.), ROBERTO AHUMADA, ALFREDO BRANDAN CARAFFA, LUIS ARGUELLO, CEFERINO GARZÓN MACEDA, HERMINIO MICHELLENA, y VIDAL FERREYRA VIDELA por la Facultad de Derecho en tanto ERNESTO GARZÓN, ISMAEL C. BORDABEHERE, PEDRO N. GORDILLO (H.), FEDERICO ACUÑA ANZORENA, ANTONIO MEDINA ALLENDE, LUIS A. COLOMBO, NATALIO J. SAIBENEY MIGUEL ARRAMBIDE lo hicieron por Ingeniería.

323

LOS VIDRIOS ROTOS

El documento de convocatoria leído por Gumersindo Sayago proclamaba:

*“La juventud de Córdoba, animada por un impulso irresistible de progreso se halla en lucha con su vieja y ruinosa universidad. Sus autoridades regresivas, empecinadas en el mantenimiento del dogmatismo docente y en la defensa de intereses insostenibles, se oponen con desdeñoso autoritarismo al impostergable anhelo de renovación que desde largos años le reclaman los propios hijos del vetusto hogar intelectual... No nos arrojamos por la pendiente de una rebelión estéril contra las gratas disciplinas del trabajo y del estudio. Aspiramos a vivir en las aulas del saber, la vida plena del intelecto, en el ambiente del verdadero liberalismo científico, profesado en las cátedras modernas, exento de prejuicios dogmáticos, desbrozado de arcaicos convencionalismos mentales... Nos levantamos para sacudir la esclavitud mental en la que se pretende mantenernos”*¹⁶.

Unos días después, el 13 de marzo de 1918, trazaba una despiadada pintura de la Universidad de Córdoba que trepanaba sin anestesia las estructuras mismas de la Casa de Trejo.

*“La Universidad Nacional de Córdoba amenaza ruina, sus cimientos seculares han sido minados por la acción encubierta de sus falsos apóstoles, ha llegado al borde del precipicio impulsada por la fuerza de su propio desprestigio, por la labor científica de sus academias, por la ineptitud de sus dirigentes, por su horror al progreso y a la cultura, por la inmoralidad de sus procedimientos, por lo anticuado de sus planes de estudio, por la mentira de sus reformas, por sus mal entendidos prestigios y por carecer de autoridad moral”*¹⁷.

El Comité hizo pública sus aspiraciones de su propósito de no dejar morir de inanición a la universidad *“quiere que su corazón y su cerebro marchen a la par por el ritmo ascendente y fecundo de los nuevos ideales quiere que todo el enorme caudal de energías y de amor a la ciencia que aporta año tras año a las aulas en vez de quedar malogrado como hasta hoy se realice en toda su plenitud encontrando el estímulo y el guía capaces de encauzarlo por eficaces derroteros*¹⁸.

La respuesta de las autoridades universitarias intentó frenar duramente la efervescencia de los jóvenes. El 2 de abril se clausura la Universidad, prohibiéndose el ingreso de los estudiantes.

¹⁶ Citado en Idem, pág. 1406.

¹⁷ GABRIEL DELMAZO: *La Reforma Universitaria*, Universidad Mayor de San Marcos, Lima Perú, 1967, Tomo I pág. 6.

¹⁸ Idem, pág. 6.

324

MARCELA ASPELL - RAMÓN PEDRO YANZI FERREYRA

Se suceden con la clara y angustiosa convicción de estar construyendo una nueva historia afiebradas gestiones, los estudiantes se entrevistan con el Vicepresidente de la Nación, de paso por Córdoba, el 9 de marzo interiorizándolo de la situación que atravesaba la Universidad, el mismo Comité Pro Reforma, requirió al Ministro la intervención de la Universidad y el propio Presidente Hipólito Irigoyen recibe a delegaciones de las partes, el cuadro de situación se concreta el 11 de abril, con el decreto de intervención de la Universidad Nacional de Córdoba, designándose interventor a José Nicolás Matienzo, al tiempo que los estudiantes fundan la Federación Universitaria Argentina.

El interventor invita inmediatamente a profesores y alumnos a reanudar la asistencia a clase a partir del 19 de abril, con lo cual concluye en los hechos la huelga decretada normalizándose la vida universitaria y se concurre masivamente a las aulas.

Se da forma, con el Consejo Superior de la Universidad a una nueva reorganización estatutaria, que es aprobada por las autoridades nacionales el 7 de mayo, entretanto el 18 del mismo mes se funda la Federación Universitaria de Córdoba.

Se declaran vacantes los cargos de Rector, Decanos y Académicos, con una antigüedad superior a dos años de funciones. El 31 de mayo queda integrado el nuevo Consejo Superior que inmediatamente convoca la asamblea universitaria para elegir Rector de la Casa de Trejo, estableciéndose como fecha para su celebración el día 15 de junio a las 3 p.m.

Los hechos se precipitan en oportunidad de la jornada de elección del nuevo Rector.

Tres candidatos disputan el sillón de Trejo. Son los doctores Antonio Nores Martínez, acusado de pertenecer a la resistida *Córdoba Frates*, ¹⁹ el

¹⁹ *¿Qué es la Córdoba Frates?* se preguntaba *La Nación* del 18 de julio de 1917. Y respondía: "No es partido, ni club, ni una sociedad, ni nada que se le parezca. Es una tertulia de doce caballeros, católicos –este es su mas fuerte vinculo espiritual y de edades aproximadas, muy unidos entre si por lazos de amistad y aun de parentesco, que se reúnen en comidas y almuerzos periódicos, ya en un hotel, ya en la casa particular de algunos de ellos. Universitarios en su mayoría, políticos casi todos, funcionarios y ex funcionarios, legisladores y ex legisladores, los asuntos públicos les ocupan desde luego, y aun cuando con frecuencia sus señoras les acompañan en los ágapes, no dejan estos de presentar cierto aspecto de consejos de estado. La unidad de la fe completa la semejanza con una agrupación de militantes, pero lo cierto es que hay allí, radicales azules, algún simpatizante con los rojos, algún platónico amigo de los demócratas. El doctor Arturo M. Bas, uno de los hombres mas reputadamente inteligentes e ilustrados de Córdoba es. Al; decir de muchos,

325

LOS VIDRIOS ROTOS

candidato de los estudiantes, Doctor Enrique Martínez Paz ²⁰ y Alejandro Centeno.

La Asamblea fue convocada para las 15 horas del 15 de junio, pero desde le mediodía grupos de estudiantes se agrupaban en los centenarios claustros en una atmósfera de tensa espera que presagiaba el estallido de una angustia apremiante.

Los resultados de la primera ronda de votación otorgan 15 votos para

Nores Martínez, 12 para Martínez Paz y 10 para Centeno. En las vueltas sucesivas, los votos de Centeno se inclinan por el doctor Nores Martínez, con lo cual su nombre se impone con holgura. 23 a 19 votos es el resultado final que proclama la Junta Escrutadora integrada por Eliseo Soaje, Julio Etchegaray y Vicente Vázquez de Novoa.

Habían votado 42 consejeros presentes, sobre un total de 45.

Pero la reacción de los estudiantes no se hace esperar. Una rechifla aguda brota de los claustros superiores, en la propia mesa del rector, los estudiantes redactan el texto de la proclama que llama a huelga general por tiempo indeterminado “*La Asamblea General de todos los estudiantes de la Universidad de Córdoba decreta la huelga general Junio 15 de 1918.*” De allí en más “*Una furia iconoclasta bajó a la luz de la calle los retratos solemnes de rectores pretéritos, allí todo se convirtió en una amasadura de astillas y trapos. Solamente dos se salvaron. El presidente del senado, general Ramón I de Olmos entró a la carrera, descolgó el de su padre D. José Severo de Olmos y se marchó a buen paso. El otro, el de fray Trejo y Sanabria a punto de sufrir la filosa crítica del joven Juan Filloy y cabeza del famoso grupo, en el cual figuran el gobernador de la provincia, dos de sus ministros, el intendente municipal, el Doctor Antonio Nores, profesores de la Facultades etc..., Tienen gente de todos los partidos, tienen diputados de todos los rumbos. Así, caiga el que caiga, triunfe quien triunfe, la Corda sale siempre parada*” Tomado de HORACIO SANGUINETTI *La trayectoria de una Flecha. Las obras y los días de Deodoro Roca*. Librería Histórica, Buenos Aires, 2003, pág. 28.

²⁰ Al justificar la elección del candidato a Rector de los estudiantes ENRIQUE BARROS recordaba: “*Nosotros al fijarnos en el doctor Enrique Martínez Paz, lo hicimos no por el amor a un hombre, que no tenemos idolatría de ninguna especie, sino porque el doctor marines Paz se nos impuso por vía de eliminación, pues es tal vez el único universitario dedicado a la enseñanza que ni ejerce su profesión, no está ligado a cofradismos o compadrismos de ninguna especie, no actúa en ningún partido político, tiene rentas que no lo atan al sueldo, es joven y vinculado con los jóvenes y en suma daba todas las garantías de independencia. De buen grado hubiéramos aceptado cualquier otro que llenara aproximadamente esas garantías de independencia y tecnicismo*” *La Nación*. Ejemplar del 10 de julio de 1918.

326

MARCELA ASPELL - RAMÓN PEDRO YANZI FERREYRA

de su navaja, lo salvó el grito oportuno de Saúl Taborda "Che, no seas bárbaro, dejá tranquilo al fraile".

En fin, del aislamiento sólo se salvó la vasta biblioteca²¹ y la propia estatua del Obispo Fray Fernando de Trejo y Sanabria, inaugurada el 8 de diciembre de 1903, obra del escultor Víctor de Pol, cuya robusta sotana, adherida a la base, resistió tenazmente los embates de la lazada de los jóvenes revolucionarios. No sucedió lo mismo con la estatua en pie de Rafael García, el primer Decano de Derecho, ubicada en la plazuela frente a la Compañía,²² volteado desde su base por el empuje de un camión, que al día siguiente trajeron los estudiantes y que acordonaron con cuerdas, enlazando a la estatua. ²³

La estatua fue derribada en la noche del 14 de agosto por Horacio Valdes, Ceferino Garzón Maceda, Julio Molina, Antonio Medina Allende, Emilio R. Biagosch, Natalio J. Saibene, Juan Carlos Roca e Ismael Bordabehere. Mas tarde sobre la estatua derribada se colocó un cartel: *En Córdoba sobran ídolos y faltan pedestales.*²⁴

Columnas de estudiantes recorren la ciudad, cintas moradas cortadas de los cinturones de los clérigos sirven para identificar a las reformistas. Es apedreado el frente del diario “*Los Principios*” en cuyo directorio revistaba

el Rector elegido.

Los estudiantes piden la vuelta de Matienzo, este se resiste e invoca paciencia al Claustro, pero el movimiento se extiende, la Federación Obrera de Córdoba apoya a los estudiantes, también lo hacen los diputados socialistas Juan B Justo, Mario Bravo, Alfredo Palacios y distinguidas personalidades de la intelectualidad argentina, Leopoldo Lugones, José Ingenieros, Telémaco Susini, Manuel Ugarte, Alejandro Korn, etc.

El 21 de junio Deodoro Roca, joven abogado de veintiocho años, que acreditaba ya, tres de recibido, escribe el borrador del *Manifiesto Liminar* que somete a la consideración de Enrique Barros, Ismael Bordabehere, Horacio Valdes y Emilio Biagosh. Su texto final, obra de conjunto entre los jóvenes reformistas, escrito en la máquina con tinta violeta del estudio de

²¹ SERGIO RAÚL DÍAZ: Crónica de la Reforma Universitaria. Los hechos de un invierno transformador. En *La Reforma* del 18. Umbrales Crónicas de fin de siglo Córdoba, Año 5 Número 8. Junio de 1998. pág. 25.

²² Hoy Plaza de la Compañía de Jesús.

²³ Entrevista a JUAN FILLOY testigo de la Reforma. El bochinche universitario del 18. en *Idem*, pag 40.

²⁴ SANGUINETTI HORACIO op. cit. pág. 34.

327

LOS VIDRIOS ROTOS

Roca, es publicado en el número 10 de la *Gaceta Universitaria* y ocupó la primera plana de *La Voz del Interior* del 22 de junio.²⁵

²⁵ Creemos interesante reproducir su texto. MANIFIESTO LIMINAR DE LA REFORMA. 21 de junio de 1918. LA JUVENTUD ARGENTINA DE CORDOBA A LOS HOMBRES LIBRES DE SUD AMERICA. Hombres de una república libre, acaban de romper la última cadena que, en pleno siglo XX, nos ataba a la antigua dominación monárquica y monástica. Hemos resuelto llamar a todas las cosas por el nombre que tienen. Córdoba se redime. Desde hoy cuenta para el país una vergüenza menos y una libertad más. Los dolores que quedan son las libertades que faltan. Creemos no equivocarnos, las resonancias del corazón nos lo advierten: estamos pisando sobre una revolución, estamos viviendo una hora americana. La rebeldía estalla ahora en Córdoba y es violenta porque aquí los tiranos se habían ensoberbecido y era necesario borrar para siempre el recuerdo de los contrarrevolucionarios de Mayo. Las Universidades han sido hasta aquí refugio secular de los mediocres, la renta de los ignorantes, la hospitalización segura de los inválidos y -lo que es peor aún- el lugar en donde todas las formas de tiranizar y de insensibilizar hallaron la cátedra que las dictara. Las universidades se empeñan en ofrecer el triste espectáculo de una inmovilidad senil. Por eso es que la ciencia frente a estas casas mudas y cerradas, pasa silenciosa o entra mutilada y grotesca al servicio burocrático. Cuando en un rapto fugaz abre sus puertas a los altos espíritus es para arrepentirse luego y hacerles imposible la vida en su recinto. Por eso es que, dentro de semejante régimen, las fuerzas naturales llevan a mediocrizar la enseñanza, y el ensanchamiento vital de los organismos universitarios no es el fruto del desarrollo orgánico, sino el aliento de la periodicidad revolucionaria. Nuestro régimen universitario -aún el más reciente- es anacrónico. Está fundado sobre una especie de derecho divino: el derecho divino del profesorado universitario. Se crea a sí mismo. En él nace y en él muere. Mantiene un alejamiento olímpico. La federación universitaria de Córdoba, se alza para luchar contra este régimen y entiende que en ello le va la vida. Reclama un gobierno estrictamente democrático y sostiene que el demos universitario, la soberanía, el derecho a darse el gobierno propio, radica principalmente en los estudiantes. El concepto de autoridad que corresponde y acompaña a un director o a un maestro en un hogar de estudiantes universitarios no puede apoyarse en la fuerza de disciplinas extrañas a la substancia misma de los estudios. La autoridad, en un hogar de estudiantes universitarios no puede apoyarse en la fuerza de disciplinas extrañas a la substancia misma de los estudios. La autoridad en un hogar de estudiantes, no se ejercita mandando, sino sugiriendo y amando: enseñando. Si no existe una vinculación espiritual entre el que enseña y el que aprende, toda enseñanza es hostil y de consiguiente infecunda. Toda la educación es una larga obra de amor a los que aprenden. Fundar la garantía de una paz fecunda en el artículo conminatorio de un reglamento o de un estatuto es, en todo caso, amparar un régimen cuartelario, pero no una labor de ciencia. Mantener la actual relación de gobernantes a gobernados es agitar el fermento de

futuros trastornos. Las almas de los jóvenes deben ser movidas por fuerzas espirituales. Los gastados resortes de la autoridad de emanar de la fuerza no se avienen con lo que reclaman el sentimiento y el concepto moderno de las universidades. El chasquido del látigo sólo puede rubricar el silencio de los inconscientes o de los cobardes. La única actitud silenciosa, que cabe en un instituto de ciencia es la de la que escucha una verdad o la de la que experimenta para crearla o comprobarla. Por eso queremos arrancar de raíz en el organismo universitario el arcaico y bárbaro concepto de autoridad que en estas casas de estudio es un

328

MARCELA ASPELL - RAMÓN PEDRO YANZI FERREYRA

Sus contenidos aspiraban a involucrar a las comunidades universitarias americanas decía *“La juventud universitaria de Córdoba, por intermebualarte de absurda tiranía y sólo sirve para proteger criminalmente la falsa dignidad y la falsa competencia. Ahora advertimos que la reciente reforma, sinceramente liberal, aportada a la Universidad de Córdoba por el doctor José Nicolás Matienzo, sólo ha venido a probar que el mal era más afligente de lo que imaginábamos y que los antiguos privilegios disimulaban un estado de avanzada descomposición. La reforma Matienzo no ha inaugurado una democracia universitaria, ha sancionado el predominio de una casta de profesores. Los intereses creados en torno de los mediocres han encontrado en ella un inesperado apoyo. Se nos acusa ahora de insurrectos en nombre de un orden que no discutimos, pero que nada tiene que hacer con nosotros. Si ello es así, si en nombre del orden se nos quiere seguir burlando y embruteciendo, proclamamos bien alto el derecho sagrado a la insurrección. Entonces la única puerta que nos queda abierta a la esperanza es el destino heroico de la juventud. El sacrificio es nuestro mejor estímulo; la redención espiritual de las juventudes americanas nuestra mejor recompensa, pues sabe que nuestras verdades lo son -y dolorosas- de todo el continente. ¿Qué en nuestro país una ley -se dice- la ley de Avellaneda, se opone a nuestros anhelos? Pues a reformar la ley, que nuestra salud moral lo está exigiendo. La juventud vive siempre en trance de heroísmo. Es desinteresada, es pura. No ha tenido tiempo aún de contaminarse. No se equivoca nunca en la elección de sus propios maestros. Ante los jóvenes no se hace mérito adulando o comprando. Hay que dejar que ellos mismo elijan sus maestros y directores, seguros de que el acierto ha de coronar sus determinaciones. En adelante, sólo podrán ser maestros en la futura república universitaria los verdaderos constructores de almas, los creadores de verdad, de belleza y de bien. La juventud universitaria de Córdoba cree que ha llegado la hora de plantear este grave problema a la consideración del país y de sus hombres representativos. Los sucesos acaecidos recientemente en la Universidad de Córdoba, con motivo de la elección rectora, aclaran singularmente nuestra razón en la manera de apreciar el conflicto universitario. La Federación Universitaria de Córdoba cree que debe hacer conocer al país y a América las circunstancias de orden moral y jurídico que invalidan el acto electoral verificado el 15 de junio. Al confesar los ideales y principios que mueven a la juventud de esta hora única de su vida, quiere referir a los aspectos locales del conflicto y levantar bien alta la llama que está quemando el viejo reducto de la opresión clerical. En la Universidad Nacional de Córdoba y en esta ciudad no se han presenciado desórdenes; se ha contemplado y se contempla el nacimiento de una verdadera revolución que ha de agrupar bien pronto bajo su bandera a todos los hombres libres del continente. Referiremos los sucesos para que se vea cuánta razón nos asistía y cuánta vergüenza nos sacó a la cara la cobardía y la perfidia de los reaccionarios. Los actos de violencia, de los cuales nos responsabilizamos íntegramente, se cumplían como en el ejercicio de puras ideas. Volteamos lo que representaba un alzamiento anacrónico y lo hicimos para poder levantar siquiera el corazón sobre esas ruinas. Aquellos representaban también la medida de nuestra indignación en presencia de la miseria moral, de la simulación y del engaño artero que pretendía filtrarse con las apariencias de la legalidad. El sentido moral estaba oscurecido en las clases dirigentes por un fariseísmo tradicional y por una pavorosa indigencia de ideales. El espectáculo que ofrecía la asamblea universitaria era repugnante. Grupos amorales deseosos de captarse la buena voluntad del futuro rector exploraban los contornos en el primer escrutinio para inclinarse luego al bando que pare*

LOS VIDRIOS ROTOS

dio de su Federación, saluda a los compañeros de la América toda y les incita a colaborar en la obra de libertad que se inicia”. *cía asegurar el triunfo, sin recordar la adhesión públicamente empeñada, el compromiso de honor contraído por los intereses de la Universidad. Otros -los más- en nombre del sentimiento religioso y bajo la advocación de la Compañía de Jesús, exhortaban a la traición y al pronunciamiento subalterno. (¡Curiosa religión que enseña a menospreciar el*

honor y a deprimir la personalidad: ¡religión para vencidos o para esclavos!) Se había obtenido una reforma liberal mediante el sacrificio heroico de la juventud. Se creía haber conquistado una garantía, y de la garantía se apoderaban los únicos enemigos de la reforma. En la sombra, los jesuitas habían preparado el triunfo de una profunda inmoralidad. Consentirla habría comportado otra traición. A la burla respondimos con la revolución. La mayoría expresaba la suma de la regresión, de la ignorancia y del vicio. Entonces dimos la única lección que cumplía y espantamos para siempre la amenaza del dominio clerical. La sanción moral es nuestra. El derecho también. Aquellos pudieron obtener la sanción jurídica, empotrarse en la ley. No se lo permitimos. Antes de que la iniquidad fuera un acto jurídico irrevocable y completo, nos apoderamos del salón de actos y arrojamos a la canalla, sólo entonces amedrentada, a la vera de los claustros. Que esto es cierto, lo patentiza el hecho de haber, a continuación, sesionado en el propio salón de actos la Federación Universitaria y de haber firmado mil estudiantes, sobre el mismo pupitre rectoral, la declaración de huelga indefinida. En efecto, los estatutos reformados disponen que la elección de rector terminará en una sola sesión, proclamándose inmediatamente el acta respectiva. Afirmamos sin temor de ser rectificadas, que las boletas no fueron leídas, que el acta no fue aprobada, que el rector no fue proclamado y que, por consiguiente, para la ley, aun no existe rector en esta Universidad. La juventud universitaria de Córdoba afirma que jamás hizo cuestión de nombres ni de empleos. Se levantó contra un régimen administrativo, contra un método docente, contra un concepto de autoridad. Las funciones públicas se ejercitan en beneficio de determinadas camarillas. No se reforman ni planes ni reglamentos por temor de que alguien en los cambios pudiera perder su empleo. La consigna de "hoy por ti mañana por mí" corría de boca en boca y asumía la preeminencia de estatuto universitario. Los métodos docentes estaban viciados de un estrecho dogmatismo, contribuyendo a mantener a la Universidad apartada de la ciencia y de las disciplinas modernas. Las lecciones, encerradas en la repetición interminable de viejos textos, amparaban el espíritu de rutina y de sumisión. Los cuerpos universitarios, celosos guardianes de los dogmas, trataban de mantener en clausura a la juventud, creyendo que la conspiración del silencio puede ser ejercitada en contra de la ciencia. Fue entonces cuando la obscura universidad mediterránea cerró sus puertas a Ferrí, a Ferrero, a Palacios y a tantos otros, ante el temor de que fuera perturbada su plácido ignorancia. Hicimos entonces una santa revolución y el régimen cayó a nuestros golpes. Creímos honradamente que nuestro esfuerzo había creado algo nuevo, que por lo menos la elevación de nuestros ideales merecía algún respeto. Asombrados, contemplamos entonces cómo coaligaban para arrebatar nuestra conquista los más crudos reaccionarios. No podemos dejar librada nuestra suerte a la tiranía de una secta religiosa, ni al juego de intereses egoístas. A ellos se nos quiere sacrificar. El que se titula rector de la Universidad de San Carlos ha dicho su primera palabra: "Prefiero antes de renunciar que quede el tendal de cadáveres de los estudiantes". Palabras llenas de piedad y de amor, de respeto reverencioso a la disciplina; palabras dignas del jefe de una casa de

330

MARCELA ASPELL - RAMÓN PEDRO YANZI FERREYRA

La propuesta no era nueva en la pluma joven y combativa de Deodoro Roca.

Cuando le fue confiada la redacción del discurso de colación de grados, que pronunció en la solemne ceremonia del 8 de diciembre de 1915, perfiló las ideas que luego plasmaría en el documento, base de la Reforma. Dijo en tal oportunidad: "Aquí en estas severas casas de estudio, están ocultos y sin desarrollo los procedimientos defensivos, aquí deben estrellarse las vanas lamentaciones, aquí deben elaborarse el pensamiento nacional, aquí la juventud tocada de graves inquietudes debe encontrar las altas señales, desde aquí se debe poder mirar hacia todos los horizontes... La juventud que pasa por los jardines de Academus no puede querer la enseñanza oscura y rutinaria del domine pedante. Ella necesita de verdades concretas, fáciles de adquirir en el sosiego de los gabinetes. No formulas anquilosadas que de nada sirven cuando la dinámica de las cosas nos urge a la urdimbre nueva, sino ideas vivas. La verdad no es patrimonio de nadie; es un perpetuo devenir. Casi podría decirse que no existe ni ha existido nunca. Lo único que han existido son verdades, lo que las alienta en su

transmutación incesante. Lo que debemos encontrar son gestos amplios señalando los caminos. Este punto está en nosotros mismos, en la porción de originalidad que cada hombre sincero puede dar, en el desarrollo espontáneo de la aptitud dormida. El maestro no debe aspirar sino a que nos descubramos a nosotros mismos. Ahí está lo fecundo en la confluencia de maestros y discípulos. ¡ Nada de pedantismo, nada de solemne altos estudios. No invoca ideales ni propósitos de acción cultural. Se siente custodiado por la fuerza se alza soberbio y amenazador. ¡ Armoniosa lección que acaba de dar a la juventud el primer ciudadano de una democracia universitaria! Recojamos la lección compañeros de toda América; acaso tenga sentido de un presagio glorioso, la virtud de un llamamiento a la lucha suprema por la libertad; ella nos muestra el verdadero carácter de la autoridad universitaria, tiránica y obcecada, que ve en cada petición un agravio y en cada pensamiento una semilla de rebelión. La juventud ya no pide. Exige que se le reconozca el derecho a exteriorizar ese pensamiento propio en los cuerpos universitarios por medio de sus representantes. Está cansada de soportar a los tiranos. Si ha sido capaz de realizar una revolución en las conciencias, no puede desconocerle la capacidad de intervenir en el gobierno de su propia casa. La juventud universitaria de Córdoba, por intermedio de su federación, saluda a los compañeros de la América toda y les incita a colaborar en la obra de libertad que inicia. Enrique F. Barros, Horacio Valdes, Ismael C. Bordabehere, presidentes; Gumersindo Sayago, Alfredo Castellanos, Luis M. Méndez, Jorge L. Bazante, Ceferino Garzón Maceda, Julio Molina, Carlos Suárez Pinto, Emilio B. Biagosch, Angel J. Nigro, Natalio J. Saibene, Antonio Medina Allende, Ernesto Garzón.

331

LOS VIDRIOS ROTOS

aparatosidad, nada de recetas! ¡ Debe aspirarse ante que todo a desarrollar el espíritu de investigación, el espíritu filosófico, muerto y amortajado en las universidades y en todos los institutos oficiales de cultura! 26

El 17 de agosto de 1918 el Rector Nores presentó su renuncia. Circularon rumores sobre la designación como interventor de Telémaco Susini, que nunca llegó a asumir.

El 9 de septiembre la Universidad es tomada por los estudiantes que nombran 3 decanos que ejercían conjuntamente la presidencia de la Universidad. Son los estudiantes Valdés de Derecho, Bordabehere de Ingeniería y Enrique Barros de Medicina, pero la Universidad es ocupada por el ejército.

El 7 de agosto el Rector Nores renuncia ante la Asamblea Universitaria en razón *“de la actitud del Superior Gobierno de la Nación nombrando nuevo interventor para la augusta Casa de Trejo, cierra con merecido broche este luctuoso periodo de su vida”*.

Se detiene a los 83 estudiantes complotados.

Finalmente, designado el 23 de agosto, se hace cargo de la intervención el Ministro de Justicia e Instrucción Pública José S. Salinas que arriba por tren a Córdoba el 12 de septiembre, acompañado por Juan José Capurro, Raymundo Salvat y Julio S. Gorbea instalándose en el Plaza Hotel donde comenzó a recibir y escuchar las demandas de profesores y alumnos. Entretanto una verdadera catarata de renunciadas había acompañado la del Rector Nores.

Transcurre un mes, tan solo un mes, donde se estudian las peticiones de los estudiantes, reformándose el Estatuto de la Universidad, se resta blece el Internado del Hospital de Clínicas, elaborándose un nuevo reglamento que ordena su funcionamiento, se reestructuran y reorganizan los consejos de las facultades y principia el proceso para la modificación de los planes de estudio.

El 11 de octubre la Universidad vuelve a abrir sus puertas. *Las demandas*

de los estudiantes han triunfado.

El 5 de octubre había sido elegido ya Rector Eliseo Soaje, Vice Rector Enrique Martínez Paz. El Rector Soaje permanecería en el cargo hasta 1921.

Al asumir sus funciones, el doctor Soaje dijo: *“Consultando los intereses de esta institución y en conocimiento de los altos propósitos de*

²⁶ Tomado de HORACIO SANGUINETTI: *La trayectoria de una Flecha. Las obras y los días de Deodoro Roca*. Librería Histórica, Buenos Aires, 2003, pág. 24- 25.

332

MARCELA ASPELL - RAMÓN PEDRO YANZI FERREYRA

gobierno y de la obra patriótica de reforma que deseaba realizar el excelentísimo Señor Presidente de la nación, he creído con la conciencia del deber, que debía contribuir sin egoísmos ni mezquinos sentimientos, con mis pocas fuerzas, para que se renovara la vida universitaria, dando termino a una clausura indefinida con graves perjuicios para los estudiantes, que son el alma de esta casa y el principal objetivo de su existencia y mantenimiento. El principio de este renacimiento necesita ser vigorizado por una enseñanza posible, intensa y firme, que fije los verdaderos resortes de la disciplina por la fuerza eficiente de los talentos de sus profesores y sus prestigios morales y científicos”²⁷.

El interventor parte a Buenos Aires el 14 de octubre a las 17.30 horas.

El emocionado mensaje final, que daba cuenta de su obra, resumía asimismo, también los propósitos de su mandato:

“Señor Rector, Señores Consejeros: Quedáis en posesión de la Universidad de Córdoba reconstruida. Os la entrego en nombre de aquel patricio, que laborando diariamente en el yunque del trabajo auscultando las grandes necesidades públicas del gran ciudadano que con clarividencia de apóstol dirige los destinos de las Provincias Unidas del Sud”²⁸.

En la estación de trenes se reúne una verdadera multitud de jóvenes para despedirlo. El adiós le es confiado a la palabra entrañable, vibrante y bellísima de Deodoro Roca: *“Señor Ministro: Podréis decir en Buenos Aires que la obra que dejáis no se malogra, Despierta y vigilante la juventud custodiará la Casa, y nadie, podrá arrebatarnos el precioso tesoro de la libertad”.*

El impulso de la reforma llega a las facultades, se modifican los planes de estudio, autorizándose la implementación de los anhelados cursos o cátedras libres, pero los ideales y los anhelos reformistas tropezaron con buen número de dificultades en la precisa determinación de los mecanismos de representación estudiantil y proyección de la extensión universitaria hacia la sociedad.

El descontento de los estudiantes cuajó en una protesta que nuevamente declaró la huelga general en abril de 1922. Al año siguiente, el Presidente Marcelo T. de Alvear, declaraba intervenida la Universidad, designando a Antonio Sagarna como delegado interventor. El nuevo rector, ele-

²⁷ Citado M ARÍA CALDEARI. PATRICIA FUNES. *Escenas Reformistas* cit. pag 27.

²⁸ Idem, pág. 27.

333

LOS VIDRIOS ROTOS

gido por el claustro, convocado por el Interventor, fue Ernesto Sagarna, quien ante la difícil situación y el rechazo de los estudiantes presentó su renuncia en el mes de julio de 1924.

La reforma había entrado por entonces en un crítico espacio que resistía

su concreción, no obstante ello su contenido ideológico rápidamente se expandió por la República y por América²⁹.

Muchos de los activos reformistas cumplirían a su vez un destacado papel en los años sucesivos³⁰.

²⁹ Consecuencias inmediatas de la Reforma en el país, fueron la creación de la *Universidad del Litoral*, erigida por Ley 10.861 y la nacionalización de la *Universidad de Tucumán*, efectuada en 1921 por Ley 11.027. En 1921 se reunió en México el primer *Congreso Internacional de Estudiantes* que proyecta continentalmente los principios de la Reforma y anunció la creación de la *Federación Internacional de Estudiantes*.

³⁰ **Arturo Orgaz** (1890-1958) Profesor de Introducción al Derecho hasta 1946. Fue asimismo Senador Provincial y candidato a la Vicepresidencia de la República por el Partido Socialista en las elecciones de 1945. Entre sus obras sobresale: *La huelga de las ideas, Estado, fascismo, psicosis; En guerra con los ídolos* etc.

Deodoro Roca (1891-1942) Protagonista decisivo de la Reforma de 1918. Cuarto hijo del matrimonio formado por Deodoro Nicolás Roca y Felisa Allende y Arguello. Graduado en el Colegio Nacional del Monserrat y más tarde en la Facultad de Derecho donde alcanzó, en 1915 el grado de Doctor. Su Tesis Doctoral se titulaba: *Monroe Drago ABC Reflexiones sobre la política continental*. Cultivó la amistad de Arturo Capdevila quien definía a su amigo como “*una especie de joven Echeverría soñador*” y de Ortega y Gasset. Compartió sus desvelos jurídicos con una acendrada vocación por las artes plásticas. Fundó la revista *Flecha*. Falleció en la ciudad de Córdoba el 7 de junio de 1942. Sus principales artículos fueron, mas tarde, recopilados en obras póstumas *Las obras y los días* Buenos Aires, Losada, 1945 con prólogo de Saúl Taborda; *El difícil tiempo nuevo*, Buenos Aires, Lautaro, 1956. con prólogo de Gregorio Bermann; *Ciencias, maestros y universidades*, Buenos Aires, Perrot, 1959, selección y notas de Horacio Sanguinetti; *El drama social de la universidad* Córdoba, Eudeba, selección y prologo de Gregorio Bermann, *Prohibido prohibir*, Buenos Aires, La Bastilla, 1972, prólogo selección y notas de Horacio Sanguinetti. Una recopilación antológica de diversos artículos del autor está contenida a su vez en Néstor Kohan *Deodoro Roca, el hereje*, Buenos Aires 1999. Una interesante colección de artículos, correspondencia, defensas jurídicas etc se encuentra en Horacio Sanguinetti: *La trayectoria de una Flecha. Las obras y los días de Deodoro Roca*, Buenos Aires, Librería Histórica, 2003.

Ismael Bordabehere (1894-1963) Había nacido en Montevideo, pero su familia se trasladó posteriormente a Rosario, en 1896. En 1918 se había graduado como ingeniero agrónomo en la Universidad Nacional de Córdoba, Más tarde, en 1921, lo haría como Abogado. Fue Vicerector de la Universidad del Litoral.

Gregorio Berman (1894-1962) Graduado en Filosofía y Letras y Medicina. Ocupó un lugar en la Cátedra de Medicina Legal y Toxicología en la Universidad Nacional de Córdoba. Fundó la *Revista de Psicoterapia* y la *Revista del Colegio Médico de Córdoba*.

334

MARCELA ASPELL - RAMÓN PEDRO YANZI FERREYRA

Reforma y Planes de Estudio.

En el mes de julio de 1918 se reunía en Córdoba el primer Congreso Nacional de Estudiantes Universitarios.

Dicho Congreso aprobó las Bases para la nueva organización de las Universidades Nacionales.

Reconociendo como fuente inspiradora el pensamiento de Avellaneda, el Congreso abogó por el dictado de una Ley universitaria flexible, *de sencillo articulado que pueda regir hoy sin violencia las universidades tradi-*

Entre su producción bibliográfica se destaca: *Ética Médica, Vida y obra de José Ingenieros, Menores abandonados y delincuentes en Córdoba*, etc.

Raúl Orgaz Nació en Santiago del Estero el 30 de noviembre de 1888, hijo del matrimonio integrado por Eliodoro Orgaz Montes y Mercedes Ahumada. Mas tarde su familia se trasladó a la ciudad de Córdoba, donde el joven iniciaría sus estudios de Abogacía en la Universidad Nacional de Córdoba entre 1908 y 1913, alcanzando luego el título de Doctor con una tesis titulada *Condición jurídica de las sociedades anónimas*. Desde edad temprana colaboró en la *Revista de Derecho Historia y Letras*, dirigida por Estanislao Zeballos, en la *Revista de Filosofía* dirigida por José Ingenieros en el *Boletín de la Junta de Historia y Numismática* en la *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba* en la *Revue*

Internationale de Sociologie en Sociology and Social Research. También entregó importantes colaboraciones al diario *La Prensa*. En 1915 fue nombrado profesor suplente de Sociología, incorporándose a la cátedra del Doctor Enrique Martínez Paz cuya titularidad ocupó, luego, después de la reforma, hasta su separación de la Universidad, en 1946, por “razones políticas”. Se desempeñó, asimismo como profesor en el Colegio Nacional del Montserrat en el período 1915-1946, en las cátedras de Castellano y de Historia Argentina. En el período 1942-1943 fue elegido Decano de la Facultad de Derecho, en 1943 Vice Rector de la Universidad, vocal del Superior Tribunal de Justicia (1943-1947) y más tarde, en 1944, su Presidente. Integró el *Instituto de Estudios Americanistas* y el *Instituto Internacional de Sociología*. Publicó una extensa obra trazada con exquisita pulcritud literaria, en la que se destacan sus ensayos históricos y sociológicos, estos últimos con una fuerte impronta filosófica. Entre los mismos son dignos de mención: *Estudios de Sociología; Córdoba, 1915; La sinergia social argentina Buenos Aires, 1924; Introducción a la Sociología Buenos Aires 1933 y 1937; Ensayo sobre las revoluciones, Córdoba 1945; Ideas y doctrinas de nuestro tiempo, Buenos Aires, 1929; La Sociología Argentina, Córdoba, 1946; La Ciencia Social Contemporánea. Figuras, Doctrinas, Instituciones, Buenos Aires 1932; Cuestiones y Notas de Historia, Córdoba, 1922; Sarmiento y el naturalismo histórico, Córdoba, 1940; Alberdi y el historicismo, Córdoba, 1937; Echeverría y el Saintsimonismo, Córdoba, 1934*; obras a las que se suma más de un centenar de monografías opúsculos y artículos. El doctor Raúl Orgaz falleció en la ciudad de Córdoba el 28 de agosto de 1948. Al asumir el Decanato de la Facultad de Derecho había definido su vocación de verdadero maestro con estas sentidas palabras: “*La personalidad del verdadero maestro está hecha de virtudes que solo florecen en la atmósfera severa de las disciplinas del saber: esta hecha de imparcialidad, de objetividad, de tolerancia, de abnegación*”

335

LOS VIDRIOS ROTOS

*cionales y las universidades nuevas, las universidades actuales y las universidades futuras... capaz de regir los más distintos tipos pedagógicos de universidades*³¹.

Consecuente con este espíritu la futura Ley solo debía regular lo que fuera atinente a la organización institucional y de relaciones entre la universidad y el gobierno dejando a la incumbencia de cada estatuto local la materia referida al régimen pedagógico e interno de cada universidad.

Un Presidente elegido por la Asamblea Universitaria, el Consejo Superior y los Consejos Directivos de cada Facultad que contarían con representación estudiantil debían constituir los órganos de gobierno de las Universidades. Entretanto, en pleno estallido de la Reforma Universitaria, el Ministerio de Justicia e Instrucción Pública de la Nación enviaba a la Universidad Nacional de Córdoba un nuevo plan de estudios.

Decía el ministro: “*...la reforma de los planes de estudio vigentes en las distintas facultades se impone como una necesidad impostergable a fin de colocarles a la altura de las exigencias científicas de la época y en concordancia con los progresos de la enseñanza universitaria moderna*”.

El nuevo plan de estudios entró a regir en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales a partir del año siguiente. Los estudios de derecho comprendían seis años. El primer año incluía el estudio de Filosofía General, Introducción al Derecho y Ciencias Sociales, Derecho Romano y Economía Política. Segundo año comprendía Derecho Romano, Derecho Civil, Derecho Penal, Derecho Internacional Público y Finanzas. Tercer año agrupaba a Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho Constitucional, Legislación Industrial y Obrera y Legislación de Minas y Rural. Cuarto año significaba el estudio de Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho Público Provincial y Municipal, Derecho Administrativo, Organización Judicial y Procedimientos en lo Civil y Comercial. Quinto año contenía a Derecho Civil, Derecho Marítimo y Legislación Aduanera, Organización Judicial y

Procedimientos Penales, Instrumentos y Registros Públicos, Filosofía Jurídica. Sexto año comprendía por su parte el estudio de Derecho Civil Comparado, Derecho Internacional Privado, Práctica Procesal, Ética Profesional y Cultura Forense, Historia del Derecho Argentino y Sociología.

Por decreto del 5 de octubre de 1918 fueron confirmados en sus respectivos cargos los profesores titulares doctores Carlos E. Deheza en la

³¹ La Reforma Universitaria cit Tomo I, pág. 51.

336

MARCELA ASPELL - RAMÓN PEDRO YANZI FERREYRA

cátedra de Derecho Romano, Eufasio S. Loza en la de Derecho Civil, Sofanor Novillo Corvalán en la de Derecho Civil, Henoch D. Aguiar en la de Derecho Civil, Julio Rodríguez de la Torre en la de Derecho Penal, Santiago Beltrán en la de Derecho Comercial, Santiago Díaz en la de Derecho Marítimo y Legislación Aduanera, Guillermo Rothe en la de Derecho Constitucional, Félix Sarría en la de Derecho Administrativo, Julio B. Echegaray en la de Organización Judicial y Procedimientos en lo Penal, Andrés G. Posse en la de Instrumentos y Registros Públicos, Enrique Martínez Paz en la de Derecho Civil Comparado en lugar de Sociología, Luis G. Posse en la de Derecho Internacional Privado y Félix T. Garzón en la de Finanzas.

A partir del 1º de marzo de 1919 fueron designados, en la misma resolución, los doctores Lucas A. de Olmos, en la cátedra de Economía Política, José M. Martinoli en la de Derecho Romano, Sixto Arias Moreno en la de Derecho Comercial, Eduardo Molina en la de Derecho Público Provincial y Municipal, Deodoro Roca en la de Filosofía General, Telasco Castellanos en la de Legislación Industrial y Obrera, Pastor Achával en la de Organización Judicial y Procedimientos en lo Civil y Comercial, Arturo Capdevila en la de Filosofía de las Ciencias Jurídicas y Sociales, Hipólito Montagné en la de Historia del Derecho Argentino, Arturo Orgaz en la de Introducción al Derecho y Ciencias Sociales, Emilio Baquero Lazcano en la de Derecho Internacional Público, Miguel A. Aliaga en la de Legislación de Minas y Rural, Pedro S. Rovelli en la de Práctica Procesal, Ética Profesional y Cultura Jurídica, José I. Bas en la de Práctica Notarial y Raúl A. Orgaz en la de Sociología.

En 1929, la Universidad Nacional de Córdoba confirió el título de abogado a la primera mujer graduada en sus aulas. Fue Elisa Ferreyra Videla, quien posteriormente se incorporó al cuerpo docente en la cátedra de Economía Política.

El plan de 1918 organizó los estudios de derecho durante un largo período de 24 años. Recién el 3 de setiembre de 1942 se resolvió modificarlo aplicando un nuevo diagrama: primer año, Introducción al Derecho y a las Ciencias Sociales, Introducción a la Filosofía, Derecho Romano I, Derecho Penal I, Economía Política. Segundo año: Derecho Romano II, Derecho Civil I, Derecho Penal II, Finanzas, Derecho Internacional Público. Tercer año: Derecho Civil II, Derecho Comercial I, Derecho Político, Derecho de Minas y Agrario, Derecho del Trabajo. Cuarto año: Derecho Civil III, Derecho Comercial II, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Procesal Civil. Quinto año: Derecho Civil IV, Derecho Público Provincial y Municipal, Derecho Procesal Penal, Derecho de la Navega

337
LOS VIDRIOS ROTOS

ción, Filosofía del Derecho. Sexto año: Derecho Civil Comparado, Derecho Internacional Privado, Sociología, Historia del Derecho Argentino, Ética,

Práctica y Cultura del Abogado.

La reforma incluía la presencia de una nueva materia, el Derecho Político, que por primera vez hacía su ingreso al diseño curricular de la carrera de Abogacía cuyo estudio como dijimos se mantuvo en todos los planes de la carrera de abogacía hasta el presente.

El 30 de abril de 1941 se llevó a cabo por primera vez en el país, la conferencia de decanos de las cinco facultades de Derecho con que contaba la República. En ella fue primordial el tratamiento de la armonización de los planes de estudio y el programa de equivalencia de materias. 1941 fue un año especialmente feliz para la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, pues celebraba los 150 años de creación de la cátedra de Instituta, su biblioteca había alcanzado la cifra récord de 13.000 volúmenes, además de las numerosas colecciones de publicaciones periódicas.

Tres años después, en el marco de las pautas señaladas en la conferencia de decanos, el plan de estudios quedó reformado del modo que sigue: primer año Filosofía General, Introducción al Derecho y a las Ciencias Sociales, Derecho Romano I, Economía Política. Segundo año: Derecho Romano II, Derecho Civil I, Derecho Penal, Derecho Internacional Público, Finanzas. Tercer año: Derecho Civil II, Derecho Comercial I, Derecho Constitucional, Legislación Industrial y Obrera, Legislación de Minas y Rural. Cuarto año: Derecho Civil III, Derecho Comercial II, Derecho Público Provincial y Municipal, Derecho Administrativo, Organización Judicial y Procedimientos Civiles y Comerciales. Quinto año: Derecho Civil IV, Derecho de la Navegación, Organización Judicial y Procedimientos Penales, Filosofía Jurídica. Sexto año: Derecho Civil Comparado, Derecho Internacional Privado, Práctica Procesal, Ética Profesional y Cultura Forense, Historia del Derecho Argentino y Sociología.

Dos años después, el plan fue nuevamente modificado. El diagrama de 1946 se encontraba dispuesto de esta manera: primer año Introducción al Derecho, Derecho Romano I, Derecho Penal I, Economía Política e Introducción a la Filosofía. Segundo año: Derecho Internacional Público, Derecho Civil Argentino y Comparado I, Derecho Romano II, Finanzas, Derecho Penal II y Derecho Comercial I. Tercer año: Derecho Civil Argentino y Comparado II, Derecho de Minas y Agrario, Derecho Político y Derecho del Trabajo. Cuarto año: Derecho Civil Comparado III, Derecho Comercial II, Derecho Constitucional, Derecho Procesal Civil y Derecho Administrativo. Quinto año: Derecho Civil Comparado IV, Derecho Procesal

338

MARCELA ASPELL - RAMÓN PEDRO YANZI FERREYRA

Penal, Derecho Público Provincial y Municipal, Derecho de la Navegación y Filosofía del Derecho. Sexto año: Derecho Civil Comparado V, Sociología, Derecho Internacional Privado, Historia del Derecho y Ética Práctica y Cultura del Abogado.

Tres años después, en 1949, el plan, ordenanza 149 regulaba el plan de estudios del modo que sigue: primer año Introducción al Derecho, Introducción a la Filosofía, Derecho Romano y Economía Política. Segundo año: Derecho Romano, Derecho Civil Argentino y Comparado I, Derecho Penal I, Derecho Político y Derecho Internacional Público. Tercer año: Derecho Civil Argentino y Comparado II, Derecho Comercial I, Derecho Penal II, Derecho del Trabajo y de la Previsión Social y Derecho Procesal Civil. Cuarto año: Derecho Civil Argentino y Comparado III, Derecho Comercial

II, Derecho Constitucional y Público Provincial, Derecho Administrativo y Derecho Procesal Penal. Quinto año: Derecho Civil Argentino y Comparado IV, Derecho de la Navegación, Derecho Agrario y Minero, Finanzas, Filosofía del Derecho. Sexto año: Derecho Civil Argentino y Comparado V, Derecho Internacional Privado, Historia del Derecho, Sociología, Práctica Procesal y Ética Profesional.

El plan de 1949 no alcanzó a perdurar largo tiempo, siguiendo muy de cerca las conclusiones adoptadas en la segunda reunión de decanos realizada en la ciudad de Buenos Aires durante los días 29 al 31 de marzo de 1953; el Consejo Directivo resolvió en su sesión académica del 6 de abril de ese mismo año modificar el plan vigente conforme a un nuevo orden: Primer año: Introducción al Derecho, Derecho Romano, Derecho Civil I, Derecho Penal I, Derecho Político. Segundo año: Economía Política, Derecho Internacional Público, Derecho Civil II, Derecho Penal II, Historia Constitucional. Tercer año: Finanzas y Derecho Financiero, Derecho Civil III, Derecho Comercial I, Derecho Procesal I, Derecho Constitucional, Derecho Público Provincial y Municipal. Cuarto año: Derecho Civil IV, Derecho Comercial II, Derecho Procesal II, Derecho Social (del Trabajo y de la Previsión Social), Derecho Agrario y Minería, Filosofía del Derecho. Quinto año: Derecho Civil V, Derecho de la Navegación (Marítimo, Fluvial y Aéreo), Derecho Administrativo, Derecho Industrial, Sociología y Derecho Internacional Privado.

El 13 de diciembre de 1955, el delegado interventor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales: "... con el fin de cumplir los postulados revolucionarios en materia educacional... y responder a un alto criterio formativo y progresista de superación cultural de tipo eminentemente universitario... habiendo requerido la opinión autorizada de profesores de la casa

339

LOS VIDRIOS ROTOS

que por sus títulos, antecedentes y experiencia universitaria constituyen una garantía de suma experiencia para el logro de los resultados apetecidos ... con el objeto que la finalidad profesional no disminuya el propósito altamente cultural que se hace necesario perseguir en la ansiosa búsqueda del hombre que al decir orteguiano, sea capaz de vivir e influir vitalmente según la altura de los tiempos...”, reestructuraba los planes de estudios de la vuelta a nacer Escuela de Abogacía del modo siguiente: Primer año: Introducción al Derecho y a las Ciencias Sociales, Derecho Romano I, Derecho Internacional Público e Historia Diplomática Argentina, Derecho Civil y Comparado I. Segundo año: Derecho Civil y Comparado II, Derecho Penal I, Derecho Romano II, Economía Política, Finanzas y Derecho Tributario. Tercer año: Derecho Civil Argentino y Comparado III, Derecho Penal II, Derecho de Minas y Agrario, Derecho Político, Derecho Comercial. Cuarto año: Derecho Civil Argentino y Comparado IV, Derecho Comercial II y Legislación Industrial, Derecho del Trabajo y de la Previsión, Derecho Constitucional, Derecho Procesal Civil y del Trabajo. Quinto año: Derecho Civil Argentino y Comparado V, Derecho Procesal Penal y Ética Forense, Derecho Público Provincial y Municipal, Derecho de la Navegación, Introducción a la Filosofía. Sexto año: Sociología e Historia de la Cultura, Derecho Internacional Privado, Historia del Derecho Argentino, Derecho Administrativo, Filosofía del Derecho.

En 1968, la inclusión por ordenanza 104 de tres cursos de Derecho

Comercial obligó a distribuir las materias del plan de estudios del modo siguiente: Primer año: Introducción al Derecho, Derecho Romano I, Derecho Internacional Público e Historia Diplomática, Derecho Civil Argentino y Comparado I. Segundo año: Derecho Civil Argentino y Comparado II, Derecho Penal I, Derecho Romano II, Economía Política, Finanzas y Derecho Tributario. Tercer año: Derecho Civil Argentino y Comparado III, Derecho Penal II, Derecho de Minas y Agrario, Derecho Político, Derecho Comercial I. Cuarto año: Derecho Civil Argentino y Comparado IV, Derecho Comercial II, Derecho del Trabajo y de la Previsión Social, Derecho Constitucional, Derecho Procesal Civil y del Trabajo. Quinto año: Derecho Civil Argentino y Comparado V, Derecho Procesal Penal y Etica Forense, Derecho Público Provincial y Municipal, Derecho Comercial III, Introducción a la Filosofía. Sexto año: Sociología e Historia de la Cultura, Derecho Internacional Privado, Derecho de la Navegación, Historia del Derecho Argentino, Derecho Administrativo y Filosofía del Derecho. Por último, dos planes reformaron con diez años de distancia la organización de los estudios de derecho. Fueron respectivamente: el Plan año

340

MARCELA ASPELL - RAMÓN PEDRO YANZI FERREYRA

1975, que planteó el siguiente diseño: Primer año Derecho Romano I, Introducción al Derecho, Derecho Civil I, Introducción a la Filosofía. Segundo año: Derecho Romano II, Derecho Civil II, Derecho Comercial I, Derecho Penal I, Derecho Internacional Público. Tercer año: Derecho Político, Derecho Civil III, Derecho Comercial II, Derecho Penal II, Economía Política. Cuarto año: Derecho Constitucional, Derecho Civil IV, Derecho Comercial III, Derecho Procesal Civil, Finanzas. Quinto año: Derecho Público Provincial y Municipal, Derecho Civil V, Derecho de la Navegación, Derecho Procesal Penal, Derecho del Trabajo. Sexto año: Derecho Administrativo, Derecho Internacional Privado, Historia del Derecho Argentino, Derecho Agrario Forestal y Minero, Sociología, Filosofía del Derecho. Por su parte, el Plan año 1985 determinaba: Primer año Derecho Romano I, Introducción al Derecho, Introducción a la Filosofía. Segundo año: Derecho Romano II, Derecho Civil I, Derecho Penal I, Derecho Internacional Público. Tercer año: Derecho Político, Derecho Civil II, Derecho Comercial I, Derecho Penal II, Economía Política. Cuarto año: Derecho Constitucional, Derecho Civil III, Derecho Comercial II, Derecho Procesal Civil, Finanzas, Historia del Derecho Argentino. Quinto año: Derecho Público Provincial y Municipal, Derecho Civil IV, Derecho Comercial III, Derecho Procesal Penal, Derecho del Trabajo, Sociología. Sexto año: Derecho Administrativo, Derecho Civil V, Derecho de la Navegación, Derecho Internacional Privado, Filosofía del Derecho, Derecho Agrario, Forestal y Minero.

2. Hacia un nuevo día.

Entre los años 1998 y 1999 la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, planificó y llevó a cabo un cuidadoso proceso de reflexión sobre la estructura y organización curricular y las posibilidades de innovación de la Carrera de Abogacía, esfuerzo que se coronó con la aprobación, por parte de su Consejo Directivo, de un nuevo Plan de Estudios.³²

El proceso, contó con la participación de toda la comunidad académica, que trabajó, a través de la reunión de seminarios por áreas temáticas,

³² La información aquí utilizada se reproduce del documento *Plan de Estudios de la Carrera de Abogacía Año 2.000* editado por Ciencia Derecho y Sociedad. Serie Estudios y Documentos Institucionales. Publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba ISBN 950-33-0226-9 1999.

341

LOS VIDRIOS ROTOS

en la construcción del consenso, en un diálogo intra e interdisciplinar que como se afirma en su el informe elevado al Consejo Directivo *constituyó, por su amplitud y envergadura, una promisorio experiencia institucional largamente esperada.*

Tomando como base la rica experiencia de la Facultad de Derecho, acumulada en sus más de dos siglos de historia, los sucesivos planes de estudios que organizaron los diseños curriculares de la enseñanza del derecho, los proyectos de modificación de la estructura curricular, elaborados con anterioridad por la propia comunidad, los resultados del proceso de autoevaluación institucional lanzado años antes ³³ y las propias propuestas de solución diseñadas con relación a los problemas detectados y diagnosticados, se construyó una estrategia de diálogos interdisciplinarios, merced a los seminarios curriculares realizados por áreas disciplinares, donde poco a poco con la participación de toda la comunidad, se fue elaborando el nuevo Plan de Estudios, cuyos resultados concluyeron en la propuesta de un modelo que remarca la integración de la función intelectual y humanista con un enfoque pluralista y multidisciplinario, orientado a formar profesionales del Derecho conscientes de su responsabilidad social y ética, que posean una visión crítica y práctica del Derecho y una formación integral que sirva de vínculo entre la teoría y la práctica.

Los criterios generales utilizados para el diseño del plan 2000 apuntaron a lograr el equilibrio entre la formación teórica y la formación práctica, fortaleciendo esta última, buscando el robustecimiento de la especialización de los contenidos jurídicos, con relación a los contenidos básicos e introductorios, actualizando y flexibilizando los contenidos curriculares, a la par que se intentaba mejorar el sistema de correlatividades, fortalecer la formación jurídica del alumno en los primeros años de la Carrera, profundizar el estudio de la relación entre el sistema jurídico y las estructuras con los procesos políticos, económicos y sociales.

El nuevo Plan intenta, asimismo, diseñar un régimen de cursado no anual de las asignaturas, incentivando la integración multi e interdisciplinaria y la articulación de asignaturas y contenidos curriculares.

La discusión del perfil profesional que se intentaba otorgar al graduado en nuestra aulas, puso sobre el tapete la función de los roles e incumbencias profesionales, atendiendo precisas necesidades sociales.

³³ Los resultados del proceso de autoevaluación institucional fueron publicados en *Autoevaluación de la Carrera de Abogacía*. Serie Estudios y Documentos Institucionales editado por Ciencia Derecho y Sociedad. Córdoba ISBN 950-33-0217, 1998.

342

Si bien se entendió que el perfil profesional debe presentar un grado importante de semejanza entre todas las facultades formadoras de derecho, se concluyó que era altamente deseable contar con una impronta institucional particular y propia. Por lo tanto, y teniendo en especial consideración las características de la Institución que expresaban de modo singular su identidad y deseando trasladar estos valores a la formación de alumnos, conforme quedaba acreditado en las actividades previas se buscó elegir un

perfil de Abogado generalista cuyas principales características apuntaran a su formación en el pensamiento jurídico, su método y su aplicación, con conocimiento de las normas jurídicas y con habilidad para enfrentar los problemas profesionales de forma integral, capaz de interpretar las normas escritas y la doctrina jurídica y formado para la creación de nuevas normas, entrenado para resolver problemas concretos de orden jurídico, con aptitud reflexiva y de adaptación para adecuarse a las nuevas demandas que los cambios económicos, políticos, sociales y culturales imponen a la profesión. Se buscó formar un profesional con actitud crítica e innovadora, con capacidad para desempeñarse de manera humanista y ética, con habilidades para actuar en diferentes campos del ámbito social, e interesado en emprender proyectos y trabajos de investigación jurídica con metodología apropiada.

El sello institucional de nuestra Casa llevó a intentar construir una formación integral y humanista que complete el perfil profesional generalista. Por ello el Plan de Estudios tuvo como objetivos capacitar al estudiante para el conocimiento sustancial del derecho positivo y de las grandes categorías del Derecho, para que pueda resolver problemas profesionales complejos, manejar con precisión el lenguaje técnico e imaginar soluciones jurídicas originales ante nuevas exigencias del ejercicio profesional, desarrollando habilidades para analizar críticamente el sistema jurídico e incentivar el interés por la investigación.

Se pretende formar profesionales capacitados para el análisis de las decisiones y prácticas judiciales, capacitados asimismo para el reconocimiento de las necesidades de la sociedad y de las transformaciones del Derecho y de la organización de la justicia y para formar para la evaluación axiológica de las diversas interpretaciones que la norma permite efectuar. Conforme las incumbencias establecidas en la Resolución 1560/98 del Ministerio de Cultura y Educación de la Nación se aspira a formar abogados capacitados para:

- Ejercer el patrocinio y la representación en actuaciones judiciales y administrativas.

MARCELA ASPELL - RAMÓN PEDRO YANZI FERREYRA

343

- Asesorar en todo asunto que requiera opinión jurídica.
- Desempeñar la función judicial.
- Realizar funciones de representación, patrocinio y asesoramiento en la actividad pública.
- Intervenir en toda otra actividad que requiera el conocimiento del Derecho.

Existen también programadas, en la matriz curricular, asignaturas optativas, cursos, seminarios y talleres que posibilitan el mejoramiento del Plan de Estudios y permiten la actualización, la innovación, la incorporación de hallazgos disciplinarios recientes o la inclusión de situaciones coyunturales. La estructura curricular del nuevo Plan de Estudios es la que refleja la siguiente distribución:

Como se explica en el documento de presentación, las principales fortalezas con que cuenta el Plan, son los que a continuación se mencionan: Procura un mayor equilibrio entre la enseñanza teórica y la enseñanza práctica sin disminuir la primera e incluyéndose cuatro asignaturas y dos talleres para la segunda.

Aumenta la presencia del derecho procesal con la incorporación de contenidos de derecho procesal público “Derecho Procesal Constitucional” y “Derecho Procesal Administrativo” precedidos por las “Teorías Generales del Proceso”.

Unifica los contenidos de Derecho Civil y Comercial en una línea curricular componiendo las asignaturas de Derecho Privado.

Aumenta la presencia de las asignaturas de Derecho Público sin disminuir las de Derecho Privado.

Elimina los contenidos introductorios de asignaturas no jurídicas manteniendo exclusivamente la asignatura Introducción al Derecho.

Unifica los contenidos del Derecho Romano en una asignatura.

Promueve la especialización de algunas asignaturas con contenidos extralegales “Sociología Jurídica”, “Problemas del Conocimiento y Formas de Razonamiento Jurídico” orientándolas hacia una perspectiva centrada en el fenómeno jurídico.

Favorece la actualización curricular mediante la incorporación o expansión de nuevas asignaturas y contenidos “Daños integrados”, “Derecho Bancario, Bolsas y Seguros” (Derecho Privado VIII), “Teorías del Conflicto y de la Decisión y Métodos de Resolución de Conflictos”.

LOS VIDRIOS ROTOS

344

Flexibiliza la estructura curricular a través de la inclusión de cuatro asignaturas, seminarios, cursos y talleres opcionales, con contenidos a definir, en los últimos cuatro semestres. Estos “espacios” curriculares están destinados a ofrecer contenidos sobre temas especializados y de carácter interdisciplinario.

Favorece la articulación de las asignaturas en líneas curriculares y el secuenciamiento de sus contenidos en crecientes niveles de complejidad, todo ello orientado hacia la integración de los conocimientos.

Aumenta el número de horas de dictado efectivo de clases, posibilitando así el cumplimiento de las reglamentaciones nacionales que regulan la enseñanza universitaria de grado y los criterios exigidos para la acreditación de las carreras de grado. Ello fue diseñado sin aumentar los años de cursado de la carrera.

Sobre la base de la estructura curricular del nuevo Plan el dictado de clases se organizó por semestres, lo que presenta diversas ventajas, entre otras: permite al alumno el cursado simultáneo de menos asignaturas, con el propósito de mejorar su rendimiento académico. Se aspira, asimismo, a posibilitar a los docentes el cumplimiento de actividades de investigación, publicación, capacitación, formación de recursos humanos y de extensión durante un semestre por año.

El Plan de Estudios incorporó, asimismo, la práctica profesional bajo los criterios definidos: interdisciplinariedad, apuntando a la convergencia entre el derecho sustantivo y el procesal, en sus diversas áreas, inclusión de la etapa judicial y de la prejudicial, y capacitación no sólo para el rol de Abogado litigante, sino también para los roles de administración de justicia, asesoramiento, negociación y mediación.

La ejecución del Nuevo Plan de Estudio coincidió con el inicio del nuevo milenio y encontrándose actualmente en pleno trámite. El proceso fue acompañado por un importante trámite de expansión edilicia, para albergar las necesidades de espacio físico que demandan la subsistencia de

dos planes de estudio que se dictan simultáneamente.

A modo de epilogo.

La permanente confrontación en nuestras aulas universitarias de nuevas corrientes de pensamientos enriqueció, notablemente el panorama de los estudios jurídicos.

La brillante generación de 1910, destacado núcleo de filósofos, políticos y juristas, que nacidos en el último tercio del siglo XIX extendieron su labor intelectual hasta muy avanzado el siglo XX, reunió, en las aulas
MARCELA ASPELL - RAMÓN PEDRO YANZI FERREYRA

345

universitarias cordobesas a maestros de primerísimo nivel, cuya emocionada palabra nutrió a generaciones y generaciones de abogados.

Fueron entre ellos Arturo M. Bas, Félix Sarría, Jerónimo Cortés, Tomás Miguel Argañaraz, Guillermo Rothe, Juan del Campillo, Juan de la Serna, Raúl A. Orgáz, Arturo Orgáz, Carlos Francisco Melo, Cornelio Moyano Gacitúa, Samuel Silva, Roque C. Funes, Santiago Beltrán, Luis J. Posse, Andrés G. Posse, etcétera.

Y así fueron pasando los tiempos y entre tanto la Facultad de Derecho continuó con su fecunda y eficaz labor.

Variaron los planes de estudio, se renovaron una y otra vez los programas y los textos para la enseñanza y el estudio de las disciplinas jurídicas, una nutrida colección de tesis doctorales significó nuevos perfiles doctrinarios y un fino estudio de las instituciones jurídicas, los institutos y los centros de investigación, creados todos bajo el modelo del Instituto de Derecho Civil, hoy departamento decano de ellos, cumplieron en mayor o menor medida aquella aspiración que invocó la generación de 1910: “Hacer de las escuelas de leyes centros de cultura jurídica y no meras aulas para la preparación profesional”³⁴.

Centenares y centenares de miles de graduados conformaron las generaciones y generaciones de hombres de derecho que condujeron la historia del país.

Muy pronto los universitarios cordobeses se transformaron en activos protagonistas de la vida de la República: fueron reconocidos líderes y dirigentes políticos, sólidos hombres de negocios, comerciantes y hacendados, a la par de desempeñarse en las más altas esferas públicas, en la dirigencia de la Iglesia, en la administración de la justicia y en la Cátedra universitaria.

El Congreso de Tucumán constituye quizá una acabada muestra de la espléndida influencia de la Universidad de Córdoba, catorce de los veintinueve congresales que suscribieron el acta del 9 de julio de 1816 habían pasado por sus claustros. Fueron los doctores Manuel Antonio Acevedo, Pedro Aráoz, José Eusebio Colombes, Pedro Ignacio de Castro Barros, Miguel Calixto del Corro, Pedro León Gallo, José Ignacio Gorriti, José Ignacio Thames, los licenciados José Antonio Cabrera y Luis Jerónimo Salguero de Cabrera y Cabrera. A ellos se suma Fray Cayetano Rodríguez,

³⁴ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI *Las Ideas Jurídicas en la Argentina*. Buenos Aires, Perrot, 1987.

LOS VIDRIOS ROTOS

346

el cual si bien no egresó de esta Universidad se desempeñó en ella como profesor de Filosofía y Teología.

Estrechamente enlazada a la historia política del país, la Universidad de Córdoba dio luz a una verdadera multitud de estadistas, legisladores, magistrados, juristas, políticos, secretarios de estado, ministros, convencionales constituyentes y profesores quienes con su palabra y con su trabajo inspiraron, lideraron y llevaron a la República por los luminosos senderos del derecho que desembocan en el fértil campo de la Justicia hasta nutrir la formación de seis Presidentes de la Nación, cinco de ellos con estudios de Derecho.

Nuestra Facultad, dos veces centenaria, atravesando los siglos, ha cumplido con creces, los imperios del inmortal destino que los artífices de la Compañía de Jesús grabaron, rodeando el águila con las alas desplegadas, en la piedra de su escudo real: *Ut portet nomen meum coram gentibus*.

Si el destino confiado al Historiador del Derecho es “situar los problemas del presente sobre la memoria del pasado en el *continuum* que marca la vida individual y colectiva en un flujo histórico del que no se puede ignorar su existencia”³⁵ la reflexión sobre el glorioso pasado de nuestra Casa de Estudios nos ayuda a comprender las claves de nuestra propia historia jurídica, nos guía a examinar el modo en que se proyectaron los estudios del derecho en la Córdoba del Setecientos, a estudiar las soluciones que en los tiempos pasados profesores y graduados, hijos todos de la Casa de Trejo, imaginaron y construyeron, en incesante búsqueda del equilibrio y correspondencia entre el derecho y la sociedad, a examinar las verdades que en los tiempos pretéritos, se acuñaron y sobre las cuales los juristas modelaron las herramientas de su trabajo habitual y diario, para analizar, por último, si en los días que vivimos esas verdades se proyectan todavía, sobre nuestras instituciones en crisis.

BIBLIOGRAFIA

ASPELL DE YANZI FERREIRA MARCELA y RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA : “*Breve Historia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. 1791-1991*.” Córdoba, Editorial Advocatus, 1993.

ASPELL DE YANZI FERREIRA MARCELA y RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA : “*La enseñanza del Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba (1854-1918)*”. Publicado en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Cuadernos de Historia Tomo II, Córdoba, 1992.

³⁵MONTANOS FERRÍN, E. op. cit.

MARCELA ASPELL - RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA
347

ASPELL DE YANZI FERREIRA MARCELA y RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA : “*Los estudios del derecho en Córdoba 1791-1991*”. en Universidad Nacional de Córdoba. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Homenaje al Bicentenario 1791-1991. Córdoba, Editorial Advocatus, 1991.

ASPELL DE YANZI FERREIRA MARCELA y RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA : “*Los orígenes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*” publicado en Centro de Estudios “Profesor Manuel Gonzalo Casas” Encuentros Filosóficos. Dirección General del Centro Editor Secretaria de Ciencia y Tecnología de la Universidad Nacional de Catamarca, Catamarca, 1995.

ASPELL DE YANZI FERREIRA MARCELA y RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA : “*Los estudios de Historia del Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba*” Editorial El Copista, Córdoba, 1994.

ASPELL, MARCELA: *De ángeles, sapos y totoras quemadas. Magia y derecho en Córdoba de Tucumán*, Revista de la Facultad de Derecho, U.N.C., No. 4, Vol. 2, Córdoba, 1997.

ASPELL, MARCELA: *Las lecturas prohibidas en Córdoba del Tucumán. Siglos XVII – XVIII*, Cuadernos de Historia VII, Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas, Córdoba, 1997.

BIAGINI, HUGO E.: *La reforma universitaria. Antecedentes y consecuentes*. Buenos Aires, Leviatan, 2000.

BISCHOFF, FRAÍN U.: *Historia de Córdoba*. Colección Historia de Nuestras Provincias. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires, 1985.

CALDELARI, MARÍA Y FUNES PATRICIA: *Escenas reformistas. La Reforma Universitaria 1918-1930*. Universidad de Buenos Aires. Secretaría de Extensión Universitaria Eudeba. 1998.

CIRIA ALBERTO y HORACIO SANGUINETTI: *La reforma Universitaria*, Buenos Aires, CEAL, 1918,

CIRIA ALBERTO y HORACIO SANGUINETTI: *Los reformistas*, Buenos Aires, Jorge Alvarez, 1968;

Claustros y Estudiantes. Congreso Internacional de Historia de las Universidades americanas y españolas en la Edad Moderna. Valencia, noviembre de 1987. Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, 1989, 2 vols.

EBERLE, ADRIANA SUSANA: *La historiografía argentina, 1880-1910. De la tradición romántica a la experiencia liberal positiva*, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, 1996. Mimeo.

FEDERACIÓN UNIVERSITARIA ARGENTINA: *La Reforma Universitaria 1918-1958*, Buenos Aires, 1959;

FERRARI RUEDA, ROBERTO DE: *Historia de Córdoba*, t. II, Córdoba, 1968.

GONZÁLEZ, JULIO V.: *La Universidad. Teoría y acción de la Reforma*. Buenos Aires, Claridad, 1945;

KOHAN NÉSTOR: *Deodoro Roca el hereje*. Editorial Biblos, Buenos Aires, 1999.

LOS VIDRIOS ROTOS

348

MIRANDA, ESTELA: *La formación del sistema universitario nacional. Desarrollo y crisis. 1880-1945*. Dirección de Publicaciones, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1993;

ROCA, DEODORO: *Las obras y los días*, Buenos Aires, Losada, 1945, Recopilación de Santiago Monserrat, con prólogo de Saúl Taborda, Ciencias, Maestros y Universidades (discurso de colación de grados).

ROCA, DEODORO: *El Drama Social de la Universidad*, Selección y prólogo de Gregorio Bermann, Universidad de Córdoba, S.R.L., 1968.

SANGUINETTI HORACIO: *La trayectoria de una Flecha. Las obras y los días de Deodoro Roca*. Librería Histórica, Buenos Aires, 2003, pag 28

SOLER, RICAURTE: *El positivismo argentino*, Buenos Aires, Paidós, 1968.

SOMARÉ, JOSÉ ISIDRO: *Conferencia pronunciada por el doctor José Isidro Somaré en el Acto Académico de Homenaje al doctor Dardo A. Rietti*. Córdoba, 1984.

TABORDA, SAÚL: *Reflexiones sobre el ideal político de América*, Córdoba, Talleres de la Imprenta La Elzeviriana, 1918.

TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR.: *Las ideas jurídicas en la Argentina (siglos XIX-XX)*, Buenos Aires, Perrot, 1987.

VERA DE FLACHS, MARÍA CRISTINA: *La Universidad liberal argentina. Cambios y transformaciones antes de la reforma de 1918* en las Universidades Hispánicas. De la Monarquía de los Austrias al Centralismo Liberal Universidad de Salamanca. Junta de Castilla y León.

WEINBERG, GREGORIO: *De la Ilustración a la Reforma Universitaria. Ideas y protagonistas*, Academia Nacional de Educación. Buenos Aires, Santillana, 2001.

YANZI FERREIRA RAMÓN PEDRO: *La enseñanza de la Historia del Derecho en Córdoba (1894-1985)*, Publicado en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas, Cuadernos de Historia, Tomo III, Córdoba, 1993.

YANZI FERREIRA RAMÓN PEDRO: *Tomás Miguel Argañaraz. Primer Profesor de Historia del Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba y sus continuadores 1907-1953*, Publicado en Junta Provincial de Historia de Córdoba, Córdoba, 1994.

MARCELA ASPELL - RAMÓN PEDRO YANZI FERREYRA

349

NOTAS SOBRE UNA ONTOLOGÍA HERMENÉUTICA: HERMENÉUTICA JURÍDICA Y “APLICACIÓN”

por María C. C. Avendaño*

Resumen: Este trabajo examina la perspectiva de la ontología hermenéutica en cuyo marco la comprensión constituye el carácter óntico original de la vida humana. Dicho enfoque, supone un intento de superación de la distinción diltheyana entre ciencias naturales empíricas y ciencias humanas interpretativas, la cual ha colapsado en su formulación tradicional. Para ello, se analiza el concepto de *praxis* por el cual, abordajes recientes, apuntan a aclarar la estructura ontológica de la cognición, es decir, de los elementos que condicionan al conocimiento. Estas propuestas suponen trascender dicotomías tales como sujeto/objeto y hombre/naturaleza, categorías que tienen un carácter reificador y muestran una concepción de la cognición que es evaluada, por la ontología hermenéutica, como objetivante y reductiva del conocimiento y la agencia dado que nuestro ser se encuentra con y entre entidades y la cognición es una empresa, como apunta Gadamer, de carácter comunal. En conexión con el concepto de *praxis*, se analiza la noción gadameriana de lenguaje como medio último de la comprensión a fin de inquirir si la cuestión central de la *aplicación* como momento del entender, en “el caso paradigmático” de la hermenéutica jurídica, se relaciona con la *praxis* de las *humaniora*.

Palabras Clave: ontología hermenéutica – *praxis* – aplicación – hermenéutica jurídica.

Sumario: 1. Introducción; 2. Lenguaje y ontologización de la *praxis*; 3. Práctica y aplicación; 4. Hermenéutica jurídica y aplicación; 5. Conclusiones.

* Prof. Titular Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

350

1. Introducción

La distinción diltheyana entre ciencias naturales empíricas y ciencias humanas interpretativas ha colapsado en sus formulaciones tradicionales junto con el enfoque empirista de las ciencias naturales pero, como destaca Rouse, el reconocimiento de que también la ciencia natural es interpretativa ha guiado una variedad de intentos de distinguir los modos en que las dos clases de ciencias son interpretativas y los intereses que juegan en los dos tipos de interpretación. En este trabajo, se considera la tentativa de salvar la dicotomía diltheyana desde la propuesta de una ontología hermenéutica y socio-histórica de la ciencia, por parte de McGuire y Tuchanska, que tangencialmente posibilitará referir a la ontología hermenéutica de Gadamer. Todos ellos se proponen una superación del punto de vista diltheyano y apuntan a conocer la estructura ontológica de la cognición, por lo cual la clarificación de las cuestiones atinentes a la metodología de las ciencias resulta un asunto derivado de aquélla. La comprensión, dirá Gadamer, es el carácter óntico original de la vida humana, se trata entonces de su relación con la experiencia y las prácticas vitales. Ello explica que retomen la analítica heideggeriana de la facticidad. Analítica en la cual la comprensión es considerada desde un enfoque existencial más que epistémico.

En este sentido, McGuire y Tuchanska sostienen que es preciso buscar

los elementos que condicionan al conocimiento, por los cuales entes y hechos se instauran como objetos. Ello supone trascender, en la línea heideggeriana, dicotomías tales como sujeto/objeto y hombre/naturaleza, que no tienen base en la comprensión de la estructura unitaria del ser-ahí. Dichas categorías tienen un carácter reificador y muestran una concepción de la cognición que es evaluada, por la ontología hermenéutica, como objetivante y reductiva del conocimiento y la agencia dado que nuestro ser se encuentra con y entre entidades y la cognición es una empresa, como apunta Gadamer, de carácter comunal.

Se plantea en este artículo, por una parte y en relación con la propuesta de McGuire y Tuchanska, la extensión del concepto de *comprensión* al de *prácticas* y su noción del *lenguaje* como una forma de *praxis* que les permite avanzar, en un nivel óptico, en la dilucidación de la cognición pro-

¹ ROUSE, J., *Knowledge and power*; Cornell University Press, 1994, p. 166.

² MCGUIRE, J., Tuchanska, B., *Science Unfettered*; Ohio University Press, 2000, p. 20.

MARÍA C. C. AVENDAÑO

351

pia de las ciencias naturales como un tipo de *subpráctica*. Cabe preguntar si ello no supone también a nivel ontológico, un deslizamiento a la *poiesis* y a la *tekhne*, como disposición propia de ésta, cuyos límites con la *praxis* juzgan difíciles de precisar. Por otra parte, en conexión con el enfoque anterior, se considera la concepción gadameriana del *lenguaje* como el medio último de la comprensión y a ésta como forma originaria y constitutiva del *ser-ahí* (*Dasein*) a fin de inquirir, desde la ontología y retornando a las condiciones del conocer, si su concepción del lenguaje y la inclusión de la *aplicación* como momento del entender, en el caso paradigmático de la hermenéutica jurídica se relacionan, de algún modo, con la *praxis* de las humanidades.

2. Lenguaje y ontologización de la *praxis*

La propuesta de McGuire y Tuchanska se basa fundamentalmente, en una revisión crítica de la ontología de la facticidad de Heidegger y de la hermenéutica de Gadamer. Se trata de una ontología que entiende al conocimiento como una construcción colectiva, en la cual el sujeto y el objeto se constituyen en la *práctica*. Su planteo supone un enfoque relacional del ser y destaca aspectos relativos a la interrelación comunicativa, la historicidad, la tradición y las prácticas. El carácter hermenéutico referido indica que toda cognición implica conocimientos previos mediatizados históricamente. La distinción heideggeriana entre una aproximación óptica y una ontológicas y la interpretación, por parte de Heidegger, de la determinación aristotélica de la *praxis* constituyen ejes articuladores de su investigación. Mientras que el punto de vista óptico mantiene la dicotomía sujeto-objeto, es decir, el conocimiento sobre los modos de ser, la aproximación ontológica problematiza dicha dicotomía y se ocupa primariamente del ser de aquéllos, al que clarifica a través de un análisis de “los rasgos, estructuras, y condiciones de lo subjetivo y de lo objetivo, y el espectro de relaciones entre ellos”⁴. Éstos fundan las condiciones básicas de la actividad humana y, como tal, de la investigación científica.

³ Con base en *El ser y el tiempo*, los autores entienden que, para HEIDEGGER la cognición se funda ópticamente en nuestro ser-en-el-mundo y ontológicamente se encuentra condicionada por las estructuras del ser (*op. cit.*, p. 54). En su interpretación, refieren a la *Fundamentalontologie* heideggeriana como a una investigación de las condiciones existenciales del ser humano. En este sentido prefieren hablar de una *fundamentale Ontologie*,

término con el cual quieren destacar las condiciones ontológicas y las estructuras socioculturales e históricas de nuestro ser (*op. cit.*, p. 334).

⁴McGUIRE, J., Tuchanska, B., *op. cit.*, p. 8.

NOTAS SOBRE UNA ONTOLOGÍA HERMENÉUTICA: HERMENÉUTICA JURÍDICA Y “APLICACIÓN”
352

La crítica del pensamiento de Heidegger apunta a la necesidad de superar su ontología de la “mundanidad” -la cual es interpretada como existencialista- por una ontología de lo sociocultural que trascienda, además, su fundamentación en la temporalidad del *Dasein*. Con esta finalidad, recurren a la hermenéutica gadameriana que concibe al mundo humano como primordialmente social, como un mundo de habla de comunidades, constituido por el lenguaje, la tradición y la historia aunque descartan que el lenguaje sea el medio último de la comprensión.

Para McGuire y Tuchanska, Gadamer preocupado por la comprensión de las ciencias humanas, descontextualiza la interpretación hermenéutica en cuanto presta escasa atención a la experiencia hermenéutica y dialogal en la vida cotidiana y no considera los elementos no lingüísticos de las disciplinas que estudia, por lo que liberado de su contexto inicial, el texto se abre a nuevos significados. Hay que aceptar que la tesis gadameriana relativa al diálogo e inspirada en la dialéctica antigua puede resultar un tanto reductiva, especialmente, en función del modo de ser relacionado con la *subpráctica* científica que pretenden clarificar McGuire y Tuchanska.

Sin embargo, en una interpretación ajustada, no es posible pasar por alto que Gadamer cuando trata del lenguaje como mediación última refiere al *verbum interius*, a la “palabra interior”⁶. Por ende, no resulta extraño que afirme que el hecho de que el hombre tenga un mundo se funda en el lenguaje. Gadamer piensa en la comprensión como orientada a un sentido, una tradición y un diálogo a fin de contraponer el lenguaje como diálogo a la primacía de la lógica proposicional, al lenguaje apofántico. Es así que, como señala Grondin “en la consideración del lenguaje culmina, por tanto, la protesta de Gadamer contra el privilegio moderno de lo metódico que comenzó por problematizar en el ámbito de las ciencias del espíritu...pero hay que volver a subrayar siempre que aquí se trata de una teoría hermenéutica del lenguaje y no de cualquier mística de lo inefable. Para abordar el lenguaje mismo correctamente...es preciso tener también en cuenta lo no dicho, el diálogo interior. Captar este aspecto significa, sin embargo, que la hermenéutica del lenguaje tiene su punto de partida en el límite del lenguaje, mejor dicho, en la proposición”⁷.

⁵Cf., asimismo, BERTI, “¿Cómo argumentan los hermeneutas? in Vattimo, G., *Hermenéutica y racionalidad*; Colombia, Norma, 1994, p. 49.

⁶GRONDIN, J., *Introducción a la hermenéutica filosófica*; Barcelona, Herder, 1999, p. 172 y GADAMER, H., *Verdad y método*; T. I, Barcelona, Edic. Sígueme, 1988, pp. 502-7.

⁷GRONDIN, J., *op. cit.*, pp. 172-73.

MARÍA C. C. A VENDAÑO

353

En las consideraciones referidas de McGuire y Tuchanska se perfila, con bastante claridad, que la diferencia de finalidad orienta la crítica. En consecuencia, en la construcción de una hermenéutica del conocimiento científico, resulta conveniente para dichos autores, además de conservar el concepto de diálogo, rescatar el de comunidad y así, derivar la cuestión del lenguaje al nivel de la práctica, lo cual les permite conservar el carácter dialógico en relación con la subpráctica científica. Tampoco conviene a su propósito la apertura del lenguaje a una multiplicidad de significados más

allá de la cotidianeidad.

La descontextualización de la interpretación hermenéutica apuntada, por la que Gadamer recurre frecuentemente al concepto de tradición, podría explicarse por el tipo de disciplinas que interesa a Gadamer pero, notan McGuire y Tuchanska, dado que el conocimiento científico no es simplemente un texto, las fronteras entre diálogo y práctica no pueden trazarse con claridad. Por ello, para resguardar una lectura ontológica del concepto de comprensión, la interpretación no puede ser descontextualizada sino que debe ser estimada como parte integral de la totalidad de la actividad prácticas. Entendemos que aquí juegan, por una parte, dos sentidos del término “*tradición*” determinados efectivamente por los diferentes tipos de saber aludidos, aspecto que Gadamer nota cuando afirma que, en las ciencias del espíritu opera un momento de tradición, “lo que satisface a nuestra conciencia histórica es siempre una pluralidad de voces en las cuales resuena el pasado. Este sólo aparece en la multiplicidad de dichas voces”⁹. En cambio, “el investigador de la naturaleza escribe la historia de su ciencia desde el estado actual de sus conocimientos. Los errores y las vías muertas no tienen para él otro interés que el meramente histórico, pues el patrón de su consideración es evidentemente el progreso de la investigación, las ciencias del espíritu no se describen de manera satisfactoria desde este concepto de investigación y progreso”¹⁰.

Por otra parte, McGuire y Tuchanska, al aludir a las fronteras borrosas entre diálogo y práctica y a la ampliación del concepto de *praxis* (a la que se hará referencia más adelante), podrían dar lugar a suponer un cierto deslizamiento, dadas las características de la subpráctica considerada, a la *tekhne* que es una disposición propia de la *poiesis*. En tanto, Gadamer en su análisis del problema hermenéutico de la *aplicación* en relación con el caso

⁸ MCGUIRE, J., Tuchanska, B., *op. cit.*, p. 80.

⁹ GADAMER, H., *Verdad y método*; T. I, Barcelona, Edic. Sígueme, 1988, p. 353.

¹⁰ GADAMER, H., *op. cit.*, p. 352.

NOTAS SOBRE UNA ONTOLOGÍA HERMENÉUTICA: HERMENÉUTICA JURÍDICA Y “APLICACIÓN”
354

paradigmático, para las humanidades, de la *praxis jurídica* elige tematizar la *phronesis* aristotélica, como saber propio de la *praxis*.

Puesto que el hombre se constituye en sus relaciones, McGuire y Tuchanska, proponen, como estructura ontológica, a la interrelacionalidad¹¹ con la que se corresponden, a nivel óntico, las relaciones sociales. El hombre participa en una comunidad a la que, a su vez, realiza. “Una comunidad auténtica, en la cual los participantes reconocen mutuamente su independencia, es genuinamente plural... Pluralidad y ser-todos-juntos forman un círculo ontológico”¹². Ello les permite, asimismo, complementar la idea de intencionalidad de la conciencia con la de sociabilidad de la misma, estableciéndose un nuevo círculo ontológico.

Al retomar críticamente, la lectura heideggeriana de los conceptos aristotélicos de *praxis*, *poiesis* y *theoria*, como modalidades de ser, McGuire y Tuchanska, afirman que tanto las cosas cuanto las instituciones, en la medida en que configuran a los hombres, no son estructuras previas a los mismos sino resultantes de su actividad. En consecuencia, la *práctica* es considerada como el modo de ser de la actividad humana y tiene un sentido holístico. Si la práctica es el modo de ser de las comunidades, la participación en la práctica es el modo de ser de los individuos. Se trata de otro círculo óntico-ontológico: aquí, retomando los aspectos óntico y ontológico

del concepto heideggeriano de *praxis* consideran que, desde un punto de vista ontológico, filosófico, la *práctica* es la estructura de un modo de ser, mientras que desde una aproximación óptica, refiere a prácticas específicas, es decir, la práctica es la totalidad (histórica y social) de las *subprácticas* realizadas por diferentes comunidades¹³.

Las dicotomías y clasificaciones, los hechos y sus interpretaciones pertenecen al mundo de la práctica y ésta no consiste en una actividad sólo lingüística, o material (y no lingüística). En tanto, el significado hermenéutico es el significado de algo para un sujeto dado o para una comunidad y existe en un campo (en relación al significado de otras cosas), la hermenéutica requiere de una interpretación ontológica de la experiencia humana. Mientras que, dado que el significado lingüístico puede suponer un referente, el lenguaje es ubicado, por McGuire y Tuchanska, en el nivel óptico. En consecuencia, práctica y significado importan también un círculo ontológico¹⁴.

¹¹McGUIRE, J., TUCHANSKA, B., *op. cit.*, p. 100.

¹²McGUIRE, J., TUCHANSKA, B., *op. cit.*, p. 106.

¹³McGUIRE, J., TUCHANSKA, B., *op. cit.*, p. 115.

¹⁴McGUIRE, J., TUCHANSKA, B., *op. cit.*, p. 125.

MARÍA C. C. A VENDAÑO

355

Si Heidegger, piensa el discurso como parte de una aproximación ontológica a la cognición, Gadamer, hace explícito el carácter dialógico de la experiencia¹⁵. No obstante, la construcción de una hermenéutica de las ciencias naturales requiere avanzar más allá del lenguaje, en virtud de ello, los autores referidos, recurren a la idea de círculo óptico-ontológico.

3. Práctica y aplicación

En una aproximación ontológica al conocimiento científico, lo dado es la tradición científica que como tal es condición óptica del conocimiento. Consecuentemente, si la cognición se da en una relación de comunicación, la presencia del otro no necesita de explicación, lo que la requiere es la presencia de un objeto de cognición. Por ello, en relación con el planteo de Heelan de que la hermenéutica fenomenológica, no presupone simplemente una función representacional de una teoría científica o de un modelo sino que pretende conocer “¿cómo un modelo funciona empíricamente; cómo puede jugar un rol semánticamente descriptivo en situaciones empíricas?”¹⁶ McGuire y Tuchanska, responden incluyendo en el concepto de práctica, además del diálogo, los conceptos de experiencia y tecnología. De este modo, la investigación científico-natural es vista como un tipo de cognición, como un aspecto de la práctica que incluye la interacción de diálogo, experiencia y tecnología. El término “experiencia” científica apunta, fundamentalmente, a la “actividad colectiva empírica -en particular, experimental- de los científicos”, es decir, comprende “lenguaje, comprensión, manipulación, protocolos metodológicos y relaciones sociales”. Mientras que el término “tecnología” es entendido, en un sentido amplio, como “redes de actividades sociales y equipos, basadas en preceptos o algoritmos bien establecidos que las rigen y guían los procesos de producción para lograr resultados uniformes”¹⁷.

McGuire y Tuchanska acuerdan con Gadamer en no estimar a la ciencia como un fin en sí misma, en la necesidad de pensar sus condiciones y límites no como un tipo de cognición sino en el modo humano de ser al cual pertenece el conocimiento científico. Asimismo, afirman que “en general...la

investigación científica es uno de los varios modos de ser humano, pero es un modo de ser de comunidades y sólo de forma derivada de individuos.

¹⁵ GADAMER, H., *Verdad y método*; T. I, Barcelona, Edic. Sígueme, 1988, p. 362 ss.

¹⁶ MCGUIRE, J., TUCHANSKA, B., *op. cit.*, p. 134.

¹⁷ MCGUIRE, J., TUCHANSKA, B., *op. cit.*, p. 160.

NOTAS SOBRE UNA ONTOLOGÍA HERMENÉUTICA: HERMENÉUTICA JURÍDICA Y “APLICACIÓN”
356

Esto forma la base de la *ciencia* entendida como un sistema sociocultural, el cual 1) ha logrado una autonomía relativa de otros sistemas socioculturales y de los subdominios de la práctica conectados con ellos y 2) ha alcanzado una posición de dominio sobre la totalidad de la práctica social y como tal informa un modo de ser de las sociedades occidentales¹⁸. Dada la posición de dominio alcanzada por la ciencia cabe preguntarse si la inclusión de la actividad experimental, por parte de McGuire y Tuchanska, no conlleva un corrimiento en el análisis, ya a nivel ontológico, de la *praxis* a la *poiesis* y una reintroducción del método en un lugar prioritario. Así, para Gadamer, “la idea del método adquiere su vigor del hecho de que en los experimentos se pueden aislar determinados ámbitos o sucesos para hacerlos dominables”

19.

La idea de que McGuire y Tuchanska, operan un corrimiento en su análisis puede ser sustentada en su propio discurso en el cual, siguiendo la interpretación heideggeriana, parten de la aceptación de la diferencia aristotélica entre *praxis* y *poiesis* para objetar, luego, entre otros aspectos, que dichas categorías presuponen “la distinción entre los componentes natural y cultural de los seres humanos y la reflejan al separar la *poiesis*, en tanto reproducción del ciclo de la vida...de la *praxis*, como creación productiva de la vida política. Desde que la naturaleza es regular y determinista, la *poiesis* es determinada, rutinizable y predecible, mientras que la *praxis* no lo es”. En coincidencia con Arendt, piensan que el mundo moderno muestra una tendencia a sustituir el hacer por el actuar, ello explicaría que la *praxis* adquiriera un carácter instrumentalizado y rutinario. Tal razonamiento les lleva a “rechazar la oposición *praxis-poiesis* en el nivel ontológico” considerando como práctica a “la totalidad de la actividad humana cooperativa”

20. Es por ello, que un análisis óntico de una subpráctica o de actos individuales presupone un punto de vista ontológico de la totalidad de la *praxis*. Sólo a nivel óntico reconocen, los autores, una relación de subordinación, de la *poiesis* a la *praxis*. Por lo tanto, con las precisiones del caso, debe entenderse a la *poiesis* nada más que como una “forma derivativa de la *praxis*”²¹.

En el capítulo 10 de *Verdad y Método* al que titula “Recuperación del problema hermenéutico fundamental”, Gadamer aborda la cuestión central

¹⁸ MCGUIRE, J., TUCHANSKA, B., *op. cit.*, p. 148.

¹⁹ GRONDIN, J., *op. cit.*, p. 171.

²⁰ MCGUIRE, J., TUCHANSKA, B., *op. cit.*, pp. 115-16.

²¹ MCGUIRE, J., TUCHANSKA, B., *op. cit.*, p. 119.

MARÍA C. C. A VENDAÑO

357

de la *aplicación* a fin de analizar las condiciones ontológicas del conocimiento propias de las ciencias humanas. Para ello, se interesa en rescatar los tres momentos en que, tradicionalmente, se dividía la hermenéutica: la *subtilitas intelligendi* (comprensión), la *subtilitas explicandi* (interpretación) y la *subtilitas applicandi* (aplicación). Refiere como significativo que todos ellos reciban la denominación de *subtilitas*, esto es que “se comprendan

menos como un método disponible que como un saber hacer que requiere una particular finura de espíritu”²². Gadamer considera necesario rescatar la unidad de los mismos, porque mientras el romanticismo había reconocido la conexión de *intelligere* y *explicare*, pues entendía que comprender es interpretar había separado, al mismo tiempo, el momento de la *aplicación*. En éste había reposado el concierto de la hermenéutica filológica con la jurídica y la teológica. Dicha separación suponía una concepción meramente epistémica del entender hermenéutico, propicia al metodologismo propio del historicismo diltheyano que Gadamer se propone superar. Dado que Gadamer cree que el conocimiento de un texto jurídico y su aplicación a un caso concreto constituyen un proceso unitario, elige a la hermenéutica jurídica como caso paradigmático a fin de guiar el examen del “problema hermenéutico fundamental” de todas las *humaniora*: la aplicación. Para el análisis recurre a la filosofía práctica aristotélica y a las categorías, ya mencionadas, de *theoria*, *praxis* y *poiesis*.

4. Hermenéutica jurídica y aplicación

En su análisis, Gadamer se aproxima las determinaciones aristotélicas a través del saber propio de cada una de ellas, para centrarse en la *phronesis* como saber propio de la *praxis*. La *phronesis* es, para Aristóteles, el saber que el hombre tiene de sí, la racionalidad responsable que dirige la *praxis*, mientras que la *tekhne* es el saber, pericia o habilidad con las cosas. Estas disposiciones no implican un saber de tipo abstracto sino que, en ambos casos, se trata de un saber práctico. En este aspecto, y, en conexión con el problema de la aplicación, interesa a Gadamer profundizar el saber de la *phronesis* y lo hace a través del análisis de la *praxis* jurídica y de la función que cumple en relación con ella la hermenéutica jurídica. La *phronesis* posibilita hallar lo que es justo en una determinada situación, “la decisión ética está ahí para ver todo aquello que comporta una situación concreta y para colocar allí el orden”²³

²² GADAMER, H., *Verdad y método*; T. I, Barcelona, Edic. Sígueme, 1988, p. 378.

²³ GADAMER, H., *El problema de la conciencia histórica*; Madrid, Tecnos, 1993, p. 87.

NOTAS SOBRE UNA ONTOLOGÍA HERMENÉUTICA: HERMENÉUTICA JURÍDICA Y “APLICACIÓN”
358

Ahora bien, en el Derecho, lo que es justo no resulta de aplicar sin más una ley a un caso concreto. Por ello, Aristóteles habla de la *epikeia* la cual supone que, en determinadas situaciones, es necesario un “ajuste” o “rectificación” de la ley, a veces se impone “suavizar” la ley, lo que no debe confundirse con “no aplicar” el derecho que expresa: “Toda ley comporta una cierta tensión interior en relación con las posibilidades concretas de la acción: una ley es siempre general y no puede implicar toda la complejidad concreta de un caso particular... Una ley es insuficiente, no en razón de un defecto intrínseco, sino porque el mundo como campo de nuestras acciones es siempre imperfecto por relación al orden ideal representado por las leyes”²⁴.

Por lo tanto, la interpretación radica en la concreción de la ley, es decir, en su aplicación, es claro que para que la concreción sea posible es imprescindible conocer no sólo la ley sino la judicatura. Es factible en principio “concebir el ordenamiento jurídico vigente como tal, lo cual significa poder elaborar dogmáticamente cualquier complementación jurídica realizada. Entre la hermenéutica jurídica y la dogmática jurídica existe así una relación esencial en la que la hermenéutica detenta una posición predominante.

Pues no es sostenible la idea de una dogmática jurídica total bajo la que pudiera fallarse cualquier sentencia por mera subsunción”²⁵.

En la *praxis* y el saber de la *phronesis* que le acompaña, no opera una aplicación del saber propio de la *teoría*. Si bien sólo se puede aplicar lo que ya se posee sin embargo, en la forma de la *phronesis*, no se alude a un saber tal que primero se dispone de él y luego se lo aplica, se trata de la conducta total del hombre, de aquello que el hombre “ha llegado a ser y es”. Así, la aplicación “no quiere decir aplicación ulterior de una generalidad dada, comprendida primero en sí misma, a un caso concreto; ella es más bien la primera verdadera comprensión de la generalidad que cada texto dado viene a ser para nosotros”²⁶.

En consecuencia, entender y aplicar coinciden en un mismo acto, además la aplicación no es ineludiblemente consciente desde que se fundamenta en la historia de la transmisión que, piensa Gadamer, supone una mediación constante entre presente y pasado, por ello y en la medida en que la aplicación es productiva, es un hacer; por ende, el entender siempre es diferente. De ahí la fecundidad que muestra el modelo de la hermenéutica

²⁴ GADAMER, H., *El problema de la conciencia histórica*; Madrid, Tecnos, 1993, p. 89.

²⁵ GADAMER, H., *Verdad y método*; T. I, Barcelona, Edic. Sígueme, 1988, p. 402.

²⁶ GADAMER, H., *Verdad y método*; T. I, Barcelona, Edic. Sígueme, 1988, p. 414.

MARÍA C. C. A VENDAÑO

359

jurídica: en el hacer del juez, al realizar la complementación del derecho frente al texto legal, se encuentra el centro mismo de la tarea que caracteriza a toda forma de comprensión. Es así que, para Gadamer, la *phronesis* se constituye en la “virtud hermenéutica fundamental” y el lenguaje en el “puente entre lo general, individual y singular”²⁷.

El entender hermenéutico es, comprendido en el contexto de la historia de la transmisión, la continuidad de un diálogo ya comenzado que se enlaza con la tradición y que siempre queda abierto. La aplicación, como parte del entender, se caracteriza, entonces, por la dialéctica de pregunta y respuesta²⁸.

5. Conclusiones

En el contexto de una superación de dicotomías tales como ciencias de la naturaleza, ciencias del espíritu, explicación-comprensión, cosas de la naturaleza-cosas de la cultura, la propuesta de una ontología socio-histórica de la ciencia por parte de McGuire y Tuchanska con base en el pensamiento de Heidegger y Gadamer, muestra la necesidad e importancia de continuar avanzando, desde diferentes puntos de vista, en el intento de superar las antinomias que atraviesan la empresa científica, ello más allá de una teorización dicotómica del conocimiento propia de un pensamiento reificador. En relación con este último aspecto, ya Bachelard había señalado las dificultades propias de un pensamiento que procede por pares de opuestos. En este sentido, el trabajo de McGuire y Tuchanska se destaca porque los conceptos forjados en su propuesta teórica consideran que la empresa científica, como parte del mundo social, tiene un carácter típicamente relacional. Así, los autores no tratan de emprender un análisis del sujeto ni del objeto, sino de sus rasgos y estructuras ontológicos subyacentes. A diferencia de la fenomenología hermenéutica de la ciencia no parten de considerar que haya un fenómeno de conocimiento científico que requiera de una nueva interpretación hermenéutica. Proponen, por el contrario, una investigación ontológica en el modo humano de ser en el cual el

conocimiento científico tiene su base y al cual pertenece. La dificultad de la empresa se hace patente, por ejemplo, en la indistinción a nivel ontológico de las determinaciones *praxis-poesis* y en el corrimiento de la *poiesis* a un nivel óntico como subordinada a la *praxis*, siendo que la *poiesis* es una de

²⁷ GADAMER, H., *Verdad y método*; T. II, Barcelona, Edic. Sígueme, 1992, p. 317.

²⁸ Cf. GRONDIN, J., *op. cit.*, p. 169.

NOTAS SOBRE UNA ONTOLOGÍA HERMENÉUTICA: HERMENÉUTICA JURÍDICA Y “APLICACIÓN”

360

las determinaciones del ser que posee un carácter ontológico. ¿Podría pensarse que se trata de otra dicotomía propia del nivel óntico? Pero sea cual fuere el caso debiéramos contar con fundamentos claros, a fin de evitar la sospecha de que se ha zanjado sutilmente la cuestión.

Para McGuire y Tuchanska, el concepto de práctica, está comprometido con la idea de un círculo óntico-ontológico, lo cual importa que el concepto de práctica incluye, en su perspectiva, hábitos, conocimiento tácito y acciones orientadas a un fin. En una aproximación ontológica al conocimiento científico, lo dado es la tradición científica que como tal es condición óntica del conocimiento. De este modo, la investigación científica es vista como un tipo de cognición, como un aspecto de la práctica que incluye la interacción de diálogo, experiencia y tecnología

Por su parte, Gadamer incluye la idea de *praxis* de forma muy indirecta y lo hace a través de la noción de aplicación como momento del entender.

Dicha noción le posibilita un acercamiento -a través del saber propio de la *praxis*, la *phronesis*, y del concepto de historia de la transmisional lenguaje desde el punto de vista de la dialéctica pregunta-respuesta propia del diálogo. Ello permite mostrar que el señalamiento de McGuire y Tuchanska, relativo a su alejamiento del lenguaje cotidiano y de sus contextos de realización no halla sustento en la obra de aquél. Queda pendiente, sin embargo, el análisis acerca de si el acento privilegiado que Gadamer coloca en el lenguaje no resulta en algún punto reductivo, pero a una respuesta fundamentada sólo se puede arribar conforme avance el análisis ontológico de las condiciones del conocer desde la *praxis*. En este sentido, el examen realizado del uso, que hace Gadamer, del concepto de *praxis* vía la cuestión fundamental de la hermenéutica: la aplicación, puede facilitar en análisis posteriores considerar su propuesta de la aplicación como una forma de *praxis* lo que allanaría su comparación con enfoques que acentúen este aspecto.

Bibliografía

AVENDAÑO, M., SOTA, E. “Conocimiento científico: representación y prácticas” in Minhot, L. y Testa, A. (comp.) *Representación en ciencia y arte*, Córdoba, Ed. Brujas, 2003.

BERTI, E. “¿Cómo argumentan los hermenéutas?” in VATTIMO, G., *Hermenéutica y racionalidad*; Colombia, Norma, 1994

GADAMER, H., *Verdad y método*; T. I, Barcelona, Edic. Sígueme, 1988

- *Verdad y método*; T. II, Barcelona, Edic. Sígueme, 1992

- *Acotaciones hermenéuticas*, Madrid, Trotta, 2002

- *El problema de la conciencia histórica*, Madrid, Tecnos, 1993

MARÍA C. C. AVENDAÑO

361

GRONDIN, J., *Introducción a la hermenéutica filosófica*; Barcelona, Herder, 1999

HEIDEGGER, M., *El ser y el tiempo*; México, FCE, 1951

MCGUIRE, J., TUCHANSKA, B., *Science Unfettered*; Ohio University Press, 2000.

ROUSE, J., *Knowledge and power*; Cornell University Press, 1994.

LA CONTRIBUCIÓN DE LA MEDIACIÓN A LA ACCESIBILIDAD DE LA JUSTICIA: LA VISION DE LOS ACTORES*

por *María Inés Bergoglio - José Lucas Vilanova** *

Resumen: En los debates sobre reforma judicial, los medios alternativos de resolución de disputas aparecen 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. Cabe preguntarse acerca de la contribución de estas innovaciones institucionales a la construcción de la identidad como ciudadanos de quienes las emplean. Estas dudas aparecen más serias cuando el recurso a estos procedimientos es obligatorio para los litigantes pobres, - como ocurre en Córdoba - en tanto existe el riesgo de que

* La investigación fue posible gracias al subsidio brindado por la Secyt (Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional de Córdoba) y la Agencia Córdoba Ciencia, dependiente del Gobierno Provincial.

** María Inés Bergoglio es Doctora en Ciencia Política - Profesora Asociada de Sociología en la Facultad de Derecho, UNC. Investigadora en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, UNC. Es Investigadora Categoría I dentro del Programa Nacional de Incentivos. Ha sido profesora invitada en las Universidades de Lund (Suecia) y Strathclyde (Escocia). José Lucas Vilanova es Abogado, UNC (2000). Auxiliar docente en la cátedra A de Sociología en la Facultad de Derecho, UNC. Investigador en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, UNC. Mediador e integrante del Centro Judicial de Mediación del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba. Ganador del 2º premio “10º Aniversario FUNDEJUS 2001 - Acceso a la Justicia”.

La correspondencia relativa a este artículo puede dirigirse a mibergoglio@arnet.com.ar o lucasvilanova@hotmail.com

generen en la práctica una Justicia de menor calidad para algunos grupos de ciudadanos.

El proyecto se orientó a reconstruir el significado que la experiencia de la mediación en sede judicial ha tenido para las partes. Empleando datos de 206 encuestas obtenidas en Córdoba, se revisa la opinión de los mediados sobre la situación de las clásicas barreras – costos, tiempos - en el acceso a la Justicia. Se discute igualmente la percepción de la justicia de los resultados de la mediación, así como la legitimidad que le otorgan, empleando conceptos derivados del enfoque de justicia procesal de Tyler y Lind.

Palabras clave: Acceso a la Justicia – Mediación – Legitimación de la mediación

1. Introducción

El apoyo a los principios centrales de la democracia, así como la satisfacción con el desempeño de sus instituciones, vienen disminuyendo en América Latina en los últimos años, según lo revelan las series de datos del Latinobarómetro (Zovatto, 2002). Aunque probablemente existen muchas razones para explicar este retroceso, debemos ubicar entre las principales la baja capacidad de las instituciones políticas para tutelar de una manera efectiva los derechos fundamentales. Tal como ha señalado O'Donnell (1997), la consolidación de las democracias latinoamericanas resulta difícil en un contexto donde la pobreza y la exclusión se encuentran en expansión. La tensión entre las demandas políticas en torno al imperio de la ley y la desigualdad creciente se resuelve finalmente en la construcción de una *ciudadanía de baja intensidad* para grandes grupos sociales. La crónica inefectividad de las instituciones – especialmente las vinculadas a la Administración de Justicia – agrava este panorama. Binder (2002, p.2), ha sostenido que

..*La debilidad histórica de la mayoría de nuestros sistemas judiciales*

ha diluido la tutela judicial de los derechos, y con ello, la idea de derecho mismo, quitándole por consiguiente sentido y valor a la ciudadanía.

En este contexto, los procesos de reforma judicial en marcha en toda la región pueden entenderse como un intento de afianzar la ciudadanía

¹ Los datos presentados por ZOVATTO muestran que la confianza que los latinoamericanos depositan en sus instituciones resulta comparativamente baja, en comparación a la que se registra por ejemplo en Europa. Esta diferencia resulta especialmente notoria frente a la Justicia: 65% de los europeos confía en su Poder Judicial, proporción que apenas llega al 32% entre los latinoamericanos.

MARÍA INÉS BERGOGLIO - JOSÉ LUCAS VILANOVA

365

ampliando una de sus dimensiones fundamentales: el acceso igualitario a la Justicia, herramienta indispensable para garantizar la vigencia de todos los demás derechos. Tales proyectos pretenden solucionar la asignatura pendiente de las democracias latinoamericanas, enfrentando el doble reto de mejorar la eficiencia y la accesibilidad de la Justicia pese a la crónica insuficiencia de los recursos del Estado.

Entre las medidas propuestas en estos programas, la presencia de innovaciones en materia de Resolución Alternativa de Conflictos (RAC) resulta general, en tanto se los ve al mismo tiempo como herramientas para reducir la congestión judicial y ampliar el acceso a la Justicia. La rápida difusión en la región de estos mecanismos ajenos a la cultura jurídica de muchas naciones latinoamericanas no puede entenderse, sin embargo, sin observar el impulso internacional brindado a este tema². En Argentina, diversas jurisdicciones han iniciado experiencias en ese sentido, y el Plan Nacional de Reforma Judicial, orientado a la modernización de la administración de justicia, incluye el desarrollo de RAC entre las medidas que recomienda adoptar a las provincias.

El presente artículo se orienta a discutir la contribución de la mediación a la accesibilidad de la Justicia. Se emplean para ello materiales provenientes de una investigación sobre las imágenes de la mediación entre actores con experiencia de este mecanismo, que incluyó encuestas a partes que concurrieron a la mediación judicial en la provincia de Córdoba. Mayor información sobre las fuentes de datos empleadas puede consultarse en el Anexo.

2. Mediación y accesibilidad de la Justicia

La conexión entre la RAC y el movimiento de acceso a la Justicia resulta clara en el clásico estudio de Cappelletti y Garth³, que lo incluye como parte de la tercera ola de las reformas conducentes a mejorar el acce-

² Para una revisión reciente de experiencias en Medios Alternativos de Resolución de conflictos en América Latina, ver el dossier especial sobre el tema publicado por la revista *Sistemas Judiciales*, Año 1, No. 2, pp. 88 – 104. Una muestra del rol de los organismos internacionales en la difusión de la RAC se encuentra en la *Evaluación del Sector Jurídico y Judicial Argentino*, preparada por el Banco Mundial (2002). Allí se resume la acción del Banco en la promoción de estas soluciones en nuestro país; también se sintetizan las contribuciones de otras agencias, como USAID, la oficina del gobierno norteamericano para asistencia a los países en desarrollo.

³ El libro apareció en inglés en 1978. Aquí se cita su versión española, traducida en 1996.

LA CONTRIBUCIÓN DE LA MEDIACIÓN A LA ACCESIBILIDAD DE LA JUSTICIA ...

366

so, después de los diversos sistemas de ayuda legal gratuita, y la representación de los intereses difusos. En esa propuesta, la mediación o el arbitraje

eran vistos como recursos para solucionar conflictos que normalmente no llegan a los tribunales, por los escasos recursos de los litigantes o la baja entidad económica de la disputa en cuestión.

Tal como ha señalado Alvarez (2003), desde esta perspectiva resulta más apropiado sostener que la RAC mejora *el acceso a Justicia*, antes que sostener que amplía el *acceso a la Justicia*. Más que ofrecer una vía de entrada a la Administración de Justicia, los medios alternativos proporcionan un sustituto de un servicio del Estado muchas veces escaso, en tanto proveen un foro para obtener una solución equitativa a conflictos que de hecho, no llegan a estar colocados en el despacho de los jueces.

Estos enfoques resultan afines a una concepción de la litigación que la entiende como expresión de un conflicto entre partes, en el cual el principal bien público comprometido es la paz social⁴. En este sentido, la ampliación del repertorio de mecanismos para procesar las disputas resulta socialmente útil, y se sostiene que la RAC y la litigación ofrecen servicios en buena medida equivalentes, aunque a costos muy diferentes.

Desde otras perspectivas, en cambio, la mirada acerca de la contribución de los medios alternativos de resolución de conflictos a la accesibilidad de la Justicia resulta menos optimista. Se señala que en los conflictos donde las desigualdades entre las partes son marcadas, el uso de la RAC puede incluso dificultar el logro de una solución justa.

Owen Fiss (1984) ha señalado que los desequilibrios de poder entre los participantes en un conflicto falsean el proceso de la mediación de varias maneras. En primer lugar, la parte más débil puede carecer de la información necesaria para predecir el resultado probable del juicio, lo que le genera una desventaja durante las negociaciones. En segundo lugar, puede necesitar de manera inmediata las compensaciones económicas buscadas, viéndose forzada a aceptar una suma menor que la que un juez le asignaría. En tercer lugar, la necesidad de reducir los costos de asesoramiento legal coloca igualmente en desventaja a los litigantes pobres, presionando hacia una solución rápida.

El autor señala igualmente que la RAC no representa un sustituto genuino de la litigación, en tanto esta última supone una dimensión pública

⁴ Para una discusión detallada de diversos enfoques sociológicos sobre la litigación, ver BERGOGLIO (2001).

MARÍA INÉS BERGOGLIO - JOSÉ LUCAS VILANOVA

367

que trasciende el conflicto entre las partes. En el proceso de adjudicación participan funcionarios públicos, seleccionados mediante procedimientos en los que existe alguna intervención ciudadana. Allí, el rol de los jueces no es simplemente el de lograr la paz entre los contendientes, o asistirlos en el logro de sus metas privadas. También incluye una dimensión políticamente significativa, cual es la de hacer efectivos los valores constitucionales, interpretándolos en los casos concretos.

De acuerdo a este punto de vista, una sociedad desenvuelve inevitablemente sus compromisos públicos mediante el debate que se lleva a cabo en los tribunales, a través del cual se termina aclarando qué arreglos de convivencia resultan amparados por la comunidad política. En este sentido, la privatización de los conflictos implícita en el uso de los medios alternativos de resolución de disputas supone una reducción del espacio de debate público, reducción que no beneficia a la democracia.

Por estas razones, Fiss considera que los arreglos extrajudiciales son finalmente, una capitulación ante las condiciones de la sociedad de masas, que no deben ser alentados ni alabados, ya que si bien descongestionan los expedientes, con frecuencia no alcanzan a realizar la justicia.

Puede señalarse que estas objeciones, emergentes de una concepción teórica que subraya la dimensión política de la litigación, así como la importancia de la interpretación judicial como fuente de Derecho, resultan especialmente apropiadas para los países del Common Law, siendo menor su significado entre nosotros. Revisando esta cuestión desde una perspectiva latinoamericana, Peña González (2002) ha señalado que si bien el movimiento hacia la abogacía de interés público es incipiente en la región, y la jurisprudencia, como fuente de normatividad, ocupa un lugar secundario, en nuestras sociedades aparece un nuevo obstáculo para el uso de estos mecanismos: la impredecibilidad de las decisiones judiciales. En un “*sistema judicial de alta contingencia*”, la escasez de información acerca de los posibles resultados de la decisión judicial acentúa los desequilibrios entre las partes durante las negociaciones y aconseja limitar el uso de los mecanismos alternativos a algunos casos específicos.

El propio Cappelletti (1993) ha reconocido estos riesgos implícitos en la privatización excesiva de las decisiones, así como la posibilidad de que el uso obligatorio de los mecanismos alternativos transforme 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 CONTRIBUCIÓN DE LA MEDIACIÓN A LA ACCESIBILIDAD DE LA JUSTICIA ...

368

La existencia de estas posiciones enfrentadas en torno a la relación entre RAC y accesibilidad de la Justicia añade mayor interés a la revisión de los puntos de vista sobre el tema de los participantes en procesos de mediación judicial.

3. La mediación en Córdoba

En Córdoba, las experiencias en resolución alternativa de conflictos se han ampliado desde la sanción de la ley 8858 (julio 2000), que institucionaliza el Centro Judicial de Mediación y crea un nuevo organismo - competente en disputas extrajudiciales - dependiente del Poder Ejecutivo. Centrándonos en sede judicial, se prevé que el sometimiento de causas a la mediación tiene en principio carácter voluntario para las partes. Pero también 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. Las dos primeras causales abarcan una franja determinada de litigantes: reclamaciones pequeñas y sectores de menores recursos.

Estas disposiciones de la ley 8858, que establecen la obligatoriedad de la instancia de la mediación para los litigantes pobres, acentúan en el caso cordobés los riesgos de que estos mecanismos reduzcan la accesibilidad de la Justicia ya señalados por los teóricos, y hacen necesaria una revisión más detallada de la cuestión. El artículo presenta las opiniones de los mediados, destinatarios del servicio, acerca de los obstáculos objetivos al acceso a la Justicia, tiempo y costos, así como su percepción acerca del modo que el ideal del trato igualitario se logra en la mediación.

4. La visión de las partes

Analizar la contribución de la mediación a la accesibilidad de la Justicia requiere considerar el modo en que los ciudadanos comunes evalúan su experiencia desde esta perspectiva. Aquí se presentan sus opiniones sobre el modo en que las clásicas barreras que limitan un acceso igualitario a la administración de Justicia están operando en este campo.

4.1. Los tiempos en el proceso de la mediación

Se aborda la mirada de los mediados sobre la duración del proceso, en el entendimiento de que el acceso a la Justicia por parte de los ciudada-

⁵ Para un análisis en detalle de la ley, ver BARMAT Y RIVERO, (2001).

MARÍA INÉS BERGOGLIO - JOSÉ LUCAS VILANOVA

369

⁶ Para una información detallada acerca de la forma en que esta duración fue medida, y en general, acerca de diversas dimensiones temporales del proceso, ver BERGOGLIO (2003).

Opiniones de los mediados sobre el manejo del tiempo

78.6%	8.7%	5.8%	6.8%	100.0%
70.6%	10.3%	7.4%	11.8%	100.0%
62.6%	20.4%	10.2%	6.8%	100.0%
47.0%	18.3%	7.9%	26.7%	100.0%

La flexibilidad de horarios de las audiencias

El tiempo destinado a las negociaciones

El tiempo pasado hasta que tuvieron la primera audiencia

El tiempo que llevó la solución del asunto, una vez iniciada la mediación

Completamente

satisfecho

Algo

satisfecho

Nada

satisfecho Ns/nc Total

N = 206 partes

nos exige no sólo la posibilidad de plantear sus conflictos ante los jueces en igualdad de condiciones con otras personas de dispar condición, sino también la de obtener una respuesta para su caso en un plazo razonable.

Los datos muestran que el manejo del tiempo en los procesos tramitados en el CJM puede considerarse objetivamente eficiente: los 52 días corridos de duración promedio están bastante por debajo del límite de 60 días hábiles fijados por la ley⁶. Cabe preguntarse cómo evalúan los mediados esta dimensión temporal de la mediación: los datos obtenidos permiten mostrar la apreciación de los ciudadanos comunes al respecto.

Como puede verse, predominan las evaluaciones positivas sobre la forma en que diversos operadores jurídicos manejan el tiempo durante la mediación. La enorme mayoría de los encuestados (78%) está completamente satisfecha con la flexibilidad del CJM a la hora de fijar los horarios de las audiencias. En este punto, también se observan los efectos de la utilización del horario continuado de trabajo: este organismo judicial es la única dependencia de la Justicia provincial que trabaja de 8 a 20 horas. Con frecuencia, los entrevistados comparan esta situación 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, aunque se registra una leve caída cuando en la evaluación del rubro intervienen otras unidades judiciales además del CJM.

Así sucede con la evaluación del tiempo transcurrido hasta que se realizó la primera audiencia, en la medida que los juzgados pueden efectuar la remisión con mayor o menor celeridad. De esta manera, la satisfacción con rela-

Opiniones de los mediados sobre los costos de la mediación

62.1% 14.2% 8.9% 14.8% 100%
 56.0% 11.4% 11.4% 21.2% 100%
 44.5% 22.5% 11.5% 21.5% 100%

El monto de los honorarios de su abogado

La forma en que plantearon el tema de sus honorarios los mediadores

Los costos económicos de este modo de solución de conflictos

Completam.

satisfecho

Algo

satisfecho

Nada

satisfecho Ns/nc Total

N = 206 partes

ción a la duración general del proceso también resulta algo más baja: menos de la mitad de los encuestados la aprueban completamente.

4.2. Costos durante la mediación

Los defensores de la mediación suelen argumentar en su favor los menores costos que este mecanismo implica. Sin duda, ello es cierto si se contempla la cuestión pensando en los costos que el Estado debe soportar para procesar los conflictos entre los ciudadanos.

También resultan menores varios de los costos privados. Por ejemplo, en muchos casos, las mediaciones permiten llegar a acuerdos, obviando onerosas pruebas que hubieran resultado ineludibles si quien debe tomar la decisión es el juez. Además, la ley 8858 reduce a la mitad la tasa de justicia que deben abonar quienes recurran voluntariamente a la mediación.

No obstante, aparecen también algunos rubros nuevos a cubrir por las partes: centralmente los honorarios de los mediadores, quienes si bien trabajaron gratuitamente durante la experiencia piloto, acorde la ley 8858, perciben una remuneración por sus tareas.

La información disponible – referida a 215 causas concluidas durante el año 2001 – muestra que el monto promedio de honorarios de los mediadores ha sido de \$217 por causa. Tal como ocurre con las remuneraciones de otros profesionales durante el proceso tradicional, estos montos pueden ser muy variados, y han oscilado desde un mínimo de \$25 hasta un máximo de \$4000. En la mitad de los casos, lo pagado ha superado los \$50. Aunque la estipulación acerca de quien corresponde el pago suele ser parte del convenio final, es frecuente que las partes soporten este gasto por el orden causado.

Revisada esta información objetiva, vale la pena observar cómo evalúan las partes el tema de los costos. En primer lugar, la mayoría de los entrevistados se declara satisfecho de lo que debió pagar al abogado que lo

MARÍA INÉS BERGOGLIO - JOSÉ LUCAS VILANOVA

Visión del costo de la mediación según características de la causa

56.2 19.2 13.7 11.0 100.0
 37.6 21.2 9.4 31.8 100.0
 40.2 25.5 13.7 20.6 100.0
 57.7 21.1 11.3 9.9 100.0

Voluntaria

Obligatoria

Forma de

derivación

Sin acuerdo

Con acuerdo

Resultados

%

Completam.

satisfecho

%
 Algo
 satisfecho
 %
 Nada
 satisfecho
 %
 Ns/nc
 Los costos económicos de este modo de solución de
 conflictos
 %
 Total
 N= 206 partes

asistió. Quizás esta aceptación tenga que ver con la previsibilidad de este
 gasto, o también, con el carácter enteramente voluntario de la relación que
 los liga al profesional.

Pese a que los montos cobrados por los mediadores resultan moderados,
 la proporción de los mediados completamente satisfechos con la forma
 en que se manejó este tema resulta algo inferior: 56%. Ello sugiere la
 existencia de dificultades en el tratamiento del tema por parte de los mediadores,
 o en otras palabras, en la legitimación de su rol frente a las partes.

Finalmente, los puntajes de la evaluación caen cuando se revisa la
 cuestión de los costos de manera global: apenas un 44% se reconoce completamente
 satisfecho. Tanto en este tema, como en lo relativo al honorario
 de los mediadores, el alto índice de no respuesta (no contesta) encubre
 probablemente visiones negativas.

La distribución de estas opiniones siguiendo las características de
 las causas, ayuda a entender algunas de las razones de estas miradas críticas.

Tanto quienes han elegido llevar sus conflictos al CJM como quienes
 han logrado obtener un arreglo, contemplan los costos de este mecanismo
 de una manera más favorable, y se declaran satisfechos en forma mayoritaria.

En cambio, entre quienes concurren de manera obligatoria, así como
 entre aquellos que no lograron un acuerdo, la mediación se convierte en
 una fase más del proceso a atravesar a la espera de la decisión judicial que
 cierre el conflicto. Fase que es resistida en tanto genera nuevos costos, que
 se suman a los ya devengados en concepto de tasa de justicia y en aportes al
 colegio y caja de abogados.

4.3. Percepciones sobre la justicia

La experiencia de la mediación puede ser analizada como la de cualquier
 servicio público, estimando el grado de satisfacción que los usuarios

LA CONTRIBUCIÓN DE LA MEDIACIÓN A LA ACCESIBILIDAD DE LA JUSTICIA ...

372

Accesibilidad de la Justicia y Mediación

75 36.4%
 80 38.8%
 42 20.4%
 9 4.4%
 206 100.0%
 136 66.0%
 23 11.2%
 23 11.2%
 24 11.7%
 206 100.0%
 133 64.6%
 5 2.4%
 57 27.7%
 11 5.3%
 206 100.0%
 Sí
 No

Ns/nc
 No corresponde
 Cree que los
 resultados
 alcanzados
 son justos?
 Total
 Completamente satisfecho
 Algo satisfecho
 Nada satisfecho
 Ns/nc
 La equidad
 del proceso
 de
 mediación
 Total
 Hace que la Justicia sea más
 accesible para la mayoría de la gente
 Hace que la Justicia sea menos
 accesible a la gente común
 No cambia el acceso a la Justicia de
 la mayoría de los ciudadanos
 Ns/nc
 Ud. diría que
 la mediación
 Total
 Frec. %
 N = 206 Partes

logran en sus diversas dimensiones. Pero concurrir a la Administración de Justicia tiene un carácter diferencial, en tanto quienes allí acuden no esperan solamente eficiencia, sino un resultado cuya legitimidad pueda ser compartida desde los valores que sustentan.

Estas expectativas complejizan la evaluación de las instituciones judiciales, en la medida que la aspiración generalmente compartida de Justicia se expresa concretamente de muchas formas diversas y aún contrastantes en la vida social. En tanto las apreciaciones sobre la justicia en situaciones concretas exigen interpretaciones subjetivas, es necesario asumir la perspectiva de los justiciables, observando el grado de legitimidad que otorgan, tanto a la solución obtenida para su caso, como la tramitación de dicho conflicto, y, finalmente al mecanismo de resolución de conflictos en sí mismo.

Como puede verse, quienes están convencidos de que la solución obtenida en su caso resulta justa son minoría (36%). Es alto el porcentaje de personas que declinan contestar esta pregunta, mostrando las dificultades inherentes a una apreciación sobre la justicia sustancial de un resultado.

Tal como cabría esperar, quienes llegaron a una solución consensuada

MARÍA INÉS BERGOGLIO - JOSÉ LUCAS VILANOVA

373

están mayoritariamente convencidos de la justicia de los resultados (65%); apenas 21% de los que no lograron acuerdo cree lo mismo⁷.

Si bien enjuiciar el contenido de justicia de una decisión es complejo para un ciudadano común, opinar sobre el procedimiento que se utilizó para arribar a la decisión resulta más simple, y es notable en este caso el aumento de las evaluaciones positivas. Dos terceras partes de los entrevistados coinciden en que el proceso de la mediación resultó equitativo, y la proporción de quienes declinan responder se reduce a la mitad. También esta evaluación se ve influida por la salida del caso: 79% de los que logran

acuerdo creen que la mediación es equitativa, contra 59% de los que no arribaron a una solución negociada.

Se pidió igualmente a los encuestados su opinión acerca de la relación entre mediación y accesibilidad de la justicia. La mirada de los mediados sobre las potencialidades de este mecanismo de resolución de conflictos para mejorar la igualdad ante la ley en nuestra sociedad resulta bastante optimista. Dos terceras partes de los entrevistados opinan que esta forma de resolución de conflictos mejora el acceso a la justicia; un 27% opina que su efecto es en realidad neutro. Apenas un 2.4% cree que esta institución reduce la accesibilidad.

La apreciación global de la accesibilidad de la justicia en la mediación muestra asimismo la influencia de las decisiones logradas en el propio caso. Así, la enorme mayoría de los que logran acuerdo (78%) creen que la mediación mejora la accesibilidad, contra 56% de los que no lograron acuerdos. La vinculación entre los resultados obtenidos en el proceso y las percepciones sobre la justicia 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 dilucidación.

4.4. Cuestiones sustanciales y procesales en las percepciones de la justicia

Los primeros análisis de la legitimación de las instituciones sociojurídicas vinculaban esa apreciación con los resultados obtenidos por su intermedio. Los teóricos asumían que la apreciación de la justicia de las decisiones judiciales tenía un carácter sustancial, derivado básicamente de

⁷ Esta relación resulta estadísticamente significativa, con χ^2 significativo para $p < .000$.

⁸ Esta relación resulta estadísticamente significativa, con χ^2 significativo para $p < .012$.

⁹ Esta relación resulta estadísticamente significativa, con χ^2 significativo para $p < .001$.

LA CONTRIBUCIÓN DE LA MEDIACIÓN A LA ACCESIBILIDAD DE LA JUSTICIA ...

374

su contenido. Este enfoque conducía a suponer que el carácter adversarial del proceso tradicional generaba una imagen negativa en por lo menos la mitad de quienes habían concurrido a solicitar una intervención judicial en un conflicto¹⁰.

La investigación empírica en este campo ha mostrado sin embargo que la evaluación de la equidad de las decisiones judiciales por parte de los justiciables, no depende solamente del resultado logrado. Otros criterios de relevancia potencial en la aceptación de una decisión¹¹, como la equidad relativa (derivada de la comparación con otras personas en situaciones semejantes) y la evaluación de la equidad del proceso que condujo a ese resultado son también significativos. Así, cuando las partes consideran justos los procedimientos seguidos en la adopción de una decisión, es más probable que acepten la distribución resultante como “justa”, incluso en las situaciones donde el resultado les es objetivamente desfavorable. Este efecto, identificado como *justicia procesal*, ha sido analizado exhaustivamente por Lind y Tyler¹².

Los autores señalan que estimar adecuadamente el contenido de justicia del resultado final de un caso es una tarea compleja, incluso para profesionales.

Para los ciudadanos comunes, las valoraciones de la equidad de los procedimientos funcionan como un sustituto de esas dificultosas evaluaciones sustantivas. En consecuencia, distintos aspectos relativos al procedimiento, tales como el tiempo que se asigna a las partes para exponer su problema, 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.

Vale la pena revisar hasta dónde la satisfacción de los mediados con los resultados logrados en sus casos, con las propiedades formales de la

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...*” (p. 57-58).

¹¹ Para una revisión de esta tradición de investigación, ver RÖHL Y MACHURA (1997).

¹² La formulación inicial de estos conceptos se encuentra en LIND Y TYLER (1988).

Para una discusión más reciente, que integra los resultados de la investigación empírica de los últimos años, ver TYLER (2002) y LIND, KRAY Y THOMPSON (2001).

MARÍA INÉS BERGOGLIO - JOSÉ LUCAS VILANOVA

375

Percepciones sobre la Justicia - Correlaciones

.350 **
.000
197
.184 ** .291 **
.010 .000
197 206
-.456 ** -.232 ** -.247 **
.000 .001 .001
186 188 188
-.230 ** -.442 ** -.275 **
.001 .000 .000
197 206 206
-.309 ** -.740 ** -.272 **
.000 .000 .000
197 206 206
-.091 -.199 ** -.186 **
.203 .004 .007
197 206 206
-.367 ** -.682 ** -.379 **
.000 .000 .000
197 206 206
Correlación de Pearson
Sig. (bilateral)
N
Considera que el
proceso de la mediación
ha sido equitativo?
Cree que la mediación
mejora el acceso a la
Justicia?
Su proceso de mediación
desembocó en acuerdo
Satisfacción con el
Centro Judicial de

Mediación
Satisfacción con la
actuación del Mediador
Satisfacción con el papel
desempeñado por su
Abogado
Satisfacción con el
proceso de la mediación
Cree que
los
resultados
alcanzados
en su caso
son justos?
Considera
que el
proceso
de la
mediación
ha sido
equitativo?
Cree que
la
mediación
mejora el
acceso a
la Justicia?

La correlación es significativa al nivel 0,01 (bilateral). **.

mediación y su percepción de la justicia están asociadas entre sí. El cuadro anexo resume las correlaciones entre estas variables¹³.

Tal como cabía esperar, los coeficientes de correlación destacan que las distintas evaluaciones de la justicia están fuertemente vinculadas. Puede verse allí que la percepción de la justicia en la resolución del propio caso, en el procedimiento seguido para ello, así como del mecanismo de resolución de conflictos que lo hizo posible están positivamente correlacionadas entre sí. Este hecho no sorprende, ya que indica que la construcción de las imágenes de las instituciones se deriva de la propia experiencia con ellas.

¹³ La distribución de las variables conectadas con los juicios sobre la equidad ha sido presentada más arriba. Las variables que miden el grado de satisfacción de los usuarios con su experiencia son índices que resumen la respuesta de los entrevistados a distintos bloques de preguntas conectados con el tema. Para satisfacción con el CJM se emplearon 4

LA CONTRIBUCIÓN DE LA MEDIACIÓN A LA ACCESIBILIDAD DE LA JUSTICIA ...

376

Como puede verse en la tercera fila de la tabla, los resultados logrados en la propia causa, el hecho de haber logrado o no acuerdo, están asociados con las distintas percepciones de la justicia. No obstante, la fuerza de la asociación de las apreciaciones sobre la justicia con el resultado sustancial disminuye a medida que la cuestión evaluada aumenta en generalidad, y resulta bastante más débil en la evaluación de la accesibilidad a la justicia en la mediación, que en el análisis del propio caso. Ello muestra una independencia de criterio de las partes bastante mayor a la sugerida por Toharia.

La tabla permite mostrar igualmente la importancia relativa de los diferentes factores que confluyen en la percepción de la justicia. Si bien la convicción de que el procedimiento seguido en la resolución del propio caso ha sido equitativo está influida por los resultados, esta influencia resulta considerablemente menor que la evaluación de los aspectos procesales. La apreciación de la actuación del CJM y su personal, del mediador, y de distintas dimensiones del proceso de la mediación, como su costo, duración o el nivel de participación de las partes mantienen relaciones significativas

con los juicios acerca de la equidad del procedimiento seguido en el tratamiento de su causa.

Se destacan algunos coeficientes singularmente altos, como el relacionado con la actuación del mediador, que alcanza un nivel de .740 (significativo para $p < .000$). La importancia de esta relación indica que buena parte de la legitimación del procedimiento se deriva del rol desempeñado por este profesional, y sugiere la necesidad de extremar los cuidados en su entrenamiento.

La tercer columna del cuadro permite observar en qué medida la convicción de que la mediación mejora la accesibilidad general de los ciudadanos a la Justicia se relaciona con las diferentes variables. El examen de los coeficientes revela que esa apreciación depende tanto de cuestiones procesales como sustanciales, pero que la fuerza de las primeras es ligeramente mayor. La satisfacción con la actuación del CMJ, y del mediador, son variables significativas, cuyos coeficientes superan ligeramente al de resultados.

preguntas; para evaluar la actuación del mediador, 7 preguntas. Tanto el índice de satisfacción con la actuación del abogado como el que refleja el grado de satisfacción con el proceso de la mediación se apoyan en 6 preguntas cada uno. Mayores detalles sobre la construcción de estos índices en BERGOGLIO et al. (2002).

MARÍA INÉS BERGOGLIO - JOSÉ LUCAS VILANOVA

377

La variable más fuertemente relacionada con la legitimación de la mediación como un mecanismo que mejora el acceso a la Justicia es la satisfacción con el proceso de la mediación, es decir, con sus costos, tiempos, el nivel de participación de las partes logrado o la variedad de opciones de solución surgidas. Este coeficiente (.379, significativo para $p < .000$) resulta el mayor en esta columna, indicando la importancia que los aspectos procesales tienen en la construcción de la legitimidad de la institución.

5. A modo de síntesis

Dada la centralidad que el ideal de acceso igualitario a la Justicia tiene en la legitimación del orden jurídico, se consideró importante revisar el modo que esta cuestión se plantea con relación a la mediación, institución de reciente implementación en Córdoba.

El análisis del funcionamiento de las clásicas barreras al acceso muestra que las partes evalúan favorablemente la duración de los procesos de mediación, los que transcurren en promedio dentro de plazos inferiores a los fijados por la ley. Las miradas sobre los costos, en especial los derivados de honorarios de los mediadores, resultan menos favorables.

Mayoritariamente los mediados reconocen carácter equitativo al proceso de mediación en el que participaron, y confían en que la mediación puede ampliar el acceso de los ciudadanos comunes a la Justicia. Su visión acerca de las potencialidades de esta institución para acercarnos al ideal de igualdad ante la Ley es considerablemente optimista.

El análisis de las evaluaciones sobre la justicia que hacen las partes indicó la existencia de un efecto de justicia procesal. Las correlaciones mostraron que la construcción de la imagen de la mediación entre los justiciables está más influida por cuestiones atinentes a la organización del proceso – como el manejo de los tiempos, o la calidad de la atención recibida – que por las derivadas de las cuestiones sustantivas revisadas en la causa.

Estos resultados tienen consecuencias significativas para la política

judicial. En efecto, estos resultados sugieren que los esfuerzos para mejorar la eficiencia del Servicio de Justicia tienen rápidos efectos sobre su legitimidad. En un país donde la falta de independencia política de los tribunales, así como su escaso papel en la lucha contra la corrupción han erosionado la imagen de la Justicia de manera alarmante, la propuesta de alternativas prácticas para la legitimación de la actividad jurisdiccional resulta relevante.

LA CONTRIBUCIÓN DE LA MEDIACIÓN A LA ACCESIBILIDAD DE LA JUSTICIA ...

378

Bibliografía

ALVAREZ, GLADYS STELLA (2003) *La mediación y el Acceso a Justicia*, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires.

BARMAT, N.D. Y RIVERO, S., (2001) *Ley Provincial de Mediación N° 8858 y su reglamentación –Comentada, Anotada, Concordada*, Córdoba – Marcos Lerner, Editora Córdoba.

BERGOGLIO M.I. (2003), “La dimensión temporal durante la mediación”, *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Vol. VI, , pp.357-374, UNC, Córdoba.

BERGOGLIO M.I. et al. (2001), *Litigar en Córdoba. Investigaciones sociológicas sobre la litigación*, Ed. Triunfar., Córdoba.

- et al. (2002), *Voluntariedad y obligatoriedad: La visión de partes y operadores legales*, contribución al III Congreso Nacional de Sociología Jurídica, Buenos Aires.

BINDER A. (2002) Editorial, Número especial en Resolución Alternativa de Conflictos, *Sistemas Judiciales*, Año 1, No. 2, pp 2-3.

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.

FISS, OWEN, (1984) “Against settlement”, *The Yale Law Journal*, Volume 93, No. 6, pp. 1073-1090. Versión española en “Contra el acuerdo extrajudicial”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 3, No. 1, 1998.

LIND E.A y TOM TYLER (1988) *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York: Plenum.

LIND E. , KRAY L. y THOMPSON L. (2001) “Primary Effects in Justice Judgments: Testing Predictions from Fairness Heuristic Theory”, *Organizational Behavior & Human Decision Processes*, Vol. 85.Issue 2, p189.

O’DONNELL G. (1997), *Contrapuntos*, Ed. Paidós. Buenos Aires.

PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS (2002) “¿Estimular los mecanismos alternativos?”, *Sistemas Judiciales*, Año 1, No. 2, pp20-25.

RÖHL K. y MACHURA (1997), *Procedural Justice*, Aldershot, Dartmouth (Oñati International Series in Law and Society, vol. 4).

TOHARIA J.J. (1987), *Pleitos tengas.. Introducción a la cultura legal española*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Colec. Monografías 96, Madrid.

TYLER. T (2002) *Trust in the Law: Encouraging Public Cooperation with the Police and Courts*, Russell Sage Foundation Series on Trust, Volume 5.

VILANOVA J.L (2002) *Acceso a la Justicia en Córdoba. Respuestas normativas e institucionales. Propuestas de optimización*, Cuadernos de Fundejus, Fundejus, Buenos Aires.

MARÍA INÉS BERGOGLIO - JOSÉ LUCAS VILANOVA

379

ZOVATTO, D. (2002), “Valores, percepciones y actitudes hacia la democracia - Una visión comparada latinoamericana: 1996-2001”, capítulo en el libro “La

Política Importa para el Desarrollo”, Mark Pyne, Fernando Carillo y Daniel Zovatto(comp.) BID e Idea Internacional, en prensa. Accesible en www.observatorioelectoral.org/biblioteca.

Anexo: 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.

La existencia de tales bases permitió además realizar una encuesta a partes intervinientes en las causas sometidas a la mediación en sede judicial. 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, realizado en la segunda mitad del año 2001, presentó innumerables dificultades: la desactualización de los datos sobre domicilios en los expedientes, la dispersión geográfica de los lugares a visitar, y la resistencia de la gente a volver a hablar de experiencias que le habían resultado dolorosas hicieron muy lento el ritmo de la recolección de datos. Finalmente se lograron realizar 206 encuestas.

LA CONTRIBUCIÓN DE LA MEDIACIÓN A LA ACCESIBILIDAD DE LA JUSTICIA ...

380

381

INFANCIA Y DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LA REGIÓN CENTRO*

*por Elinor Bisig***

Resumen: La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño incorpora y reconoce todos los derechos económicos, sociales y culturales, hasta el máximo de los recursos de que dispongan los Estados Partes, para lograr progresivamente su plena efectividad. Este trabajo propone vincular la importancia de la dimensión jurídico normativa en materia educativa, en cada una de las provincias que conforman la Región Centro y al mismo tiempo, establecer su efectividad en los sectores más vulnerables en términos de garantías de acceso a estos derechos.

Para el análisis de la situación de la infancia en el ámbito educativo, se trabajó desde el enfoque del Desarrollo Humano de PNUD, que plantea que “la libertad de elegir de los individuos es concebida como un bien colectivo, sólo socialmente sustentable si el desarrollo crea un ambiente propicio para que todos puedan desplegar sus potencialidades, conforme a sus necesidades e intereses”.

* Artículo basado en la investigación “Normativa y Derechos de la Infancia/ Adolescencia en la Región Centro- análisis de indicadores sociodemográficos”, realizada en el marco institucional de CONICET y del CIJS, 2002.

** Licenciada en Sociología UCSE - Magister en Demografía. UNC - Posgrados: en Políticas Sociales UNC y en Derechos Humanos IIDH - Doctoranda de la Facultad de Ciencias Sociales UBA - Investigadora Adjunta del CONICET - Profesora Adjunta Investigadora Categoría II Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNC. - Autora de numerosas investigaciones y publicaciones sobre infancia/ adolescencia.

382

Fundado en estas consideraciones se analiza la situación educacional de la infancia y adolescencia, específicamente referidas a la ampliación de la cobertura y disminución de las desigualdades educativas, con el propósito de realizar aportes para el diseño de las políticas públicas que se requieran para la resolución de los problemas que afectan a esta población.

Palabras clave: Infancia adolescencia, Derecho a la Educación, Acceso y Rezago Escolar, Región Centro.

Presentación

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño incorpora y reconoce, tanto los derechos civiles y políticos cuanto los económicos, sociales y culturales, estos últimos hasta el máximo de los recursos de que dispongan los Estados Partes, para lograr progresivamente su plena efectividad. 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. Una buena legislación constituye, sin embargo, sólo el primer paso en el camino de una efectiva defensa de los derechos y en países como el nuestro, que sufren de una prolongada anomia de poderes efectivos, presenta el riesgo de quedar en el papel.

En relación con estos derechos los Estados deben adoptar las medidas tendientes a garantizarlos, aún, cuando no se exige que se los garantice en forma inmediata, sino en forma progresiva, en la medida en que se vayan cumpliendo las condiciones necesarias para ello.

Los Estados, al suscribir estos compromisos, quedan obligados a tomar iniciativas para alcanzar la plena realización de los derechos a través de un uso efectivo de los recursos existentes, en cuyo uso los Estados deben dar prioridad a los derechos reconocidos, en particular, a la satisfacción de la subsistencia y a la provisión de servicios esenciales cualquiera sea el nivel de desarrollo socioeconómico alcanzado.

En caso de que los recursos de que disponga un Estado no sean suficientes para cubrir todas las necesidades derivadas de estos derechos de la población, el Estado deberá asignar los recursos de forma preferente a la infancia.

Desde que esta Convención entró en vigor, en nuestro país se asumió el compromiso de adecuar nuestra legislación y nuestras instituciones a sus principios y desde la reforma de 1994 son derechos humanos básicos, con reconocimiento constitucional.

ELINOR BISIG

383

El problema más serio que se presenta hoy en materia de derechos de la infancia, es el de la efectividad de las leyes aprobadas, la cual se traduce en el acceso, goce y garantía de los derechos enunciados.

Los obstáculos y las dificultades son muchos y diversos, y se refieren, entre otros, a la resistencia para desarrollar aquellas políticas sociales necesarias para el cumplimiento de los derechos. Las causas de su violación, radican fundamentalmente, tanto en la pobreza endémica, cuanto en las escandalosas desigualdades sociales, responsables entre otros, de la explotación del trabajo infantil, de los diversos estados de abandono y de la delincuencia juvenil, que es en forma prevalente, una delincuencia de subsistencia. Por lo tanto es indispensable buscar nuevos abordajes del desarrollo que integren la problemática económica y social y que permitan aunar objetivos de crecimiento, equidad, ampliación de la ciudadanía y respeto a los derechos humanos.

La Región Centro que constituye el universo de este trabajo, se formaliza con la firma del Tratado de Integración Regional en el año 1998, por las provincias de Córdoba y Santa Fe, a la que se incorpora Entre Ríos en

1999, surge en consonancia con las ideas dominantes en los acuerdos regionales que apuntan a valorizar el sentido de la cooperación política, 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 a rescatar el principio de integración socio-cultural.

En la Región Centro, las provincias se encuentran en diferentes niveles de adecuación legislativa y de reforma institucional acorde a los compromisos suscritos a nivel nacional, con motivo de la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y a los compromisos contraídos asimismo respecto de las metas sociales.

Este trabajo se propuso vincular la importancia de la dimensión jurídico normativa que atañe a la infancia adolescencia en cada una de las provincias que conforman la Región y establecer su efectividad en los sectores más vulnerables en términos de garantías de acceso a los derechos.

Para el análisis de la situación de la infancia, se trabajó desde el enfoque del Desarrollo Humano donde “el crecimiento económico no es un fin sino un medio para acrecentar las capacidades humanas en salud, educación, calidad de vida”; entendido esto como una necesidad para ampliar las libertades de elección del tipo de vida que se quiera vivir de acuer-

¹ Cfr. PNUD, “En búsqueda de la igualdad de oportunidades”, 2002. pág. 15.

INFANCIA Y DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LA REGIÓN CENTRO

384

do con los valores personales y estrategias de acción. Así concebido, el Desarrollo Humano dirige la atención hacia los fines que hacen al desarrollo, donde al valor de la eficiencia productiva, se le suma el de la libertad de los individuos para elegir y el de la equidad en la distribución de los bienes materiales y simbólicos.

Siguiendo a Sen (1989)², quien plantea que “la libertad de elegir de los individuos es concebida como un bien colectivo, sólo socialmente sustentable si el desarrollo crea un ambiente propicio para que todos puedan desplegar sus potencialidades y contar con una oportunidad razonable de llevar una vida productiva y creativa, conforme a sus necesidades e intereses”.

Como señala el Informe del PNUD³, la forma en que Argentina pretendió insertarse en el mundo globalizado no resultó sostenible. El saldo es una economía vulnerable y una sociedad fragmentada, de extrema desigualdad en el reconocimiento de los derechos y el acceso a los bienes de sus habitantes. La pobreza y la indigencia en Argentina, en un contexto de caída del ingreso y de desigualdad en su distribución, son de tal magnitud que más de un tercio de la población no puede siquiera cubrir sus necesidades alimenticias; ello obliga a incluir el análisis de este problema en casi cualquier tema social sobre el que se trabaje a efectos de aportar elementos que permitan retomar el crecimiento a partir de la creación o potenciación de las ventajas competitivas de cada región para crear empleo y, simultáneamente, mejorar la distribución del ingreso, la calidad de la educación y de la salud⁴.

Cualquier estrategia de reducción de la pobreza en el país requiere de una estrategia de crecimiento económico que asegure las condiciones materiales de educabilidad, de salud y de las capacidades de ejercer la libertad.

El Banco Mundial⁵ señala que el empleo es un factor clave, para determinar la pobreza. Una persona tiene mayores probabilidades de ser pobre, si el jefe de familia está desempleado. Las tasas de desempleo son sustancialmente

mayores entre los pobres y, aún mayores para los pobres indigentes en comparación con los no pobres. La mayoría del desempleo afecta más seriamente a los jóvenes. Las tasas de desempleo de los trabajadores adolescentes y jóvenes duplica a las que registran los trabajadores mayores.

Las tendencias de pobreza se correlacionan con las tendencias del desempleo y de los salarios, respecto de estos últimos, los profesionales y

² en PNUD. Op. cit. pág.16.

³ Cfr. Op. cit. pág. 8 y sgtes.

⁴ Ibidem. Op. cit.

ELINOR BISIG

385

las personas calificadas tienden a estar ubicados en los niveles altos de la distribución de los ingresos. Los cambios más significativos en la diferencia de los distribuciones de los ingresos están motivados por las diferencias de los rendimientos de la educación⁶.

En la dificultad de Argentina en reducir la pobreza, desde la visión y técnicas de gestión del problema de los organismos internacionales y en el actual modelo económico⁷, ha sido importante la diferencia creciente entre los salarios de la mano de obra calificada y no calificada, y las menores oportunidades laborales que enfrentan los trabajadores no calificados, estos factores afectan, en particular a los jóvenes con bajos niveles de educación y poca experiencia laboral. Desde esta perspectiva, los esfuerzos que se emprendan en la reducción de la pobreza deberán estar por lo tanto claramente vinculados no sólo con el crecimiento, sino también con los cambios en la distribución general del ingreso, para ello la inversión en capital humano es fundamental.

También, es importante destacar que aunque los programas de asistencia social pueden mitigar la pobreza a corto plazo y proteger a los pobres contra oscilaciones de importancia en sus ingresos, la reducción de la pobreza a largo plazo dependerá de que se incorpore en la lucha por la erradicación de la pobreza, la perspectiva de los derechos humanos.

En esta perspectiva la pobreza humana se centra en la falta de capacidades “necesarias para vivir una vida larga, saludable y creativa, para mantenerse informado, para tener un nivel de vida decoroso, dignidad, respeto por uno mismo y por los demás”⁸. Para ello es importante garantizar los mecanismos para el acceso y goce de los derechos económicos, sociales y culturales, que revisten interés fundamental para la erradicación de la pobreza. Esto implica realizar inversiones para ampliar las capacidades humanas, y una de las más importantes inversiones en el desarrollo humano sigue siendo la educación⁹.

En relación con la educación la CEPAL¹⁰, sostiene que el sistema educativo argentino es uno de los más avanzados de la región, sin embargo,

⁵ Banco Mundial, 2000. pág. 8.

⁶ Cfr. Ibidem. Op. cit.

⁷ Cfr: LO VUOLO; BARBEITO; PAUTASSI; RODRÍGUEZ, 2001. Cap. IV.

⁸ PNUD, 2000, pág.73.

⁹ Cfr. Sobre los derechos que facultan a las personas para combatir la pobreza, Ibidem. Op. cit.

¹⁰ Cfr. CEPAL, 2002.

INFANCIA Y DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LA REGIÓN CENTRO

386

no está a la altura de un país con nuestra riqueza en ciertos indicadores fundamentales. Argentina enfrenta problemas importantes de calidad de

educación lo que se refleja entre otros indicadores, en las tasas altas de repetición, de deserción, y en el bajo rendimiento escolar.

Además, en la modalidad propia de desarrollo vigente, se ha deteriorado la educación pública y ha proliferado la educación privada, ello ha provocado una acentuación de la segmentación de la educación según niveles de ingresos de los hogares, con un aumento de la vulnerabilidad de los educandos provenientes de familias de menores ingresos.

Fundado en estas consideraciones este trabajo tiene como propósito aportar para el diseño de las políticas públicas que se requieran para la resolución de los problemas que afectan a la población infantil de la Región Centro, específicamente atinentes a la ampliación de la cobertura y disminución de las desigualdades educativas. Para ello se analiza la situación educacional de la infancia y adolescencia de las provincias que la integran y se realizan comparaciones sobre su evolución en la última década.

Introducción

Derecho a la Educación

Los documentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la Declaración de los Derechos del Niño (1959), el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (1988), asimismo la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989), 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.

Estas normativas fueron enfatizadas en 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 Marco de Acción de Dakar (2000) se formulan estrategias para el logro de esos resultados, se destacan, 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 la Cumbre del Milenio (2000) donde se formulan las metas de la Declaración del Milenio para el Desarrollo, que son una agenda

ELINOR BISIG

387

ambiciosa para reducir la pobreza y sus causas y manifestaciones, el segundo objetivo es lograr la educación primaria universal e igualdad entre los sexos, que todos los niños y niñas del mundo terminen un ciclo completo de educación primaria en el 2015.

En cuanto a este derecho las provincias que conforman la Región Centro, en sus Constituciones consagran explícitamente tanto el derecho a la educación, como el deber de aprender.

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).

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).

Estas provincias son todas firmantes del Pacto Federal Educativo.

La Provincia de Córdoba presenta diferencias, la Ley de Educación lo 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). La Provincia de Santa Fe, adhiere en todos los términos a la Ley Federal de Educación, y 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)¹¹.

¹¹ Cfr. BISIG; SALAS, 2002.

Situación del Derecho a la Educación en la Infancia y Adolescencia

1. Acceso y Permanencia en el Sistema Educativo

En la Región Centro -en adelante Región- que constituye nuestro universo de análisis, la población menor de veinte años -2.590.310 personas- representa el 35,85 por ciento del total de la población de la Región que alcanza los 7.225.649 habitantes¹².

Para analizar la situación y garantía que estas provincias presentan respecto de los compromisos suscritos y derechos consagrados constitucionalmente, se trabajó sobre el alcance de la cobertura del sistema educativo formal, en cuanto al acceso y permanencia de la población en edad escolar, para ello se calcularon las tasas de asistencia por grupos de edad¹³.

El análisis de la cobertura permite afirmar que en las provincias de la Región, se advierte la misma tendencia de disminución de cobertura y deterioro del sistema educativo que se manifiesta a nivel nacional donde las tasas de asistencia escolar a la edad de 5 años han tenido una disminución de 7.8 décimas porcentuales respecto de los valores del censo de 1991. En las provincias se observa inclusive, que esta tendencia es aún más acentuada en Córdoba y Entre Ríos. Es Santa Fe la que presenta la mayor incorporación en las edades pertinentes al sistema educativo, a los 5 años de edad el 87,11 por ciento de los niños se encuentra escolarizado, le sigue la provincia de Córdoba con el 85,90 por ciento de escolarizados en esta edad, a pesar de la reducción operada, ambas superan los valores del total del país. Luego se ubica Entre Ríos con casi 10 puntos porcentuales por debajo -77,27 %- cifra inferior inclusive, al del total del país en el Censo 2001 -78,80% -¹⁴.

En relación con la distribución por sexo, se observa en el Censo del 2001, una leve diferencia en favor de las mujeres en la incorporación al sistema educativo a la edad de 5 años, diferencia que se acrecienta en cada grupo de edades a medida que ésta aumenta, lo cual revela una mayor permanencia de las mujeres en el sistema de educación.

El índice de masculinidad¹⁵ de la población según condición de asistencia, a la edad de 8 años, que es la que presenta mayor proporción de escolarizados, revela que es menor la proporción de asistencia masculina, y mayor la proporción de varones que abandonan la escuela tempranamente,

¹² Fuente: INDEC, Censo Nacional de Población, Hogares y Vivienda, 2001.

¹³ Porcentaje de personas escolarizadas con respecto al total de la población de ese grupo de edad. Fuente: Ibidem, op. cit.

¹⁴ Véase Cuadro N° 1

¹⁵ Cantidad de varones por cada 100 mujeres.

ELINOR BISIG

389

en la Región hay 114 varones de 8 años de edad, que nunca asistieron a la escuela por cada 100 mujeres en esa situación. Esta tendencia también se observa a nivel nacional donde el índice es 131 varones por cada 100 mujeres en esa edad.

Esta distribución, respecto del Censo de 1991 donde sólo se observaban diferencias - y no muy acentuadas- a partir del grupo de los 13 años de edad, manifiesta diferenciales en la incorporación y evolución por sexo al interior del sistema educativo.

La universalización del acceso al sistema educativo, se amplía hacia los 8 años de edad, y aquí es la provincia de Córdoba la que presenta la mayor proporción de escolarizados, el 99,24 por ciento de su población de niños en esta edad se encuentra asistiendo a la escuela, esta cifra supera a los valores del promedio del total del país.

Sin embargo esta universalización, que se presenta con rezago respecto de la edad esperada de incorporación al sistema no implica necesariamente la permanencia en el mismo hasta haber completado algún nivel de educación, tampoco estas tasas permiten especificar el nivel de enseñanza al que asisten, pueden por tanto, encubrir situaciones de rezago.

Lo que claramente revelan las tasas por grupos de edades que dan cuenta de la población cubierta en cada grupo de edad es que, 15 de cada 100 adolescentes de entre 13 y 17 años, no asisten a la escuela y lo que es también preocupante, aunque aquí se observa un avance respecto del 1991, es que de cada 100 jóvenes mayores de 17 años en la Región, alrededor de 64 de ellos no se encuentran incorporados al sistema de educación formal.

La distribución de los alumnos matriculados en la Región que alcanza a una población de 2.173.358 personas, se encuentra en su mayoría asistiendo a establecimientos del sector estatal en los primeros niveles de Enseñanza General Básica, estos cubren el 79 por ciento de la demanda educativa, se observa que al nivel Inicial de gestión privada asiste un tercio de la población. En el tercer nivel de EGB, ya se observa una mayor presencia paulatina del sector privado, tendencia que continúa en el Polimodal y en el nivel de educación Superior No Universitaria, es la Provincia de Córdoba donde se observa una muy significativa tasa de asistencia a instituciones privadas, más de la mitad de la población en estos niveles, con un porcentaje de 14 puntos superiores al del total del país. Mientras que por el contrario, la gestión estatal es predominante en la educación Universitaria a la

que asiste el 84 por ciento de la población estudiantil.

INFANCIA Y DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LA REGIÓN CENTRO

390

La población escolarizada por niveles de enseñanza¹⁶, revela en la Región, la siguiente distribución, un 12,25 por ciento de los niños se encuentra en el nivel Inicial o Preescolar; la Enseñanza General Básica en la actual estructura educativa, incorpora a un 58,85 por ciento de la población; el Polimodal representa un 12,59 por ciento de la distribución total, quedando para los niveles de Enseñanza Superior Universitaria y No Universitaria un 11,58 y un 4,94 por ciento respectivamente.

Si se analizan estos valores respecto de la distribución por nivel de enseñanza que se observa en el Censo de 1991¹⁷, se destaca la evolución favorable que aparece en el último Censo en los primeros y en los últimos años del sistema educativo, esto es en los niveles de Educación Preescolar y el Universitario respectivamente.

Asimismo cabe destacar, aunque en sentido contrario, la disminución de la cobertura en los dos primeros niveles de Enseñanza General Básica¹⁸ que han perdido un 13,83 por ciento respecto del Nivel Primario en 1991. Estas cifras dan cuenta de una importante disminución de la población escolarizada en los primeros grados de la Enseñanza General Básica.

Si se toma en consideración que estos dos niveles de la actual estructura incluyen un año menos de cursado que la Primaria de referencia, la gravedad del retroceso en el acceso de los niños de la Región Centro, a un nivel de instrucción mínimo es muy significativo.

Esta pérdida de cobertura, no se recupera aún cuando se incluye en el análisis el nivel Polimodal, puesto que ambos niveles de enseñanza sólo alcanzan, en el 2001, un porcentaje del 71,44 por ciento, esto es 6.03 décimas porcentuales, por debajo de las tasas -77,47% -, que presentaban esos niveles de enseñanza en 1991.

La disminución en estos niveles opera en favor de un aumento significativo en los porcentuales de asistencia en los niveles de Educación Superior, particularmente en el Universitario, en donde el porcentaje de crecimiento es de 3.28 por ciento respecto del porcentual de cobertura alcanzado en 1991.

¹⁶ Véase Cuadro N° 2a.

¹⁷ Véase Cuadro N° 2b.

¹⁸ El EGB1 y el EGB2 que abarcan los seis primeros grados del Nivel Primario de la Estructura Educativa anterior.

ELINOR BISIG

391

2. La Repitencia y el Rezago Escolar

Respecto de estos indicadores que dan cuenta de las deficiencias y desigualdades de logro educativo, se usaron los indicadores propuestos por CEPAL¹⁹, de rezago al inicio del ciclo escolar, de repetición en los dos primeros grados, de rezago o interrupción en el término de los primeros seis grados, de rezago o interrupción en el término del ciclo básico de educación y finalmente el rezago o interrupción en el término del ciclo secundario de educación.

La provincia de Córdoba, en términos de rezago al inicio del ciclo escolar²⁰, se encuentra 3,5 décimas porcentuales por debajo de Entre Ríos, la más deficitaria de la Región, con más del 1 por ciento de la población de 8 años de edad que no asiste a la escuela, esto es, dos años rezagados respecto

de la edad oficial esperada de inicio de la escolaridad, los 6 años de edad¹⁹.

En cuanto a los niños escolarizados de 10 años de edad que no han completado el primer ciclo de Enseñanza General Básica -EGB1-, el 10,07 por ciento de los niños y niñas de esa edad de la provincia de Córdoba se encuentra en esta situación, esto indica que han repetido uno o más de los grados del primer nivel de enseñanza que abarca los tres primeros años de escolaridad²², le sigue Santa Fe con el 12,68 por ciento de sus niños y, finalmente Entre Ríos que presenta un porcentual de repitentes en los tres primeros grados, del 17,47 por ciento.

En cuanto al rezago o interrupción del nivel educativo antes de completar los seis años de escolaridad²³, es decir el EGB2, los niños de 14 años de edad que se encuentran en esta situación alcanzan en la provincia de Santa Fe al 13,69 por ciento, siguiéndole Córdoba y Entre Ríos con 18,50 por cien-

¹⁹ Cfr. Panorama Social de América Latina. 1999-2000. CEPAL, pág. 177.

²⁰ Porcentaje de niños y niñas, que no asisten a la escuela dos años después de la edad oficial de ingreso a la educación primaria. Cfr. Ibidem. Op. cit.

²¹ Véase Cuadro N° 3.

²² A los efectos de describir la situación en la actual estructura educativa y contando con datos agregados por nivel de enseñanza, se adecuó el Indicador de repetición en los dos primeros grados de CEPAL. Cfr. Ibidem, op. cit., definiéndoselo de la siguiente manera: porcentaje de niños y niñas de 10 años de edad que asisten a la escuela y que a esa edad no han completado al menos tres años de estudio.

²³ Idem al indicador precedente, se adecuó el Indicador de rezago o interrupción en el término de los primeros cuatro grados, se lo definió como: porcentaje de niños y niñas de 14 años de edad que no han completado al menos seis años de estudio, estén o no asistiendo a la escuela. Cfr. Ibidem. Op. cit.

INFANCIA Y DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LA REGIÓN CENTRO

392

to. Merece destacarse que en este indicador como en el siguiente, que señalan el nivel de deserción escolar, la Provincia de Córdoba pierde la posición ventajosa que detentaba respecto de los indicadores anteriores, revelando una estructura educativa con escasa capacidad de contención, que supera levemente en este indicador los valores que corresponden al total del país.

En relación con los jóvenes de 17 años²⁴ que no han completado el nivel de enseñanza general básica²⁵, esto es nueve años de estudio al finalizar el EGB3, se observa que los porcentajes se elevan considerablemente superando en el caso de Santa Fe el 39 por ciento, en Córdoba supera el 40 por ciento, ubicándose Entre Ríos en la posición más desfavorable con más del 47 por ciento de sus jóvenes de 17 años con un rezago importante o fuera del sistema educativo sin haber completado el nivel general de educación básica, esta provincia se ubica en este indicador, en un 7 por ciento por encima del porcentaje para el total del país -40.26% -.

En cuanto a los jóvenes de 20 años alrededor del 60 por ciento de ellos se encuentran fuera del sistema escolar o cursando con bastante retraso el nivel Polimodal²⁶, apareciendo Córdoba como la provincia que ofrece la mejor situación ubicándose 5 puntos porcentuales por debajo de los guarismos nacionales -64.34% -²⁷.

3. Comentarios

El funcionamiento del sistema educativo en la Región Centro no garantiza el acceso, ni la permanencia, como tampoco la continuidad de los estudios hasta el logro de un nivel mínimo de educación, a un universo muy significativo de niños y jóvenes, que quedan así excluidos de la posibilidad

de integrarse social y económicamente en condiciones dignas; esto, a la par que conculca otros derechos, no hace efectivos el deber, ni la obligatoriedad de la educación planteados en las respectivas constituciones de las provincias.

²⁴ Idem al indicador precedente, se adecuó el Indicador de rezago o interrupción en el término del ciclo básico de educación, se lo definió como: porcentaje de niños y niñas de 17 años de edad que no han completado al menos nueve años de estudio, estén o no asistiendo a la escuela. Cfr. Ibidem. Op. cit.

²⁵ La enseñanza general básica en la nueva estructura educativa alcanza hasta el segundo año inclusive del nivel secundario en la estructura anterior.

²⁶ Indicador de rezago o interrupción en el término del ciclo secundario: porcentaje de jóvenes de 20 años de edad que no han completado el ciclo secundario de estudios estén o no asistiendo a la escuela. Cfr. Ibidem. Op. cit.

²⁷ Véase Cuadro N° 3.

ELINOR BISIG

393

En la Región, tampoco se han establecido los mecanismos de control, ni se ha dotado de eficiencia a la normativa sancionatoria prevista ante el incumplimiento de estas obligaciones y deberes respecto de la educación. Merece destacarse que las provincias han realizado un avance promisorio en cuanto a la incorporación y permanencia igualitaria de las niñas en el sistema de educación, esto posibilita el ampliar sus capacidades y puede contribuir en el futuro, generando sinergias, a garantizar otros derechos cuya deficiencia se encuentra fuertemente vinculada con la educación deficitaria de las madres, como la malnutrición, la mortalidad infantil, etc. Sin embargo, esta mayor presencia relativa de las mujeres en el sistema educativo, esta revelando por su parte, una endeble capacidad de retención hacia los varones, que podría estar encubriendo una incorporación más temprana de los varones al trabajo informal o en actividades de subsistencia; lo cual, a la vez que vulnera el cumplimiento de los objetivos educativos, entorpece la formación integral del niño, reforzando los vínculos entre las diferentes dimensiones que generan un círculo vicioso de carencias que impide escapar de la pobreza.

Esto estaría asimismo, revelando el incumplimiento al compromiso de protección asumido por el Estado de respetar una edad mínima de incorporación al trabajo y la incapacidad estatal de brindar una protección adecuada a los niños que impida su explotación laboral.

La evolución negativa de la cobertura del sistema de educación en los primeros niveles de enseñanza general básica, a favor de un incremento relativo de la cobertura en los niveles de educación inicial y en la educación superior universitaria, manifiesta el deterioro del sistema en los últimos años de la década, como asimismo el impacto de la gravedad de la crisis y de la brecha y polaridad distributiva en los niveles de ingreso.

Similares afirmaciones podrían inferirse acerca del incremento de los porcentuales de asistencia a establecimientos de gestión privada, en los niveles iniciales y en los de educación superior.

Las deficiencias y desigualdades del logro educativo se han incrementado a lo largo del periodo intercensal, si se calculan las tasas netas de escolarización, esto es la correspondencia edad con nivel de enseñanza, se reafirman las lecturas de los párrafos precedentes.

Importa destacar la magnitud del problema y el impacto en términos de insuficiencia en la adquisición de las capacidades necesarias para el desarrollo de una vida digna, que afecta a una décima parte de la población que sólo alcanzará un nivel incipiente o nulo de educación antes de abandonar

la escuela; si a esto se le suma la proporción aún mayor de niños que no

INFANCIA Y DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LA REGIÓN CENTRO

394

alcanzan a superar los dos primeros ciclos de la enseñanza general básica, es de gran significación la cantidad de niños que requieren ser incorporados en programas de apoyo escolar o en sistemas de becas, de tal manera que les permita completar al menos, el nivel de enseñanza general básica. La proporción creciente de la población que se encuentra fuera del sistema educativo sin haber completado el nivel general de educación básica a la edad de 17 años, indica que de no revertirse la situación de pobreza y, si no se aplica una política específica para invertir la tendencia, este porcentual se incrementará severamente en la Región.

En síntesis, la consideración de los elementos precedentes, permite afirmar que las provincias no han dado prioridad a los niños en el destino de los recursos estatales, ni han logrado dar cumplimiento al compromiso de progresividad en la garantía del derecho a la educación.

La niñez y la adolescencia son etapas del ciclo de vida, durante las que se adquieren las habilidades básicas que permiten integrarse en la esfera productiva, como también las requeridas para participar en los demás ámbitos de la sociedad, la cultura y la política, por eso la inversión en la infancia se considera indispensable para la formación de valores y el ejercicio de la ciudadanía. Ello lleva a considerar que descuidar la educación trae aparejado como consecuencia directa la lesión de todo otro conjunto de derechos perpetuando el ciclo de reproducción de la pobreza.

Respetar y garantizar este derecho, se torna prioritario, pues augura un futuro de exclusión para quienes en esta edad no construyan sus proyectos de desarrollo personal y laboral.

Para ello es pertinente tomar en consideración, que el umbral mínimo para que la educación pueda cumplir un papel significativo en la reducción de la pobreza son diez años de escolaridad, puesto que los ingresos de las ocupaciones menos calificadas, no son suficientes para que una familia se sitúe sobre el umbral de la pobreza.

Es menester ubicar a la política social como condición indispensable del desarrollo económico y no como mera compensación de sus efectos y brindar lineamientos para formular sistemas de exigibilidad de garantías de derechos para estos grupos de edades críticas y de gran vulnerabilidad.

Proveer servicios sociales básicos de buena calidad a todos los niños es la clave que permite crear en ellos las capacidades fundamentales para vivir dignamente.

Entonces, si se pretende garantizar los derechos constitucionalmente reconocidos en las tres provincias que conforman la Región Centro es me-

ELINOR BISIG

395

nester atender al deterioro de la cobertura del sistema educativo, el mismo daría cuenta de la urgente necesidad de formular una política que contemple una real universalización de la escolaridad, el acceso continuo a una educación de calidad y el asegurar la conclusión de todos los niveles de educación formal; deberían ser los elementos centrales de una política orientada a reducir la vulnerabilidad.

Establecer mecanismos de fortalecimiento y de apoyo para asegurar a los niños y jóvenes el acceso, y la garantía de la continuidad en el sistema

de educación, debe estar incorporado a una estrategia de desarrollo regional sostenible, que debería prever un espectro de programas vinculados a objetivos integrales de eliminación de la pobreza, el trabajo infantil y la exclusión social.

Bibliografía

- BISIG, NIDIA ELINOR; SALAS, Graciela Rosa “*Normativa y derechos de la infancia/ adolescencia. Bases para la armonización legislativa de la Región Centro en el MERCOSUR*”, Triunfar, Argentina, 2002.
- CEPAL, “*Panorama Social de América Latina 1999-2000*”, Ed. CEPAL y Naciones Unidas. <http://www.cepal.org/>
- CEPAL, “*Panorama Social de América Latina 2000-2002*”, Ed. CEPAL y Naciones Unidas. <http://www.cepal.org/>
- BANCO MUNDIAL. HICKS, Norma “*Reducción de la pobreza y manejo económico. Región de América Latina y Caribe*”, informe N° 19992-AR, 2000, Argentina, www.worldbank.org.
- INDEC, “*Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2001*”, <http://www.indec.mecon.ar/webcenso/index.asp>.
- INDEC, “*Anuario Estadístico de la Republica Argentina 2001*”, INDEC y Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, Secretaria de Política Económica, Buenos Aires, 2002.
- LO VUOLO, RUBÉN; BARBEITO, ALBERTO; PAUTASSI, LAURA; RODRÍGUEZ, CORINA, “*La Pobreza de la política contra la pobreza*” Miño y Dávila Editores, Ciepp. Buenos Aires, 2001.
- PNUD, “*Informe sobre Desarrollo Humano 2000*, Ediciones Mundi-Prensa, 2000.
- PNUD, “*En búsqueda de la igualdad de oportunidades*”, Buenos Aires, 2002. www.pnud.org.ar.

INFANCIA Y DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LA REGIÓN CENTRO

396

Total país 30,3 30,9 29,8 85,8 85,6 85,9 97,4 97,3 97,5 72,0 70,7 73,2 29,0 27,3 30,7

Córdoba 30,8 31,4 30,3 94,4 94,4 94,4 98,4 98,3 98,5 75,0 73,6 76,5 35,7 33,7 37,6

Entre Ríos 30,9 31,1 30,7 87,8 87,1 88,5 97,8 97,7 97,8 71,5 70,3 72,7 24,6 21,8 27,3

Santa Fe 29,3 29,9 28,8 88,7 88,4 89,0 98,0 97,9 98,1 73,9 72,4 75,3 29,9 27,6 32,1

18 a 24 años

Total Total Total

13 a 17 años 6 a 12 años

Mujeres

Total

Varones

Varones

Varones

Mujeres

Mujeres

Varones

Mujeres

Provincias

Población de

5 años o más

Varones

Total

Tasas de asistencia escolar 1991

5 años

Mujeres

Cuadro N° 1a. Tasas de asistencia escolar de la población de 5 años o más por grupos de edad seleccionados y sexo, según provincias de la Región Centro y total del país, en porcentajes. Año 1991.

Nota: Los casos con condición de asistencia desconocida fueron distribuidos proporcionalmente.

Elaboración propia sobre fuente: INDEC, Censo Nacional de Población y

Vivienda 1991. Procesamientos Especiales de la Dirección de Estadísticas Sectoriales.

Total país 32,3 32,7 32,0 78,8 78,3 79,3 98,1 98,0 98,3 85,3 83,8 86,8 36,9 34,1 39,6

Córdoba 31,4 31,7 31,2 85,9 85,7 86,1 98,9 98,8 99,0 82,7 80,1 85,4 40,5 36,7 44,3
 Entre Ríos 32,0 32,1 31,9 77,3 77,0 77,5 98,5 98,3 98,7 82,0 79,6 84,5 33,5 30,3 36,8
 Santa Fe 31,1 31,6 30,8 87,1 86,8 87,4 98,8 98,6 98,9 85,9 84,4 87,5 36,8 33,4 40,2
 Provincias
 5 años 6 a 12 años 13 a 17 años 18 a 24 años
 5 años o más
 Total
 Varones
 Mujeres
 Total
 Varones
 Mujeres Total
 Varones
 Total
 Varones
 Mujeres
 Mujeres
 Total
 Varones
 Mujeres

Tasas de asistencia escolar 2001

Elaboración propia sobre fuente: INDEC, Censo Nacional de Población, Hogares y Vivienda 2001.

Cuadro N° 1b. Tasas de asistencia escolar de la población de 5 años o más por grupos de edad seleccionados y sexo, según provincias de la Región Centro y total del país, en porcentajes. Año 2001.

ELINOR BISIG
 397 Cuadro N
 o

2a: Población de 3 años y más que asiste a algún establecimiento educacional por nivel de enseñanza, según provincias de la Región Centro y total del país, en valores absolutos y relativos.

Año 1991.

Total %	Total %	Total %	Total %	Total %	Total %	Total %	Total %
Santa Fé	777.757	85,056	10,94%	421.036	54,13%	183.136	23,55%
Entre Ríos	290.029	28,611	9,86%	168.504	58,10%	70.759	24,40%
Córdoba	800.699	77,811	9,72%	406.440	50,76%	197.684	24,69%
Total RC	1.868.485	191.478	10,25%	995.980	53,30%	451.579	24,17%
Total País	9.303.884	982.483	10,56%	5.044.398	54,22%	2.263.263	24,33%

1991
 Terciario
 Población de
 3 años o más
 que asiste
 Provincia Universitario Ignorado Jardín o preescolar
 Nivel de enseñanza al que asiste
 Primario Secundario

Elaboración propia sobre fuente: INDEC, "Censo Nacional de Población y Vivienda 1991".

Cuadro N° 2b: Población de 3 años y más que asiste a algún establecimiento educacional por nivel de enseñanza, según provincias de la Región Centro y total del país, en valores absolutos y relativos. Año 2001.

Total %	Total %	Total %	Total %	Total %	Total %	Total %	Total %
Santa Fé	903.208	112.520	12,46%	181.336	20,08%	174.930	19,37%
Entre Ríos	348.119	41.301	11,86%	81.040	23,28%	72.000	20,68%
Córdoba	922.031	110.322	11,97%	178.202	19,33%	185.564	20,13%
Total RC	2.173.358	264.143	12,15%	440.578	20,27%	432.494	19,90%
Total País	11.171.446	1.331.155	11,92%	2.339.752	20,94%	2.174.014	19,46%

2001
 Sup. No Universitario Sup. Universitario EGB1 EGB2 EGB3 Polimodal Provincia
 Población de
 3 años y más
 que asiste
 Nivel de enseñanza al que asiste
 Inicial/preescolar

Elaboración propia sobre fuente: INDEC, "Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2001", <http://www.indec.mecon.ar/webcenso/index.asp>.

Nota: la población que declaró que asiste a niveles educativos y/o grados o años pertenecientes a la estructura educativa anterior a la Ley Federal de Educación ha sido

asignada al año equivalente de la nueva estructura educativa. En este sentido cabe aclarar que EGB1 equivale al 1°, 2° y 3° grados del nivel primario; EGB2 equivale al 4°, 5° y 6° grados del nivel primario; EGB3 equivale al 7° grado del nivel primario y 1° y 2° años del nivel secundario. Por último el nivel polimodal equivale al 3°, 4° y 5° años del nivel secundario. La población que asiste a 6° año del nivel secundario ha sido incluida en el nivel polimodal.

Sup. N o	Total	Total	Total	Total
SANTAFÉ				
Total	2.851.489	903.208	181.336	174.930
8	53.420	52.901	0,97%	52.384
10	58.280	57.659	1,07%	7.253
14	54.009	50.711	6,11%	241
17	52.564	37.228	29,18%	129
20	53.582	21.564	59,76%	203
ENTRE RÍOS				
Total	1.090.708	348.119	81.040	72.000
8	23.109	22.852	1,11%	22.639
10	24.655	24.388	1,08%	4.261
14	21.950	19.846	9,59%	171
17	21.007	14.062	33,06%	89
20	19.860	7.396	62,76%	112
CÓRDOBA				
Total	2.906.266	922.031	178.202	185.564
8	54.451	54.037	0,76%	53.461
10	57.239	56.707	0,93%	5.708
14	53.261	47.509	10,80%	349
17	50.641	35.289	30,32%	156
20	57.250	24.937	56,44%	166
TOTAL REGIÓN CENTRO				
Total	6.848.463	2.173.358	440.578	432.494
8	130.980	129.790	0,91%	128.484
10	140.174	138.754	1,01%	17.222
14	129.220	118.066	8,63%	761
17	124.212	86.579	30,30%	374
20	130.692	53.897	58,76%	481
TOTAL PAÍS				
Total	34.262.181	11.171.446	2.339.752	2.174.014
8	686.046	677.060	1,31%	668.451
10	726.456	716.644	1,35%	94.017
14	668.613	614.585	8,08%	3.637
17	621.577	449.835	27,63%	2.011
20	643.693	252.685	60,74%	2.518

Nota: la población que declaró que asiste a niveles educativos y/o grados o años pertenecientes a la estructura educativa anterior a la Ley Federal de Educación ha sido asignada al año equivalente de la nueva estructura educativa. En sentido cabe aclarar que EGB1 equivale al 1°, 2° y 3° grados del nivel primario; EGB2 equivale al 4°, 5° y 6° grados del nivel primario; EGB3 equivale al 7° grado del nivel primario y 1° y 2° años del nivel secundario. Por último el nivel polimodal equivale al 3°, 4° y 5° años del nivel secundario. La población que asiste a 6° año del nivel secundario ha sido incluida en el nivel polimodal.

Rezagado o interrupción en cada etapa educativa *

% de rezago al

inicio Univ

Elaboración propia sobre fuente: INDEC. Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2001.

Cuadro N° 3. Rezago e interrupción en los niveles de educación general básica y polimodal, de la población de 3 años o más, según provincias de la Región Centro y total del país. Año 2001

% de

repetición en

tres grados

% de interrupción al

término de tres

grados

% de interrupción

del EGB

% de interrupción al

término de

secund.

Población

que asiste

Sexo y edad

Población

de 3 años o

más

399

“LA DISPUTA POR EL ESPACIO PÚBLICO EN AMÉRICA LATINA”:¹

por María Susana Bonetto* - María Teresa Piñero**

Resumen: En este trabajo planteamos el tema de la ciudadanía y sus derechos

así como la tensión permanente que entre ellos se presenta. A los fines

de proponer una respuesta y a partir de la selección de marcos teóricos relevantes

para nuestro estudio, focalizamos nuestra atención en el interrogante

sobre las posibilidades de una reconstrucción de “lo público”. Finalmente

analizamos las nuevas demandas de constitución participativa del espacio

público en Latinoamérica, y específicamente en Argentina, sosteniendo que

la recuperación de los derechos sociales, es un requerimiento indispensable

para su efectiva concreción.

Palabras clave: Espacio Público – Ciudadanía – América Latina

¹ Con la colaboración de Ernesto de Marsilio.

* Doctora en Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Abogada.

Profesora Titular de Teoría Política de la Escuela de Trabajo Social y Docente de

Derecho Político de la Fac. de Derecho y Cs. Ss. de la UNC. Directora de la Maestría en

Relaciones Internacionales del Centro de Estudios Avanzados de la UNC. Ex_ Directora del Centro de Investigaciones de la Fac. de Derecho y Cs. Ss. de la UNC. Ex Coordinadora Académica del Dpto. de Derecho Público de la Fac. de Derecho y Cs. Ss. de la UNC. Directora de proyectos de investigación subsidiados por organismos oficiales. Directora de tesis de maestría y doctorado.

** Magíster en Relaciones Internacionales. Abogada. Profesora Titular de la cátedra A de la Introducción a los estudios de la carrera de Abogacía y Docente de Derecho Político de la Fac. de Derecho y Cs. Ss. de la UNC. Ex Coordinadora Académica del Centro de Investigaciones de la Fac. de Derecho y Cs. Ss. de la UNC. Ex becaria de la Secretaría de Ciencia y Tecnología de la UNC. Co-Directora de proyectos de investigación subsidiados por organismos oficiales.

400

Introducción

El interés por el concepto de ciudadanía ha aumentado considerablemente en los últimos años a partir de un conjunto de sucesos y tendencias recientes que se observan en distintas partes del mundo, y que aunque diferenciados convergen en torno a la ciudadanía, sus continuidades y transformaciones. Así la creciente apatía de los votantes en gran parte de los países occidentales, el resurgimiento de los movimientos nacionalistas en Europa del Este, las tensiones producidas en Europa Occidental, por una población progresivamente multicultural y multirracial, el desmantelamiento del Estado del Bienestar, son algunos de los diversos hechos que influyen en la generación de este renovado pensar en la ciudadanía

En Latinoamérica se advierten también diversos hechos políticos y sociales que se vinculan a tal concepto. Así el marco de una continuidad democrática que reconoce ampliación de la participación ciudadana, se combina con los efectos socio-políticos de profundas transformaciones económicas que impactan negativamente a nivel social. Encontramos de esta manera, nuevos y diversos canales de espacios institucionales de reclamo y reconocimiento de la ciudadanía, en el marco de una democracia que se va consolidando, al mismo tiempo que se observan tipos de movilizaciones ciudadanas, organizadas o no, de reclamos de derechos diferenciados en la sociedad civil.

Siguiendo a Jelin (1996), la definición del ciudadano se vincula al establecimiento de los límites entre incluidos y excluidos, y se configura en la lucha sobre los contenidos a los cuales los ciudadanos pueden acceder, o sea, cuales son sus derechos. La posesión de derechos a partir de su reconocimiento y efectivización, incluye como contrapartida el compromiso cívico centrado en la participación activa en el proceso público que confiere un sentido de pertenencia, en definitiva, un sentido de comunidad que promueve en sus miembros la conciencia de ser sujetos con derecho a tener derechos, y a fijar cuáles son los contenidos de los derechos que pueden constituir su horizonte de acción.

La ciudadanía se conforma en el cruce de las dimensiones sociales generales que dejan su huella en la vida de los individuos y que no son exclusivamente las que transcurren en su espacio nacional. Así se debe contar que el proceso de globalización, con sus efectos en cada vez más áreas, se enraiza como hecho externo que impacta sobre los Estados nacionales y los actores sociales, demarcando nuevos clivajes de constitución de identidades.

Una de las características decisivas de estos procesos en Latinoamérica, fundamentalmente en la década de los 90 por efecto de la extensión

MARÍA SUSANA BONETTO - MARÍA TERESA PIÑERO

401

del paradigma de la globalización según el modelo neoliberal, es que el impacto producido en los niveles nacionales, ha definido una ciudadanía con nuevos caracteres, que pueden asociarse, por un lado a una marginación de grupos importantes de la sociedad, vinculada fundamentalmente al no reconocimiento, o desconocimiento de los derechos sociales, y por otro a una paradójica expansión del reconocimiento de derechos a nivel jurídico formal.

Se trata de una tensión presente entre ciudadanía y derechos que se manifiesta en una relación con los derechos cada vez más compleja y problemática. Por una parte se ha abierto una importante brecha vinculada al proceso de globalización, entre la idea de una pertenencia a una comunidad política nacional y la ciudadanía y el desarrollo de los derechos producto de la internacionalización, que somete a los individuos a instancias y a sistemas de regulación constituidos a partir de tradiciones diferentes. Este es el caso de Argentina donde a partir de la Reforma constitucional de 1994 se introducen con jerarquía constitucional, un grupo de importantes tratados internacionales sobre derechos humanos. Pero por otra parte, se trata de un proceso que restringe la base social de la ciudadanía reformulando los criterios que definieron las luchas sociales en nuestra historia contemporánea. Junto a este foco de tensión; expansión de derechos jurídicamente reconocidos -disminución de derechos sociales (lo que Marshall preanuncia como tensión entre “ciudadanía ideal” y “ciudadanía real”), que prácticamente se constituyó en el tema de los años 90, se está abriendo otro progresivamente en la región, que se manifiesta en las continuas demandas sociales, y es el vinculado al reclamo por la participación en la discusión de la cosa pública. Así parece cobrar plena vigencia la noción de ciudadanía como pertenencia a una comunidad compartida que implica la manifestación de un interés efectivo en los asuntos públicos.

Esta búsqueda de discusión de la cosa pública surge como respuesta a las transformaciones sin retorno y brutales del Estado en la región. Hasta fines de la década del 80 podemos decir, que el modelo de Estado basado en el proceso sustitutivo de importaciones de corte mercado internista, en sus aspectos negativos funcionó de manera centralizadora, burocrática, ineficiente en la provisión de servicios y de corte corporativo en sus alianzas con el sector capital y trabajo. Esto erosionó la confianza de la mayor parte de la sociedad en el sector público y promovió un fuerte rechazo a todo lo vinculado a lo estatal.

LA DISPUTA POR EL ESPACIO PÚBLICO EN AMÉRICA LATINA

402

Este modelo de Estado fue sustituido por el Estado neoliberal en la década del 90, adoptado como estrategia “modernizadora” y por lo tanto presentado como el único capaz de demoler los cimientos ineficientes y corruptos del anterior. De esta forma se propuso la reducción del Estado a funciones mínimas, el revitalizamiento de las esferas privadas, tanto económicas como las vinculadas a los ámbitos de la vida diaria, la promoción de los valores del individualismo liberal, exitoso y eficientista, desconociendo la brecha que se abría, cada vez más profunda entre los distintos sectores sociales. La pobreza, la desocupación y la marginalidad son hoy el saldo devastador de tales políticas.

Si el neoliberalismo transfiere hacia el mercado las cuestiones sociales antes asumidas por el Estado, y si ni el Estado ni el mercado pueden

gestionar un modelo social inclusivo, surge la pregunta: ¿quién debe hacerse cargo de lo público?, esto nos lleva a la siguiente cuestión: ¿podemos pensar en “lo público” no restringiéndolo exclusivamente al Estado ni anclado en lo privado, entendido como reino del mercado y de los intereses economicistas?

Antes de continuar con la búsqueda de esas respuestas es necesario volver a un momento fundacional y es el referido a dos posturas antagónicas acerca de cómo se construye “lo público”, que implica indagar sobre la cuestión inicial de la relación entre el individuo y la comunidad. ¿Es lo público el agregado de los intereses individuales, reino de la libertad y de la autonomía? O ¿Es lo público el espacio que las reglas de la comunidad establecen como propio con abstracción de las individualidades?.

Comunitarismo -Liberalismo

Estos interrogantes generaron un intenso debate intelectual en la década del ochenta, a partir de un revitalizamiento de la llamada ética política sustantiva, de origen kantiana, en oposición al escepticismo metaético y al utilitarismo predominante. Pretendían ambas posiciones en disputa, liberales y comunitaristas, interrogarse sobre la polémica relación entre política y moral; es decir según Taylor (1993) discutir en la práctica sobre los nexos entre los proyectos del buen vivir, entre las distintas posturas morales presentes en sociedades complejas como las de hoy y el ámbito público, como espacio en el que todos los mundos confluyen y en el que se determina la estructura básica de la sociedad. Reconocen ambas posturas raíces filosóficas antagónicas, así como ideológicas, presentes en distintos pensadores clásicos, modernos y contemporáneos.

MARÍA SUSANA BONETTO - MARÍA TERESA PIÑERO
403

La producción teórica sobre este debate ha sido muy rica, alcanzando un nivel de complejidad considerable que no puede ser desarrollada en este trabajo, por lo cual se han seleccionado algunos puntos de las teorías, con el riesgo de simplificarlas, pero sólo intentan dar cuenta de los puntos de vista que interesan a nuestro abordaje.

Se presentan distintas posturas dentro del liberalismo, pero todas convergen en ciertos supuestos básicos. Parten de una concepción atomística de la sociedad en la que las estructuras sociales se construyen a partir de las características constitutivas de los seres humanos: hombres libres, iguales y racionales. En virtud de estas características los individuos tienen autonomía para elegir su proyecto de vida y racionalidad para conocer y poder optar entre los mundos posibles, esta constituye la base del ámbito privado, que debe estar separado del público. En este último, se deben acordar principios de justicia que adquieran una cierta distancia de los proyectos individuales para no correr el riesgo de que el Estado pueda optar por alguna concepción del bien y así anule la tolerancia y la igualdad, principios puntales del liberalismo. Así lo público y lo privado son esferas que deben mantenerse absolutamente separadas.

Los individuos son seres libres y autónomos, pueden perseguir diferentes bienes, pero deben hacerlo en el marco de derechos, allí donde el derecho y el bien entran en conflicto, debe prevalecer el primero. El espacio público se construye sobre la base de un acuerdo en Rawls, entre sujetos libre, iguales y racionales que pactan cómo construir el orden común el que se debe regir por principios de justicia no identificables con los proyectos

individuales. Según el autor, tales condiciones deben situar imparcialmente a personas libres e iguales y no deben permitir que algunas personas obtengan mayores ventajas en la negociación. Igualmente deben eliminarse las amenazas de fuerza y coerción, y el engaño y el fraude (Rawls, 1990) Las propuestas de los autores comunitaristas surgen como respuesta a las perspectivas defendidas por el Liberalismo. Para el comunitarismo no es posible hablar de esferas públicas y privadas como espacios separados, pues el hombre se constituye como tal a partir de las conexiones simbólicas que surgen de su interrelación. La discontinuidad entre la órbita privada y la pública crea individuos esquizofrénicos, individuos con una doble personalidad: hombre y ciudadano (Bonilla, Jaramillo, 1996). Así deben vivir una moral privada que debe dejarse al salir al espacio público, para convertirse en seres moralmente neutros, guiados por ciertos principios de justicia que según el liberalismo, responden a criterios universales, formalmente establecidos, pero desprovistos de tradiciones y valores compartidos.

LA DISPUTA POR EL ESPACIO PÚBLICO EN AMÉRICA LATINA

404

Afirman que esos principios liberales desconocen las concepciones compartidas del bien propias de las tradiciones comunitarias y de los contextos específicos históricos, ya que la comunidad es el lugar donde el sujeto constituye su dimensión de vida y estructura los significados que determinan su concepción del bien y de lo justo. Los sujetos primarios de los valores son las comunidades históricas particulares y no los individuos, estos son considerados carentes de valores fuera del marco social, que es el estructurante de su dimensión cognitiva de lo posible y también de lo deseable. *“En cuestiones de justicia, las particularidades de “historia, cultura y pertenencia” no son prejuicios: son todo lo que tenemos” (Cohen, 1996:83).*

No hay sujetos individuales, como no hay valores fuera del marco social, y la aceptación de los valores por la sociedad es lo que determina su corrección. Un cuestionamiento que se realiza a estas posturas es la dificultad de dar cuenta del origen de lo “bueno social”. Walzer (Cohen, 1996) adhiere a la tesis de que la concepción de una comunidad acerca del orden justo está ya latente en las comprensiones compartidas de los bienes sociales. Cada sociedad tiene una concepción del bien, producto de la interrelación significativa en base a vivencias y tradiciones compartidas, y puede construir una norma de distribución acorde.

Según la crítica comunitarista, la absolutización de la idea del “yo individual” lleva a priorizar las propias necesidades por sobre las del conjunto social, así al presentar el liberalismo al individuo, como dotado de derechos y obligaciones definidos en forma puramente abstracta y universal, desconoce los propósitos y obligaciones que surgen de los propios lazos personales y sociales. La constitución de lo público en base a un conjunto de derechos individuales agregados, formalizados legalmente, estructura un espacio público guiado por una moral puramente procedimental, que toma como base un individuo que existe y tiene derechos antes de la misma comunidad.

En este marco la política, para el liberalismo, termina siendo un mal necesario para la convivencia; los sujetos libres e iguales luchan por elegir su proyecto de vida racional y sólo ante la evidencia de los conflictos que surjan ante las distintas visiones sobre el “bien común”, aceptan la creación

de un espacio público que dé solución a tales problemas, siempre en el marco de la invulnerabilidad de sus derechos individuales. *“Estas circunstancias generan: una amplio desinterés por el autogobierno y abren las puertas para la creación de formas tiránicas en la vida pública: tiranías blandas, en la que grupos de tecnócratas se encargan de mantener el orden*

MARÍA SUSANA BONETTO - MARÍA TERESA PIÑERO

405

en la comunidad y de proveer los recursos mínimos para concretar los distintos proyectos del buen vivir, y en la que los ciudadanos se limitan al ejercicio del voto y a recibir pasivamente las directrices y beneficios otorgados por los elegidos” (Taylor, 1993:37)

En el plano ontológico el liberalismo ataca la prevalencia dada por los comunitaristas a la comunidad por sobre el individuo, lo que estiman genera una amenaza latente sobre las libertades de los mismos. Por un lado porque hacen depender a la moral del resultado de las circunstancias temporales de las sociedades existentes, con lo que quedan sujetas a vaivenes políticos la defensa de los derechos del mismo. Por otra parte, porque puede desencadenar posiciones autoritarias y dictatoriales en quienes se arroguen el derecho a actuar en nombre de la “comunidad”. La anulación del sujeto llega a los límites de perder su capacidad de objetivarse y poder criticar las estructuras existentes, en virtud de la homogeneización entre los sujetos establecida por los límites de una moral restringida a una comunidad temporal e histórica. De esta forma el respeto por la pluralidad que parecía ser el fin de los comunitaristas puede terminar negando la diversidad y no dejar al individuo más alternativa, como sostiene Bobilla (1996) que a convertirse en miembro de un rebaño.

Según los liberales el concepto de “comunidad” corre el peligro de hipostasiarse y terminar siendo una ficción, porque desconoce la complejidad de las sociedades contemporáneas, cruzadas por la pluralidad, la diversidad, la fragmentación y la pugna constante por imponer modelos distintos de orden público entre los grupos.

Estos cruces de argumentos fueron receptados por ambas posturas, provocando replanteamientos a su interior, con lo que los análisis continuaron complejizándose, surgiendo además diversas líneas que intentaron fundir ambas posturas. Consideramos, sin embargo que los postulados ontológicos y prospectivos (entendidos como el modelo de sociedad de allí resultante) siguen siendo básicos e irreconciliables.

Habermas y el intento de superar los modelos

Frente a este debate, es necesario incluir otro proyecto teórico, que intentaría superar este irreconciliable enfrentamiento, incluyendo en una síntesis articuladora, ciertos aspectos de ambas tradiciones. Tal es la propuesta de Habermas (1998), basada en su teoría de la acción comunicativa.

En esta propuesta, la esfera pública ocupa una posición central, como escenario del debate y construcción de la voluntad colectiva. Constituye un espacio público autónomo, que presenta una doble dimensión, por una par-

LA DISPUTA POR EL ESPACIO PÚBLICO EN AMÉRICA LATINA

406

te enmarca los procesos de formación democrática de la opinión pública, y por otra, se articula a un proyecto participativo en el cual, la sociedad se torna una instancia deliberante y legitimadora del poder político.

Así la “formación democrática de la voluntad” tiene precedencia como

principio de ordenación política. La democracia propuesta vincula “espacio público” y “ética comunicativa” como elementos inescindibles en su construcción. De allí la importancia de lo público y de la formación democrática de las decisiones políticas.

El modelo discursivo planteado se revelaría particularmente adecuado a las características actuales de las sociedades plurales, en tanto contempla el ingreso de nuevos grupos en la esfera pública y la expansión de la ciudadanía en sociedades que ya no tienen un espacio público homogéneo sino diversificado.

Esta propuesta da cuenta del pluralismo de concepciones sobre lo bueno (el bien) en las sociedades contemporáneas, por ello la democracia no puede tener un contenido sustancial, sino procedimental. Y esto le permite a Habermas (1994) alejarse de toda fundamentación sustantiva y definitiva sobre lo que debe entenderse como el “buen orden social”, ya que este se construiría deliberativamente en cada estructura histórica. Sin embargo, el tipo de validez de las normas propuestas, se articula con algunos valores, tal como la concepción de la autonomía moral de las personas.

Pero a su vez, implica que cualquier hombre, a los fines de comprobar la validez de una norma, acepta la necesidad de dialogar con los posibles afectados por ella, y la posibilidad de una comunidad de argumentación en condiciones de simetría.

Así una cierta concepción del hombre y del ciudadano se advertiría en este enfoque discursivo de la democracia. Esto sería la noción de un hombre autónomo, que tiende a desarrollarse en solidaridad, lo cual implica que el grupo social no es ontológica, sociológicamente ni éticamente más importante que el sujeto autónomo, pero se diferencia del “individualismo posesivo”, ya que se trata de un individuo que se sitúa en una comunidad y cuya autonomía se vincula intersubjetivamente. Pero esto no se agota en el grupo comunitario, sino que está abierta a las diferencias, y las instituciones sociales se legitiman por principios universalistas y no por normas comunitarias.

En tanto el consenso racional significa un acuerdo acerca de normas que regulen las oportunidades de satisfacción de necesidades, el contenido pertenece a la propia situación del discurso y depende de los rasgos histó-

MARÍA SUSANA BONETTO - MARÍA TERESA PIÑERO

407

cos de las mismas, así como de las condiciones de existencia social en ese momento y lugar.

Con ello no se postulan prescripciones sustantivas sobre lo que debe entenderse por una justa convivencia, pero si se indican las condiciones irrenunciables para la formación de una voluntad colectiva a partir de la discusión pública.

Según sostiene el autor, esta concepción ético-procedimental, basada en el principio del discurso se diferencia tanto respecto de la concepción comunitarista del Estado como una comunidad ética, como respecto de la concepción liberal del Estado como protector de una sociedad basada en la economía.

Así se diferencia de la concepción liberal donde el proceso democrático cumple la función de programar el Estado en interés de la sociedad y en donde el Estado es imaginado como aparato de administración pública y

la sociedad como sistema de personas privadas orientadas a sus intereses individuales y a la economía de mercado.

Asimismo se distingue del modelo comunitarista, a pesar de su mayor afinidad, en cuyo marco, el proceso democrático se plantea como “autoentendimiento ético” implicando ello que la democracia sólo puede centrarse en última instancia en el Estado, como portador de una ética general. El modelo propuesto por Habermas (1994), el concepto discursivo de la democracia, no pone el acento, ni en el Estado como regulador de intereses, ni en la sociedad como generadora de intereses, sino en el proceso mismo de generación y regulación de intereses, que comprende la comunicación discursiva, que lleva a su vez a la formación de la política deliberativa.

De acuerdo a esta propuesta discursiva de democracia, ningún agente preconstituido, ni la sociedad, ni el Estado, se erige en garante de la democracia, sino la comunicación misma, que tiene lugar dentro y fuera de las instituciones. Así ante la emergencia de nuevas demandas, esta democracia se reconstituye permanentemente por su orientación al diálogo, a la argumentación, al discurso. Constituyendo los acuerdos así logrados, la sustancia de la legalidad y del derecho.

Así el autor entiende el proceso democrático más fuerte que el modelo liberal, pero más débil que el modelo comunitarista, y aunque toma de ambos, los articula de una manera nueva y diferente. En coincidencia con el modelo comunitarista concede un puesto central al proceso político de formación de la opinión y de la voluntad común, pero no por eso ubica en

LA DISPUTA POR EL ESPACIO PÚBLICO EN AMÉRICA LATINA

408

un lugar secundario la estructura jurídico-institucional del Estado de derecho, en tanto entiende a éste y a los derechos fundamentales que protege como requisitos básicos para la implementación de los presupuestos comunicativos del procedimiento democrático.

Habermas (1998), si bien postula la constitución social de la subjetividad, entiende que bajo las actuales condiciones del pluralismo y de diversidad de formas de vida, el goce de un sistema de derechos individuales, constituye una irrenunciable necesidad. Pero esta interpretación en términos de la autonomía individual, no debe obstaculizar una reinterpretación intersubjetiva, capaz de atender las justas reivindicaciones de los grupos que se sienten amenazados en la realización de su identidad. Así la dimensión privada de la autonomía se correlaciona con su dimensión pública, es decir, la capacidad de participar activamente en la conformación de la voluntad política efectiva, y esta es la condición necesaria para permitir el acceso a la esfera pública a todos los sectores que se consideren marginados u oprimidos.

Atento a su carácter universalista, el sistema de derechos individuales y los principios del sistema constitucional se ajustan a la moral, pero nada impide que otros principios integrados en la Constitución o en la legislación, estén compenetrados de componentes éticos, que refieren a formas de vida concretas, o que estas se introduzcan en su interpretación.

El liberalismo en América Latina

A pesar de las propuestas analizadas, alternativas al liberalismo individualista, es evidente la preeminencia de la postura liberal en gran parte de los países occidentales, resultando la práctica más extendida con un formato

ideológico-político fuerte y decisivo, generador en su devenir de un “sentido común” sobre sus implicancias. Bajo este supuesto, el comunitarismo se convierte en el reino de la utopía, como así también la propuesta de Habermas.

Esta fuerza histórica del liberalismo puede buscarse en el hecho de que resulta prácticamente imposible, aún a nivel cognitivo, hablar de la sociedad civil si no es inseparablemente unida al individualismo liberal. Es éste el componente “medular” de la sociedad civil. *“La sociedad civil como espacio diferente a los nexos tradicionales, y autónomo con relación al Estado centralizado, fue construido por las relaciones de mercado en el cual sólo existen hombres modulares. La tarea de la modernización y democratización en el resto del planeta es la tarea histórica de crear estos seres”* (Hall, cit. Lander, 1998:450)

MARÍA SUSANA BONETTO - MARÍA TERESA PIÑERO

409

El liberalismo se convirtió en una fuerza hegemónica en el pensamiento social en el que lo público continúa siendo pensado como lo *público burgués*. *“Ello implica una determinada concepción y práctica de la separación entre lo económico y lo político, entre lo político y lo religioso, que no es una separación “natural”, sino la naturalización de una experiencia”* (Lander, 1998: 320).

En esto la ciencia social hegemónica tuvo una influencia decisiva, ya que como discurso del saber orientador de las fuerzas ideológicas políticas, reprodujo y construyó un discurso en el que las nociones de lo público y de lo privado y la propia concepción del ciudadano, continúan correspondiendo a la separación clásica constitutiva de las primigenias sociedades liberales europeas y anglosajonas.

Esta forma de concebir a la sociedad civil funda igualmente la existencia de *lo público* en la región. En el marco de esta propuesta de análisis abordaremos específicamente el caso argentino, pero en articulación con el escenario más amplio de Latinoamérica. El ideario liberal, aunque en distintas versiones, proveyó gran parte del fundamento normativo de su construcción.

En toda Iberoamérica desde sus orígenes los gobiernos independentistas se fundaron sobre el principio de la soberanía del pueblo y la idea de república representativa. A partir de ese marco inicial y durante el transcurso del siglo XIX se fue construyendo el Estado Nacional. Así Hilda Sabato (1997) entiende que en el caso argentino, se generó un discurso liberal, matizado por diferentes componentes; desde el jacobinismo de los movimientos independentistas iniciales y continuando con la impronta conservadora en las décadas de 1820 a 1840, hasta el liberalismo republicano y constitucionalista de mediados de siglo y la ola positivista del último tercio.

Morse (1982) entiende que la recepción del liberalismo resultó particularmente problemática en el mundo ibérico, ya que era ajena a su cultura política. Y a diferencia de angloamérica, el liberalismo y la democracia no interactuaron directamente, ni produjeron uniones estables.

El liberalismo fue asumido por los sectores dominantes como programa selectivo o como estrategia económica, pero no como modo de vida política. La primacía del pensamiento lockeano en la clase dirigente, formadora de las primeras instituciones independentistas en la región, dan cuenta de ello. En la tradición liberal, a partir de Locke, el derecho privado

y el derecho público están definidos a partir de un derecho individual fundante: el derecho a la propiedad privada. Pero no se absorbe del pensamiento lockeano cuestiones claves del liberalismo como la participación y tolerancia.

LA DISPUTA POR EL ESPACIO PÚBLICO EN AMÉRICA LATINA

410

Por su parte la democracia en Iberoamérica tuvo diversas expresiones, a veces con incipientes manifestaciones populares, con pocos desenlaces felices y escasas formulaciones de proyectos ideológicamente coherentes. Así resulta una conjugación de elementos de la teoría monarcómana de los escolásticos jesuitas, del “regimime Principun” de Santo Tomás y de la antigua tradición católica de movimientos igualitarios populares e indisciplinados frente a la injusticia o torpeza gubernamental, a los que se suma después la influencia de Rousseau.

La versión rousseuniana de la democracia se basaba en principios niveladores que atacaban el orden jerárquico y según Morse (1982) *modernizaba la tradición católica de populismo insurgente para la era de los Estados nacionales*. El “contrato social” recupera una visión orgánica de la sociedad, uno de los supuestos neoescolásticos del orden social, pero al establecer que los derechos deben ser confiados directamente a la comunidad y no a través del príncipe, democratiza el precario equilibrio neoescolástico entre el origen y la alienación del poder.

En la época de la Independencia aparecieron amplios movimiento populares de afinidad vagamente “rouseauniana”, generalmente unidas al tradicional populismo ibérico. Pero no tuvieron la interacción productiva con el liberalismo propio de la tradición anglosajona, precisamente por ser asumido éste por las élites dominantes, con las características mencionadas. En la cultura política iberoamericana el liberalismo era compatible con la jerarquía y la adscripción, su crítica a las viejas estructuras no se extendió a universalizar el mensaje del individualismo y de la participación política igualitaria.

Según Gargarella (1998) la asimilación de la clase política de estos postulados se dio a través de la absorción de la corriente más conservadora del pensamiento liberal estadounidense e inglés, el que terminó predominando y anulando posiciones más comunitaristas como las de Rousseau.

Frente a Paine, se eligió a Jefferson, frente a Rousseau se optó por Constant, así se produjo un rechazo en nuestra élite política del llamado “radicalismo político”, formado por las voces disidentes y contrahegemónicas al proyecto liberal conservador.

Así la construcción del Estado y la Nación se constituyeron como campos problemáticos, ya que a la pretensión de imposición de la anterior concepción por las clases dominantes, se oponen visiones diferentes las cuales resisten, alcanzar triunfos parciales y en definitiva constituyen una cultura política y un proyecto alternativo al dominante, lo cual produce un

MARÍA SUSANA BONETTO - MARÍA TERESA PIÑERO

411

escenario conflictivo entre el orden jurídico institucional establecido y las acciones de vastos sectores sociales.

Desde el acceso a la ciudadanía social en el periodo populista en Argentina (1945), se instala una división conflictiva entre una visión “plessbicitaria” y “sustancial” de la democracia encaramado en los sectores

populares y una visión “liberal” y “formal-procedimental” encarnadas en las elites tradicionales.

Esto produjo que la ciudadanía política asumida por la mayoría, reivindicara democráticamente la soberanía popular, pero subvalorara el Estado de derecho.

Luego del último proceso militar, en Argentina y al igual que en Latinoamérica, al producirse el pasaje del régimen autoritario al democrático, en la década del 80, por primera vez pareció compatibilizarse Estado de derecho y democracia, ciudadanía política y social y se advierte en las elites políticas una convergencia hacia la tolerancia, el pluralismo y la pacífica competencia democrática.

Pero la construcción prácticamente fundacional de esta democracia liberal, a poco de iniciarse se articuló con el comienzo de los ajustes económicos.

Este proceso encuentra su consagración más acabada a partir de 1989 con la generación de políticas económicas y sociales marcadamente neoliberales. Las políticas neoliberales de ajuste de la última década han sido regresivas, abrieron una mayor brecha entre ricos y pobres, ampliaron la pobreza y generaron la aparición de los llamados “nuevos pobres”.

En definitiva en Latinoamérica, la implementación de las políticas económicas neoliberales fueron construyendo un tipo de sociedad, que incluye política, social y económicamente a unos pocos, excluye a las mayorías e impone un modelo económico que parece construirse contra la sociedad.

En ese marco el desconocimiento de los derechos sociales, que son los que emancipan a las personas de las necesidades materiales básicas y les permiten acceder al efectivo ejercicio de los derechos civiles y políticos, está construyendo en vastos sectores una ciudadanía “asistida”.

Según Bustelo (1998) la “ciudadanía asistida” y la “ciudadanía emancipada” son dos modelos que hoy se enfrentan para la construcción de los procesos políticos en la región, aunque es claro que estos no existen en estado puro, sino como aproximaciones a su realización dependiendo del lugar que se le otorgue a lo privado y a la esfera pública.

LA DISPUTA POR EL ESPACIO PÚBLICO EN AMÉRICA LATINA

412

El modelo de la ciudadanía asistida se ubica en la tradición más liberal conservadora y en los últimos tiempos emerge en las propuestas de F. von Hayek (1990) y Milton Friedman (1965). En la región se asocia a los ajustes económicos y modelos de apertura articulados al “Consenso de Washington” (Williamson, 1996)².

Se construye en un escenario signado por el “individualismo posesivo”, la vigencia de las “libertades negativas”, la lógica hegemónica del mercado como mecanismo autorregulador de las sociedades. La ciudadanía es básicamente de naturaleza civil y la ciudadanía política solo formal reduciéndose al acto eleccionario, los derechos sociales se han recortado y en el caso que sean asimilables a servicios sociales, están sujetos a la disponibilidad de recursos. Bajo esta lógica no hay preocupación por los marcos de redistribución, porque las desigualdades son naturales y fruto del triunfo de los más “aptos” (Bustelo, 1998)

En ese contexto, las políticas sociales referidas a los pobres se fundan en una ética de la compasión, articuladas más a la necesidad de la gobernabilidad que garantice las reformas exigidas por el mercado, que al reconocimiento de igualdad de oportunidades y al concepto de justicia

redistributiva.

Por eso se enfrenta al modelo de ciudadanía “emancipada”, la cual reconoce otra tradición conceptual, desde el originario pensamiento socialista a la construcción del “Estado de Bienestar” con las reformas sociales impulsadas por Beveridge en Inglaterra, Moller en Suecia y con los marcos teóricos establecidos por Marshall y Titmuss (1974). En esta tradición se reivindica la igualdad social, entendida como equidad y el derecho a tener igualdad de oportunidades en el marco de una justicia redistributiva. No se rechaza la individualidad, pero se postula una idea de sociedad y de una esfera pública, en las cuales son importantes las libertades positivas, por lo tanto la igualdad más que una propuesta nivelatoria es un proyecto habilitador.

En Latinoamérica, en el marco de los cuestionamientos de los 80 al modelo sustitutivo de importaciones, se produjo una extendida crítica a lo

² Desde la aplicación de las políticas de ajuste estructural, conocidas como “Consenso de Washington”, se produjo una gran transformación en América Latina a partir del conjunto de medidas económicas ortodoxas dominada por una clara hegemonía de los mecanismos de mercado, y con una concepción de lo social atomizada en el interés individual en donde el “consumidor” tiene más importancia que el “ciudadano” BUSTELOE, y MINUJIN (1998).

MARÍA SUSANA BONETTO - MARÍA TERESA PIÑERO

413

estatal, generado por una fuerte desilusión sobre su eficiencia, produciéndose la expansión de un discurso político orientado hacia la transferencia a lo privado, incentivando este sector y otorgándole toda suerte de garantías para la captación de inversiones y ahorro externo, implementando todo ello en el contexto de un discurso anti-público.

Pero el conjunto de políticas emergentes del “Consenso de Washington”, si bien tuvieron ciertos efectos positivos en sus comienzos, sobre todo en términos de control inflacionario, han evidenciado sus fracasos en la solución de los problemas de la región. Esto es así ya que no han podido solucionar los bajos niveles de inversión productiva de la mayoría de las economías de la región ya que se impulsó un modelo predominantemente rentístico financiero³, ni tampoco los pobres niveles de incorporación tecnológica, salvo en las empresas de servicios privatizadas bajo monopolio, en la mayoría de los casos⁴, ni la casi nula generación de empleo genuinos.

³ Si bien la preeminencia del capital financiero es característica del actual sistema económico mundial, en Argentina específicamente se ha perdido casi todo vínculo con el capital productivo. El capital financiero reinvierte sus ganancias en nuevas operaciones financieras, y su vinculación con la deuda externa es que la mayor parte de las ganancias surgen de operaciones centradas en la especulación, desde Argentina y desde el exterior con los títulos de la deuda pública (BONETTO, PIÑERO, 2000).

El predominio de la valorización financiera surge en la Argentina con la reforma financiera de 1977, durante el segundo año de la dictadura militar. En ese marco, los grupos económicos locales y las empresas transnacionales no se endeudaban para realizar inversiones productivas sino colocaciones financieras, por la alta tasa de interés interna que superaba largamente la internacional, para luego remitir los recursos al exterior y reiniciar el ciclo (BASUALDO, 2001).

⁴ En este contexto, la connivencia del sistema político y los sectores dominantes, le imprimió al proceso privatizador argentino un conjunto de rasgos propios que lo diferenciaron de otras experiencias latinoamericanas. El primero de ellos es que se realizó, pese a su complejidad, en un periodo de tiempo relativamente breve (de 1990 a 1992 se privatizaron las principales empresas públicas, y en 1993 Yacimientos Petrolíferos Fiscales –YPF-). Otra característica peculiar del caso argentino es que se trata de un proceso de vastos alcances en el cual el Estado transfiere hasta sus espacios de apropiación de renta, como en el caso del petróleo, esto no ocurrió en el resto de los países (Chile, Brasil, etc). Finalmente,

el caso argentino se distingue por tener una proporción muy alta de capitalización de bonos de la deuda externa, que supera la de otros países latinoamericanos (BASUALDO, E, 2001)

5 Ya a partir de 1994, se evidencia que la crisis se descarga sobre los asalariados con una intensidad que supera en mucho la reducción promedio del PBI, acentuándose la concentración del ingreso con el consiguiente empobrecimiento de las condiciones de vida de los trabajadores ya iniciado por el abrupto e irreversible deterioro de los salarios, cuya caída se venía produciendo desde la dictadura militar.

LA DISPUTA POR EL ESPACIO PÚBLICO EN AMÉRICA LATINA

414

Por el contrario, las importantes transferencias al sector privado han sido financiadas a través del mayor endeudamiento externo. Así las economías latinoamericanas siguen siendo altamente vulnerables a las oscilaciones del mercado internacional de capitales con sus efectos: el escaso crecimiento económico y el dramático impacto en términos de exclusión social (Bustelo y Minujin, 1997).

Todo ello produjo una desilusión con lo privado y entendemos que esto abre las posibilidades de emergencia de rediscusión de un espacio público. Existe en el presente un reclamo de discusión del espacio común, hecho cuerpo en las distintas manifestaciones sociales y reclamos ciudadanos que cada vez con más fuerzas manifiestan un considerable consenso sobre la necesidad de restablecimiento de la esfera pública, frente a la constatación del carácter excluyente del liberalismo, discurso oficial de la globalización, en nombre de quien se impusieron las reformas. Por ello siguiendo a Bustelo (1998) se abre una instancia histórica de reconstrucción de la ciudadanía, desde la participación política de los ciudadanos afectados.

En este marco consideramos que las demandas más acuciantes se orientan en la lucha por la recuperación de los derechos sociales y estos sólo se puede defender políticamente, activando el compromiso efectivo en la discusión y participación para la definición del rumbo económico y social. En este contexto la “opinión pública movilizada” y el modelo de participación ciudadana planteada en Habermas (1994) requieren de los derechos sociales como “puerta de entrada” para la construcción de la ciudadanía. Por ello siguiendo a Bustelo (1998) la construcción de la ciudadanía en América Latina equivale a la agenda de la igualdad. Y para ello se requiere el predominio del poder democrático para lograr un nuevo paradigma político – social de inclusión, frente a la, hasta ahora, determinante influencia del poder económico globalizado. Esto requiere considerar a los derechos sociales como elementos fundamentales del proyecto de construcción de una democracia participativa, y a la política como un instrumento de su realización (Bustelo, 1998). Proyecto difícil tal vez utópico en este contexto de globalización excluyente, pero paradójicamente es el único racional en una región al borde de la “desconexión” y de la “insignificancia”.

MARÍA SUSANA BONETTO - MARÍA TERESA PIÑERO

415

Bibliografía:

BASUALDO, EDUARDO (2001): *Sistema político y modelo de acumulación*, Edit. Univ. Nac. de Quilmes, Bs. As.

BONETTO, MARÍA SUSANA y PIÑERO MARÍA T. (2002): *Argentina otro país, Consecuencias del modelo neoliberal*, Ed. Advocatus, Córdoba.

BONILLA, D. JARAMILLO, I. (1996): “El debate liberal-comunitarista” en Dworkin, R. *La Comunidad Liberal*. Universidad de los Andes. Bogotá

BUSTELO E. (1998): “Expansión de la ciudadanía y construcción democrática” en

- Bustelo E. y Minujin, Comp. (1998), *A. Todos Entran. Propuestas para sociedades incluyentes*, Edit. Santillana, Bs. As.
- BUSTELO E. y MINUJIN, A. (1997): "La política social esquivada", en *Espacios. Revista Centroamericana de cultura política*, Nº 6, Julio-Diciembre.
- (1998): "Política social e igualdad", en Bustelo E. y Minujin, Comp. (1998), *A. Todos Entran. Propuestas para sociedades incluyentes*, Edit. Santillana, Bs. As.
- COHEN, J. (1996): "El comunitarismo y el punto de vista universalista" en revista *La Política*, primer semestre, Paidós, Barcelona
- FRIEDMAN, MILTON (1965): *Capitalismo y Libertad*, Rialp, Madrid.
- GARGARELLA, R. (1998): "La ausencia de una tradición política radical en América Latina" en *Agora, Cuadernos de Estudios Políticos*, nº 8, Argentina.
- HABERMAS, JÜRGEN (1991): *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Paidós, Barcelona.
- (1994): "Tres Modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa", *Agora, Cuadernos de Estudios Políticos*, Nº 1, Invierno.
- (1997 a): *Teoría de la acción comunicativa* Tomos 1 y 2, Taurus, Madrid.
- (1997 b): *Mas allá del Estado Nacional*, Edit. Trotta, Madrid.
- (1998): *Facticidad y Validez*, Edit. Trotta, Madrid.
- JELIN, E. (1996): "La construcción de la ciudadanía: entre la solidaridad y la responsabilidad" en Jelin, E y Hershberg, E. *Construir la democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina*, Nueva Sociedad, Venezuela.
- LANDER, E. (1998): "Límites actuales del potencial democratizador de la esfera pública no estatal" en Bresser Pereira, L y Cunill Grau, N. Eds. *Lo público no estatal en la reforma del Estado*. Paidós, Argentina.
- RAWLS, JOHN (1990): "Justicia como "Fairness": Política, no metafísica" en Revista de Ciencia Política, Vol. 12, Nº 1-2, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- STEWART, F. (1998): "*John Williamson and the Washington Consensus. Comment on John Williamson's*", citado en Bustelo E. (1998).
- TAYLOR, CH. (1993): *Ética de la autenticidad*. Paidós, Barcelona.
- VALLESPIN OÑA, FERNANDO (1997): "Reconciliación a través del derecho", en Gibernat, J. A., *La filosofía política y moral de Jürgen Habermas*, Edit. Biblioteca Nueva, Madrid.

LA DISPUTA POR EL ESPACIO PÚBLICO EN AMÉRICA LATINA
416

VALLESPIN OÑA, FERNANDO (1998): "Una disputa de familia. El debate Rawls - Habermas", introducción a HABERMAS, JÜRGEN y JOHN RAWLS, *Debates sobre el Liberalismo Político*, Paidós, Barcelona.

VON HAYEK, F. (1990): *Caminos de servidumbre*, Alianza, Madrid.

MARÍA SUSANA BONETTO - MARÍA TERESA PIÑERO

417

LA ENSEÑANZA JURIDICA:

UN ANALISIS SOCIOLOGICO DEL DISCURSO PEDAGOGICO *

*por Carlos A. Lista ** y Ana María Brigido ****

Resumen: El artículo aborda, como objeto de estudio, el discurso pedagógico de la carrera de abogacía de la UNC, distinguiendo los aspectos instruccionales de los regulativos, tal como lo hace Basil Bernstein. Se problematizan dichos contenidos educativos, tratándolos como un objeto

* El artículo recoge algunos de los resultados de la investigación que dio origen al

libro *La enseñanza del derecho y la formación de la conciencia jurídica*, de los mismos autores. El equipo de trabajo cuenta con el apoyo de subsidios de CONICET y SECYTUNC.

** Carlos Alberto Lista es Profesor Titular de la Cátedra B de Sociología Jurídica de la Facultad de Derecho de la UNC. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC) y Master (MPhil) en Sociología (New York University). Fue Secretario Académico de la carrera de abogacía (1985-1986) Y Director del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la UNC (1991-1993). Miembro del directorio del CONICOR (1993-1997). Profesor visitante en las universidades de Lund (Suecia), Strathclyde (Glasgow) y New York University. Autor

del libro *Los Paradigmas de Análisis Sociológico* y de numerosos artículos en revistas especializadas. Ex becario CONICET y Fulbright.

***Ana María Brigido es Profesora Titular Plenaria de Sociología General y Sociología de la Educación de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la UNC Licenciada en Pedagogía y Especialista en Sociología de la UNC. Ex becaria CONICET y del Stipendienwerk Lateinamerika Deutschland-ICALA. Realizó estudios en Alemania (Universidades de Colonia y Bielefeld) y Bélgica (Universidad Católica de Lovaina). Participó en Intercambio en Investigación Científica (CONICOR-The British Council), entre la Universidad Nacional de Córdoba y el equipo dirigido por Basil Bernstein de la Universidad de Londres. Es autora del libro *Sociología de la Educación* y de artículos en temas de esa especialidad.

418

social, como un mensaje que se construye a través de múltiples relaciones sociales, dentro y fuera del aula. Utilizando datos cuantitativos y cualitativos, obtenidos a partir de la observación etnográfica de clases, entrevistas, grupos focales, análisis documental y encuestas a docentes y alumnos, se intenta detectar las reglas del discurso dominante que se transmiten y reproducen a través de las prácticas pedagógicas cotidianas. En particular se describen los principales rasgos del discurso instruccional (lo que se considera conocimiento válido) y regulativo (la forma de comunicación que se privilegia). A continuación se enumeran las principales competencias que resultan del mensaje educativo y su potencial efecto socializador en la formación de determinado tipo de conciencia jurídica, para finalmente concluir con una reflexión sobre la posibilidad y condiciones de cambio del discurso pedagógico analizado.

Palabras clave : enseñanza jurídica, discurso pedagógico, Basil Bernstein.

Desde sus orígenes, a partir de las reflexiones de Durkheim sobre la pedagogía y su clásico estudio sobre el sistema educativo francés, la sociología de la educación tiene al proceso de socialización que se lleva a cabo en las instituciones de educación formal como uno de sus temas privilegiados.

En el análisis de dicho proceso, se parte de un supuesto fundamental: el paso por las aulas deja huellas profundas en la conciencia del sujeto, es decir, contribuye a conformar una identidad subjetiva particular, como afirma Bernstein; permite la formación de un *habitus* específico, si preferimos adoptar la perspectiva de Bourdieu.

Siguiendo la tradición clásica en la disciplina, nuestra preocupación gira, en este trabajo, en torno al proceso de socialización que se lleva a cabo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC y sus efectos sobre los alumnos de la carrera de abogacía.

Como estrategia metodológica, hemos optado por el estudio de caso, pues permite una descripción rica y densa (Pérez Serrano, 1998: 92) de la estructura y los procesos que se llevan a cabo en la institución que se analiza, tanto a nivel micro como macro. Esto hace posible profundizar el conocimiento de la misma, y a la vez, permite formular hipótesis para extender el análisis, mediante estudios comparativos, a otros contextos institucionales.

Los datos sobre los que se basa el trabajo son cualitativos y cuantitativos. Los de carácter primario fueron obtenidos a partir de diversas técnicas e instrumentos (observación etnográfica de las clases, entrevistas semiestructuradas, grupos focales, análisis documental y encuestas a docentes y alumnos).

La composición multidisciplinaria del equipo de trabajo (sociólogos del derecho y de la educación, pedagogas y abogados) fue un factor clave en el análisis y la interpretación de esos datos.

CARLOS A. LISTA - ANA MARÍA BRIGIDO

419

Nuestros interrogantes principales con relación al tema antes aludido, se refieren a la forma en que la organización institucional, el curriculum

y las prácticas de transmisión de los contenidos actúan sobre los sujetos del aprendizaje y logran formar la conciencia jurídica y la identidad profesional del futuro abogado¹. Adoptamos para este análisis la perspectiva sociológica, inspirada sobre todo en las teorías de Basil Bernstein y Pierre

Bourdieu, quienes han hecho aportes teóricos sustanciales en el estudio de los procesos de comunicación pedagógica que tienen lugar en las instituciones de educación formal. Este enfoque significa que lo pedagógico y lo jurídico son tomados como objetos de análisis y no como perspectivas a partir de las cuales abordamos el estudio.

Si bien nuestros objetivos son primariamente descriptivos e interpretativos, al concluir intentamos reflexionar sobre cuáles son las posibilidades para introducir cambios en las prácticas pedagógicas en la institución analizada.

No es posible aprehender el significado del proceso de socialización si no se tienen en cuenta las características de la institución en la cual éste se produce. La Facultad de Derecho fue la primera unidad académica de la UNC, sus orígenes se remontan a fines del siglo XVIII y es la más antigua del país. Tiene una larga tradición, una extensa actuación y goza de un prestigio que trasciende las fronteras nacionales. Hoy la carrera forma parte de una Facultad masificada (gran cantidad de estudiantes, exigencias académicas mínimas para mantener la condición de alumno, escaso número de egresados y muy pocos profesores con dedicación exclusiva al cargo)² y es la más numerosa de todas las carreras de la Universidad a la que pertenece. Tales características estructurales conforman un contexto específico para el proceso de socialización, que impacta tanto sobre el orden institucional y su gestión, como sobre la calidad académica y las posibilidades de mejorarla.

¹ Es preciso aclarar que la investigación fue realizada sobre la base del anterior Plan de Estudio de la carrera de abogacía (que aún se dicta). El nuevo plan, que comenzó a implementarse a partir del año 2000, no ha sido completado, y por lo tanto, no cuenta todavía con una primera promoción de egresados que haya concluido, dentro de él, con todo el proceso educativo y de socialización.

² Los datos estadísticos para el año 2000 son los siguientes: aspirantes a ingresar: 5.351; ingresantes: 2.440; total de alumnos 18.955; egresados: 621; total de cargos docentes: 606 docentes. En términos generales, más allá de los números concretos, los rasgos señalados son compartidos por la amplia mayoría de carreras de abogacía de las Universidades públicas del país (Lista, 2001 y 2002).

LA ENSEÑANZA JURÍDICA: UN ANÁLISIS SOCIOLÓGICO DEL DISCURSO PEDAGÓGICO
420

Consideramos que la formación profesional es un proceso complejo en el que convergen el currículum, la biografía del estudiante (capacidades, intereses, trayectoria) y la acción pedagógica que tiene lugar en el marco de dos escenarios convergentes: la institución y el aula. La clase constituye un ámbito clave para el análisis. En ella se producen encuentros y transacciones específicos entre docentes y alumnos. El contenido de esos intercambios está relacionado tanto con los principios que regulan los comportamientos de los actores involucrados, como con la naturaleza de los contenidos de la enseñanza.

Teniendo en cuenta esa complejidad, abordamos el tratamiento del tema distinguiendo dos tipos de discursos: el jurídico y el pedagógico, para luego presentar algunos resultados que dan cuenta de las características típicas del discurso jurídico dominante y del modo en que es transmitido. Esto último constituye el elemento regulativo del discurso pedagógico, es

decir, lo que marca las pautas de conducta, los modos de hacer, de pensar y de sentir a los que se refería Durkheim.

1. Discurso jurídico y discurso pedagógico

Asignándole un significado muy amplio, entendemos por discurso jurídico el que tiene por objeto al fenómeno jurídico, es decir, al conocimiento especializado que define lo que es jurídicamente relevante (e irrelevante) y prescribe la manera de abordarlo. Por su parte, el discurso pedagógico, según Bernstein carece de un discurso específico (1990: 107), aunque permite “apropiarse de otros discursos” y “ponerlos en una relación especial los unos respecto de los otros para su transmisión y adquisición selectiva”. Es, en definitiva, “un discurso para la circulación de otros”; sirve, por lo tanto, para “recontextualizarlos”, reelaborándolos, transformándolos y reubicándolos. El discurso pedagógico engloba otros dos, el instruccional y el regulativo, los cuales permiten la transmisión del discurso jurídico dominante (lo pensable) y su adquisición selectiva por parte de los alumnos, en este caso, de la carrera de abogacía. En el proceso de ‘recontextualización’ del discurso jurídico, se genera un discurso imaginario que afirma la existencia de un orden jurídico abstracto, armónico, racional, completamente separado de la concreta, compleja, contradictoria y aparentemente caótica realidad social, cultural y políticas.

³ Formato teórico provisto por el formalismo jurídico.

CARLOS A. LISTA - ANA MARÍA BRIGIDO

421

Dicha ‘recontextualización’, que se cumple durante el proceso de enseñanza-aprendizaje, y alberga procedimientos complejos de transformación de profanos en expertos, se desarrolla en gran medida de manera más o menos oculta a la percepción directa de los actores involucrados (los profesores y los alumnos). Esto se da porque el discurso pedagógico opera silenciosamente; es “una de las voces más elocuentes que parece no tener voz”. Por eso, “sólo cuando uno comprende la voz que no es jamás escuchada se puede realmente comprender lo que es transmitido” Bernstein (1990: 107 y 111).

1.1. El discurso pedagógico

El discurso instruccional (**DI**) crea competencias y habilidades especializadas; es un principio regulador de los conocimientos que se deben transmitir y las destrezas que los estudiantes tienen que desarrollar. Se trata de los conocimientos y destrezas que, de acuerdo a los objetivos de la institución educativa, son necesarios y pertinentes para el desempeño del egresado en un campo específico de actividad (en este caso el jurídico). El discurso regulativo (**DR**), en cambio, es generador de orden, de relaciones y de identidad profesional, cuyas reglas establecen los criterios sobre el carácter del sujeto, las maneras de actuar y las posturas apropiadas para ese campo de actividad específico. Es eminentemente socializador e inculca ‘orden moral’, un tipo de control y de disciplina. La distinción entre los dos discursos es analítica pues, en realidad, a nivel de la institución educativa, solamente existe un discurso, el pedagógico. Así, el proceso de formación del abogado es no sólo un proceso de instrucción, sino también un proceso de ‘socialización metódica’ o de educación, como dice Durkheim.

El **DR** tiene preeminencia respecto del instruccional, simplemente porque no hay instrucción sin orden. A pesar de ello, aparece como el más “silencioso” de los dos discursos. El **DI** es más visible, es el que acapara la

atención y el que suele ser criticado en los debates sobre la formación profesional y los procesos educativos en los cuales ésta se desarrolla. En general, cuando se discute la calidad de la formación profesional, se apunta a la reformulación de los contenidos, el cambio de objetivos y/o de métodos y técnicas de enseñanza y evaluación, en suma, al discurso instruccional, sin tener en cuenta el regulativo.

1.2. El discurso jurídico dominante: la inspiración iuspositivista.

El discurso jurídico define lo jurídicamente *pensable*, permite identificar lo permitido, lo aceptable, es decir, el orden considerado legítimo

LA ENSEÑANZA JURÍDICA: UN ANÁLISIS SOCIOLOGICO DEL DISCURSO PEDAGÓGICO

422

dentro del campo profesional. Lo *impensable*, como afirma Bernstein (1990: 105) es un lugar de encuentro de la coherencia y la incoherencia, del orden y el desorden, de lo que es y de lo que puede ser. De ahí que se vuelva estratégico controlar la brecha que separa ambos campos. El control de esta brecha permite el acceso a lo *impensable* y con ello, la transformación y el cambio. Un mecanismo para controlar esa brecha, consiste en la estrecha vigilancia del proceso de reflexión sobre la misma, y uno de los modos de realizarlo es la reproducción de modelos teóricos (jurídicos y pedagógicos) que fijen lo más claramente posible los límites y la distancia entre lo *pensable* y lo *impensable*. Nuestra hipótesis es que el discurso jurídico dominante en la carrera de abogacía de la UNC está fuertemente inspirado en el positivismo jurídico, lo cual significa que lo jurídicamente *pensable* e *impensable* se define a partir de esta perspectiva. Tal distinción no es meramente analítica y descriptiva, sino que sirve para comprender la relación que existe entre la conciencia subjetiva, el conocimiento y el poder.

Simplificando de manera extrema la cuestión, podemos decir que las características sobresalientes del positivismo jurídico, fundamentalmente aquellas que consideramos básicas para la comprensión del modelo pedagógico dominante en nuestra Facultad, son las siguientes:

- a) Ofrece una concepción estatalista y legalista del derecho, y una *dogmática jurídica* que favorece la constitución de la realidad jurídica como un campo de conocimiento y de acción autónomo, autosuficiente, auto referenciado y auto reflexivo.
- b) Es un modelo jurídico de carácter racional-formal (Weber, 1998), abstracto y general. El formalismo implica que el contenido de las normas es independiente de intereses determinados, de apreciaciones valorativas, de consideraciones éticas, de sentimientos políticos o de criterios utilitarios o de conveniencia. La racionalidad, por su parte, se opone a la utilización de medios y procedimientos que no puedan ser expresados ni controlados racionalmente.
- c) Este formalismo jurídico de tipo racional hace posible la constitución de un orden normativo objetivo y autónomo, totalmente separado de otras esferas de la realidad como la política, la moral, la económica, la social, etc.

En sus versiones más extremas, la concepción del Derecho que sustenta el iuspositivismo es “pura”, carente de las contradicciones e imperfecciones propias de los restantes “órdenes” de la realidad, así como de los componentes irracionales del individuo y la sociedad. Bobbio (1993: 137) afirma que el resultado de adoptar esta concepción, suele ser un jurista

teórico más preocupado “por la lógica y la estética” del sistema que contribuye a construir, “que por las consecuencias prácticas de sus construcciones”.

A pesar de las críticas que recibe desde diversas perspectivas, la concepción formalista del Derecho mantiene una influencia dominante y una gran fortaleza, sostenida por el poder de la profesión jurídica, la fuerza corporativa del poder judicial y la ‘recontextualización’ que se produce en el seno de las instituciones encargadas de la formación de los abogados.

2. El discurso instruccional privilegiado por los docentes

Con el propósito de desentrañar los significados relevantes propios del ‘código de conocimiento educacional’⁴ de la carrera de abogacía, veamos qué se tiene por conocimiento válido en la institución, es decir, el currículum.

La construcción del currículum supone un proceso de selección de contenidos que comprende tres instancias: el diseño del plan de estudios, la elaboración de los programas de las asignaturas y la transmisión que tiene lugar en el aula. Esta última es la instancia crucial; aquí el docente decide qué y cuánto va a transmitir del currículum oficial, en qué secuencia, con qué ritmo y de cuáles contenidos el alumno debe dar cuenta en la evaluación. Es en los intercambios entre los docentes y los alumnos en la clase, donde se ‘pone en acto’ el currículum.

Los contenidos privilegiados (el DI) en la carrera de abogacía se orientan, en general, a la preparación del abogado litigante. A partir de nuestras observaciones, podemos decir que las principales características de ese discurso son las siguientes:

- a) Un claro predominio de la transmisión de conocimientos sobre el desarrollo de habilidades en el alumno. El significado privilegiado es el contenido de las normas.
- b) La centralidad del texto jurídico es prácticamente absoluta en relación al contexto (social, económico, político, moral, etc.) que lo genera y al que dicho texto debe regular.
- c) Dentro de los textos jurídicos, es dominante la presencia de la ley y las interpretaciones doctrinarias en relación a los textos jurisprudenciales.

⁴ Para BERNSTEIN, el código del conocimiento educativo comprende el currículum, la pedagogía y la evaluación.

LA ENSEÑANZA JURÍDICA: UN ANÁLISIS SOCIOLÓGICO DEL DISCURSO PEDAGÓGICO

d) En las clases de dogmática jurídica, el mensaje es encuadrado dentro de una rama del Derecho, con lo cual se favorece el desarrollo de una visión fragmentaria y especializada.

e) Con relación a las habilidades, los docentes apuntan a desarrollar las cognitivas (conocer, comprender, analizar, etc.), y no las expresivas (actitudes, valores, etc.). En lo que respecta a las habilidades cognitivas, se privilegian las instrumentales más simples (conocer y comprender el Derecho), en desmedro de las más complejas (análisis y síntesis), con una notable ausencia de las cognitivo-críticas.

f) Las referencias a la práctica profesional son casi inexistentes.

3. La práctica pedagógica en la Facultad: las reglas en acción

Las condiciones objetivas en las que se establece la relación pedagógica favorecen la reproducción de un estilo tradicional de enseñanza, caracterizado por la “clase magistral”⁵, a la vez que dificulta la introducción de metodologías alternativas que permitan un mayor grado de participación

y centralidad del alumno⁶.

Para Bernstein (1990, 1993, 1998) la práctica pedagógica se desarrolla de acuerdo a un sistema de reglas: de jerarquía, secuencia, ritmo y criterio. Las reglas de *jerarquía* definen las características de la relación pedagógica; brindan los marcos regulativos de la vida del aula que el alumno debe aprender a reconocer y bajo los cuales debe actuar⁷. Las reglas de *secuencia* definen el ordenamiento de lo que se enseña, su progresión, qué va primero, qué es lo que sigue, etc. La secuencia se vincula estrechamente con la *regla de ritmo* es decir “lo que se debe saber en una cantidad de tiempo determinado”; es el “tiempo permitido”, el que la institución le otorga al docente, o que el propio docente define, independientemente de la agencia, para la puesta en marcha de una secuencia propia (Bernstein, 1990:

70). La *regla de criterio* regula la evaluación; se refiere a los parámetros según los cuales el alumno será evaluado; cuáles son las competencias de que debe dar cuenta cada estudiante. “El criterio permite que el adquirente

⁵ También denominada “clase o aula conferencia” (RODRÍGUEZ 2000: 170) o “cátedra”.

⁶ J.R VANOSSI (2000) al aludir a la relación entre la masificación de la universidad y las técnicas de enseñanza-aprendizaje sostiene “Hay un dato que ya no se puede escapar a nuestro cómputo en la planificación universitaria; la masificación sólo permite continuar con la clase-conferencia” p. 47.

⁷ BERNSTEIN denomina a esto *regla de reconocimiento* y *regla de realización*.

CARLOS A. LISTA - ANA MARÍA BRIGIDO

425

(alumno) comprenda cuál es aquella comunicación social que cuenta como legítima o ilegítima” (Bernstein 1993: 75).

3.1. La docencia en la carrera de abogacía: una tarea de “maestros”

El modelo de docente predominante en la Facultad de Derecho remite a un profesor que marca una clara distancia con respecto a sus alumnos: él es quien tiene la palabra (la voz, en términos bernsteinianos). Es el conocedor y experto de la ley.

La clase, y en muchos casos la sucesión de clases, puede ser vista como un prolongado discurso de tipo jurídico exegético, predominantemente monologado. En torno a los textos legales vigentes, el docente deriva y elabora comentarios aclaratorios, argumentando e interpretándolos.

Los rasgos del buen docente están ligados a la magistralidad en la oratoria y al dominio de la lógica de la argumentación frente a un determinado tema; éstas, precisamente, son las características que ellos ponen en juego en su accionar, reproduciendo así el modelo de los grandes maestros.

Al dominio de lo legal agregan variadas competencias comunicativas. Se podría interpretar que esta capacidad y solvencia en el argumentar y convencer, definidos como los atributos de un buen docente, mucho tienen que ver con los rasgos de identidad de un buen abogado. En esta lógica de transmisión jerarquizada y especializada, pareciera que el docente, más que traducir pedagógicamente el discurso jurídico, inicia al alumno en un modo de “ser abogado”.

Bourdieu (1985) plantea que en la transmisión pedagógica no cuenta tanto la comprensión por parte del alumno de lo comunicado por el docente, cuanto la “autoridad” (*autoridad pedagógica*) de la que se inviste el profesor mediante el uso de un lenguaje estereotipado. Este tipo de transmisión no es definido en forma exclusiva por el docente, sino que la institución –al delimitar espacios, rituales y ritmos temporales– crea un conjunto

de condiciones que permiten relaciones de subordinación, posibilitando, de ese modo, que se produzca la imposición de la cultura considerada legítima. “El profesor encuentra en las particularidades del espacio que le ofrece la institución tradicional –el estrado, la cátedra y su situación en el centro de convergencia de las miradas– las condiciones materiales y simbólicas que le permiten mantener las distancias y hacerse respetar por los alumnos ... Un contexto semejante dirige tan rigurosamente el comportamiento de profesores y estudiantes que los esfuerzos por instaurar el diálogo se convierten inmediatamente en algo ficticio y cómico. El profesor puede pedir

LA ENSEÑANZA JURÍDICA: UN ANÁLISIS SOCIOLOGICO DEL DISCURSO PEDAGÓGICO

426

la participación o las objeciones de los estudiantes sin arriesgarse nunca por eso a que se establezcan realmente; las preguntas al auditorio no son, a menudo, sino figuras retóricas. Entre todas las técnicas de distanciamiento con que dota la institución a sus agentes, el lenguaje magistral es el más sutil y eficaz.” (1985: 202)

3.2. Los alumnos: integrantes de un auditorio anónimo

El complemento exacto del modelo magistral de docente es el *alumno pasivo*. En las clases los alumnos asumen una actitud de escucha absoluta; cuando son interrogados por el profesor suelen responder de manera acotada, con una sola palabra o con frases cortas y generalmente a coro con el grupo de la clase. El alumno actúa en la relación pedagógica como auditorio anónimo. En ocasiones, da la impresión de que las preguntas que el docente formula a ese auditorio son en realidad interrogaciones dirigidas a sí mismo, no se espera la respuesta del alumno.

La pasividad y desinterés de la amplia mayoría de alumnos, se complementa con la falta de desarrollo de tareas fuera del aula. En general, los alumnos no se preparan leyendo o estudiando el material asignado por el docente. Pareciera que acuden a los libros y siguen las indicaciones del profesor únicamente en función de la evaluación, no del aprendizaje.

No se detectan modelos pedagógicos que favorezcan la horizontalidad.

La clase magistral aparece como una modalidad funcional al discurso propio y típico del positivismo jurídico. Pocos profesores otorgan un mayor grado de participación al alumno y quienes lo intentan, suelen no recibir la respuesta que esperan. Estos profesores abren el espacio a la presencia de otras “voces”, dejando abierta la posibilidad de generar “textos” alternativos a los dominantes. Sin embargo, el alumno no aprovecha ese espacio de participación; por el contrario, al devolver la palabra al docente, lo confirma como portador de la “voz jerárquica”.

Las opiniones obtenidas de los estudiantes en las entrevistas y grupos focales confirman una relación altamente asimétrica y una forma de transmisión en la que la centralidad de la ley deja poco lugar a la opinión, la confrontación, el debate y la atención a los factores contextuales. El predominio de concepciones formalistas del derecho transforma el lenguaje jurídico en estructuras abstractas que alejan al alumno de la posibilidad de su comprensión sin la mediación del docente. Esto marca una brecha relacional entre el lego y el experto, una distinción que el alumno incorpora tempranamente en su carrera y que luego contribuirá a reproducir. Por esta vía consigue, aún sin proponérselo, afirmar su identidad.

CARLOS A. LISTA - ANA MARÍA BRIGIDO

427

La secuencia en la transmisión (reglas de secuencia y ritmo) de los contenidos de las materias codificadas se estructura de acuerdo a la importancia y predominio de las normas jurídicas. Los alumnos siguen esta secuencia acompañándose del programa, los códigos y/o los textos legales a los que el profesor está haciendo referencia. Lo más frecuente es que los objetivos de la clase no se expliciten. El alumno en general desconoce los propósitos del profesor.

La mayoría de los docentes considera: a) que aquello que el alumno necesariamente debe aprender de su materia (contenidos mínimos) es muy extenso, y b) que el conocimiento de la materia que dicta es fundamental para la profesión. Consecuentemente, el tiempo de que dispone resulta siempre demasiado escaso, sobre todo cuando el docente considera que debe desarrollar “todo” el programa y que “todo” tiene que ser dicho en clase. Además, el alumno espera que el profesor haga esto y reclama cuando en la evaluación se incluye un tema que no se dio en clase.

Como consecuencia de lo anterior, el ritmo de la transmisión es intenso.

Por otra parte, quien fija el ritmo es el docente; esto le permite regular qué y cuánto se puede preguntar, limitar el habla de los estudiantes y privilegiar la propia, confirmando este posicionamiento central de los profesores,

4. La evaluación del aprendizaje: lo oculto y arbitrario

La evaluación constituye un ámbito de extendida discrecionalidad en manos de los docentes. Generalmente, éstos no explicitan cuáles son los criterios que utilizarán en la evaluación, por lo tanto, los alumnos no saben qué se espera de ellos. El examen y los resultados generan inseguridad, incertidumbre y, con frecuencia, frustración.

Ante la ausencia de criterios claros, los estudiantes desarrollan variadas estrategias para garantizar el éxito de sus exámenes (adquirir información acerca de la ‘flexibilidad’ de los profesores, inscribirse en ‘cátedras fáciles’, hacerse conocer por el docente, etc, etc). Saben que el docente tiene la última palabra y tratan de adaptarse a esto.

Las prácticas de evaluación se convierten en una instancia paradójica: mientras que el eje de la formación del abogado se vincula con el trabajo por la justicia, el examen es vivenciado como el lugar de la arbitrariedad.

En los exámenes, más que demostrar cuánto sabe, el alumno trata de defenderse de una situación que vivencia como injusta.

LA ENSEÑANZA JURÍDICA: UN ANÁLISIS SOCIOLÓGICO DEL DISCURSO PEDAGÓGICO

428

5. Los resultados: las competencias adquiridas por el egresado promedio

En la carrera de abogacía, el currículum, la pedagogía y la evaluación configuran un ‘código educacional’ centrado en un discurso jurídico dominante, de fuerte inspiración formalista, que demarca una clasificación fuerte entre lo jurídicamente *pensable* y lo *impensable*. En general, entre los profesores no se observa una profunda reflexión sobre la comunicación pedagógica, ni hábitos conscientemente desarrollados para la planificación de la enseñanza. Se advierte una gran homogeneidad y consistencia en las prácticas de los docentes, producto de la existencia de códigos compartidos muy arraigados, que generan la subcultura organizacional vigente.

Ello se ve favorecido por la combinación de, al menos, tres factores: a) la presencia dominante de un modelo jurídico unidimensional que enfatiza el formalismo jurídico; b) el predominio de un modelo pedagógico centrado

en el docente, jerárquico y también formalista; y c) el carácter masivo de la Facultad, antes señalado.

Las condiciones sostenidas y reproducidas por las prácticas cotidianas de la amplia mayoría de los miembros de la institución (docentes y alumnos), no resultan favorables para el desarrollo de habilidades específicas para el ejercicio de la profesión; tampoco facilitan la introducción de innovaciones por parte de aquellos docentes que se sienten insatisfechos con el proceso de enseñanza y sus resultados, ni por parte de los estudiantes que se muestran interesados en elevar los niveles de exigencia y mejorar los estándares académicos.

Si bien las principales objeciones que expresan docentes y alumnos se refieren a los aspectos instruccionales del discurso pedagógico, en términos de los aspectos regulativos la carrera de abogacía parece ser bastante eficaz. Los alumnos se ajustan, en general, al cumplimiento de reglas que prescriben la descontextualización del texto jurídico, su autonomía frente a otros fenómenos, la reducción de lo fáctico a lo normativo, el posicionamiento dogmático frente al derecho, la distancia y jerarquía en las relaciones personales y la adecuación a formas rituales en el pensamiento y en la acción, para citar únicamente las más destacadas. Se podría decir que el proceso de socialización en la carrera logra la formación de una conciencia e identidad internamente uniforme, y marcadamente diferenciada de la correspondiente a otras profesiones. Consigue, en definitiva, que el egresado oriente su conducta en función de las siguientes reglas:

a) El abogado es un experto del Derecho y su habilidad más importante consiste en conocer e interpretar la ley vigente. De los contenidos

CARLOS A. LISTA - ANA MARÍA BRIGIDO
429

privilegiados y privilegiantes en la institución educativa (centralidad de los textos legales; utilización complementaria de la interpretación doctrinaria y subsidiaria de la jurisprudencia) se deriva que la 'regla de reconocimiento' académico es conocer la ley, y la consecuente 'regla de realización' es poder recitarla de memoria. El conocimiento de la ley vigente y de las interpretaciones doctrinarias, provee al alumno de una formación técnica implícitamente focalizada en la interpretación argumentativa. Este aprendizaje se cumple a través de un proceso de enseñanza incidental, no planificado por el profesor. La disociación entre la teoría y la práctica jurídicas, con absoluto predominio de la primera sobre la segunda, resulta contradictorio con los objetivos de la carrera (exclusivamente profesionales) y el perfil del egresado que se plantea la institución.

b) Las relaciones profesionales del abogado son formales y jerárquicas. Tanto en el nivel macroinstitucional como en el nivel microinteraccional, las relaciones sociales en la Facultad (entre colegas, entre docentes y alumnos y, con frecuencia, entre los propios alumnos) son fuertemente formales, jerárquicas y, en cierta medida, ritualizadas. Esto se refleja en las maneras de vestir, de hablar, los gestos y las posturas que adopta cada uno dentro de la institución y también fuera de ella.

c) En el debate jurídico, las relaciones son de competencia, en las que la incertidumbre puede manejarse a través de la manipulación del adversario y/o la negociación con él. Las relaciones jerárquicas marcadamente asimétricas, a las que los docentes suelen incorporar alguna dosis de arbitrariedad, estimulan el desarrollo, en la amplia mayoría de los estudiantes,

de diversas estrategias de adaptación a la situación (circulación de información sobre los rasgos de cada docente y utilización de técnicas manipulativas y negociadoras con ellos, entre otras).

d) El derecho es un sistema normativo formal, adaptable a distintos intereses y valores. El ejercicio profesional exige maestría en el manejo de las formas jurídicas. La interpretación de los textos jurídicos, sin el desarrollo del espíritu crítico, fortalece la utilización de argumentaciones orientadas a la producción de una justicia formal (adecuada al texto jurídico), no de una justicia sustantiva (basada en valores u otros elementos, que se definen como extrajurídicos). El alumno aprende a desligar las normas jurídicas, las opiniones doctrinarias y las decisiones judiciales, de los valores e intereses que las inspiran y que ellas vehiculizan.

e) La dogmática jurídica es el método de estudio del Derecho, tanto para el ejercicio profesional, como para su enseñanza. La crítica jurídica es útil en tanto esté orientada a mejorar el sistema jurídico vigente. La

LA ENSEÑANZA JURÍDICA: UN ANÁLISIS SOCIOLÓGICO DEL DISCURSO PEDAGÓGICO
430

centralidad del docente en el manejo e interpretación de los textos jurídicos (ley, doctrina, jurisprudencia), facilita el desarrollo de actitudes dogmáticas. La incorporación y reproducción más o menos acrítica de opiniones ajenas, muchas veces impuestas con algún grado de arbitrariedad, no favorece la autonomía ni la independencia de criterio del estudiante. Éste aprende a aceptar e incorporar opiniones basadas fundamentalmente en el valor de la autoridad de quien las emite (sea éste el jurista, la autoridad judicial o el mismo docente).

Si bien la crítica resulta estimulante y puede ser necesaria para el mejoramiento del derecho y la búsqueda de soluciones, pareciera que lo prescripto es que sólo se realice dentro de ciertos límites, aquellos que no contradicen los postulados centrales del modelo jurídico dominante. Más allá de ellos comienza la heterodoxia, lo jurídicamente *impensable* y lo que, en términos profesionales, no es aceptable por la amplia mayoría de los abogados, de los doctrinarios y, sobre todo, de los jueces, lo cual pone en riesgo el éxito profesional o, aún más todavía, asegura el fracaso. Lo jurídicamente *pensable*, lo dictado por el modelo imperante, fija las posibilidades y los límites de la innovación y la creatividad jurídicas, así como las alternativas de cambio en este campo.

f) El conocimiento jurídico es exclusivamente normativo e independiente del conocimiento fáctico de los hechos. El abogado, en sus diversos roles y funciones, tiene el monopolio de este conocimiento. La separación y el aislamiento de los textos jurídicos de sus contextos fácticos de producción y aplicación, contribuye, como pauta socializadora, a fundamentar una visión que escinde el Derecho de los procesos políticos, económicos y sociales que son su origen, y a desinteresarse por las consecuencias fácticas de aquél, más allá de las que beneficiaban a los intereses profesionales concretos y particulares. Esta regla, omnipresente en el discurso instruccional, y permanentemente reforzada en la comunicación pedagógica, contribuye a la constitución de una forma de conciencia jurídica fuertemente unidimensional, y con ello, de una identidad claramente diferenciada.

g) El Derecho válido es el vigente, y el tipo o grado de compromiso ético de sus contenidos son ajenos al análisis específicamente jurídico, por lo tanto, puede ser utilizado para satisfacer distintos valores e intereses. La

separación y aislamiento de la normatividad jurídica de otras fuentes normativas, como la ética, constituye una regla socializadora de importancia, justificada en el postulado de la neutralidad valorativa y el carácter formal del Derecho. Lo que la ley consagra en su texto y lo que el legislador, el abogado o el juez hacen con ella, recorren caminos diferentes. En la separa-

CARLOS A. LISTA - ANA MARÍA BRIGIDO

431

ción entre la norma y su práctica radica la fuerza del modelo jurídico dominante y su potencialidad para ser utilizado con fines y objetivos diferentes y aun opuestos.

El ‘mensaje’ educativo que se transmite durante la carrera y que el alumno incorpora tiende a reproducir una imagen de orden y coherencia internos al sistema jurídico, que a su vez, refleja y contribuye a constituir un orden externo. Esta representación es coherente con la función de control social que el derecho y su enseñanza están orientados a ejercer.

La estructura del orden institucional de la carrera de abogacía, que emerge de las modalidades propias del currículum y las prácticas pedagógicas, expresa lo que Durkheim identifica como “solidaridad mecánica”, con fuerte consenso y homogeneidad. Nos preguntamos si es posible el cambio en una institución educativa con estas características

6. El cambio de la enseñanza jurídica: ¿continuidad o desafío?

Un escenario posible, ante una estructura altamente consolidada y legitimada interna y externamente como la de la carrera de abogacía, es el de la no innovación, o si se quiere, el de la no intervención. Es un escenario perfectamente posible, dada la gran estabilidad e inercia reproductiva del sistema social que constituye la agencia educativa.

Otro escenario consiste en la promoción de cambios, y con él, surge la pregunta acerca de cuáles serían factibles. Algunos condicionantes de la situación actual de la carrera son externos a la institución, y es difícil que puedan ser afectados o modificados, desde el campo de la enseñanza jurídica, al menos en el corto y mediano plazo. Lo que sí es posible, en virtud de la autonomía relativa del sistema de enseñanza, es cambiar algunas condiciones internas de la institución educativa. Nos atrevemos a pensar que sería posible, entre otras cosas:

- Diversificar el perfil del egresado; incorporando otros no orientados a la práctica profesional, que hoy no figuran en el proyecto institucional, tales como el de investigador y jurista.
- Mejorar la enseñanza de los contenidos jurídicos e incorporar el desarrollo de habilidades instrumentales complejas, articulándolas con el desarrollo de destrezas cognitivo-críticas.
- Dotar al estudiante de los conocimientos y las habilidades necesarios para el análisis fáctico de los fenómenos jurídicos.
- Incorporar, como práctica, la dimensión ética en la enseñanza jurídica.

LA ENSEÑANZA JURÍDICA: UN ANÁLISIS SOCIOLÓGICO DEL DISCURSO PEDAGÓGICO

432

- Incrementar el desarrollo de habilidades básicas para el ejercicio profesional.
- Modificar las prácticas de transmisión y comunicación en el contexto del aula, predisponiendo al alumno para que adquiriera mayor centralidad
- Innovar en materia de metodología de enseñanza.
- Introducir formas más eficaces de evaluación de los alumnos.

- Incrementar el número de espacios curriculares optativos y diversificar la oferta de tales espacios.

Cambiar el orden establecido implica siempre un desafío. Todo orden supone una estructura de poder y su alteración provoca resistencias y conflictos. Los cambios arriba propuestos serían viables si se introducen reformas estructurales en la organización, la gestión y el gobierno de la agencia educativa. En lo académico, una verdadera transformación sólo es posible si tiene como centro al docente, para lo cual resulta necesario crear las condiciones favorables para que tenga una adecuada inserción institucional, adquiera un fuerte compromiso con su tarea y esté dispuesto a modificar sus prácticas; lo que en otros términos significa un mayor grado de profesionalización del rol.

Bibliografía

- BERNSTEIN, BASIL (1998): *Pedagogía, control simbólico e identidad*, Madrid: Morata.
- (1993): *La estructura del discurso pedagógico*, Madrid: Morata.
- (1990): *Poder, Educación y Conciencia. Sociología de la Transmisión cultural*, Barcelona: El Roure.
- (1977): *Class, codes and control, 2nd ed.*, Londres: Routledge & Kegan Paul, Vol. 3.
- BOBBIO, NORBERTO (1993): *El Positivismo Jurídico*, Madrid: Debate.
- BOURDIEU, PIERRE (1985): "La relación pedagógica, la autoridad pedagógica", en A. Grass editor, *Sociología de la educación. Textos fundamentales*, Madrid: Narcea.
- (2000): "Elementos para una sociología del campo jurídico", en P. Bourdieu y G. Teubner, *La fuerza del derecho*, Bogotá: Ediciones Uniandes (156:220).
- BOURDIEU, PIERRE y J. C. PASSERON (1981): *La reproducción. Elementos para una teoría del sistema de enseñanza*, Barcelona: Laia.
- FUCITO, FELIPE (2000): *El Profesor de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y Nacional de La Plata*, La Plata: Editorial de la Universidad Nacional de La Plata.
- KELSEN, HANS (1994): *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- LISTA, CARLOS A. (2002): "Acceso, permanencia y egreso de la carrera de abogacía de la Universidad Nacional de Córdoba: tendencias y perspectivas", *Anuario VI del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, la Universidad Nacional de Córdoba.
- (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 (805:816).
- LISTA, CARLOS A. y ANA MARÍA BRIGIDO (2002). *La enseñanza del derecho y la formación de la conciencia jurídica*, Córdoba: Sima Editora.
- PÉREZ SERRANO, GLORIA (1998): *Investigación cualitativa. Retos e interrogantes*, Madrid: La Muralla, T. I.
- RODRIGUES, HORACIO WANDERLEI (2000): "O encino do direito, os sonhos e as utopias", en H.W. Rodríguez, *Ensino Jurídico PARA QUE (M)*. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteaux.
- VANOSI, JORGE R. (2000): "¿Es posible un debate racional sobre la educación universitaria?", en Académias Nacional de Educación, Nacional de Derecho y Cs.Ss. de Córdoba y Nacional de Ciencias, *La Educación, Política de Estado*, Córdoba: Advocatus (31:48).
- WEBER, MAX (1998): *Economía y Sociedad*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- LA ENSEÑANZA JURÍDICA: UN ANÁLISIS SOCIOLÓGICO DEL DISCURSO PEDAGÓGICO

434

435

EL MÉTODO DOGMÁTICO DE INTERPRETACIÓN COMO FORMA DE SOLUCIONAR LAS INCONGRUENCIAS DE CIERTAS DISPOSICIONES PENALES

(Significado y función de las palabras de la norma)

por Ana María Cortés de Arabia*

“En la vida de todo jurista hay un momento en el cual la intensidad del esfuerzo en torno a los textos legales conduce a un estado de particular insatisfacción. El derecho positivo va despojándose de sus detalles y queda reducido a una ciencia de grandes líneas. Pero, a su vez, estas grandes líneas exigen un fundamento que la misma ciencia no puede proporcionar. El jurista se siente entonces como si la tierra le faltase bajo los pies, e invoca la ayuda de la Filosofía. La mayor desgracia que le puede ocurrir a un estudioso del derecho es la de no haber sentido jamás su disciplina en un estado de ansia filosófica”.

Couture

Resumen: Al cambiar la realidad social, económica o política pueden producirse desajustes entre las nuevas situaciones y el derecho positivo, es preciso, entonces, adecuar la legislación a las necesidades de la sociedad. Las reformas a la ley no siempre se incorporan armoniosamente al plexo normativo, siendo preciso una labor interpretativa adecuada y racional en pos de la validez del sistema.

Palabras Claves: Norma. Interpretación. Dogmática. Reformas. Metodología jurídica. Argumentos de interpretación.

*Profesora de Derecho Penal. Parte General. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Facultad de Abogacía. Universidad Blas Pascal.

436

Introducción

“Nacen las leyes con un destino y ese destino envuelve a los hombres a veces durante varias generaciones”¹.

Pero el tiempo, a esas leyes heredadas por nosotros, les ha deparado problemas de ajuste o desequilibrio histórico.

Existe una correspondencia entre el derecho y los planos de la realidad y las concepciones filosóficas, políticas, científicas y económicas de una época han influido en la formación de un sistema jurídico. Este sistema jurídico ha sobrevivido durante un largo período pero al cambiar la realidad imperante, se produce una desarmonía que lleva necesariamente a la corrección del mismo.

Las nuevas leyes que tratan de reglar esas nuevas situaciones no siempre se incorporan armoniosamente al plexo normativo, sino que, por el contrario, pueden contradecirlo con incongruencias reales o aparentes haciendo preciso una tarea interpretativa racional, es decir, no arbitraria.

Ella debe realizarse respetando el principio de legalidad para la existencia del estado de derecho. Esto no es sólo una exigencia de seguridad jurídica (posibilidad de conocimiento del contenido de la ley previa: delito y pena) sino de garantía política (el ciudadano no podrá verse sometido, por parte del Estado, por hechos y penas que no estén previamente establecidas).

Planteamiento del problema

Ante el clamor de la sociedad que se ve asolada por los ilícitos cada vez más frecuentes y el sentimiento de inseguridad jurídica que vive la población se producen constantes embates para la modificación del Código Penal solicitando mayor cantidad de penas y sanciones más rigurosas.

Para dar respuesta a esas demandas se realizan reformas a la ley, muchas de ellas se presentan como oportunista para zanjar problemas coyunturales y que al incorporarse al Código, en algunos casos, pueden alcanzar

los fines propuestos por el legislador pero en otros, al contrario, muestran incongruencias con el sistema positivo dificultando su interpretación y aplicación.

El desconocimiento del idioma o la introducción de artículos sin prever el contexto general, hace que nuestro acervo normativo se encuentre, al recibir una nueva disposición en estado de incertidumbre hasta que la labor

¹ SOLER, SEBASTIÁN. Ley, historia y libertad, Edit. Abeledo Perrot, Bs. As., 1957, p. 13.

ANA MARÍA CORTÉS DE ARABIA

437

del intérprete logra integrarla coherentemente para subsanar la evidente desprolijidad legislativa.

“Uno de los fines principales del legislador al dictar normas es el de inducir ciertas conductas que considera deseables, lo cual presupone que el destinatario de la ley entiende el mensaje que el legislador plasmó en la norma y, para ello, es imprescindible que exista un lenguaje común al emisor y al receptor”², dice la Corte.

Algunos de los problemas más frecuentes que aparecen por el uso del lenguaje en la interpretación, son la ambigüedad, las imprecisiones y la carga emotiva de las palabras, además de las deficiencias que cualquier sistema normativo puede mostrar, como la contradicción entre normas jurídicas, la redundancia normativa y las lagunas del derecho que de una u otra forma obligan a atribuir a las palabras determinado significado.

Esto se observa en numerosas disposiciones en las que se necesita recurrir a los distintos procedimientos interpretativos para su entendimiento, como por ejemplo, en nuestro Derecho Penal:

- Al tratar de conciliar el art. 14 con el art. 53 respecto a la concesión de la libertad condicional (contradicción sólo aparente ya que al completar la lectura se observa su congruencia)
- Con la condena de ejecución condicional (art. 26) y la suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis) respecto a la especie de pena necesaria para obtener el beneficio.
- La forma de calcular las penas divisibles en el concurso real (cúmulo jurídico: el máximo de la pena de que se trate) relacionándose el art. 55 con el 227 ter.
- El significado de la expresión: secuela del juicio,
- La pena establecida para la tentativa en el art. 44 del CP.
- La derogación del infanticidio que de un atenuante pasó a ser un agravante sancionado con pena perpetua (si no se considera la incorporación del último párrafo del art. 80).
- Los casos del agravamiento de la pena en el homicidio culposo, art 84, segunda parte, captando casi todos los casos de mala praxis.
- Las diferencias entre autor y cómplice en la participación.
- El avenimiento con el imputado del art. 132 en el cual se debe discernir en qué consiste, y así podríamos continuar enumerando.

² Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos, p 1428, 10 de agosto de 1995, Recurso de inconstitucionalidad.

EL MÉTODO DOGMÁTICO DE INTERPRETACIÓN COMO FORMA DE SOLUCIONAR...

438

Tratando de armonizar los diferentes preceptos legales cumple en todo momento un papel preponderante *la interpretación del fenómeno global y de la norma que lo regula* ³.

Pero no sólo con leyes temerarias o dictadas irreflexivamente se ataca la unidad del sistema jurídico, sino también con doctrinas importadas que se incorporan y utilizan sin analizar su compatibilidad con el espíritu de nuestra dogmática.

Es preciso recurrir, a una interpretación coherente, a favor y no en contra del dispositivo legal aplicando los principios de la interpretación⁴ para remarcar la personalidad de nuestro sistema con un contenido propio fruto de una historia que también nos pertenece.

Esto no quiere decir que nos encontremos desvinculados de las demás disciplinas, jurídicas y no jurídicas; y del derecho comparado de países que poseen realidades y necesidades semejantes a las nuestras y que les han dado soluciones que pueden ser utilizadas como referencia en nuestro medio.

En cuanto a la doctrina extranjera, su acabada comprensión facilitará el proceso de intelección cuando exista similitud de situaciones y reglas, permitiendo recurrir a ella de forma moderada sin desconocer la esencia de nuestro derecho dentro de lo que constituye un sistema penal abierto.

Objeto de la metodología jurídica

“El objeto de la metodología jurídica es, sobre todo, el de determinar el contenido de la proposición jurídica para ver que casos concretos de la vida son subsumibles en ella”⁶.

Una norma es un pensamiento dotado de poder y se limita a decir el *deber ser*, ordenando lo que *debe hacerse* cuando ese deber no se cumple.

³ Interpretación de los hechos, con sus circunstancias de tiempo, modo, lugar y persona y del Derecho.

⁴ 1. **Principio jerárquico** (De acuerdo al art. 31 de la Constitución Nacional), 2.

Principio de vigencia (Entre dos interpretaciones elegir la positiva sobre la negativa), 3.

Principio de unidad sistemática (Validez de todos los preceptos del sistema), 4. **Principio dinámico** (Progresividad de la interpretación) y 5. **Principio de libertad interpretativa** (Sólo obliga la ley).

⁵ La relación interdisciplinaria de integración de nuestra materia con las ciencias sociales se refleja en tres momentos: elaboración de la legislación, determinación de su contenido y aplicación de la sanción penal.

⁶ GINBERNAT ORDEIG, ENRIQUE. *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Edit. Tecnos, Madrid, p. 44.

ANA MARÍA CORTÉS DE ARABIA

439

Esto hace que la norma subsista ya que los hechos (delitos) no la destruyen, sólo dan ocasión para que funcione o no la consecuencia prevista.

A la norma sólo la destruye otra norma.

El jurista llega a conocer el derecho reflexionando sobre los siguientes criterios⁷:

- La *interpretación de la norma* (utilizando los métodos u operaciones interpretativas)

- El *valor de la idea de justicia* para determinar su contenido.

- La importancia de la *formación del concepto y del sistema*. El concepto *abstracto-general* le permite al legislador definir el supuesto de hecho ofreciendo una imagen con la cual es fácil constatar si el comportamiento en cuestión es subsumible o no en determinado tipo legal. Larenzs, por su parte, lo considera *concreto-general*, pues estima que con la abstracción se pierde el sentido del fenómeno jurídico por su amplitud dificultando la aplicación ya que se perdería el sentido. Pero como sabemos, el jurista no se limita a operar con el concepto abstracto general, éste es sólo su

punto de partida, por ej.: no toda muerte que se adecua al art. 79 del Código Penal, será delito, ya que si ella es el resultado de una acción defensiva ante una agresión ilegítima y se dan los demás requisitos del art. 34, inc 6º del mismo cuerpo legal, la conducta típica no será antijurídica y por lo tanto será lícita.

- La *naturaleza de las cosas* en el proceso cognoscitivo del orden jurídico- penal. Considerado para algunos otro criterio de interpretación. El finalismo la dota de una importancia sistemática e interpretativa. En el decir de WELZEL, los conceptos científicos, no son transformaciones dispares de un material idéntico neutro al valor, sino “reproducciones” de trozos parciales de un ser óntico complejo que lleva en sí inmanentemente sus leyes estructurales y las diferencias de valor. Las estructuras lógico-objetivas le son dadas al legislador, no las crea y tanto él como el intérprete deben acatarlas. La objeción fundamental a esta postura, es respecto al método utilizado por Welzel que previamente, y antes de tomar contacto con la realidad jurídico penal, examina la estructura ontológica de la acción, va del sistema a los problemas, no a la inversa.

⁷ Conf. GIMBERNAT ORDEIG, ob y p. cit.

⁸ LARENZ, K. *Metodología de la ciencia del Derecho*, Edit. Ariel, Barcelona, 1980, p. 200 y 201.

⁹ GIMBERNAT ORDEIG, ob. cit., p. 101.

EL MÉTODO DOGMÁTICO DE INTERPRETACIÓN COMO FORMA DE SOLUCIONAR...

440

Sujetos que realizan la interpretación

Para la comprensión del fenómeno jurídico tiene una especial relevancia la operación de intelección que realizan, desde un lugar central y decisivo, *los jueces*, ya que su pronunciamiento es condición para que se haga efectivo lo que la norma establece. El grado de vinculación del juez a la ley responde al grado de exactitud con el que la voluntad colectiva se ha expresado en aquella.

Mediante la división de poderes que se expresa en el principio de legalidad, se le prohíbe al juez la creación del derecho limitándolo a la función de aplicarlo¹⁰.

Kelsen¹¹ sostiene “Pero también el juez es creador del Derecho y es también relativamente libre en esta función” y al referirse a las indeterminaciones intencionadas o no de las gradas inferiores de la pirámide manifiesta que “En todos estos casos, la norma a ejecutarse constituye sólo un marco dentro del cual se dan varias posibilidades de ejecución, por lo que es regular todo acto jurídico que se mantiene dentro de ese marco, llenándolo en *algún sentido posible*”.

Para Roxin¹², “El dogmático, (sea científico o juez) debe argumentar político-criminalmente como el legislador; en cierto modo tiene que acabar de dibujar en todos sus detalles la imagen o modelo del derecho vigente que el legislador sólo puede trazar a grandes rasgos”. También establece que no significa que tengan la misma competencia la política criminal dogmática y la legislativa ya que la primera tiene que ejercerse en el marco de la ley, es decir dentro de los límites de la interpretación, no pudiendo sustituir las concepciones y finalidades del legislador por las suyas ni imponer a la ley un fin en contra de su tenor literal.

Otros operadores judiciales como por ejemplo, *el abogado*, que en el desempeño de alguno de sus roles, también reduce en sus representaciones la abstracción de la ley al caso concreto y *el jurista*, al plasmar su opinión en la

doctrina, influyen significativamente en el avance o retroceso del derecho¹³.

¹⁰ NUÑEZ, RICARDO. *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Edición actualizada, Edit. Lerner, p 71. Prohibían la interpretación de forma absoluta: BECCARÍA, MONTESQUIEU, VOLTAIRE, el Código de Baviera de 1813, el Corpus Iuris Fridericiani 1799/51, el Reglamento Provisorio de 1817 de nuestro país y el Reglamento Provisorio de la Provincia de Córdoba del 30 de enero de 1821.

¹¹ KELSEN, HANS. *Teoría pura del derecho*, Edit. Universitaria de Bs. As., pp. 163 y ss.

¹² ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal*, Parte General, Edit. Civitas, Madrid, 1997, pp. 148, 149 y 225.

¹³ Según el sujeto que la realiza, la interpretación puede ser: legal o auténtica, judicial y doctrinaria.

ANA MARÍA CORTÉS DE ARABIA

441

Concepto de interpretación

Según PANNAIN¹⁴, *“Interpretar significa buscar el sentido y el valor de la norma para medir la extensión precisa, el valor exacto y los límites de aplicabilidad a casos concretos”*.

La interpretación es la búsqueda del significado del texto legal que se halle dentro de su *“sentido literal posible”* y es lícita aunque resulte extensiva de delitos y penas si no sobrepasa los límites establecidos y se mueve dentro de ese sentido literal posible¹⁵.

En los modernos Estados de derecho, la Constitución Nacional y los Pactos Internacionales incorporados a ella, son el parámetro normativo limitador y regulador del control social formal, conteniendo disposiciones concretas que condicionan nuestra disciplina.

Los derechos fundamentales consagrados por la Carta Magna como, la dignidad del ser humano¹⁶, la protección de su libertad, el principio de legalidad y reserva penal, igualdad, privacidad, exterioridad, culpabilidad, judicialidad, humanidad y personalidad de las penas, *non bis in idem*, la prohibición de prisión por deudas, etc, constituyen la dimensión ética de un derecho penal que debe tener como centro a la persona como realidad individual, social y cultural.

Ferrajoli¹⁷ considera a la Constitución un sistema de límites y de vínculos para la mayoría contra las recurrentes tentaciones de invertirlo...

Los vínculos de sustancia son las garantías de los derechos fundamentales desde los derechos de libertad hasta los derechos sociales que se han introducido.

La Corte sostiene que *“Salvo que medie un texto claro y preciso, los jueces deben interpretar las normas según mejor corresponda a una solución razonable y justa, adecuada, por tanto, con la letra y el espíritu de la Constitución Nacional”* (Disidencia del Dr. Carlos Fayt)¹⁸.

¹⁴ *Manuale di diritto penale*, I, 107, mencionado por GIMBERNAT ORDEIG, 44.

¹⁵ MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal*, Parte General, PPU S.A., Barcelona, 1996, pp. 86 y 87.

¹⁶ BACIGALUPO, ENRIQUE, *Manual de Derecho Penal*, Edit. Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996, pp. 29 y ss. *“La exigencia de respeto a la dignidad de la persona humana es consustancial con la idea del Estado democrático de derecho y de ella surgen los primeros límites para el derecho penal”*.

¹⁷ FERRAJOLI, LUIGI *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. Prólogo, Edit. Tota, Valladolid, Cuarta Edición, 2000, pp. 11 y 12.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos, Bs. As. 10 de agosto de 1995.

EL MÉTODO DOGMÁTICO DE INTERPRETACIÓN COMO FORMA DE SOLUCIONAR...

442

Los métodos de interpretación y su uso en la labor interpretativa

De la técnica legislativa utilizada depende la efectividad de la función de garantía de la ley penal, sea que el camino de la decisión se halle

dispuesto en precedentes científicamente elaborados en el derecho consuetudinario, en regulaciones más o menos completas o por la codificación. En nuestro Derecho Penal es preciso la redacción de conceptos generales con específica determinación de los tipos delictivos.

Luego de sancionada la ley, mediante la interpretación, se la lleva a la práctica en su contenido material al aplicarla al caso concreto o al reflexionar sobre ella para emitir un comentario.

Desde SAVIGNY, se distinguen cuatro procedimientos de interpretación: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático. Con JHERING y la jurisprudencia de los intereses gana terreno un nuevo aspecto: el de la finalidad de la ley, es decir el aspecto teleológico. Todos ellos se integran sin excluirse.

La interpretación de un texto comienza con el entendimiento del significado de la palabra (lingüística) y su ordenamiento (sintáctica) en el momento de aplicación de la regla (interpretación “progresiva”)¹⁹ salvo que pueda demostrarse su irrazonabilidad²⁰.

Si bien a esta interpretación suele asignársele un grado de menor jerarquía ya que el que se aferra a ella se lo considera un “formalista”, un mal jurista, pero en el Derecho Penal, las palabras de la ley poseen una función decisiva “la letra de la ley no debe ser sobrepasada nunca cuando está en juego la imposición de una pena: *nulla poena sine lege*”. Incluso en el derecho privado, LARENZ²¹ afirma que “*el sentido literal posible*” marca el límite de la interpretación, y si bien se puede en ésta rebasar los límites, esto no sería interpretación sino “desenvolvimiento abierto del derecho”.

La Corte sostiene que “El indudable acatamiento que la interpretación judicial debe a la letra y espíritu de la ley, encuentra su fundamento último en la objetividad con que dicha interpretación ha de formularse”²².

¹⁹ No existe una interpretación válida y definitiva ya que la realidad cambia constantemente.

²⁰ LASCANO, CARLOS. *Lecciones de Derecho Penal I*, Edit. Advocatus, Córdoba, 2000, pp. 181, enuncia ejemplos de la aplicación de una pena desproporcionada en relación de la afectación del bien jurídico: hurto de un caramelo, de una moneda de diez centavos, arrancarle un cabello a otro, etc.

²¹ Ob. cit., pp. 286 y ss.

²² Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos, p. 1428. 10 de agosto de 1995.

ANA MARÍA CORTÉS DE ARABIA

443

El sistema normativo está expresado a través del lenguaje natural, constituido por símbolos convencionales que nos sirven para representar la realidad, aunque el significado del mismo término pueda diferir del asignado en el lenguaje vulgar.

Aparecen como juiciosas las aseveraciones de HART: “Aún cuando se usen reglas generales verbalmente formuladas, en los casos concretos particulares pueden surgir dudas sobre cuales son las formas de conductas exigidas por ellas”...”En todos los campos de la experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Habrá por cierto, casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables (Es indudable que un automóvil es un vehículo). Pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquellas se aplican o no (La palabra vehículo, tal como se la usa aquí ¿comprende aeroplanos, bicicletas, patines?). Los cánones de interpretación no pueden eliminar, aunque sí disminuir, estas incertidumbres;

porque estos cánones son a su vez reglas generales para el uso del lenguaje y emplean términos generales que también requieren interpretación”. Cuando las pautas resulten indeterminadas nos encontramos con lo que se ha dado en llamar una “textura abierta”²³.

Existen “...amplias áreas de conducta que son satisfactoriamente controladas *ab initio* no mediante un *standard* variable sino mediante reglas que exigen acciones específicas y que sólo presenta una periferia de textura abierta. Estas áreas están caracterizadas por el hecho de que ciertas acciones, sucesos o estados de cosas distinguibles, tienen tal importancia práctica para nosotros, como cosas a evitar o a provocar que muy pocas circunstancias concomitantes nos inclinan a considerarlas de modo diferente, por ej. el asesinato de un ser humano...²⁴”.

Cuando el tenor literal de la ley es claro, la labor interpretativa es mínima ya que se deduce de su exégesis, surgiendo de ella de forma evidente la función de motivación y la prevención general negativa. Si no lo es, ante los posibles significados del texto legal, la falta de precisión sobre el alcance de ciertos términos o los diferentes nombres para un mismo objeto,

²³ HART, H. L. A. *El concepto de Derecho*, Edit. Abeledo Perrot, Bs. As., 1998, 155 y ss.

²⁴ HART, H. L. A. *El concepto de Derecho*, Edit. Abeledo Perrot, Bs. As., 1998, p. 166.

EL MÉTODO DOGMÁTICO DE INTERPRETACIÓN COMO FORMA DE SOLUCIONAR...

444

se recurre a otros procedimientos como el teleológico, histórico, sistemático, progresivo para captar su sentido.

Ahora bien, ¿cuál es el significado de la palabra a considerar? El que corresponde al uso general idiomático o el jurídico?

Bacigalupo²⁵, recurriendo a Beling sostiene que es “el uso sencillo del lenguaje de la vida”.

Núñez²⁶, hace referencia “al sentido común” al distinguir autoría de complicidad.

Evidentemente, existen vocablos con un significado y uso estrictamente jurídico y que el intérprete no puede cambiar, como por ejemplo en los casos de interpretación auténtica donde su alcance está contenido en la ley misma (arts. 77 y 78 del CP), pero esto es excepcional y se debe dilucidar si es el legislador el único que nos proporciona estos elementos o se puede recurrir a otras fuentes de interpretación especialmente en esta rama del derecho donde el principio de legalidad y de reserva es tan acentuado.

Así lo ratifica la Corte, “El legislador debe indicar, de alguna manera, cuándo ha usado un término con un significado diferente del habitual ya que de lo contrario no hay porqué apartarse del uso corriente de las palabras”²⁷.

Zaffaroni²⁸, partiendo de una postura realista sostiene que el legislador está sujeto a lo que se denomina las estructuras lógico-objetivas las cuales no debe contradecir, aunque ello no significa que no pueda limitar o restringir, en cierta medida, el significado común de la palabra con el que nos manejamos en la vida cotidiana, siempre que no altere los conceptos dados al legislador²⁹.

²⁵ BACIGALUPO, ENRIQUE. *Manual de Derecho Penal*, Edit. Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996, p. 181.

²⁶ NUÑEZ, RICARDO. *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Edición actualizada, Edit Lerner, Córdoba, 1999, p. 249.

²⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos, 1428, 10 de agosto de 1995.

Recurso extraordinario de inconstitucionalidad.

²⁸ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, IV, Edit. Ediar, Bs. As., 1995, p. 291.

²⁹ Para JAKOBS, GÜNTHER. *Derecho Penal*, Parte General, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 92. El hecho de que no quepa sustraerse a dicho círculo no quiere decir, que todas las hipótesis previas de fines de la regulación tengan el mismo valor y que la interpretación se agote en enumerarlas. La interpretación arrojará resultados inútiles si no son hipótesis previas idóneas y en la interpretación objetiva debe existir una conexión con las hipótesis previas anteriores.

ANA MARÍA CORTÉS DE ARABIA

445

Posición semejante a la ley natural que es un principio según el cual se afirma la regularidad de cierto grupo de hechos y esos hechos son el contenido de la ley que ella relaciona y organiza. En la norma, en cambio, el contenido está dado por modos de conducta, de comportamiento humano: si se hace tal cosa, deberá hacerse tal otra.

Para Jakobs ³⁰ “...La norma a interpretar puede aportar un nuevo contexto y con ello nuevos significados para antiguas denominaciones de elementos delictivos. Con todo, el intérprete está sujeto al hecho de que el fundamento de una interpretación no usual que él preconice tiene que ser generalizable, es decir, repetible en situaciones homólogas, sin que se desmorone el sistema. A causa de esta sujeción está prácticamente descartado que el intérprete otorgue a la denominación de un elemento un significado que se halle totalmente fuera del entendimiento hasta entonces usual, o bien sea incluso todo lo contrario. ... Bien es verdad que el intérprete al interpretar crea el contenido de la regulación, pero al hacerlo está sujeto al hecho de que las reglas que aplica y las libertades que se toma redundan en la interpretación de todas las regulaciones”.

Muchos son los hechos y nociones cuyo influjo se hacen sentir en el plano jurídico y tanto el legislador como el intérprete, son sujetos históricos sumergidos en un ambiente cultural, con una concepción del mundo cuyas estructuras, consciente o inconscientemente dejarán su rastro en el producto elaborado: la ley y su significado.

Avanzando en el camino de la interpretación, nos referiremos al **criterio lógico-sistemático-jurídico**, con el cual se procura superar las posibles contradicciones entre los diversos preceptos penales. *Lógico*: ya que las proposiciones que se consideran contradictorias deben interpretarse armónicamente siempre que no contengan supuestos de hecho diferentes. *Sistemático*: previamente, debe establecerse si nos referimos al sistema del Código Penal o al Derecho considerado como una unidad donde la Constitución y los principios y conceptos contenidos en ella forman un entramado autosuficiente³¹.

En realidad no existiría tal diferencia ya que la Constitución es el marco normativo superior, insoslayable, regulador y limitador del control social llamado sistema penal, tanto en su sanción como en su interpretación y aplicación.

³⁰ Autor y ob. cit. p 104 y ss

³¹ La interpretación sistemática concibe a la ley penal no como pieza aislada, sino como parte integrante de todo el ordenamiento jurídico.

EL MÉTODO DOGMÁTICO DE INTERPRETACIÓN COMO FORMA DE SOLUCIONAR...

446

Y es una operación *jurídica* porque, sobre la base de la lógica, se busca extraer los conceptos jurídicos.

La labor dogmática, sustentada y asentada en el principio de legalidad, no es sólo exégesis, cumple también, una labor de creación de instituciones y conceptos dentro del marco establecido por la ley, por ejemplo, cuando determina las características del actuar doloso, cuando especifica los requisitos y formas de la culpa, las situaciones en las cuales un sujeto se encuentra en posición de garante, el significado del estado de emoción violenta, el concurso de tipos, la coordinación de la parte general con la parte especial del código penal en todos sus aspectos, aún con leyes especiales a través del art. 4º, etc.

En general, una interpretación de tipo sistemática y progresiva es necesaria ante las reconocidas imperfecciones y vacíos³² de los ordenamientos jurídicos.

Un párrafo aparte merece la **interpretación teleológica**, considerada por algunos autores el criterio más importante de interpretación, en muchos casos decisivo, ya que busca los fines del precepto, de las instituciones, del orden jurídico penal o del Derecho en general.

Se busca el *fin objetivo de la ley* no el *fin subjetivo del legislador*.

Considerando el fin objetivo de la ley, dentro del sistema en general del derecho, obtendremos resultados coherentes no reñidos con la justicia y este es un criterio que se incorpora a la interpretación teleológica.

La Corte se pronunció sobre el tema en diferentes causas sosteniendo que “Las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y dé a todas el valor y efecto para que se salve la finalidad de la ley...³³”.

Evidentemente es la justicia lo que persigue el legislador al establecer el Derecho así como la justicia es uno de los fines objetivos de la norma jurídica (aquí coinciden el fin subjetivo y el objetivo de la ley).

³² En Derecho Penal, los vacíos, o lagunas de la ley, son campo de la libertad y la interpretación no puede ser integradora afectando garantías.

³³ Recurso de hecho deducido por la actora en la causa: Silvia Valentín c/ Caja Nacional de Previsión al personal del Estado y Servicios Públicos para decidir su procedencia. Eduardo Moliné O'Connor . Carlos Fayt . Augusto Cesar Belluscio – Enrique Petracchi – Ricardo Levene (h) – Antonio Boggiano – Guillermo López – Gustavo Bossert. Fallos, Bs. As. , 18 de julio de 1995. ‘. 1386.

ANA MARÍA CORTÉS DE ARABIA

447

Sabemos que por sobre la ley está *la justicia* a pesar de que el juez, reiteramos, desde una óptica formalista, sólo debe ceñirse a lo sancionado y publicado pero, si la aplicación de la ley menoscaba la justicia y por sobre ella *la dignidad del hombre*, afecta también el espíritu de los principios explícitos o implícitos que conforman el derecho.

Actualmente la dignidad no sólo es un valor, sino que toma jerarquía positiva al estar contenida en pactos y tratados internacionales incorporados a la Constitución nacional.

La introducción de la idea de la justicia en la interpretación teleológica es uno de los medios para conferir validez inmediata al Derecho Natural sin reemplazar por ello, en el Derecho Penal, al Derecho Positivo.

“El Derecho natural, como realidad objetiva, y el realismo jurídico, como concepción iusfilosófica, explican adecuadamente el funcionamiento de nuestro sistema jurídico y pueden iluminar la reflexión doctrinaria y la actuación de los distintos operadores jurídicos a fin de mejorar su eficacia,

legitimidad y justicia”³⁴.

En el individuo se encuentra el testimonio seguro de la justicia de una ley, porque en él y sólo en él es donde podemos hallar el fundamento de toda evidencia³⁵.

Los derechos subjetivos reconocidos jurídicamente tienen su fuente en el hombre, en una concepción antropocéntrica de la ciencia jurídica³⁶.

Otro aspecto de la interpretación teleológica lo constituye su relación con el “bien jurídico”. Cada uno de los tipos penales se orienta a la protección de un determinado “bien jurídico” (genérico o específico) cuyo descubrimiento es una tarea importante de la interpretación.

Esta búsqueda de la finalidad protectora de la norma se integra con procedimientos como el sistemático y el histórico. Pero ni el método teleológico ni el histórico son autónomos y el criterio del bien jurídico debe ser deducido del ordenamiento jurídico como sistema y en una conexión más restringida, con el ordenamiento jurídico penal³⁷.

³⁴ SANTIAGO, ALFONSO (H). *La relación entre derecho natural y derecho positivo en el sistema jurídico argentino*. La Ley, viernes 25 de julio de 1997.

³⁵ SOLER, SEBASTIÁN “*Ley, historia y libertad*”, Edit. Abeledo Perrot, Bs. As., 1957.

³⁶ Conf. también a ZAFFARONI, E. R. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General, II, Edit. Ediar, 1995, pp. 421 y ss. quien expresa que el derecho debe ser antropológicamente fundado.

³⁷ CREUS, CARLOS. *Derecho Penal*. Parte General, Edit. Astrea, Bs. As., 1992, p. 83.

EL MÉTODO DOGMÁTICO DE INTERPRETACIÓN COMO FORMA DE SOLUCIONAR...

448

La consecuencia más importante del criterio interpretativo del bien jurídico es la de que una conducta que aunque cumpla el supuesto de hecho legal será atípica, si no lesiona el bien jurídico protegido por la norma.

Límites a la labor interpretativa

Así como la labor del legislador está limitada por el artículo 19 de la Constitución (Los pensamientos no son punibles) no pudiendo sancionar normas de naturaleza penal a condición de que se encuentre comprometido un bien jurídico determinado, la interpretación también tiene límites.

La frontera infranqueable de la interpretación judicial en materia penal la constituye el principio de legalidad y de reserva, ya que no se puede ir más allá de lo que el texto dice prohibiéndose la analogía en *malam partem*. No se debe confundir la *interpretación extensiva*, que es uno de los resultados permitidos de la interpretación, con la analogía que en principio, está prohibida.

Sin embargo existen fórmulas en el Código Penal donde se hace referencia a la analogía, como en los artículos: 140 cuando dice “... redujere a una persona a servidumbre o a otra condición análoga...”, 172 al referirse a “cualquier otro ardid o engaño”, 163, inc. 3º, 187, 139, inc. 2º, etc., estos son conceptos amplios que permitirían mayor margen a la subsunción, pero no son invitaciones a la interpretación analógica³⁹.

GIMBERNAT ORDEIG⁴⁰ distingue entre *analogía e interpretación analógica*. La analogía es inadmisibles en Derecho Penal cuando lleva a resultados desfavorables al reo. Si bien muchos cuestionan la distinción, menciona a Arthur Kaufmann quien escribe “Consúltese en la bibliografía correspondiente lo que se dice sobre la diferenciación entre interpretación lícita y analogía prohibida: es la confesión de la absoluta imposibilidad de una delimitación practicable... pues cuando se dice que la interpretación llega hasta el “sentido literal posible”, se halla uno ya en medio de la analogía,

ya que “sentido literal posible” no es ni uno unívoco ni uno equívoco, esto es, sólo puede ser uno análogo... Y así sucede que nadie se toma realmente en serio la “prohibición de analogía”, pues una prohibición estricta

³⁸ Tanto la *analogía legis* como la *analogía iuris* deben tratarse, en Derecho Penal del mismo modo, es decir si son favorables o contrarias al reo (LARENZ “*Metodología de la ciencia del Derecho*”, 1994, pp, 318, 341)

³⁹ TERAN LOMAS, ROBERTO. *Derecho Penal*. Parte General, T 1, Edit. Astrea, Bs. As., 1980, pp. 155/156.

⁴⁰ Autor y ob. cit. p. 63.

ANA MARÍA CORTÉS DE ARABIA

449

de analogía desembocaría en una prohibición de interpretación, cuya absoluta inefectividad nos muestra la experiencia histórica”. Resumiendo: para Kaufmann prohibir la analogía es prohibir la interpretación.

Es posible distinguir analogía de interpretación analógica. La interpretación analógica se presenta cuando, para solucionar las dudas sobre el alcance de una norma penal, acudimos a la comparación con normas que regulan supuestos similares, pero el resultado no puede estar nunca en contradicción con el *sentido literal posible*. La analogía prohibida, en cambio, opera como la interpretación analógica, mediante la comparación de supuestos similares, pero, a diferencia de aquella, llega a resultados incompatibles con la letra de la ley (excede el sentido literal posible).

Jakobs⁴¹ se refiere a la interpretación generalizadora diciendo que:

“Si de un entendimiento específicamente ordinario, pero estricto, de una regulación surgen *lagunas*, este sólo no es un motivo suficiente para una interpretación generalizadora. Un ordenamiento jurídico que reconozca el principio de legalidad no puede a la vez interpretarse de modo que se colmen todas las lagunas, pues el principio es necesario sólo cuando hay campos que no se regulan, es decir, cuando quedan lagunas de regulación. Sólo cabe abandonar un entendimiento ordinario a favor de un entendimiento general cuando la regulación, de lo contrario, llega a ser arbitraria porque grupos de supuestos del mismo rango se tratan desigualmente o incluso grupos de supuestos menos graves se tratan con más rigor que otros grupos más graves...”.

Admitir la analogía legal para solucionar las lagunas del derecho sería reemplazar la voluntad de la ley por la del juez, y en materia penal nunca se puede crear una norma copiando otra⁴².

Pero es opinión dominante en la doctrina la aceptación de la analogía como instrumento de lógica jurídica cuando se la utiliza como argumento para interpretar una norma por los significados que se le han dado a otras, puesto que entonces pasa a ser base del procedimiento sistemático⁴³ (*argumentum a simile*).

⁴¹ Autor y ob. cit.. pp. 105 y ss.

⁴² CREUS, CARLOS. *Derecho penal*, Parte General, Edit. Astrea, Bs. As., 1992, pp. 78 y ss.

⁴³ JESCHECK, HANS. *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Edit. Comares, Granada, 1993, p. 135: “La analogía es un procedimiento habitual de la lógica jurídica” y para ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Tratado de Derecho Penal*, I, Parte General, Edit. Ediar, Bs. As., 1977, p. 304 “es una forma o recurso del pensamiento” y nada tiene que ver con la analogía prohibida.

EL MÉTODO DOGMÁTICO DE INTERPRETACIÓN COMO FORMA DE SOLUCIONAR...

450

Cuando se aplica este argumento estamos interpretando ya que no se traspasa el límite dado por la misma ley, pero cuando excedemos ese límite estamos integrando, resultado permitido en el Derecho civil pero no en el

Derecho penal.

Otro límite a la interpretación, dentro del ámbito temporal de aplicación de la ley penal, es la conocida regla: “las leyes rigen para el futuro”, consecuencia del principio de legalidad. Pero esa regla no es absoluta porque si beneficia al reo se admite la extra - actividad de la ley penal. Así se habla de la irretroactividad de la ley penal más gravosa y de la retroactividad o ultra - actividad de la ley penal más benigna.

La prohibición de aplicar el derecho consuetudinario para fundamentar la pena o agravarla también se deriva necesariamente del *nullum crimen, nulla poena...* pero no vincula para determinar la responsabilidad penal aunque, según algunos autores⁴⁴, sí para atenuarla.

En general, los límites al *ius puniendi*, en un Estado social y democrático de derecho, tanto al sancionar la ley como al aplicarla funcionan como una garantía al servicio del ciudadano.

Hoy reconocemos la relatividad del derecho con respecto a su eficacia, muy alejados de aquellas ideas optimistas de las que sólo mediante el derecho se traería la felicidad a los hombres.

La tarea del penalista consiste en ir superando las aparentes contradicciones que surgen al tratar de dar respuesta a los distintos problemas y en armonizar esas soluciones dentro de un sistema.

En un sistema que nunca habrá de considerarse como algo definitivo y acabado, sino siempre susceptible de modificación y de nueva armonización cuando sea preciso incorporar a él nuevos principios obtenidos del enfrentamiento con nuevos conflictos, ello dentro de un marco de respeto por lo dispuesto en nuestra Ley Suprema que en definitiva es la expresión de las notas características de un pueblo que eligió vivir de una manera determinada.

Conclusiones

- El núcleo central de la cuestión para la comprensión del fenómeno jurídico asentado en situaciones de hecho y de derecho es la interpretación.
- Nuestra disciplina posee una identidad propia que proviene de nuestra historia y está plasmada en la Constitución Nacional y en numerosas leyes dictadas en consecuencia.

⁴⁴ ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal, Parte General*, Edit. Civitas, Madrid, 1997, p. 161.

ANA MARÍA CORTÉS DE ARABIA

451

- Se vincula con las demás ramas del derecho en una serie de relaciones, semejanzas y diferencias, de igual manera que con la doctrina (nacional y extranjera) y con la jurisprudencia.
- Está inmersa en el entramado de situaciones económicas, políticas, asistenciales, de seguridad ciudadana, de avances científicos, de posiciones filosóficas, sociológicas, de finalidades de política criminal, etc. que la rodean e influyen dado su característica de ser un sistema abierto.
- Ante las posibles impropiedades o contradicciones de ciertas leyes con el sistema normativo surge la necesidad de su intelección, compatibilizando principios y conceptos.
- La importancia del método dogmático, partiendo del significado de las palabras de la ley y recorriendo las distintas operaciones lógicas de interpretación para una aplicación congruente y racional de la norma penal en pos del afianzamiento de nuestra identidad, es innegable.
- La labor dogmática no finaliza con el examen de la letra de la ley sino que luego de su análisis reflexivo y crítico, reconoce los principios y

conceptos que se desprenden de sus normas y construye así las instituciones jurídicas.

Bibliografía

- BACIGALUPO, ENRIQUE. *Manual de Derecho Penal*. Edit. Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia, 1996.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Fallos.
- CREUS, CARLOS. *Derecho Penal. Parte General*. Edit. Astrea. Buenos Aires, 1992.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y Razón*. Edit. Totta. Valladolid. Cuarta Edición, 2000.
- FONTÁN BALESTRA, CARLOS. *Tratado de Derecho Penal*. Edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1970.
- FONTÁN BALESTRA, CARLOS. *Introducción y Parte General*. Edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1995.
- JAKOBS, GÜNTER. *Derecho Penal. Parte General*. Edit. Marcial Pons. Madrid, 1997.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Comares. Granada, 1993.
- GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE. *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Edit. tecnos. Madrid, 1998.
- GIMENEZ DE ASÚA, LUIS. *Tratado de Derecho Penal*. Edit. Losada S.A. Buenos Aires, 1977.
- GORDILLO, AGUSTÍN. *El método en derecho*. Edit. Civitas. Madrid 1997.
- HART, H. L. A. *El concepto de derecho*. Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
- KELSEN, HANS. *Teoría pura del derecho*. Edit. Universitaria de Buenos Aires. Bs. As. 1971.
- EL MÉTODO DOGMÁTICO DE INTERPRETACIÓN COMO FORMA DE SOLUCIONAR...
452
- LAJE ANAYA, JUSTO. *Comentarios al Código Penal. Parte General*. Edit. Depalma. Buenos Aires, 1985.
- *Apuntes de Derecho Penal. Parte General*. Edit. Lerner. Córdoba, 1995.
- LAJE ANAYA-GAVIER. *Notas al Código Penal Argentino. Parte General*. Edit. Lerner, Córdoba, 1996.
- LASCANO, CARLOS J. *Lecciones de Derecho Penal*. Edit. Advocatus. Córdoba, 2000.
- LARENZ, K. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Edit. Ariel. Barcelona, 1980.
- LISTZ, FRANZ VON. *Tratado de Derecho Penal*, Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros. Edit. REUS S.A. Madrid, 1999.
- MAURACH, REINHART. *Tratado de Derecho Penal*. Edit. Ariel. Barcelona, 1962.
- MEEHAN, JOSÉ HÉCTOR. *Teoría y técnicas legislativas*. Edit. Depalma. Buenos Aires, 1976.
- MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal, Parte General*. PPU, S.A. Barcelona, 1996.
- NÚÑEZ, RICARDO C. *Derecho Penal Argentino. Parte General*. Edit. Lerner. Córdoba, 1976.
- NÚÑEZ, RICARDO C. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Edic. Actualizada. Edit. Lerner. Córdoba, 1999.
- ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal. Parte General*. Edit. Civitas. Madrid, 1997.
- SANTIAGO, ALFONSO (h). *La relación entre derecho natural y derecho positivo en el sistema jurídico argentino*. La Ley, 25 de julio de 1997.
- SOLER, SEBASTIÁN. *Derecho Penal Argentino*. Edit. TEA. Buenos Aires, 1976.
- *Ley, historia y libertad*. Edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1957.
- BENTHAM, J. *Tratado de los sofismas políticos*. Edit. Rosario, 1944.
- TERÁN LOMAS, ROBERTO. *Derecho penal. Parte General*. Edit. Astrea. Buenos Aires, 1980.
- VIDAL, HUMBERTO S. *Derecho Penal Argentino. Parte General*. Edit. Advocatus. Córdoba, 1994.
- WELZEL, HANS. *Derecho Penal Alemán*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1972.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Edit. EDIAR. Buenos Aires, 1995.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Edit. EDIAR.

Buenos Aires, 1977.

ZULETA PUCEIRO, ENRIQUE. *Interpretación de la ley. Casos y materiales para su estudio.*

Edit. La Ley. Serie de libros universitarios. Buenos Aires, 2003.

ANA MARÍA CORTÉS DE ARABIA

453

COOPERACION INTERMUNICIPAL INDUCIDA PARA EL DESARROLLO REGIONAL-LOCAL: EL PACTO DE SANEAMIENTO FISCAL EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA

por Martha Diaz de Landa – M. Consuelo Parmigiani de Barbará***

Resumen: El “Acuerdo económico, financiero y fiscal entre la Provincia de Córdoba con Municipios y Comunas para el fortalecimiento sustentable del régimen municipal y comunal” (“Pacto de Saneamiento Fiscal”), instrumento principal de consecución de los objetivos generales previstos por la Ley 8.864, prevé la obligación para Municipalidades y Comunas de menos de 30.000 habitantes de constituir *entes regionales de recaudación y gestión*.

La renuencia de varios municipios y comunas a formalizar e implementar la propuesta del Gobierno Provincial, plantea la necesidad de indagar acerca del proceso y evolución que ha seguido la implementación de esta política pública. Este artículo expone parte de los resultados de la investigación que las autoras han dirigido entre los años 2000 y 2002. Los resultados refieren el proceso de constitución de los entes de recaudación y el marco institucio-

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales - Universidad Nacional de Córdoba. Post-Doctorado en The University of Chicago – EE.UU. Profesora Asociada de Sociología en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Directora de la Maestría en Sociología – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Centro de Estudios Avanzados - UNC. E-mail: landa@powernet.net.ar

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales - Universidad Nacional de Córdoba Postgrado en la Eberhard Universität de Tübingen, Alemania. Profesora Adjunta Regular de Derecho Político - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Secretaria de Asuntos Académicos de la Universidad Nacional de Córdoba. Email: cjbarbara@arnet.com.ar

454

nal resultante, el análisis de la red de actores que conforman sus estructuras de implementación, el grado de cohesión de las mismas y de los problemas de coordinación intermunicipal que en ellas se manifiestan. La hipótesis de base es que los problemas de coordinación, afectan la conformación y la acción colectiva de los entes regionales, es decir: el avance de la implementación de los mismos. Se analizan dos casos contrastantes de conformación de entes regionales que permiten confirmar la hipótesis planteada.

Palabras claves: Gobiernos Locales – Regionalización – Relaciones intergubernamentales – Coordinación Política – Cooperación intermunicipal.

Introducción

Se ha instalado desde los noventa la tendencia general a una modalidad distinta de gestión estatal de lo público; en todo los niveles, la actividad estatal tiende a la descentralización, a la horizontalización y a la negociación -también con los actores de la sociedad civil-, frente a formas más tradicionales como la centralización, la jerarquía y la imposición. Por otra parte, no menos generalizada y progresiva es la tendencia a la expansión de las competencias de los gobiernos locales, particularmente una mayor intervención en políticas sociales y de desarrollo económico y social. El principio de la inmediatez para captar y evaluar la demanda social como característica peculiar de los niveles locales y la necesidad de potenciar y fortalecer sus capacidades endógenas de iniciativa e innovación dirigidas hacia la equidad social y el respeto al medio ambiente, coloca a los gobiernos locales en principales agentes del desarrollo sustentable. Desafían tal expectativa -en Argentina en general y en Córdoba en particular- una serie de problemas vinculados a la escala de la gestión político-

administrativa local, el desequilibrio fiscal que ésta exhibe, la creciente demanda de la población de servicios y asistencia social, que tiene como primer receptor al gobierno local, la persistencia de contextos recesivos prolongados y de legitimación política relativa, a lo que se suman las carencias de previsibilidad que afectan el impulso y el mantenimiento de innovaciones en la gestión y la programación de políticas a mediano y largo plazo. El proceso seguido por el “Acuerdo económico, financiero y fiscal entre la Provincia de Córdoba con Municipios y Comunas para el fortalecimiento sustentable del régimen municipal y comunal” (o “Pacto de Sanea-

¹ No es igual la situación de las grandes metrópolis y otras ciudades importantes, donde las deformaciones se refieren a burocracias tradicionales desarrolladas que reproducen prácticamente la situación de los planos supraordenados (provincias y nación), a la situación en comunidades pequeñas con estructuras muy elementales, casi pre-burocráticas.

MARTHA DIAZ DE LANDA - M. CONSUELO PARMIGIANI DE BARBARÁ

455

miento Fiscal”), del año 2000², proporciona un buen ejemplo de una iniciativa que pretende incentivar la cooperación intermunicipal como estrategia generalizable de desarrollo en el territorio provincial.

La renuencia de varios municipios y comunas a formalizar e implementar la propuesta del Gobierno Provincial, plantea la necesidad de indagar acerca del proceso y evolución que ha seguido la implementación de esta política pública; sobre todo interesa reconocer la variabilidad que a nivel local han tenido la constitución y el funcionamiento de los entes regionales de recaudación y gestión, instrumento principal de consecución de los objetivos generales previstos por la Ley 8.864³.

En relación a dicha problemática, este artículo expone parte de los resultados de la investigación que las autoras han dirigido entre los años 2000 y 2002⁴. Los resultados refieren el proceso de constitución de los entes de recaudación y el marco institucional resultante, el análisis de la red de actores que conforman sus estructuras de implementación, el grado de cohesión de las mismas y los problemas de coordinación intermunicipal que en ellas se manifiestan. La hipótesis de base es que los problemas de coordinación afectan la conformación y la acción colectiva de los entes regionales, esto es, el avance de la implementación de los mismos.

1. El Pacto de Saneamiento Fiscal entre la Provincia y los Gobiernos Locales

Esta medida político-institucional no sólo contempla una pura cuestión de “salvataje” de la crisis fiscal de municipios y comunas de la provin-

² El 5 de febrero de 2000, se firma el “Acuerdo económico, financiero y fiscal entre la Provincia de Córdoba con Municipios y Comunas para el fortalecimiento sustentable del régimen municipal y comunal” -denominado “Pacto de Saneamiento Fiscal”-. En julio del mismo año, el acuerdo fue convertido en la Ley Provincial N° 8.864. Posteriormente se han sucedido hasta el año 2002 reformulaciones del pacto inicial. Se refiere a ellas más adelante.

³ De las 428 unidades locales, 410 adhirieron al Pacto. Entre las que no adhirieron, se registraron casos polares: la Municipalidad de Córdoba –el núcleo urbano más potente en el contorno provincial- y pequeñas localidades (4 Municipios y 14 Comunas).

⁴ “*Los municipios entre la fragmentación y la regionalización frente a la modernización del Estado y el desarrollo sustentable*” e “*Incentivos y conflictos para la regionalización de políticas locales*”. El primero, Subsidio Agencia Córdoba Ciencia Sociedad del Estado Años 2000 a 2003, Dirección: M. Díaz de Landa; y el segundo Subsidio 2001/2003 de la Secretaría de Ciencia y Técnica, UNC, Dirección: M.C. Parmigiani de Barbará. Participaron en la producción de los resultados que se exponen: Víctor Mazzalay, Andrea Gigena, María Marta Santillán y Milagros Sosa Salico.

COOPERACION INTERMUNICIPAL INDUCIDA PARA EL DESARROLLO REGIONAL -LOCAL...

456

cia⁵–central, en tanto permitió reprogramar el pago de la abultada deuda que los gobiernos locales tienen con la Provincia, y abierta incluso la posibilidad de incorporar las deudas con el sector privado-. También prevé la obligación para Municipalidades y Comunas de menos de 30.000 habitantes de constituir *entes regionales de recaudación y gestión*⁶.

El Anexo “A” del Pacto, apartado “Agrupamiento y Zonificación”, agrupa los municipios y comunas menores de 30.000 habitantes en 17 entes regionales, bajo la idea de optimizar y mejorar la escala de funcionamiento de las administraciones locales, proveer a la gestión tercerizada de la recaudación y responder a la conveniencia de unificar los criterios de constitución y dictado de los respectivos estatutos. La “Unidad de Trabajo Provincia - Municipios” -en el ámbito del gobierno provincial- desarrollará los criterios orientadores⁷. Por tanto, las asociaciones de municipios representan una alternativa de solución adecuada para atacar el problema del inframunicipalismo⁸ que, por su diseño y desarrollo institucional, presen-

⁵ La evolución del estado presupuestario entre los períodos 1996-1998 y 1999-2000 indica en términos porcentuales un aumento generalizado del número de localidades deficitarias, marcándose un incremento de casi del 100% en algunas categorías según su tamaño poblacional. (Anexo: Tabla 1).

⁶ Sus objetivos expresos son el “fortalecimiento *sustentable* del régimen municipal y comunal” y la adopción de “*políticas uniformes que armonicen* el régimen Municipal y Comunal,... mediante un *reordenamiento territorial*, que permita a los numerosos y atomizados municipios y comunas organizarse administrativa y espacialmente en *grupos funcionales equilibrados*”.

⁷ Independientemente de su tamaño y situación fiscal, los gobiernos locales en virtud del pacto y su sanción en la Ley 8864, se comprometen a medidas de articulación político territorial: la armonización tributaria entre los distintos niveles de gobierno, la armonización catastral, la clasificación geográfica de las partidas presupuestarias provinciales. Además contempla la sanción de un estatuto, reglamento y escalafón únicos para el personal municipal y comunal y la discusión de la modificación de la Ley Orgánica Municipal N° 8102, para la eliminación o reducción de gastos y dietas de los Concejos Deliberantes y Tribunales de Cuentas y revisión de la cantidad, representación y forma de elección de los concejales. Restricciones a los gastos en personal y a los gastos en general, en particular los denominados no estables o de nivel político, así como el establecimiento de normas de responsabilidad fiscal y de acciones de capacitación en el uso de los recursos técnicos, informáticos, de gestión y de acción social municipal integran asimismo el paquete de obligaciones asumidas.

⁸ MÓNICA ITURBURU (2001) señala esta dificultad como característica de la mayoría de los sistemas locales de las provincias argentinas. Córdoba se encuentra entre las más afectadas. Sobre los 428 gobiernos locales, aproximadamente el 42% son Comunas y el 58% Municipios. Según el Censo 2001, el 43% de los municipios y el 95% de las comunas tienen menos de 2000 habitantes.; cuatro (4) comunas superaron los 2000 habitantes. Sólo el 8.7% de las localidades superan los 10.000 habitantes. La densidad poblacional provincial es apenas de 18.5 (Díaz de Landa y Gigena, 2002)

MARTHA DIAZ DE LANDA - M. CONSUELO PARMIGIANI DE BARBARÁ

457

tan los gobiernos locales de Córdoba. El sistema tiene una referencia expresa al espacio, con contigüidad, a diferencia de los entes intermunicipales contemplados en la Constitución Provincial (CPC), art. 190. Para determinar la composición de los entes se han tenido en cuenta la distancia, el acceso a vías de comunicación comunes y más directas, el tamaño y las condiciones económicas.

Esta propuesta de innovación en las relaciones interjurisdiccionales, intenta responder además a la solución de las disfuncionalidades que el proceso descentralizador ha manifestado, en particular la *tendencia a la fragmentación y la débil sustentabilidad* de los gobiernos locales. Ambos problemas se relacionan y refuerzan el déficit de aquellos para el

gerenciamiento de la complejidad en contexto de profunda crisis fiscal. Refiérese la fragmentación a una alta e inconexa diferenciación en la organización de las actividades estatales, que conduce a superposiciones costosas u obstructivas o a vacíos en el desarrollo de políticas (ambientales, de salud, higiene, obras públicas, seguridad, etc.); la sustentabilidad, por su parte, alude a la capacidad política, técnica y financiera de las unidades de gobierno autónomas para efectivizar objetivos de desarrollo, respecto de lo cual el marco de las competencias propias, la escala técnica y económica de su dominio funcional y territorial y la disponibilidad/accesibilidad del capital económico, social y político tienen una incidencia fundamental. La necesidad de escala compromete las relaciones intergubernamentales tanto verticales (local-provincial) como horizontales (entre gobiernos locales). La de disponibilidad y/o accesibilidad afecta la posibilidad de las unidades locales de intervenir en la coordinación socio-territorial (articulación entre mercado-comunidad-sistema político) con efectividad localizada y confluyente hacia el desarrollo. Cuestión tanto más importante frente a las transformaciones estaduales y económicas globales de los tiempos actuales. (Parmigiani de Barbará, 2002a y b; Parmigiani de Barbará 2003; Diaz de Landa, 2002; Diaz de Landa y Gigena 2002; Diaz de Landa, 2003).

Por su parte, la Provincia acepta la reprogramación de las deudas existentes al 30 de noviembre de 1999, cancelación mediante los Títulos de Apoyo Municipal (TITAM) a emitir por los Municipios y Comunas en un plazo máximo de dieciséis años, con la garantía adicional de la Provincia de hasta el 1% de la coparticipación federal. Se propone la reforma de la Ley de Coparticipación Provincial para la conformación del Fondo Anticrisis y Sanearamiento Municipal (FASAMU) con el 1,5% de los recursos provin-

COOPERACION INTERMUNICIPAL INDUCIDA PARA EL DESARROLLO REGIONAL -LOCAL...

458

ciales coparticipables por un término de cuatro años⁹. El decisivo papel del Gobierno Provincial para impulsar la iniciativa se comprende desde sus propios intereses: acceso a préstamos de organismo internacionales, el cobro de la deuda municipal y reducción de los costos de transacción en las negociaciones con los gobiernos locales en vistas a políticas multinivel¹⁰. Su principal recurso de negociación deriva de la necesidad de los gobiernos locales de sanear sus finanzas, las que condicionan fuertemente sus capacidades de gestión y deteriora el capital político de sus autoridades.

Dada las autonomías municipales, los entes son formaciones consensuadas a lo largo de varias instancias: adhesión al Pacto y su ratificación por los Concejos Deliberantes y Juntas Comunales, aceptación de los agrupamientos de localidades constitutivos de los entes sugeridos por la Provincia o definición de otros alternativos, entre otros actos. Por las condiciones de constitución, dichos entes configuran conformaciones regionales¹¹.

Los múltiples consensos requeridos retrasó el proceso. Por motivos políticos o burocráticos, en diciembre de 2000 sólo el 50% de las localidades adheridas contaba con la Ordenanza de su respectivo Concejo Deliberante.

El gobierno provincial intimó a las localidades retrasadas, so pena de “perder el derecho de acceder al auxilio del FASAMU, ..(y).. descontar de (la) coparticipación la totalidad de la deudas existentes”¹². Al finalizar el año 2000 el 90% de ellas cumplieron lo exigido.

⁹ La Provincia se beneficia con la retención consentida de los fondos coparticipados.

Cubre el costo de financiación de los TITAM y los aportes a la Caja de Jubilaciones, a la obra social de los empleados (IPAM) y a la Dirección de Seguro de Vida, así también las restituciones del impuesto al automotor, evitando la morosidad de los gobiernos locales.

¹⁰ Aunque el fin inmediato y dominante de la constitución de los entes es la recaudación, éstos "... 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 y la creación de planes estratégicos de desarrollo regional" (Cláusula XIII, Pacto de Saneamiento Fiscal).

¹¹ Los entes están contemplados por analogía con los "organismos intermunicipales", art. 190 CPC, reglamentado por el art. 183 de la Ley 8102). Son personas jurídicas de Derecho Público, creadas por los municipios y/o comunas. Su diseño orgánico, funcionamiento y fines deben establecerse en el acto de la creación. El límite de la indelegabilidad de funciones (CPC, art. 13), es un punto controvertido. El tema de la delegación de competencias municipales a una instancia regional, trabó la inclusión de la "regionalización" como instancia supramunicipal en el último proceso de reforma constitucional provincial.

¹² Carta de emplazamiento con sello de "Urgente", firmada por los Ministros de Gobierno y de Finanzas. La capacidad de presión del Gobierno Provincial redundaba en la alta

MARTHA DIAZ DE LANDA - M. CONSUELO PARMIGIANI DE BARBARÁ

459

2. Proceso de implementación de los entes regionales de recaudación y gestión

Sectores del radicalismo -principal fuerza de oposición- definieron la conformación de los entes como una amenaza a la autonomía municipal.

La divergencia mayor y generalizada radicó en la tercerización de la recaudación y la inclusión de todas las deudas impositivas, anteriores o posteriores al Pacto.

Otro punto crítico refería a la integración de los entes prevista en el Anexo del Acuerdo. Se modificó en consecuencia el esquema inicial de la regionalización sugerido por el Gobierno Provincial dejando en mano de los gobiernos locales la elección de las localidades con las que se agruparon para la organización de los entes¹³, aunque no alcanzaran el mínimo poblacional que en principio fijó el Gobierno central⁴.

Si bien se mantuvo la tercerización de la recaudación, se aceptó un abanico de modalidades alternativas: en la licitación podrán participar "empresas privadas, entes constituidos por los municipios, o sociedades mixtas, o cualquier otra forma de organización o entidad que tenga capacidad jurídica de cumplir con el objeto"¹⁵.

dependencia que los gobiernos locales tienen de los recursos de la coparticipación. Los datos presupuestarios ordenados en dos períodos (1996-1998 y 1999-2000), muestran en promedio tal dependencia. También evidencian las dificultades que la mayoría de los gobiernos locales tiene para cubrir con recursos propios el 40% o más de sus erogaciones totales. (Anexo, Tablas 2 y 3)

¹³ Son ilustrativas las declaraciones de un representante de una Comuna, «No nos incorporamos al ente (se refiere al que fuera asignado según proyecto del Gobierno Provincial) porque era una cosa hecha desde un oficina, sin conocimiento de nada y con localidades que no teníamos afinidad de ningún tipo». Otro justifica su elección: «Creíamos que era conveniente la forma de vida, los habitantes, la región económica (se refiere a los que conformaron el ente que integra su municipio) ...distintos actores (alude a otros municipios/ comunas con los que no se integraría), con los que no nos encontrábamos para integrarnos.» En tono descriptivo un intendente afín al oficialismo, señala: «La provincia obligó a conformar un ente, pero luego tuvimos libertad para determinar con que localidades nos agruparíamos.»

¹⁴ Sobre las dificultades de las negociaciones, refiere el representante de uno de los gobiernos locales miembro del Ente 5: «... Jugó un papel importante en la lenta aceptación de la conformación del ente no alcanzar los treinta mil habitantes. Aceptó (el Gobierno Provincial) finalmente por presión.» Formalizadas las modificaciones por la ley provincial N° 8864, del 5 de julio de 2000, "...con la salvedad que tales cambios deberán respetar los criterios de regionalización tendiendo a un ordenamiento territorial"

¹⁵ La posición de parte de los municipios y comunas se expresa en los dichos de un entrevistado, representante de uno de ellos: «*Creo que el hecho de que se replanteara la*

COOPERACION INTERMUNICIPAL INDUCIDA PARA EL DESARROLLO REGIONAL -LOCAL...
460

A más de un año de concertado el Pacto y coincidiendo con el acto de lanzamiento por el Gobernador de los 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 negociaciones;

40 municipios y comunas no consensuaron sus agrupamientos, mientras 7 localidades (además de la ciudad de Córdoba) no adhirieron al Pacto¹⁶.

Estos datos ponen de manifiesto las dificultades en la implementación efectiva de la política provincial de regionalización, e inducen a interrogar acerca de la integración de los entes que de ella emergen.

La ascendente crisis política, económica y financiera del país, llevó al Gobierno Provincial, frente a las resistencias de los gobiernos locales, a la firma de un Acta Acuerdo para la Reformulación del Pacto de Saneamiento el 8 de noviembre de 2001, el que debió ser nuevamente revisado tras intensas y urgentes negociaciones, suscribiéndose un tercer acuerdo el 9 de mayo de 2002. Ello permitió –según declaración de intendentes entrevistados– disipar las discrepancias que existían sobre montos y plazos de reprogramación de las deudas, y avanzar sobre aspectos vinculados a la reforma administrativa y política en los ámbitos locales y pautas de armonización de la tributación para disminuir los costos de los servicios públicos sobre las economías locales-regionales.

El análisis realizado advierte que se trata de una política de concreción dificultosa y fuertemente obstaculizada por los intereses locales. Además del tema de la autonomía, estos básicamente se manifiestan en los siguientes aspectos: a) Un prolongado e inconcluso proceso de diseño de la zonificación. Afinidades y diferencias entre las localidades aparecen como una de las principales razones; b) Desconfianza a que la incorporación sea interpretada como autorización al provincial para el cobro automático de las deudas; c) Rechazo a formas de tercerización que incorporen agencias *posibilidad de que los municipios/comunas pudieran participar del proceso licitatorio para la tercerización fue muy importante, porque si no se quedarían muy dañadas las autonomías municipales.*» A tenor de la información periodística consultada: “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 la 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).

¹⁶ Documentación de la Secretaría de Asuntos Institucionales, Oficina de Asesoramiento de Entes Municipales y Comunales, Ministerio de Gobierno de la Provincia de Córdoba.

MARTHA DIAZ DE LANDA - M. CONSUELO PARMIGIANI DE BARBARÁ

461

externas a la administración local, con acceso a información sobre el estado de la recaudación, datos catastrales, exenciones ad hoc, y por los costos políticos frente a la crisis económica; d) Defensa de la facultad exclusiva de las administraciones locales al cobro de las cuentas morosas y el reclamo judicial; e) Dificultades de organización y los aspectos anteriores, relegan a un segundo plano acciones efectivas en dirección a la cooperación para el desarrollo regional.

Análisis documental y entrevistas a informantes claves, sugieren procesos diferenciados en la constitución de los entes regionales: a) entes cuya

constitución fue ratificada por los Concejos Deliberantes y avanzaron en su implementación; b) agrupamientos con dificultades para su constitución; c) municipios que aún no han definido la integración del ente.

3. Análisis de experiencias de constitución de entes regionales:

Entes 5 y 21

Los objetivos del estudio suponen el análisis de experiencias concretas de integración. De los 25 entes de recaudación fiscal conformados, se seleccionaron los Entes 5 (12 localidades) y 21 (15 localidades) que representan respectivamente las situaciones (a) y (b) reseñadas previamente¹⁷.

El análisis de redes fue utilizado para detectar la estructura de implementación de la constitución de los entes como así también las cualidades de la misma para potenciar la sostenibilidad de la política provincial de regionalización¹⁸. La observación de los entes analizados sugiere la construcción de estructuras de implementación diversas, según el proceso de constitución de los mismos, la perspectiva de los actores en relación a los objetivos de su constitución, ventajas-desventajas de su participación y el sentido que los actores de cada ente le otorgan a la propuesta provincial¹⁹.

La región “natural” identificada por los entrevistados permite significar la construcción identitaria común de las localidades que integran el ente. La composición del Ente 5 coincide con la de región “natural” según superposición de las redes analizadas (la del ente y la sociométrica). No así la red del Ente 21, la cual se secciona en diferentes redes regionales, según la identificación sociométrica indicada por las referencias de pertenencia de los funcionarios municipales/comunales.

¹⁷ Datos descriptivos básicos de cada ente se exponen en Anexo, Tablas 4 y 5.

¹⁸ Para ello se utilizó el programa Structure y Uninet.

¹⁹ Los resultados se basan en datos obtenidos del cuestionario semi-estructurado aplicado a intendentes/presidentes comunales y un concejal/secretario de comuna perteneciente a la oposición.

COOPERACION INTERMUNICIPAL INDUCIDA PARA EL DESARROLLO REGIONAL -LOCAL...

462

²⁰ El análisis de la red “región natural” que se visualiza en Anexo: Gráfico 1, muestra la conformación de un solo clique a un nivel de cohesión punto 3 (máximo del índice: punto 11) en el que se reúnen en un solo cluster todas las localidades. El dibujo de la cohesión muestra la separación de localidades geográficamente próximas pero a las que no se reconoce como miembros de la región “natural”.

MARTHA DIAZ DE LANDA - M. CONSUELO PARMIGIANI DE BARBARÁ

Las diferencias son ilustradas por las configuraciones que presentan los Grafos correspondientes, teniendo en cuenta la información en Anexo: Tablas 4 y 5 y Gráficos 1 y 2, como así también el estadístico que sintetiza, en términos de transitividad, la diferencia entre las redes representadas en los Grafos (Anexo, Tabla 6).

El Ente 5 (Grafo y Anexo: Gráfico 1) conforma una sola red sociométrica, por el reconocimiento mutuo entre todas las localidades de pertenencia al espacio común identificado como la región “natural”, en la que ellas sustentan sus identidades como actores territoriales²⁰.

GRAFO ENTE 5

Por el contrario la red del Ente 21 se secciona en tres cliques regionales, que debilita el índice de cohesión del conjunto de la estructura de implementación (Anexo, Gráfico 2: la red presenta una mayor dispersión que la del Gráfico 1). Se destaca un primer clique constituido por las localidades más fuertes -urbana y económicamente-, con un claro liderazgo en relación al resto de las localidades y un alto índice de cohesión entre ellos²¹.

En el segundo clique²² se forma una constelación de pequeñas comunidades (población promedio de 600 habitantes) alrededor del liderazgo del único Municipio (Totoral, población cercana a 7000 hab.). Un tercer clique conformado por localidades próximas a la ciudad de Córdoba, no todas pertenecientes al ente, registrando algunas de ellas una muy baja cohesión²³.

GRAFO ENTE 21

Mientras el Ente 5 fue uno de los primeros en constituirse y avanzar en acuerdos entre las localidades miembros sobre la terciarización del cobro de las imposiciones municipales, preparando incluso la contratación de

²¹ Jesús María, Colonia Caroya, Colonia Vicente Agüero y Sinsacate.

²² *Candelaria Sud, Cañada de Luque, Capilla de Sitón, Los Mistoles, Villa del Totoral, Sarmiento*, Las Peñas, Simbolar, La Pampa. Integran el ente las localidades en bastardilla.

²³ *Estación General Paz, Estación Juárez Celman, Tinoco*, Salsacate. La Calera, Junquillo, Río Ceballos, Saldán, Agua de Oro, Colonia Tirolesa. Solo las tres primeras integran el ente.

COOPERACION INTERMUNICIPAL INDUCIDA PARA EL DESARROLLO REGIONAL -LOCAL...

464

una empresa socia a la Sociedad del Estado creada por el ente para encargarse de dicha tarea y, finalmente, adoptando una medida alternativa para cubrir el objetivo propuesto de la recaudación²⁴, el Ente 21 - por su parteno ha definido aún la modalidad mediante la cual operará la recaudación impositiva en las localidades miembros. Tampoco ha acordado qué obligaciones tributarias quedarán sujetas al nuevo sistema de recaudación. Por el contrario, prácticamente ha detenido el funcionamiento del ente. Los entrevistados lo justifican en la crisis económica que habría afectado la factibilidad de los objetivos recaudatorios.

No obstante que el impacto de la crisis económica también afectó al Ente 5, información en relación a sus localidades miembros advierte sobre mejoras en la recaudación. Parece plausible reconocer que la heterogeneidad de la estructura de implementación del Ente 21 afecta la capacidad del mismo para coordinar modalidades comunes de gestión. El estadístico de los grafos: transitividad (Anexo, Tabla 6), contrasta el nivel de cohesión de las redes, siendo mayor en el ente 5 la medida de transitividad, comparativamente con las correspondientes al Ente 21.

Entre las razones que parecen actuar sobre las dificultades mayores del Ente 21 con respecto al Ente 5, se encuentra la percepción que los actores tienen sobre el papel que jugó el gobierno provincial en la conformación de los entes. Mientras la mayoría de los funcionarios entrevistados en el 5 le otorgan un rol de impulsor, en virtud del margen de discrecionalidad que han tenido para la conformación del ente; subyace en los relatos de miembros del Ente 21 la idea de imposición de localidades miembros cuya adhesión debió ser aceptada –aunque tardíamente- por el núcleo central (primer clique). Éste se había propuesto constituirse en formación independiente, estrategia no admitida en el ámbito del gobierno provincial. Otro aspecto resaltado por estos actores es la diversidad de las realidades locales, sus distintos intereses y la lejanía de algunas localidades.

Por último, contrasta entre los entes las significaciones características que sus miembros le atribuyen²⁵. El Ente 5 pone énfasis en la conformación más o menos homogénea del mismo, la similitud en la estructura productiva y en el propósito del desarrollo regional. En tanto el Ente 21 se

²⁴ La constitución de la Sociedad Mixta no se concretó. El recrudecimiento de la crisis económica a mediados del enero de 2002 y la incertidumbre sobre la rentabilidad de

las inversiones que el posible socio privado debía realizar llevó al Ente a acordar un proceso propio de tercerización de la recaudación.

²⁵ Las significaciones surgen del análisis de texto realizado mediante el Programa Spad-T.

MARTHA DIAZ DE LANDA - M. CONSUELO PARMIGIANI DE BARBARÁ

465

tipifica por su preocupación acerca del costo político que el objetivo manifiesto del ente tiene: el cobro de impuestos y su impacto en los recursos políticos del gobierno local frente a su comunidad.

En Anexo, Tablas 7 (Ente 5) y 8 (Ente 21) se observa que los entrevistados dan importancia a la existencia de experiencias anteriores de cooperación para la conformación de los entes (57,1% y 50%, respectivamente).

Pero mientras el Ente 5 reconoce una base de sustentación en relaciones de cooperación precedentes (42%), tal percepción se desdibuja en el otro ente: sólo el 27.3% lo hace, a la par que el 31.8% afirma que ha sido poco o nada importante y el 40.9% no responde. Estas diferencias se reiteran en relación a los otros criterios efectivos de conformación de los entes.

Los diferentes perfiles que manifiestan los dos Entes resumen sus características estructurales (configuración de relaciones): el Ente 21, en contraste con el Ente 5, presenta un menor grado de cohesión en sus relaciones, una estructura asimétrica, una mayor renuencia a implementar las acciones previstas y un grado de conflictividad mayor en su interior y en sus relaciones con el gobierno provincial.

Por otra parte, no se avisa iniciativas en la coordinación política que torne menos dependiente la integración regional de los avatares políticos locales. Todo ello a pesar de que son los propios actores los que señalan las consecuencias desestabilizadoras de la volatilidad política en las políticas gubernamentales como uno de los principales riesgos de sostenibilidad de la innovación.

CONCLUSIONES

El objetivo político de la gestión provincial en relación a los gobiernos descentralizados es orientarlos a procesos de integración regional y en este sentido ha diseñado una batería de incentivos con este propósito. En el marco de dicho objetivo, el ordenamiento del territorio al mismo tiempo que es una función del Estado, se constituye en un instrumento de planificación y en un escenario de análisis y concertación, respecto de lo cual el cumplimiento del Pacto de Saneamiento Fiscal sería una condición necesaria para impulsar un proceso de regionalización que fortalezca las condiciones de gobernabilidad del sistema local provincial.

En consonancia con las nuevas tendencias en el análisis de configuraciones institucionales y su relación con los problemas de la *governance*, las redes de actores gubernamentales y no gubernamentales que atraviesan delimitaciones políticas y administrativas son centrales en la gobernabilidad de sistemas complejos y se presentan como una alternativa potencial frente

COOPERACION INTERMUNICIPAL INDUCIDA PARA EL DESARROLLO REGIONAL -LOCAL...

466

a mecanismo de coordinación formalizados y jerárquicos. Sin embargo este supuesto en recientes y novedosos análisis de política pública (Ostrom, 1990; O'Toole, 1997; Bardach 1998; Schneider Mark, John Scholz et al. 2002)²⁶, exige ciertas condiciones que deben ser indagadas.

A la vista de las experiencias antes descritas, una de ellas parece ser el reconocimiento de la emergencia de problemas translocales; otra condición

sugiere la necesidad de reconocer, por parte de los actores involucrados en las estructuras de implementación –dada su autonomía-, la interdependencia y complementariedad interlocales para la resolución de los *propios* problemas locales. Cuenta también que la mayoría de los problemas a cuya solución debe abocarse el nivel local reclaman medidas a mediano y largo plazo, por lo que la sostenibilidad de las coordinaciones se presenta como una exigencia ineludible.

Las estructuras de implementación pueden no alcanzar el objetivo que pareció haberlas generado y, aún más, en el mismo proceso de “aplicación” de la política/s ir redefiniéndose hasta constituirse en propulsoras de reformas o reformulaciones de los objetivos iniciales. O bien, internamente diferenciarse cuando no autorreferenciarse, e incluso desenvolverse en su interior procesos de alta conflictividad. Las estrategias de constitución de las estructuras de implementación parecen afectar, en el caso, el decurso de la política y comprometer en consecuencia sus objetivos.

Si bien no se asume como determinante el esquema formal normativamente presupuesto, el papel del mismo en el proceso de implementación es una cuestión empírica a considerar en sistemas de acción concretos, adoptando como supuesto que tales sistemas se configuran a partir de la interacción de actores “racionales”, esto es: participantes orientados por objetivos o propósitos con variable disposición de recursos para lograr consensos orientados tanto por sus marcos de interpretación de la “institucionalidad legitimante” de sus propósitos, como por su evaluación de la “pertinencia de la institucionalidad deseada”. Se agrega como factor de riesgo: la ausencia de formas de institucionalidad que les otorgue continuidad, neutralizando intereses político-partidarios factibles de variar en situaciones de recambio gubernamental tanto provinciales como locales.

²⁶ “En la actualidad, muchos enfoques sobre resolución de problemas de políticas (“solving policy problems”) buscan generar soluciones down-top y menos coercitivas, creando las condiciones para el surgimiento de nuevas instituciones gubernamentales de carácter regional. Entendemos que las redes (“Networks”) forman el corazón de estas estructuras emergentes” Schneider Mark, et al., 2002: Abstract. (Traducción de las autoras)

MARTHA DIAZ DE LANDA - M. CONSUELO PARMIGIANI DE BARBARÁ

467

Referencias

- BARDACH EUGENE, 1998. *Getting Agencies to Work Together: The Practice and Theory of Managerial Craftsmanship*. Washington DC.: The Brooking Institution
- COLEMAN, JAMES. 1990. *Foundations of Social Theory*. Cambridge, Mass.; London, England: The Belknap Press of Harvard University Press.
- DIAZ DE LANDA, MARTHA. 2003. “Desafíos a la Sustentabilidad de los Gobiernos Locales: Micro-municipalismo y Viabilidad Política de la Regionalización Subprovincial.” *V Seminario Nacional de la Red de Centros Académicos de Estudio de los Gobiernos Locales “La Reforma Municipal Pendiente: Perspectivas y Prospectivas”* Facultad de Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional de Cuyo. Mendoza, Octubre 9 y 10 de 2003
- DIAZ DE LANDA, MARTHA. 2002. “Gobiernos Locales Frente a la Globalización: Interdependencia Regional y Condicionantes de la Acción Colectiva para el Desarrollo Sustentable.” *III Congreso Nacional de Sociología Jurídica “Sociedad y Derecho. Opciones ante la Crisis”* Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, Noviembre 7-9 de 2002
- DIAZ DE LANDA, MARTHA Y ANDREA GIGENA, 2002. “La Regionalización en Córdoba como Estrategia de Gobernabilidad de Sistemas Locales en Materia Fiscal” *IV Seminario Nacional de la Red de Centros Académicos de Estudio de los Gobiernos Locales “Articulaciones Interinstitucionales para el Desarrollo*

Local” Facultad de Ciencia Política y RR II. Universidad Católica de Córdoba. Córdoba, Noviembre 28 y 29 de 2003.

ITURBURU, MÓNICA. 2001: “Nuevos Acuerdos Institucionales para Afrontar el Inframunicipalismo Argentino”, en *Cooperación intermunicipal en Argentina*. INAP- Eudeba. Buenos Aires.

OSTROM, ELINOR. 1990. *Governing the Commons: the Evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge, New York: Cambridge University.

O’TOOLE, LAURENCE J. JR. 1997. “Implementing Public Innovations in Networks Settings”. *Administration and Society* 29, 2:115-138

PARMIGIANI DE BARBARÁ, M. CONSUELO. 2003. “El Reordenamiento Territorial de las Políticas Públicas en la República Argentina: Propuestas, Concreciones y Perspectivas”. *VIII Congreso Internacional del CLAD. “Reforma del Estado y de la Administración Pública”*. Panamá, República de Panamá. Noviembre, 2002. (www.clad.org.ve/congres8.html.)

- 2002a. “La Coordinación Intergubernamental Subnacional de Cara a la Crisis: Posibilidades y Límites”. *VII Congreso Internacional del CLAD. “Reforma del Estado y de la Administración Pública*. Lisboa, Portugal Noviembre, 2003. (www.clad.org.ve/congres7.html.)

- 2002b. “Repensando las Relaciones Intergubernamentales Locales desde el Enfoque Neoinstitucionalista: Un análisis de caso”. *IV Seminario Nacional de la Red de Centros Académicos de Estudio de los Gobiernos Locales (Redmuni) “Articulaciones Interinstitucionales para el Desarrollo Local”*

COOPERACION INTERMUNICIPAL INDUCIDA PARA EL DESARROLLO REGIONAL -LOCAL... 468

Facultad de Ciencia Política y RR II. Universidad Católica de Córdoba. Córdoba, 28 y 29 de Noviembre de 2003.

SCHNEIDER MARK, JOHN SCHOLZ ET ALL. 2002. “Building Consensual Institutions: Networks and the National Estuary Program”. Paper of the Department of Political Science, Florida State University and the Department of Political Science, State University of New York

ANEXO

Tabla 1. Porcentaje de localidades deficitarias para los períodos 1996-1998 y 1999-2000.*

Fuente: Díaz de Landa y Gigena, 2002:

Elaboración propia a partir de datos del Gobierno de la Provincia de Córdoba, Dirección de Asuntos Municipales y Dirección de Estadísticas y Censos.

* El déficit considerado es producto del promedio de los resultados financieros para cada período.

** Se consigna sólo frecuencia absoluta.

Períodos
1996-1998
1999-2000
<1000 hab.
13 (31/239)
31 (77/252)
>1000-
2000 hab.
31 (6/19)
35 (7/20)
>2000-
5000 hab.
31 (19/61)
43 (26/61)
>5000-
10000 hab.
31 (11/36)
64 (27/42)
>10000-

30000 hab.
33 (7/21)
58 (15/26)
>30000
hab.**
--
(1/7)

MARTHA DIAZ DE LANDA - M. CONSUELO PARMIGIANI DE BARBARÁ
469

Tabla 2. Porcentaje de gobiernos locales con coparticipación sobre erogaciones totales >40%, según tamaño de población para los períodos 1996-1998 y 1999-2000. *

Fuente: Diaz de Landa y Gigena, 2002:

Elaboración propia a partir de datos del Gobierno de la Provincia de Córdoba. Dirección de Asuntos Municipales y Dirección de Estadísticas y Censos.

* Frecuencia absoluta.

Tabla 3. Porcentaje de gobiernos locales con recursos propios sobre erogaciones totales <40%, según tamaño de población para los períodos 1998-1999 y 2000-2001 *

Fuente: Diaz de Landa y Gigena, 2002:

Elaboración propia a partir de datos del Gobierno de la Provincia de Córdoba. Dirección de Asuntos Municipales y Dirección de Estadísticas y Censos.

* Frecuencia absoluta.

Períodos
1996-1998
1999-2000
<1000 hab.
85
(202/238)
83
(203/244)
1000-
2000 hab.
63
(12/19)
50
(10/20)
2001-
5000 hab.
42
(25/60)
46
(28/61)
5001-
10000 hab.
33
(12/36)
33
(14/42)
10001-
30000 hab.
19
(4/21)
23
(6/26)
>30000
hab. *
--
(2/7)
--
(0/7)

Períodos <1000 hab. 1000-2000

hab.

2001-5000

hab.

5001-10000

hab.

10001-

30000 hab.

>30000

hab. *

1998-1999 97

(232/239)

79

(15/19)

90

(54/60)

83

(30/36)

71

(15/21)

.-

(3/7)

2000-2001 96

(234/245)

85

(17/20)

89

(54/61)

81

(34/42)

69

(18/26)

.-

(0/7)

COOPERACION INTERMUNICIPAL INDUCIDA PARA EL DESARROLLO REGIONAL -LOCAL...

470

Tabla 4. Composición del Ente de Recaudación Fiscal y Gestión 5.

Fuente: Elaboración propia. Datos página web del gobierno de la provincia:

www.cba.gov.ar. Los datos para poblaciones de > 1000 son del Censo 2001. Los datos para las localidades de <1000 son del Censo 1991.

* Según Censo 1991 con > 1000 y en censo 2001, <1000, sin precisar cantidad.

Código Localidad Categoría Departamento Población P.

Institucional Político

ARRO Arroyo Cabral M San Martín 2706 UCR

BENG Bengolea M Juárez Celman <1000* UCR

CARN Carnerillo M Juárez Celman 1573 PJ

CHAR Charras M Juárez Celman 1000 UCR

CHAZ Chazón M San Martín 953 UCR

CHUC Chucul C Río Cuarto 176 UCR

DURA Paso del Durazno C Juárez Celman 116 UCR

ETRU Etruria M Juárez Celman 3727 UCR

GENC General Cabrera M Juárez Celman 10350 PJ

OLAE Olaeta M Juárez Celman 762 UCR

REDU Reducción M Juárez Celman <1000* UCR

UCAC Ucacha M Juárez Celman 4751 PJ

Tabla 5. Composición del Ente de Recaudación Fiscal y Gestión 21.

Fuente: página web del gobierno de la provincia: www.cba.gov.ar . Los datos para poblaciones de > 1000 son del Censo 2001. Los datos para las localidades de <1000 son del Censo 1991.

* Según Censo 1991 con > 1000 y en censo 2001, <1000, sin precisar cantidad.

Código Localidad Categoría Departamento Población P.

Institucional Político

CAND Candelaria Sud C Ttotal 291 UCR
 CARO Colonia Caroya Ciudad Colón 13775 PJ
 GPAZ Estación Gral Paz C Colón 1214 PJ
 JESU Jesús María Ciudad Colón 26814 UCR
 JUAR Est. J. Celman M Colón 8016 UCR
 LUQU Cañada de Luque M Ttotal 1045 UCR
 MIST Los Mistoles C Ttotal 139 PJ
 SARM Sarmiento M Ttotal 910 UCR
 SINS Sinsacate M Ttotal 945 UCR
 SITO Capilla de Sitón C Ttotal 238 UCR
 TINO Tinoco C Río Primero 234 PJ
 TOTO Villa del Ttotal M Ttotal 7142 UCR
 VICE Col. Vic. Agüero C Colón 129 UCR
 MARTHA DIAZ DE LANDA - M. CONSUELO PARMIGIANI DE BARBARÁ

471

Clique

P V V A L V P A C E R G U B O C C C D D P L T E H B A A C C
 MINIMUM A M N U E E R H T E E C E L A H H E U A A I U I A C L I A
 COHESION L A U S C L R R A R D N A N A R A U H R S G C F G I E E S R
 IN CLUSTER E R E O A E D O Z U U C C G E N R C E A C U I E U G Q J N L

```

11.000 . . . . . XXX . . . . .
9.000 . . . . . XXXXX . . . . .
8.000 . . . . . XXXXX . XXX . . . . .
8.000 . . . . . XXX . XXXXX . XXX . . . . .
7.000 . . . . . XXX . XXXXX XXXXX . . . . .
7.000 . . . . . XXX . XXXXXX XXXXX . . . . .
5.000 . . . . . XXX . XXXXXXXXXXXXX . . . . .
4.000 . . . . . XXX XXXXXXXXXXXXXXX . . . . .
4.000 . . . . . XXXXX XXXXXXXXXXXXXXX . . . . .
3.000 . . . . . XXXXXXXXXXXXXXX . . . . .
2.000 . . . . . XXXXXXXXXXXXXXX . . . . . XXX
2.000 . . . . . XXXXXXXXXXXXXXX . . . . . XXXXX
2.000 . . . . . XXXXXXXXXXXXXXX . . . . . XXXXXXX
2.000 . . . . . XXXXXXXXXXXXXXX . . . . . XXX
2.000 . . . . . XXXXXXXXXXXXXXX . XXXXX . . XXXXXXX
2.000 . . . . . XXXXXXXXXXXXXXX XXX XXXXX . . XXXXXXX
2.000 . . . . . XXXXXXXXXXXXXXX XXX XXXXX . . XXXXXXX
2.000 . XXXX . . XXXXXXXXXXXXXXX XXX XXXXX . . XXXXXXX
1.000 . XXXXX . . XXXXXXXXXXXXXXX XXX XXXXX . XXX XXXXXXX
1.000 . XXXXX . . XXXXXXXXXXXXXXX XXX XXXXXX XXX XXXXXXX
1.000 . XXXXX . . XXXXXXXXXXXXXXX XXXXXX XXX XXXXXXX
1.000 . XXXXX . . XXXXXXXXXXXXXXX XXXXXX XXX XXXXXXX
1.000 . XXXXX XXX XXXXXXXXXXXXXXX XXXXXX XXX XXXXXXX
1.000 XXXXXXX XXX XXXXXXXXXXXXXXX XXXXXX XXX XXXXXXX
.000 ----- END OF CLUSTERS
  
```

(*) Las localidades pertenecientes al ente se indican en negrita.

GRÁFICO 1. ENTE 5 MATRIZ J: Análisis de COHESION (Componentes fuertes)*

COOPERACION INTERMUNICIPAL INDUCIDA PARA EL DESARROLLO REGIONAL -LOCAL...

472

Clique 1 -Clique 2- -Clique 3-

S C J V O A C C L S P M T S S P S P G A M S L U R S A G J T T P P E T P M C
 MINIMUM I A E I B T H A U I E I O A I A I O R Z A A A N I A O P U I I I S E R A A
 COHESION N R S C I A A N Q T N S T R M M N S A U N L C Q O L R A A R N N E Q R A C T
 IN CLUSTER S O U E S H L D U O A T O M B P G T N L Z S A U C D O Z R O O T D U E D H A

```

12.000 . XXX . . . . .
10.000 . XXX . . . . . XXX . . . . .
9.000 XXXXX . . . . . XXX . . . . .
7.000 XXXXX . . . . . XXX XXX . . . . .
7.000 XXXXX . . . . . XXX XXX XXX . . . . .
6.000 XXXXXXX . . . . . XXX XXX XXX . . . . .
5.000 XXXXXXX . . . . . XXX XXX XXX . . . . . XXX
5.000 XXXXXXX . . . . . XXX XXXXXXX . . . . . XXX
5.000 XXXXXXX . . . . . XXXXX XXXXXXX . . . . . XXX
4.000 XXXXXXX . . . . . XXXXXXXXXXX . . . . . XXX
3.000 XXXXXXX . . . . . XXXXXXXXXXX . . . . . XXXXX
3.000 XXXXXXX . . . . . XXXXXXXXXXX XXX . . . . . XXXXX
2.000 XXXXXXX . . . . . XXXXXXXXXXX XXX . . . . . XXXXXXX
2.000 XXXXXXX . . . . . XXXXXXXXXXX XXX . . . . . XXXXXXX
1.000 XXXXXXX . . . . . XXXXXXXXXXX . . . . . XXXXXXX . . . . . XXX
1.000 XXXXXXX . . . . . XXXXXXXXXXX . . . . . XXXXXXX . . . . . XXX XXX
1.000 XXXXXXX . . . . . XXXXXXXXXXX . . . . . XXXXXXX . . . . . XXXX XXX
  
```


Nada Imp
Ns/Nc
76,1 19 4,8
33,4 61,8 4,8
57,1 23,8 19
80,9 4,8 14,3
71,4 19 9,5
9,5 - 90,5
Muy Imp -
Importante
Poco Imp -
Nada Imp Ns/Nc
52,4 38,1 9,5
42,8 47,6 9,5
42,9 38,1 19
76,2 9,5 14,3
71,5 14,3 14,2
100 --

COOPERACION INTERMUNICIPAL INDUCIDA PARA EL DESARROLLO REGIONAL -LOCAL...

474

Tabla Nº 8: Criterios para la conformación de los Entes Regionales de Recaudación y Gestión Según percepción de los entrevistados. Ente Nº 21 (en porcentajes %) N=22.

Criterios para la conformación de los Entes de Recaudación

1. Distancia
2. Afinidad política
3. Experiencias anteriores de cooperación
4. Desarrollo socioeconómico
5. Tamaño de la localidad
6. Otros

Requeridos en general

Muy Imp -
Importante
Poco Imp -
Nada Imp
Ns/Nc Muy Imp -
Importante
Poco Imp -
Nada Imp Ns/Nc
Efectivos en el Ente

MARTHA DIAZ DE LANDA - M. CONSUELO PARMIGIANI DE BARBARÁ

77,3 9 13,6 50 18,1 31,8
9 72,8 18,2 22,7 40,9 36,4
50 22,7 27,3 27,3 31,8 40,9
72,7 13,6 13,6 45,5 27,2 27,3
36,3 50 13,6 31,8 40,9 27,3
9 4,5 86,4 4,5 4,5 90,9

475

LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA CIUDADANA EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS EN ARGENTINA

*por Claudia Roxana Dorado**

Resumen: En este artículo se analiza la participación política ciudadana en el contexto de crisis en Argentina. En tal sentido se examina la relación que existe entre participación y las variantes contemporáneas de democracia.

Palabras Clave: participación política- democracia-Estado- Tercera Vía-

I. Introducción

En la presente investigación se analiza la “participación política ciudadana” en el contexto en el que se profundiza la crisis política-institucional en la República Argentina. Se parte de un cuestionamiento acerca de *cómo participan los ciudadanos en los asuntos públicos, en períodos críticos o de “anomia” estadual, y cómo los medios reflejan esta realidad*. El cuestionamiento acerca de las formas en que participan los ciudadanos se debe a que investigaciones teóricas y empíricas, efectuadas en otros contextos o períodos, han demostrado que en la praxis social se suelen exceder los marcos normativos estatales cuando las necesidades materiales están insatisfechas.

* Docente de Sociología Jurídica Cátedra “B” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, Abogada, Escribana, Magister en Ciencias Sociales con Especialización en Investigación Social, ex- becaria de Conicor .

476

Más específicamente se hace un corte transversal y se observa el año 2000, es decir el período anterior al cambio de gobierno. Entonces, en el período analizado se produce la ruptura del gobierno de la Alianza. Además el ex presidente Dr. Fernando De la Rúa debe enfrentar algunos problemas, tales como: los reclamos sociales por falta de trabajo, por necesidades básicas insatisfechas (piquetes, manifestaciones, etc), corrupción política (como los “sobornos” en el senado nacional), entre otros.

El análisis se efectúa sobre un corpus discursivo compuesto por un total de 113 discursos, los que corresponden : 64 a La Nación (56%) y 49 a Página 12 (43%).

II. La democracia y la participación política ciudadana

En primer lugar referirse a la democracia y las posibilidades de participación política ciudadana en Argentina, nos exige posicionarnos en el contexto Latinoamericano. En tal sentido, es posible recordar que el proceso de democratización latinoamericana ha pasado por importantes momentos, luego de las caídas de las dictaduras militares. Desde 1980 se ingresa a la “tercera ola de la democracia”¹. En 1983 en Argentina se reestablece el sistema democrático, asume como presidente el Dr. Raúl R. Alfonsín de la Unión Cívica Radical, luego se pasa a un período de gobierno del partido Justicialista, con Carlos Saúl Menem (1989-1995), quien resultará luego reelecto por otro mandato más (1995/99)². Luego de aquel período sucede en la presidencia el Dr. Fernando De la Rúa (1999/01) de la Unión Cívica Radical. Este último debe renunciar a la presidencia en aras de la paz social y frente a las presiones políticas y sociales sufridas. Aquí se comienza a observar cómo el pueblo argentino, deja de lado el abstencionismo, característico del proceso militar, y se manifiesta mediante el uso de formas de participación política no convencionales y a veces violentas. Aparecen así los “cacerolazos”, luego las “Asambleas”, los piquetes, los saqueos, etc. Estas formas de participación nos demuestran que para algunos actores sociales, cuando las preferencias materiales no están satisfechas, éstas adquieren tanta relevancia que se pueden dejar de lado hasta las propias preferencias por el sistema democráticos.

¹ HUNTINGTON, SAMUEL P. “*El choque de civilizaciones y la configuración del orden mundial*”, Barcelona, Paidós, 1997, pp. 200.

² Con éste se producirá una reforma al texto constitucional (1994) y se incorporarán los mecanismos de democracia semidirecta en los artículos 39 y 40 de la Constitución Nacional, al mismo tiempo que se consitucionalizan los partidos políticos.

³ DIETZ, HENRY “*Pobreza urbana, participación política y participación estatal*” ,

Perú, ed. Pontificia universidad Católica del Perú, 2001, pp.200.

CLAUDIA ROXANA DORADO

477

Luego de la renuncia del presidente De La Rúa el 20 de diciembre del 2001, y al no existir vicepresidente se hizo cargo de la presidencia el señor Ingeniero Puerta, quien con la Asamblea Legislativa eligen a Rodríguez Saa para que se haga cargo de la presidencia de la Nación hasta las próximas elecciones a realizarse en marzo del 2002, hecho que no sucede. El Sr. Rodríguez Saa renuncia y vuelve el cargo de la presidencia al poder legislativo, se hace cargo el Sr. Camaño, y el día primero de enero del 2001 se elige a Eduardo Duhalde como presidente para que cumpla el mandato que le correspondía a De la Rúa, es decir hasta el 2003. El 27 de abril del 2003 se efectúan las elecciones presidenciales resultando como candidatos a la presidencia para pasar al *ballotage* del 18 de mayo del 2003 : Carlos Saúl Menem y Néstor Kirchner. Algunos días antes del 18 de mayo, Carlos S. Menem renuncia a su candidatura presidencial , y el Dr. Néstor Kirchner asumiría como el nuevo presidente de la República Argentina.

III. La participación política y los modelos de democracia

A los fines de poder ubicar y reconocer si el actor social puede o no participar en el Estado democrático y cómo, o lo que es lo mismo “...intervenir en los asuntos públicos”⁴ es necesario reflexionar acerca de las distintas variantes de democracia. Para el neoliberalismo la vida política es una cuestión de libertad e iniciativa individual, por lo que los objetivos de este modelo son una sociedad del “laissez-faire” y un Estado mínimo. A éstas características Giddens⁵ agrega : “...una sociedad civil autónoma, un fundamentalismo de mercado, una modernización lineal, una débil conciencia ecológica, una teoría realista del orden internacional, un nacionalismo tradicional...” entre otras. Es decir que este modelo propugna la formación de un gobierno que se limite a aplicar la ley y garantizar el orden.

En este tipo de concepción la **participación política es limitada o no valuable**; ya que se parte de la consideración que el bien colectivo únicamente puede alcanzarse a través de la actuación de los individuos aisladamente, y con la mínima interferencia del Estado. A diferencia de aquella variante de democracia en las otras, la participación es importante o valuable. Así siguiendo a Giddens⁶ hay que distinguir entre una vieja y una nueva izquierda. La primera se caracterizó por : una fuerte intervención del Esta-

⁴ GUERRA GARCÍA, FRANCISCO *Las estrategias de participación en América Latina* en Revista nro. 3, Perú, Lima, ed.CEDEP, 1988, pp.25.

⁵ GIDDENS, ANTOHNY *La Tercera Vía*.Ed. Taurus. 2000 pág. 8.

⁶ Ibidem cita nº 5.

LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA CIUDADANA EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS EN ARGENTINA

478

do en la vida social y económica, un colectivismo, un papel restringido de los mercados, el pleno empleo, un fuerte igualitarismo, un Estado de Bienestar de gran extensión, una débil conciencia ecológica, entre otras características.

En aquel modelo el Estado tenía la obligación de suministrar bienes públicos que los mercados no podían abastecer o sólo lo podían hacer de un modo fraccionario. En tanto que en la nueva izquierda se encuentra lo que se caracteriza como Tercera Vía. El propio ex presidente de la Nación Argentina, Dr. De La Rúa sostuvo haberse inspirado en aquella doctrina política, cuando dijo : “...*Preparé unas recomendaciones tomando la idea de lo que el primer Ministro francés Jospin hizo con su gabinete en Francia....*”

7.

Como sostuvo Fernández Suárez durante las décadas de los ochenta y noventa, la socialdemocracia europea sufrió numerosos reveses electorales por el empuje de las ideas liberales y la crisis o el descrédito del modelo del Estado benefactor; durante cuyo lapso de tiempo la intelectualidad progresista intentó una renovación de su discurso que le permitiese construir una alternativa. De esta manera la Tercera Vía es entonces un intento por trascender tanto la socialdemocracia a la antigua como el neoliberalismo. En la Tercera Vía se plantea renovar la relación entre Estado, Mercado y Sociedad Civil. Sin embargo no todos los expositores de la Tercera Vía son optimistas en cuanto a sus posibilidades, así Alonso considera que es difícil de aplicar entre los países latinoamericanos debido a las economías debilitadas, los altos índices de desempleo y la creciente marginación social.

En cuanto a las posibilidades de participación dentro de una Tercera Vía son amplias, van desde las que posee el actor social a nivel individual hasta grupal, desde las que permite el Estado hasta las que deben propiciar los empresarios con sus iniciativas sociales, o las que se pueden efectuar desde el tercer sector¹⁰. Entonces se sostiene que el Estado debe concebir a

⁷ Opinión vertida por el mandatario en La Nación, Secc. Política, el 23/01/02.

⁸ FERNÁNDEZ SUÁREZ, EDGAR G. "Estado y Sociedad en la era global: la perspectiva de la Tercera Vía" en el libro "Alternativas a una Tercera Vía", Argentina, Córdoba, Ed. UNC, 2003, en prensa.

⁹ ALONSO, ALEJANDRO, "La Tercera Vía: falacias o alternativas", España, Longseller, 2001, pp.86.

¹⁰ Se entiende por Tercer Sector a aquello que no es ni parte ni del Estado ni del Mercado.

CLAUDIA ROXANA DORADO

479

la participación de un modo que exceda el concepto tradicional de la misma¹¹.

IV. Una forma de participación no convencional

En primer lugar las luchas de caceroleros y piqueteros generaron un escenario de movilización social inédito en Argentina, ya que si bien es fácil "unirse" para oponerse, no lo es tanto para generar o construir un proyecto distinto. Lo importante de estos hechos es que es notoria la ruptura de la empatía social entre los ciudadanos y el gobierno. Como sostuvo Silvia Bleichmar¹² hay muchos modos de producir dolor o de destruir la subjetividad del "otro", y una de ellas es desconociendo que el "otro" existe o que tiene necesidades, y esto es lo que sucedió entre los ciudadanos y los políticos que gobernaban. Así fue como no se prestó atención a la baja participación electoral¹³ o a lo que algunos denominaron como "voto bronca" en las elecciones del 14 de octubre del 2001. Los porcentajes de participación formal electoral históricos nos dan cuenta que en 20 años de democracia que llevamos hasta la actualidad, sólo fueron altos en 1983 y en 1989 que es cuando se realizaron las elecciones presidenciales para luego decaer, tal como se observa en la tabla I.

Tabla I: Participación formal electoral***

¹¹ como por ejemplo fomentándola a través de las políticas culturales.

Año Poder Ejecutivo

y legislativo

Poder

legislativo

Poder

Ejecutivo
Consulta
popular
1983 86
1985 85
1987 84.6*
1989 86.5
1991 83.4
1993 81.3
1995 81
1997 76.1
1998 79
1999 75.3
22/07/01 68
2/09/01 71*
27/04/03 80**

LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA CIUDADANA EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS EN ARGENTINA
480

* convencionales constituyentes.

**sólo se votó para elección del PE, faltando el ballotage del 18 de mayo del 2003 al quedar como candidatos a presidente de la República el Dr. Menem versus el Dr. Kirchner. Al renunciar el Dr. Menem, queda como presidente el Dr. Kirchner.

***Tabla confeccionada en base a las estadísticas oficiales de la justicia electoral.

V. El análisis, los resultados y las discusiones de los datos

V. 1. Las distintas posiciones acerca de la participación

En primer lugar se analizaron en los discursos emitidos en la prensa, las modalidades apreciativas o lógicas del enunciado. Es decir que se midió la forma en que el hablante asumía su enunciado y realizaba un juicio apreciativo favorable o desfavorable en relación a la participación política ciudadana.

En poco más de un tercio de los discursos de La Nación (48%) y Página/12 (30%) se debatieron cuestiones vinculadas con **“la política, los políticos, los partidos políticos”**. En los medios se observaron tanto modalidades apreciativas favorables como desfavorables. Cabe advertir que en esta categoría se incluyeron los constantes debates en torno al ex presidente Dr. De la Rúa (8% en Página/12 y 16% en La Nación), en donde se observaron modalidades apreciativas favorables en los primeros meses del año 2000¹⁴, al diferenciar su gestión del gobierno anterior, al explicitar el tipo de política que utilizaría, al mencionar a su equipo de trabajo y la adhesión popular que generaba. Sin embargo ya en mayo, del año 2000, tanto en La Nación como en Página/12¹⁵ se comienza a criticar a su persona y gobierno, cuando se producen por ejemplo: los cortes de ruta, los piquetes y los reclamos sociales; “Va creciendo el descontento”¹⁶ y “Cae la imagen de De la Rúa...”¹⁷, hasta que se observan modalidades apreciativas desfavorables en la ruptura de la Alianza¹⁸ con la renuncia de Chacho

¹² BLEICHMAR, SILVIA “*Dolor País*”, Argentina, Buenos Aires, 2da. Ed. El Zorzal, pp.1-91.

¹³ DORADO, CLAUDIA “*Existe una marcada situación de falta de poder*” en el Diario Comercio y Justicia del 20 de julio 2001.

¹⁴ La Nación: 9/01/00, 32/01/00 13/02/00; Página/12 : 13/02/00.

¹⁵ Ambos del 14/05/00.

¹⁶ La Nación 12/11/00.

¹⁷ Página/12, 11/06/00.

¹⁸ La Nación y Página 12/ del 15/10/00.

CLAUDIA ROXANA DORADO

481

Alvarez, y un profundo cuestionamiento acerca de que depara el próximo año (2001)¹⁹.

El análisis comparado de los discursos permitió detectar una diferencia sustancial en la forma de concebir “**la política**”, la cual permite generar una tipología dicotómica entre una concepción postmoderna y una moderna-tradicional de la política, tal como puede observarse en el cuadro A.

Cuadro A: Formas de concebir la política

En una concepción postmoderna de la política es posible sostener que “...*la política se mimetiza en el nuevo paisaje de las sociedades mediáticas y sus técnicas se reducen a una suma de ejercicios de adaptación estratégica y táctica de escenarios inciertos y cambiantes...*”²⁰ tal como se observa en el cuadro A. Esta concepción se diferencia de una concepción moderna -tradicional en donde la política es al decir de Max Weber una profesión o bien una vocación, para aquellos que viven “de” la política o “para” la política. Así en la concepción que se denominó “postmoderna” no

¹⁹ Como ya se mencionó anteriormente, en el año 2001 deja la presidencia el Dr. De la Rúa debido a los sucesos acaecidos en la Plaza de Mayo el 19 y el 20 de diciembre de dicho año, cacerolazos, descontento social y pedido popular de dimisión.

²⁰ Página/12, 9 /04/00.

Concepción postmoderna de la política Concepción moderna- tradicional

“...la política se mimetiza en el nuevo paisaje urbano de las sociedades mediáticas...” (1)

No se mimetiza, es un arte o una ciencia.

Las identidades políticas partidarias son “débiles”

Las identidades política partidarias son fuertes, firmes, no se negocian.

Hay cambios o “pases” de partidos, agrupaciones, alianzas....

Hay un sentido de “pertenencia” al grupo

No se distingue nítidamente la izquierda de la derecha.

Hay una distinción entre ideologías partidarias

Se discute lo que es la democracia y los partidos.

Hay una democracia de partidos

(1)Página/12 , 9/04/00.

LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA CIUDADANA EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS EN ARGENTINA

482

existen grandes ideologías, ni una identidad político partidaria, por lo que el sentido de “pertenencia” es bajo, y se da el fenómeno de “pases” o cambios de partido. Esta “nueva política” se caracteriza por el desapego a las ideologías y principios, por la preeminencia de la imagen sobre los programas y por la aparición de candidatos que surgen sin grandes liderazgos partidarios. En tanto que en la concepción moderno tradicional, la política se basa en las ideologías, los programas, el sentido de pertenencia y una

fuerte concepción ideológica que permite diferenciar claramente la izquierda de la derecha; hay pues una democracia de partidos.

Con relación a la “**participación**” se detectaron modalidades apreciativas favorables como desfavorables hacia la misma. En tal sentido los porcentajes en los cuales se trataba la temática eran bajos tanto en Página/12 como en La Nación, más específicamente un 4% para el primero y 6% para el segundo. Sin embargo, esta forma de tratamiento de la “participación” es coincidente con lo detectado en investigaciones precedentes. Entonces quienes tuvieron actitudes desfavorables hacia la participación sostuvieron que “...*si aumenta la participación ¿Cómo se ordena el disenso? Veo un solo criterio seguro: trasladar la evaluación fuera del ámbito puramente político hacia los efectos que las acciones en debate tendrían para la población involucrada..*”²¹. Es decir que quienes tienen una actitud desfavorable hacia la participación tienen una concepción meramente instrumental de la misma, y por lo tanto se alejan de quienes la consideran importante para la perfectibilidad del ser humano o en su carácter de “desarrollante”. Sin embargo si incluimos en la participación, a las distintas formas de expresión popular, la importancia de esta categoría aumenta considerablemente (18% en Página/12 y 26% en La Nación). Con relación a estas formas de participación popular se detectan, en ambos medios, tanto modalidades apreciativas favorables como desfavorables (hasta en el mismo discurso).

Desde la mirada construida del Gobierno, en los medios, aparecen como fundamental:

- la acción de “negociación” con los piqueteros, manifestantes o protestantes,
- la transacción para superar el conflicto, por ejemplo : “...la entrega de 3000 planes trabajar...”²². “En Jujuy : se agravan las protestas sociales”

²¹ Página/12, 13/03/00.

²² Página/12, 14/05/00

CLAUDIA ROXANA DORADO

483

“..la provincia firmará acuerdo con....”²³, “Acuerdo en Salta tras numerosas concesiones...”²⁴.

- El resultado político : “De la Rúa, muy contento” por el acuerdo; “Con final feliz, pero a plazo fijo”²⁵.

Desde la mirada de los manifestantes construidos en el discurso mediático, hay modalidades apreciativas favorables como desfavorables. Las construcciones de éstos actores sociales están llenas de subjetividades, con la utilización frecuente del estilo discursivo directo :

“...*Espero que ahora que se van se pongan una mano en el corazón y piensen que el Norte está huérfano y que tenemos hambre...*”²⁶.

También se observa con relación a las actitudes de los manifestantes construidos discursivamente, por el enunciador del discurso citado, que los mismos han asumido tanto modalidades favorables como desfavorables hacia el gobierno o las autoridades (policías, ministros, etc.): “...*delegados de los manifestantes que cortaron la ruta acusaron a la policía local de haber golpeado a los detenidos...*”²⁷.

Además es posible observar cómo entre los manifestantes van surgiendo “lemas” identificatorios, en algunos casos se trata de sus compañeros de protesta que han muerto en la lucha (Aníbal Verón, Teresa Rodríguez, etc) y que son utilizados como banderas identitarias.

Por otra parte, hay en los manifestantes contruídos discursivamente un llamado de atención hacia el gobierno, lo cual nos da cuenta de cómo se va minando la “empatía” social: “...Desde la CGT disidente, su vocero... reclamó que el Gobierno salga de esa visión autista de ver la realidad desde dentro de una probeta y no tomar nota de los mensajes que está enviando el pueblo argentino”²⁸.

En el discurso fue posible observar las distintas formas de participación política, que nos dan cuenta de las tipologías convencional/no convencional, pacífica-violenta, de arriba-abajo/ abajo hacia arriba, individual - colectiva.

En el discurso predominaron formas de participación política no convencional, violenta, implementada como estrategia de abajo hacia arriba y

²³ Idem.

²⁴ La Nación, 14/05/00

²⁵ Página/12, 14/05/00.

²⁶ Idem.

²⁷ Ibidem.

²⁸ La Nación, 26/11/00.

LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA CIUDADANA EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS EN ARGENTINA
484

colectivas. “...cortamos la ruta para pedir migajas....además, los compañeros detenidos fueron golpeados y torturados...”²⁹.

También se observaron formas de participación pacífica y formales o convencionales : “La participación ciudadana, sin canales efectivos en el Parlamento. El Congreso y la gente, en virtual divorcio....del total de iniciativas presentadas la mayoría son desestimadas...”³⁰; Tras el paro “El sindicalismo probó las ventajas de la unidad”³¹.

Además algunas formas de participación si bien son pacíficas asumen algunos matices no convencionales: “La CTA vuelve a organizar caminatas”³².

También fue objeto de debate en los discursos “**la crisis social, la corrupción y la cuestión social**”, a las que si se suman algunas de sus manifestaciones como la pobreza, el efecto de la globalización y el balance que hace la Iglesia de la crisis, adquieren dimensiones relevantes : 24% en La Nación y 28% en Página/12.

VII. 2. El análisis de las causas de las modalidades apreciativas hacia la participación

El análisis de las causas de adhesión o rechazo de las distintas formas de participación política detectadas en los discursos, permitió poner de manifiesto la lucha simbólica existente entre los gobernantes y los ciudadanos por imponer su “representación social “o su propia visión paradigmática de la realidad social. En tal sentido se pudo formular una proposición en los siguientes términos : “**la concepción acerca de la política, del rol de los políticos, de la sociedad y la democracia afectarían las actitudes hacia las formas de participación política convencionales y no convencionales**”.

Entonces quienes tienen actitudes desfavorables hacia las formas de participación política ciudadana no convencional consideran que sólo la actuación a través de líderes, que surgen del seno de un partido político con una fuerte identificación partidaria e ideológica, pueden o deben actuar en nombre del pueblo. En este sentido quienes adhieren a esta posición tienen una visión “instrumentalista” de la participación, la cual se debe sólo cana-

²⁹ La Nación, 14/05/00.

³⁰ La Nación 28/05/00.

³¹ La Nación , 11/06/00.

³² La Nación, 15/10/00.

CLAUDIA ROXANA DORADO

485

lizar por los mecanismos convencionales o formales. Tienen pues una visión “tradicional” de la política. Se acercan pues a la variante democrática de la “derecha”. En esta concepción el Estado debe limitarse a garantizar la ley y el orden o debe ser “mínimo”. La democracia es formal y la sociedad civil se caracteriza por su autonomía.

En tanto que quienes presentaron modalidades apreciativas favorables a cualquier forma de participación política (convencional/no convencional) sostuvieron una concepción “desarrollante” de la participación por parte de aquellos que efectuaron los reclamos sociales (gremios, trabajadores, piqueteros, políticos adherentes, etc); es decir que la misma es importante para la perfectibilidad del ser humano, esto no significa que estuvieran dispuestos a legitimar la violencia, pero si la confrontación o disputa de intereses contrapuestos. Sin embargo, la participación así concebida fue considerada por el gobierno como meramente “instrumental” y por lo tanto “negociable”, tal como puede observarse en el cuadro B.

Además, se detectaron en la prensa escrita modalidades apreciativas antagónicas con relación a la política y la participación política ciudadana, tal como mencionamos anteriormente en la dicotomía concepciones políticas postmodernas versus moderna-tradicional. Los que tienen una visión entre moderna - tradicional de la política, la cual se basa en una fuerte concepción ideológica, en un sentido de identidad partidaria y pertenencia, en un sistema de democracia de partidos, consideran que la participación política consiste en la “...intervención de los ciudadanos en los asuntos públicos...”³³ utilizando los mecanismos previstos en el sistema democrático o como estrategia de “arriba/abajo” o de “abajo/arriba” sin el uso de la violencia. Además la participación es considerada en forma “instrumental” y no “desarrollante” del sistema democrático . Hay en esta concepción un acercamiento a lo que se denominó “nueva derecha”, y una consideración de la participación política ciudadana restringida, limitada o no valuable..

En segundo lugar, encontramos a los que presentaron una visión postmoderna de la política y de todo lo que consideran que se vincula a ella. Estos resaltaron la ineficacia de los partidos políticos, los políticos y la necesidad de ampliar la participación política hacia canales no convencionales. Es decir la participación política no es sólo la intervención de los ciudadanos en los asuntos públicos sino el modo en que los ciudadanos actúan para satisfacer sus demandas sociales en pos de bienes materiales. Por

³³ Conforme a GUERRA GARCÍA, op. Cit. pp.8.

LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA CIUDADANA EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS EN ARGENTINA

486

ejemplo: “Cada 2 o 4 años confiamos en políticos que nos piden nuestros votos. Nos traicionan... Sepan esos dirigentes que ...estamos moralmente tan cansados ...”³⁴. Esta posición detectada en los discursos se acerca sólo en algunos aspectos a lo que Giddens denomina como “Tercera Vía” al exigir implícita e explícitamente que se cumpla con la máxima de “ningún derecho sin responsabilidad”. Si bien en la nueva izquierda o Tercera Vía al igual que en este discurso se acepta que el Estado debe reconocer que la participación convencional ha disminuído, exigiendo el reconocimiento de nuevos espacios de participación política a través de las ONG, de las prácticas

culturales, etc.

En la prensa, al igual que en las investigaciones precedentes, se presenta un discurso que en otros ámbitos no podría ser dicho, de ahí que se diferencien por sus condiciones de producción y de aceptabilidad discursiva. Se advierte en la discursividad un descreimiento hacia la política y una fragilidad de las propias instituciones democráticas, de modo tal que si bien la máxima es lograr una sociedad participativa, la concepción que se posee en ambos casos es divergente.

Cuadro B: Modalidades apreciativas acerca de la participación

³⁴ JORGE DANIEL SEJO en Carta de un lectores, La Nación 15/10/00.

Concepción postmoderna de la política **Concepción moderna- tradicional de la política**

Acepta la participación política convencional y no convencional.

No legitiman la violencia, pero si la defensa de intereses opuestos.

Acepta la participación política convencional, pero rechaza la no convencional

La participación es desarrollante para quienes efectúan los reclamos ya que les permite “reconstruir el entramado social” .

Para el gobierno la participación así concebida es sólo instrumental, y por lo tanto “negociable”

La participación es instrumental

Se vincula con la izquierda, y algunos aspectos de la Tercera Vía.

Se acerca a la derecha

CLAUDIA ROXANA DORADO

487

VIII Conclusiones

Luego de analizar los discursos emitidos en la prensa de La Nación y Página/12 del año 2000 a los fines de examinar cómo participan los ciudadanos en los asuntos públicos y cómo los medios reflejan o co-construyen esa realidad se puede sostener que :

i. Los medios trataron de tener una actitud de “alterutalidad”. es decir de pensar e informar por encima de intereses, bloques, fronteras o violencia, física, moral o simbólica. Sin embargo, teniendo en cuenta el contexto de crisis en Argentina en el año 2000 y de anomia estatal se pudo observar un “hombre” tensionado entre el deber, el poder y el querer decidir una situación³⁵”.

ii. En segundo lugar los agentes políticos construídos en los medios consideran que la participación política ciudadana debe canalizarse o por medio de los “políticos”, ya que ellos son los legitimados para actuar o intervenir en política, acercándose a una concepción moderna tradicional de la política; o que el ciudadano común sólo puede intervenir o participar por medio de los mecanismos convencionalmente estatuidos en el sistema. Entonces la participación política ciudadana es considerada mayoritariamente por los agentes políticos en la forma convencional y limitada. Por lo tanto, la categoría de participación no convencional genera para aquellos actores una situación de conflicto o tensión. Es decir que

cuando los ciudadanos quieren influir en las decisiones políticas a través de vías que no son las habitualmente establecidas en el sistema y que tienen carácter de protesta, se genera por parte de aquellos actores una situación de “tensión o crisis”. Entonces la participación es considerada en los discursos como una estrategia de “arriba-abajo” o de “abajo-arriba”, según la mirada construida “desde o hacia” el gobierno. Desde la mirada del gobierno aparece como fundamental la negociación, la transacción por superar el conflicto y el resultado político. En tanto que en las actitudes de los manifestantes construidos discursivamente, los mismos han asumido tanto modalidades favorables como desfavorables hacia el gobierno o las autoridades; utilizando estrategias de participación más colectivas que individuales y más no convencionales que convencionales a medida que sus necesidades materiales no están satisfechas. Además el discurso puso en evidencia los factores macro y microsociales que influyen al momento de participar, y que pueden llevar a que los actores asuman comportamientos violentos.

³⁵ Siguiendo a ARMANDO ROA “*La extraña figura antropológica del hombre de hoy*”, Chile, Ed. Universitaria, 1991, pp. 19.

LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA CIUDADANA EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS EN ARGENTINA
488

Por último se observa en los ciudadanos, manifestantes, un llamado de atención hacia el gobierno lo cual nos da cuenta de cómo se fue minando la “empatía” social.

Bibliografía

- ALONSO, ALEJANDRO, “*La Tercera Vía. Falacia o alternativa*” Ed. Longseller, 2001.
BLEICHMAR, SILVIA, “*Dolor País*”, Argentina, Buenos Aires, 2da. Ed. El Zorzal, pp.1-91
BOURDIEU, PIERRE, “*Sociología y Cultura*”, México, Ed. Grijalbo, 1990.
CASTELLS, MANUEL, “*La era de la información*”, Vol I y II : La sociedad red (i) y el poder de la identidad (II). Ed. Siglo XXI. 1999.
DESANTES GUANTER, JOSÉ MARÍA, “*Fundamentos del derecho de la Información*”, Madrid, Raycar S. A, 1997 .
DESANTES GUANTER, JOSÉ MARÍA, “*La información como deber*”, Buenos Aires, Ed Abado de Rodolfo Depalma, 1994.
DIARIO LA NACIÓN, Argentina, 2000.
DIARIO PÁGINA/12, Argentina. 2000.
DIETZ HENRY, “*Pobreza urbana, participación política y política estatal*”. Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú. 2001.
DORADO, CLAUDIA, “*Las actitudes y los comportamientos participativos*” en el Anuario IV del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, UNC.1999.
- “*Existe una marcada situación de falta de poder*” en el Diario Comercio y Justicia del 20 de julio del 2001.
FERNÁNDEZ SUÁREZ, EDGAR G.- DEL PINO, MIGUEL- DUARTE, MIGUEL “*Dinámica Política*”. Ed. Galeón. 1998.
GIDDENS, ANTHONY, “*La Tercera Vía*”. Ed. Taurus. 2000.
HELD, DAVID “*Modelos de democracia*” Editorial Alianza. 1992.
HUNTINGTON, SAMUEL, “*El Choque de civilizaciones y la configuración del orden Mundial*”. Barcelona, Paidós, 1997.
ROA, ARMANDO, “*La extraña figura antropológica del hombre de hoy*”, Chile, Ed. Universitaria, 1991, pp. 19.

CLAUDIA ROXANA DORADO

489

DISCIPLINAR Y CASTIGAR

La instrucción inicial y la constitución del *ethos* policial

*Por Paul C. Hathazy**

Resumen: En este artículo proponemos tratar la cuestión de la experiencia de paso por la Escuela de Policía y su influencia en las cosmovisiones policiales. Sostenemos que tal experiencia es central, no tanto por la imposición de una ortodoxia, sino en tanto instancia de constitución de los principios que estructuran los esquemas de percepción de los agentes de Policía. Analizamos este problema recurriendo a los conceptos de habitus y ethos de Bourdieu. Los habitus de los agentes policiales serían estructurados de manera específica en experiencias de instrucción caracterizadas por la disciplina y el sacrificio. Postulamos que la centralidad de la experiencia de formación oficial, para entender la cosmovisiones policiales, reside en la específica constitución de tales disciplinados y sacrificados habitus, los cuales a modo de operador práctico estructurarán la categorías de percepción con que los agentes de policía, entre otras cosas, clasifican a los ciudadanos y, en general, el mundo civil que es dejado atrás al ingresar a las filas policiales. Intentando captar tal experiencia a partir del punto de vista nativo nos basamos en una serie de entrevistas en profundidad y en el análisis de material de estudios de la Escuela de Policía de Córdoba.

* Abogado, egresado de la UNC. Master Internacional en Sociología Jurídica por el Instituto Internacional de Sociología Jurídica Oñati (España). Actualmente se encuentra haciendo el Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales en la UNC contando con una Beca de la Secretaría de Ciencia y Técnica de la UNC. Además se desempeña como docente en la Cátedra de Sociología Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC.

490

Palabras clave: Policía - Formación Policial – Cultura Policial – Disciplina – Sacrificio – Habitus policial – Bourdieu.

INTRODUCCION

La cuestión de las categorías de percepción, de las “cosmovisiones”, de los agentes de policía constituye una preocupación constante en nuestras civilizadas pero “opacas” sociedades (Eliás, 1993). Más que en forma de objeto de estudio y discusión en el ámbito académico, estas son relacionadas con íntimos temores y desconfianza a esos misteriosos y anónimos seres de uniforme azul en la forma de un suave pavor a la posibilidad del barbarismo que se funda en el hecho de que esos hombres del orden gozan del poder de hacer sufrir y herir – y llegado el caso, también el de matar en nombre del orden jurídico y social.

En el esfuerzo por lograr un cierto orden cognitivo respecto del mundo -y las prácticas- de los agentes policiales, muchos estudiosos han concentrado sus esfuerzos en esta dimensión de las categorías de percepción, en el problema de los modos en que los agentes policiales ven y perciben sus labores y rutinas, y especialmente el modo en que clasifican (y juzgan) a los ciudadanos (ver Reiner (1998); Kappeler et al (1994); Monjardet (1997); Tiscornia (1996)). En relación a la cuestión de la producción de esta dimensión simbólica, en las viejas democracias del norte, los estudiosos -muy preocupados en controlar los insostenibles espacios de discrecionalidad policial- no se ponen de acuerdo respecto a la relevancia de la experiencia de instrucción policial en la conformación de la visión policial. Algunos autores han centrado la atención en la inculcación de valores y nociones profesionales de manera explícita durante tal proceso (Monjardet, 1997), señalado el papel secundario que tendría la formación policial formal y explícita en relación a la transmisión de contenidos formales y unas ideologías profesionales monolíticas. Como sostiene en sus conclusiones Monjardet: “La enseñanza dispensada por la Escuela de Policía no destila una ortodoxia obligada.” (1997:26). La importancia del análisis de la experiencia de instrucción para entender las cosmovisiones

policiales parece haber sido relegada por el énfasis que se le ha dado a los análisis, tanto de condiciones normativo-estructurales (Jefferson), o como a los contenidos de la “cultura policial” o “conocimiento policial” adquiridos en el oficio (especialmente los trabajos de Reiner (1998), Kappeller et al. (1994), Tiscornia, y también Bittner (1998) con sus estudios de corte etnometodológico).

PAUL C. HATHAZY

491

En nuestro país una serie de trabajos referidos a las visiones de los agentes de policía han seguido en varios casos tales pistas de análisis, ya institucionales, ya culturalistas (por ej. los trabajos de Sozzo o los de Tiscornia). En estos, si bien se mencionan los aspectos de la formación policial, no la tratan extensamente ni la relacionan con las cosmovisión o cultura policial de manera precisa. Tal es el caso del trabajo “Inseguridad Policial” del CELS en donde tras afirmarse que “el problema de la brutalidad policial no es una cuestión coyuntural ni aislada, sino una práctica funcional a los sistemas policiaes que se explica por deficiencias estructurales en la organización política de estas instituciones, en *la formación* y en el control de sus agentes”(1998:14), se limita a sostener que “existen deficiencias en la educación e instrucción policial formalizada” y que habría un “educación informal” en donde “lo que se aprende está fuertemente vinculado a una subcultura policial, integrada por la de la impunidad, de la violencia, de la fabricación de pruebas y de los apremios ilegales”(1998:83).

La generalidad y falta de análisis particular respecto de la relevancia de la instrucción no nos ayuda demasiado. Lo mismo para el caso de los trabajos de Sozzo, quién desde una perspectiva principalmente foucaultiana, afirma que “las policías argentinas se han configurado históricamente ...como traducción...del autoritarismo en tanto racionalidad política.” centrado este en “la influencia que en su constitución –su normativa, su organización y *su cultura*- ha tenido, en tanto modelo, la institución militar” y en “la difusión entre los agentes de policía del vocabulario criminológico positivista desde la última década del siglo XIX en adelante” (Sozzo,2002: 234-235). Desgraciadamente el autor no explica ni demuestra empíricamente la “conexión de sentido” entre la normativa y organización militarista y las cosmovisiones policiales, limitándose a ofrecer como evidencias cifras de muertos y heridos a manos policiales -que no difieren en mucho a las cifras de países con agencias policiales que no tienen tales genealogías e improntas militaristas¹. Dados estos antecedentes, creemos que hace falta una consideración acerca de los modos en que las estructuras y prácticas de instrucción de filiación militar – de acuerdo con Sozzo “la jerarquía rígida y vertical”... “un régimen disciplinario dirigido a proteger los vínculos de autoridad”, el “espíritu de cuerpo” la “misión-vocación de mantener el orden público”y “la calidad de ‘heróe-martir’ que la autoconciencia policial se atribuye”(234)- constituyen y estructuran las cosmovisiones policiales.

¹ Ver JACOBS, DAVIDY O'BRIEN ROBERT (1998) para un intento de explicación más fundado acerca de las muertes a manos de policías.

DISCIPLINAR Y CASTIGAR

492

Aquí nos referiremos a la experiencia de instrucción policial y su relación con la producción de esa cultura policial. Pero ello tomaremos tal experiencia formativa no tanto como una de transmisión explícita de una ortodoxia obligada, sino en relación a un proceso más implícito, más subterráneo.

En el presente trabajo proponemos hacerlo prestando atención a los modos en que el cuerpo es impactado, moldeado y cultivado, constituyendo, a nuestro juicio, esa experiencia corporal un elemento clave para comprender la estructuración de las cosmovisiones policiales. Nuestra propuesta se relaciona directamente con una serie de trabajos que han aportado evidencias acerca de la relación entre la disciplina -y los cambios que sufren y viven en su cuerpo y persona- y las visiones de los futuros agentes de policía sobre ellos mismos y el mundo civil (ver Sirimarco, 2001a y 2001b). Para Sirimarco la instrucción policial es un proceso de «creación» *a novo* de la identidad policial a partir de una experiencia centrada en el disciplinamiento y castigos sufridos durante la etapa de formación. Dando una vuelta de tuerca a tal análisis, proponemos considerar tal experiencia como constitutiva, siguiendo a Bourdieu, de un específico habitus, -el que conlleva un cierto ethos² - que se estructurará profundamente durante el proceso de instrucción. Postulamos que tales específicos habitus van a actuar como estructuradores de los esquemas de percepciones de los agentes de policía. Para ello analizaremos cómo la específica modalidad de la construcción de los agentes de policía (resultando en estructuras estructuradas de una cierta manera) opera luego, en tanto operación del hábitus, como estructuras estructurantes de los juicios y cosmovisiones policiales. Postulamos que tras tal experiencia disciplinaria y sacrificada – a través de su nuevo y (más) disciplinado habitus- tales criterios de disciplina y sacrificio parecen constituirse en elementos estructurantes del ethos policial. Tal habitus policial personal –en tanto operador práctico y analógicoestructurará, en gran modo, el contenido de las categorías de percepción con el que luego serán clasificados los diversos *tipos* de público con el que los iniciados agentes del orden van a entrar en sus relaciones como funcionarios.

En el presente trabajo pretendemos describir y considerar esos par-

² Por habitus entendemos con Bourdieu los “sistemas de disposiciones transferibles y duraderos, estructuras estructuradas predispuestas a funcionar como estructuras estructurantes, es decir como principio generadores y organizadores de prácticas y representaciones” (BOURDIEU, 1990:57). Ethos refiere a un conjunto objetivamente sistemático de disposiciones de dimensión ética, de principios prácticos (siendo la ética un sistema intencionalmente coherente de principios explícitos) (BOURDIEU, 1990)

PAUL C. HATHAZY

493

ticulares –pero muy importantes- efectos y aspectos de la experiencia de la formación policial en las Escuelas de Policía la cual parece haber sido soslayada en otras perspectivas

Un mundo policial dentro de una sociedad disciplinada

“Yo pienso que la disciplina es importante en cualquier aspecto de la vida, para tener un marco, una pirámide dentro de la que usted puede desarrollarse, usted sale de ella y adiós..., uno esta perdido ...” (Oficial Ivan)³.

Sirimarco, siguiendo a Foucault, sostiene que el eje de la formación policial es la constitución de un nuevo *self* a partir de una específica experiencia: el disciplinamiento de los cuerpos. Este disciplinamiento no sólo consiste en sancionar las faltas cometidas, sino en lograr además extrema docilidad de los sujetos (Sirimarco, 2001a :4- 10). Tal disciplina se centra en la producción de individuos (corporalmente y voluntariamente) dóciles, integrados en relaciones de mando en cuadros y posiciones jerárquicamente organizadas. A esto se agrega, sostiene la autora, el castigo, constante y

recurrente como característico de la instrucción. Este castigo constante se aplica en relación tanto con “la inobservancia de una regla, [como con] el mal desempeño o, más bien, la incapacidad personal para realizar cualquier actividad, tanto física como intelectual”(2001a:13). Estos castigos consisten tanto en “*bailes*” como en “*demoras*”. Los primeros refieren a sometimientos de esfuerzos físicos en términos de ejercicio: “En el caso de los “*bailes*”,..., el castigo busca impactar sobre el cuerpo, alcanzar su dolor y quebrar su resistencia”(14). Las *demoras* también son esfuerzos físicos consistentes en prolongaciones sistemáticas de las jornadas, una privación de tiempo libre, al cual tendría derecho el novicio.

En relación a nuestro problema de las concepciones de los agentes de Policía acerca del público, la tesis de la autora es que los castigos infundados y la exacerbada disciplina tienen como objeto principal “marcar el abandono de la vida civil” (Sirimarco,2001a:12). En este sentido “dicha construcción de lo ‘policial’ implica a su vez una destrucción de lo ‘civil’, el pasaje por el Curso se convierte en un espacio donde se destruye para construir, donde modelar ese nuevo *self* implica abandonar posturas pasadas para imprimir en su lugar, el nuevo *saber* a partir del cual definirse

³ Todos los nombres son ficticios, preservándose sin embargo las jerarquías.

DISCIPLINAR Y CASTIGAR

494

(12). En lo que a nosotros nos interesa -la influencia de la formación específica en la estructuración del esquema de clasificaciones policial, el cual incluye las referidas a los ciudadanos- la autora se limita a afirmar que “otro resultado se desprende de este trabajo, y es el de revelar las percepciones y sentidos que la fuerza policial tiene de los ‘otros’. Si la Policía necesita generar una adscripción a la institución ‘destruyendo’ lo civil es justamente por construir de la sociedad una imagen distante y totalmente ajena.”(2001a:12). Pensamos que los efectos de la instrucción en el proceso de construcción de imágenes de lo civil opera de un modo un tanto más complejo. Creemos que la autora no realiza un adecuado tratamiento de la relación entre disciplinamiento -castigos y sufrimientos corporales- y la producción de concepciones de los policías acerca de lo “civil”. Lo que queremos decir es que el disciplinamiento -en el sentido de aumento de la docilidad en la obediencia dentro de estructuras jerárquicas- que reciben los cuerpos de los futuros policías, si bien es el punto central y específico de la formación policial, su relevancia analítica para comprender las cosmovisiones policiales no ha sido explotado por la autora en toda su potencialidad y especificidad. No se puede decir, sin más, que la experiencia de disciplinamiento es el elemento central. Tal afirmación pierde interés si no la cualificamos- al momento que tenemos en cuenta que la básica disposición disciplinada que caracteriza a los agentes policiales, no es algo que se limita al ambiente policial. Vivimos en una sociedad disciplinaria (Foucault,1989) en donde la condición disciplinada, (o “la docilidad corporal”) se inculca y se adquiere desde edad temprana en la escuela, e incluso en la familia o clubes deportivos y luego en fábricas, empresas, establecimientos, etc. Tener un cuerpo disciplinado y dócil es una condición normal para muchos miembros de nuestra sociedad, y por consiguiente para muchos de los que ingresan a las Escuelas de policía. Todos ellos han pasado procesos de disciplinamiento diferentes (escuelas, fábricas, clubes deportivos, etc.). Tal como afirma el Agente Juan (15 años en la fuerza):

“Aquí se conserva lo que usted aprende en la escuela, las formas, respeto, obediencia,... la disciplina.”

O como sostiene el Agente Rojo (3 años en la fuerza, guardia de seguridad antes de conseguir entrar a la policía) en otra referencia explícita a su previa condición disciplinada dice:

- “Como en todo lugar, usted se acostumbra, es similar a la fábrica, usted sabe, usted tiene los capataces, el jefe y el empleado, es como la fábrica;

PAUL C. HATHAZY

495

¿Trabajó usted en una fábrica?,

- Sí, es muy similar, casi lo mismo, la misma disciplina, todo...”

Las bases de la disciplina ya están incorporadas en los ingresantes a la escuela policial. En todo caso lo que ocurre es una intensificación de la misma. Una intensificación de las disposiciones de docilidad y obediencia, de manera conjunta a un intenso sufrimiento y sacrificio. En este sentido, lo que sin duda *no* ocurre es, como dice Sirimarco, “una destrucción del civil y una recreación de los policial” (Sirimarco,2001a:12). No es como se sostiene en ese trabajo -citando a Victor Turner- que el policía en el período liminar que constituye la escuela es una tábula rasa sobre la que se imprimen los nuevos saberes. Existe más bien una continuidad en donde la posterior situación es comparada con la anterior, no habiendo *negación* de lo *civil* por el hecho del disciplinamiento, sino más bien *comparación* y efectos de *distinción* respecto del pasado *civil* y los *civiles* con que se encuentre el futuro policía. Es verdad que se dá un proceso de redefinición de lo *civil*, pero no por una discontinuidad, sino por una nueva manera de construirse la relación entre los *relativamente modificados* nuevos agentes de policía y el mundo civil. Para comprender como se dá esto debemos considerar, el punto de vista de los directamente implicados, esto es, lo que los mismos agentes dicen y sienten sobre la experiencia de paso por la iniciática Instrucción Policial⁴, la cuál se relaciona con la experiencia de disciplina y castigo pero no simplemente como lo presenta Sirimarco.

La instrucción como Sacrificio

Que saben esos negros de Sacrificio? ..nada. . (Sargento Hierro)

Tal breve y concreta afirmación nos da la pista de toda una serie de categorías y experiencias que parecen centrales en la constitución del universo simbólico policial. Como vimos, la experiencia de incremento de la disciplina viene acompañado de constantes castigos, humillaciones, degradaciones y dolor. Esta nota general de los procesos de instrucción policial aparece en las entrevistas realizadas como el recuerdo central de la experiencia, el que se resume y asume con la noción –y sensación- de *sacrificio*.

El sometimiento forzoso a los que son expuestos los cadetes (Oficiales) e

⁴ Para ello nos serviremos principalmente de los relatos obtenidos en una serie de entrevistas (30 en total) realizadas a agentes de policía de una fuerza provincial de Argentina. Las mismas fueron realizadas tanto a oficiales como a suboficiales, a 25 hombres y 5 mujeres, a 17 individuos con más de 40 años y 13 menores de 40.

DISCIPLINAR Y CASTIGAR

496

ingresantes (suboficiales), en circunstancias de cuasi absoluta desigualdad entre la institución policial, el Estado, y los individuos que se someten a él, es vivida por los agentes de policía como una instancia de prueba que ellos han logrado pasar, superar y en la que tuvieron que “*dar todo de sí*”. La

categoría del sacrificio se relaciona con una entrega (absolutamente interesada y cómplice) al Estado, de su disponibilidad horaria, de su aspecto exterior del cuerpo, del cuidado de la ropa, de la ingesta de bebidas alcohólicas, y por sobre todo de sufrimiento y dolor del propio cuerpo de los individuos:

*“al principio, lo que se hace es simple, se sufre, se **sufre** la institución, ...con el tiempo uno tiende a asimilarse, a sentir la pertenencia, ...a crearse la vocación,...pero eso...eso después de los dos primeros años en la Escuela, que son dos años que te tienen al trote, salto ‘e rana, venga, vaya...a así..”* (Comisario Mayor, veinte años después de su paso por la Escuela de Oficiales)

O como recuerda el Comisario Inspector Romero, con otros términos:

“Cuando entramos yo y mi amigo, nada que ver con los folletos. Yo tenía el pelo largo, me lo cortaron, quedé que no sabía ni quién era, con el flaco que entramos no sabíamos si volver al pueblo o no, ...Te imaginas con esa facha..., ¿Donde estoy? decía yo, todos gritaban como locos. Y así pasamos los primeros 30 días.. de adaptación, como le dicen,...sin salir ni nada...Y nos hacían de todo, ...Arrástrese, nos decía un cadete de tercer año, pero con el cadete en la espalda..., Y es así,y aprendí a no quejarme... uno se hace una persona sacrificada y así ¿No?

Tal noción que pone en el centro de la experiencia de instrucción al sacrificio es también sostenida por los instructores. Indagado acerca de los elementos más importantes de la instrucción, uno de ellos sostiene enfática y orgullosamente:

“el sacrificio es la materia número uno, la más importante, luego viene la honestidad y la lealtad, pero por sobre todo el sacrificio, la entrega a la institución.”

Las descripciones que hacen los agentes respecto de tales instancias de iniciación, coinciden en que más allá del esfuerzo intelectual -“*donde uno también se quema las pestañas memorizando los códigos, que no estás acostumbrado*”-, un particular y muy intenso esfuerzo físico y psíquico caracteriza el paso por la instrucción policial. De manera paralela al acostumbramiento progresivo a la obediencia y docilidad se dá la “*entrega* y

PAUL C. HATHAZY

497

sacrificio” – anverso de la lógica última de la obediencia y la disciplina, que consiste básicamente en la renuncia de la voluntad propia a favor de la voluntad ajena. La centralidad simbólica del sacrificio, en el sentido de entrega y negación de uno mismo parecen ser la expresión de las condiciones objetivas a las que se ven expuestos los “*humildes servidores del orden*” (Sargento Hierro, 15 años en la fuerza).

Las condicionantes condiciones objetivas: El Estado contra el Individuo

Este condicionamiento corporal, es un proceso de exposición, sufrimiento e incorporación de las condiciones objetivas en las cuales el Estado –en tanto detentador monopólico de una serie variada de recursos o capitales, entre los que se encuentran la violencia física junto a la violencia simbólica (Bourdieu, 1996)- está en una condición de extrema diferencia de capacidad de relación *vis a vis* con cada uno de los ingresantes. Esta capacidad diferencial de relación hace que estas instituciones totales- campos

de relaciones que funcionan como aparatos- puedan “demandar todo sin condiciones ni concesiones” (Bourdieu,1981:314). Tal como sostiene Bourdieu “estos agentes [implicados en el aparato] realizan su entrega todo lo fácil que lo hacen dado que poseen muy poco capital por fuera de la institución y por tanto menor libertad *vis a vis* con la institución y con los específicos capitales y ganancias que esta provee”(idem). Que provee y promete.

Los agentes de policía provienen de diversos sectores sociales, pero principalmente lo hacen de familias de trabajadores manuales (urbanos o rurales) o pequeños comerciantes, o bien de familias de policías. Estos hombres (y mujeres) de clase trabajadora, con muy pocos recursos otros que su disciplinado (y saludable) cuerpo, ausencia de antecedentes delictivos Para el caso de los entrevistados, y constatando lo enunciado respecto de los orígenes sociales de los policías vemos que los agentes de policía provienen de posiciones dominadas en el espacio social. Principalmente de profesiones manuales, pequeños comerciantes o personal de baja jerarquía en el sector público. Sin embargo la principal procedencia de los agentes de policía es la misma familia policial. Los datos obtenidos en las entrevistas confirman lo antedicho. Así para los suboficiales entrevistados –determinado por la profesión del padre- tenemos: trabajadores industriales = 5, Ocupaciones manuales independientes = 4, pequeños comerciantes = 4, trabajadores rurales = 2. En relación a los oficiales entrevistados estos tienen como origen social que: 3 son policías, 1 profesional liberal, 2 son pequeños propietarios de tierras, 2 trabajadores rurales en puestos directivos (capataces), 1 empleado en Fábrica Militar.

DISCIPLINAR Y CASTIGAR

498

vos y una escolaridad primaria, encuentran un lugar donde sus pocas propiedades y disposiciones obedientes tienen una tasa de conversión mayor que la que encontrarían en otros trabajos en el sector privado. El otro lugar principal de reclutamiento policial, son de miembros de familias de policías, quienes, bajo la noción de vocación, no hacen sino cumplir con su destino más probable. En ambos casos, tanto los que no vienen de familia policial como los que sí, están en condiciones en las cuales el estado es capaz de imponer las más penosas y duras condiciones; en condiciones de extraer de los agentes sus más valiosas dimensiones de la existencia, al punto de poder exigir de manera explícita el poder sobre la vida y la integridad física de los agentes de policía. El estado está en condiciones de poder hacer asumir como normal el sacrificio, la vocación de servir y la posibilidad de muerte.

El sacrificio y la disciplina como justificación de su posición (y posesiones)

“Los exhortamos, en esta etapa inicial a poner lo mejor de sí (empeño, sacrificio y entusiasmo) para alcanzar el Lauro del mérito; mérito que les permitirá acceder al privilegio exclusivo de integrar los cuadros de nuestra amada Institución.” (Equipo Docente, Cartilla de la Dirección de Institutos de la Policía Provincial, p. 1).

El paso por la escuela de Policía, es una experiencia de distanciamiento y diferenciación con el mundo civil, de inculcación-adquisición específica de ciertas disposiciones prácticas. Estas no actúan destruyendo lo civil (como sostiene Sirimarco,2001a), sino como experiencias, prácticas y condiciones distintivas, como principio de distinción, como elemento de diferenciación y distintivo (Bourdieu,1984).

El paso por la instrucción policial –con sus características de sacrificio, abstinencia, distanciamiento, apartamiento de las anteriores relaciones tiene

los efectos de todo rito de paso, o como los llama Bourdieu “rito de institución” (1992). Si bien la noción de rito como actos de institución ha sido usada por Bourdieu para referirse a las estrategias de reproducción de la clase dominante -francesa-, nos parece que tal noción puede servir para pensar ciertos efectos que el paso de los agentes de policía por la escuela parece tener. Y tanto para aquellos que lo hacen por primera vez en su genealogía familiar - normalmente como suboficiales-, como para los que lo hacen como parte de una tradición familiar, en tanto estrategia de reproducción de la “familia policial”, cuyos hijos y conocidos logran entrar muy fácilmente a las Escuelas de Policía. Según Bourdieu, el paso por ciertas

PAUL C. HATHAZY

499

instituciones escolares, produce un enorme efecto de distinción, en tanto “efectos mágicos de separación y agregación” que “tiende a producir una elite consagrada, es decir no solo distinta y separada, sino también reconocida y que se reconoce a si misma como digna de ella, en una palabra: *distinguida*” (Bourdieu, 1992: 113). Este rito de paso o institución, no actúa separando a los que aún no lo han experimentado de los que lo experimentan, sino, a los que no lo experimentarán nunca. Esa elite distinguida, lo es al interior de las clases dominadas -en capital cultural y económico-, que es de donde provienen los futuros policías. El paso por la Escuela de Policía marca una diferencia *de clase* donde no había anteriormente más que una diferencia *de grado* en relación a la disposición de los más diversos capitales: capital corporal (buen estado físico y psicológico), capital moral (buena conducta, sin antecedentes penales) y capital cultural (educación primaria o secundaria). Tal paso por la institución escolar policial, a la vez, legitima a la nueva posición social al hacerla aparecer como merecida en base al sacrificio y entregas realizados, ocultando la eficacia relativa de ciertos otros capitales (capital social de relación policial y política) que son de determinantes en la posibilidad de ingreso a la institución policial.

La situación policial es así una situación estamental -“una *pretensión*, típicamente efectiva, de privilegios positivos o negativos en la consideración social, fundada: o en el modo de vida, o en maneras formales de educación o en un prestigio... profesional” (Weber 1992:245)- tal como no se cansan de afirmarlo los miembros de la institución y como lo sancionan las leyes Orgánicas Policiales- adquiriendo estos nobles estatales participación acceso al poder y prestigio del Estado.

Vemos así como tal “disciplinamiento” -concebido más bien como progresivo autodisciplinamiento y cultivo de las disciplina- opera como una elemento general de distinción, a la vez que de legitimación de la nueva situación a la que se llega. Es una legitimación del acceso a una serie de capitales sociales de enorme valor. El ingreso a la policía, significa un sueldo, fijo, seguro social y de salud. Significa además la adquisición de crédito económico y sin duda y lo que es quizás más importante un capital simbólico de honor y prestigio del cual se carecía o tenía en grado muy menor con anterioridad a la entrada a la fuerza. El ethos disciplinado, y la retórica del sacrificio y la entrega, va a ser a la vez la base de tal capital simbólico de honor, el cual se va a ver mezclado principalmente con la retórica de la moralidad y el bien común.

Tales sufrimientos y capacidad de tolerancia son reconvertidos por el dominado agente policial en base de sus derechos a “especial considera-

ción” (Weber). Estos sacrificios a la vez son prueba de una especial naturaleza, quedando legitimada su nueva posición por la supuesta posesión de ciertas propiedades y virtudes, en tanto bases de mérito. La condición policial se convierte en un sistema meritocrático que tiene a la entrega y “abnegación” personal como moneda de cambio. Un sistema en el cual los agentes policiales tienen derecho a ocupar sus puestos dado el sacrificio que realizan, convirtiéndose en “*un sacrificable del trabajo*», [siendo que]...*Todo en la vida tiene una cuota de sacrificio....todo, y yo predico con el ejemplo...y eso es ser profesional*”(Comisario Ramos).

Haciendo de la necesidad, virtudes “policiales”

Las condiciones objetivas capaces de convertir de manera sistemática a los ingresantes en “*sacrificables del trabajo*” –expresión que me llevó tiempo comprender- y que son aprendidas de modo corporal, carnal, encuentran, no obstante, ciertas formas de objetivación, más o menos coherentes y sistemáticas. Estas incluyen elementos de tradición, como los dichos, los sobreentendidos, hasta sistemas mínimamente elaborados y estructurados que permiten la elaboración conceptual y objetivación de los cambios sufridos durante el proceso de instrucción. Dentro de los materiales de estudio que les son proporcionados a los ingresantes es central el papel que cumple el material de Ética Profesional. En unas intensas y bien armadas setenta y cinco páginas, elaboradas por un comisario retirado, se despliega y ofrece un básico sistema de ética profesional que se estructura a partir de algunas dicotomías básicas, entre las que tienen un lugar central la noción de sacrificio asimilada a las de altruismo y servicio y bien común (lo policial) y opuesta de modo directo las ideas de hedonismo, egoísmo, e interés, todo lo cual se identifica con el mundo civil. En la Tabla I presentamos las categorías centrales en tal sistema ético que resultan de un análisis estructural inicial de tal material.

En esta suerte de concretización de un sistema de ética de aquellos “que se hayan en desventaja, ya sea debido a sus dotes naturales o a sus oportunidades determinadas por el destino” (Weber, 1985: 11), los dominados agentes policiales hacen de su dominada condición la base de su esquema ético y social a la vez que de su más profundos esquemas de identidad y prácticas. Como afirman dos Subcomisarios que redactaron la cartilla “La institución Policial y el Policía en actualidad”:

“La policía es obra de hombres; hombres para quienes el sacrificio, la vocación de servir y la posibilidad de la muerte (como supremo holocausto) son, desde siempre, UN ESTILO DE VIDA. Hombres que sin clau-

PAUL C. HATHAZY

dicar, bregan por la recuperación de su legítima y verdadera identidad”

Las oposiciones presentes en el material de Ética Policial se estructuran en polos en los que el duro sacrificio e intensa disciplina definen lo policial, en oposición a lo civil. El terreno policial es constituido como sinónimo de altruismo, vocación de servicio, desinterés, en oposición al ámbito civil en donde reina, a partir de la oposición dolor/placer, sacrificio/hedonismo, disciplina/indisciplina – el mundo del egoísmo y el interés personal. En base a dichas dicotomías se estructura toda una serie de oposiciones en donde el sacrificio y entrega se erigen en criterios últimos

de lo correcto y lo incorrecto, y en última instancia del bien y del mal. Esta ética disciplinada y sacrificada, ya de modo objetivado, codificado, ya de modo incorporado, no es más que una el ethos propio de un habitus conformado en las objetivas condiciones que impone el Estado. Este ethos, en tanto sistema práctico de preferencias éticas actúa –con estructuras similares- en las operaciones de clasificación de los ciudadanos. Estos son sometidos a la misma grilla de valoración, clasificados en su valía moral según los esquemas del sacrificio, el esfuerzo, el trabajo duro, y disciplina. Indagados acerca de ciertos grupos (los hinchas de fútbol) – a quienes controlan casi todos los fines de semana el Sargento José se expone poniendo en práctica sus esquemas generales de clasificación y pasa revista a los más diversos grupos.

P- y los de la cancha?

J-, no esos ya son otra cosa, esos son los mismos de siempre, nosotros ya los conocemos, .. pero es que es todo lo mismo, son unos inadaptados, eso lo llevan en la sangre, es como en lo genes que ya lo traen de chiquitos, y que son así, esa gente que no trabaja, que no hace nada, que están todo el día al vicio, que si vos les das una casa, que la podrían tener cincuenta pesos por mes o con veinte pesos por mes, no...; en lugar de pagarla la quieren gratis y no hacen nada, están todo el día al vicio. O si les das un plan trabajar, no lo quiere, no quieren trabajar, quieren que les des todo de arriba que les des todo, no quieren hacer nada. Y es así, quieren todo, y vos les das y no lo valoran. Es que las cosas que no se obtienen con sacrificio no se valoran, y esta gente no valora nada. Son unos abandonados que no les interesa nada, progresar, tener una familia, una carrera, avanzar, nada. Esa es la gente con la que tenemos que hacernos cargo, Vos tenes que en el caso de los gremios esos es todo política, que ellos no hacen nada. Engañan a la gente. Pero tenes la gente que no quiere trabajar, que no hace nada, que vive

DISCIPLINAR Y CASTIGAR

502

de los otros, o los que andan todo el días buscando basura, que vive de los otros que son unos parásitos para la sociedad, que no hacen nada y que se les da todo.

Estas categorías se repiten con recurrencia sistemática asimilando sacrificio, trabajo duro y esfuerzo a valía moral y social. Para el Sargento Hierro esa falta de disciplina y sacrificio en ciertos sectores justifica que sean considerados como menos que humanos:

“La gente anda cada vez más indisciplinada...si, y lo peor es que son cada vez más, tenés a los que andan todo el día que no hacen nada, están los Hippies, los Zurditos, los que tienen un arito, o dos o tres, o los que se drogan, o los que están todo el día [repitiendo] “Paz, loco, Paz”, todo el día fumados, o los que están escuchando rock todo el día con las remeras esas con las calaveras, o los Zurditos que andan todo el día con la remera con la cara del Che Guevara, y les preguntas quién es el Che Guevara y no saben nada, o los que tienen Sida, que no es que tenga nada en su contra, pero son todo lo mismo, la escoria, unas basuras”.

Recordemos ahora la preguntaba de manera retórica el Sargento Ayudante Hierro: “Que saben esos negros de sacrificio” Dentro de esta lógica,

la condición disciplinada y sometida, sacrificada, se convierte en el parámetro con el que luego serán medidos moralmente los miembros del público. Y no solo los civiles que se dedican a actividades ilegales (lo cual aparece como obvio) sino diversos grupos de civiles que realizan actividades absolutamente legales. El mundo civil es construido como el mundo del interés y el egoísmo, el mundo del cálculo egoísta. En una muy peculiar formulación el Comisario Palo hace la siguiente oposición:

“Nosotros estamos acostumbrados a otra cosa, no como los que solo aspiran a que con el menor esfuerzo tener la mayor ganancia, nosotros... es más bien que con el mayor esfuerzo nos conformamos con producir la ganancia mínima que es cumplir con nuestra función.”

Y así, este ethos en tanto fuente ilimitada pero coherente de formulaciones y juicios, sostiene, universalizando su disciplinada y sacrificada condición que

“uno de los grandes problemas de Argentina es que no hay suficiente sacrificio, Si hubiere más sacrificio en Argentina, sin duda, habría más bienestar” (Oficial Ivan).

Dentro de esta lógica se sostiene que *“Sacrificio no es sufrir, sino una actitud de entrega”*, una actitud de entrega que tienen como destinada-

PAUL C. HATHAZY

503

rio al Estado, si bien en esa versión más paternalista que llamamos Patria.

“Es a la Patria a la que le hace falta sacrificio” (Oficial Ramos). Es a la Patria, al Estado a quién se le hace la entrega, no es a los civiles a los que se hace entrega de sacrificio, a los ciudadanos civiles, quienes en su egoísmo no tienen derecho a tales esfuerzos sino a esa entidad impersonal, la nación o la sociedad, cuyo orden se preserva.

CONCLUSION

De los elementos presentados podemos decir que hemos intentado construir de una manera más acabada la relación entre la influencia de la disciplina y castigos (o sufrimientos) y la conformación de la visión policial. Ésta había sido destacada por Sirimarco como una relación de destrucción de lo civil. Al parecer, es más bien una relación de continuidad, en la cual el mayor y más intenso grado de disciplina y sacrificio se constituye en elemento central de las visiones -y divisiones- policiales y de la legitimación de sus nuevas posiciones y posesiones.

Antes de finalizar queremos dejar sentada la siguiente cuestión. La ética del sacrificio y la entrega a la vez encuentra su consagración por parte de la religión oficial de las fuerzas: el catolicismo apostólico romano. Ello hace que el culto religioso cristiano en nuestras policías provinciales reporte a la vez una fuente inagotable de legitimación de ethos del sacrificio policial. El credo cristiano tiene una estructura afín en su ética (en tanto moral del sacrificio) que explicarían, en parte, el interés y respeto hacia las Jerarquías Eclesiásticas oficiales por parte de los agentes del orden. La impronta cristiana en las fuerzas policiales, al menos como justificación última de las comprensiones del mundo aparece de manera constante en las intervenciones. *“Dios es fuente de toda moral y justicia”*, afirma sin hesitaciones el Instructor Oficial Ramos. El Comisario autor del libro de Ética policial propone que *“la asignatura no sea estudiada bajo el solo interés de una formación cultural general, sino que sea valorizada y practicada*

como un verdadero apostolado en el quehacer policial”(Ética Policia I: 6), siendo “lo más acertado sostener que es Dios el fundamento último del orden y deber moral” (op.cit.:14). Lo relevante no es si los contenidos de la moral cristiana son convertidos y transmitidos a rajatabla en forma de una moral profesional policial. Lo que hay que considerar son los efectos de tales relaciones de afinidad. Si las conexiones entre los contenidos de la ética policial y la ética del culto oficial estatal dan lugar a una legitimación del íntimo y carnal ethos policial. Esto significaría, en lo menos, en una disminución de la capacidad crítica y de relativización respecto de tal

DISCIPLINAR Y CASTIGAR

504

cosmología -habida cuenta de la creencia en su intrínseca universalidad y corrección dada la confirmación por los poderes espirituales dominantes. En lo más, en la posibilidad de ciertas creencias en una cruzada moral que parecería librarse día a día en sus relaciones con los diferencial y subordinadamente valorados “herejes” ciudadanos que, o no conocen lo que es el sacrificio, o no aceptan con dignidad y honor su lugar en el mundo. Estos últimos interrogantes requieren una mayor exposición que deberá ser dejada –por motivos de espacio- para otra ocasión en un tratamiento más acabado, quedando no obstante, sugeridas las implicaciones para un análisis más realista de la cultura policial y en particular de aspectos tales como el conservadurismo, el aislamiento, el “autoritarismo” y el sentido de «misión policial» (Reiner, Sozzo), muchas veces descritos pero vagamente analizados, y menos aun, comprendidos y explicados.

Bibliografía

BITTNER, EGON (1998) “*The functions of police*” en Bittner Egon (1998) *Aspects of police work*. Boston: Northeastern University Press.

BOURDIEU, PIERRE (1981) “Men and Machines” en Knorr-Cetina, K. y Cicourel, A. (ed.) *Advances in Social Theory and Methodology. Toward an Integration of micro-macro sociologies*. Boston: Routledge & Keegan Paul.

- (1984) *Distinction. A Social Critique of the Judgement of Taste*. Trans. Richard Nice. Harvard U. Press.

- (1990) *The Logic of Practice*. Stanford: Stanford University Press.

- (1992) Los ritos como actos de institución” en Pitt-Rivers, J, y Peristianí

(1992) *Honor y Gracia*. Madrid: Alianza.

- (1996a) “Espíritus de Estados. Génesis y Estructura del Campo Burocrático” en *Razones Prácticas. Sobre la teoría de la Acción*. Trans. Thomas Kauf. Barcelona: Anagrama.

CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales) (1998) *La inseguridad Policial. Violencia de las fuerzas en Argentina*. Buenos Aires: Eudeba.

ELIAS, NORBERT (1993) *Sociología Fundamental* (cap. 1: La sociología como cazadora de mitos). Barcelona: Gedisa.

JACOBS, DAVID y O’BIEN ROBERT (1998) “The Determinants of Deadly force: A structural Análisis of Police Violence” en *American Journal of Sociology*, Vol. 103, N. 4, pp.: 837-862.

JEFFERSON, TONY (1987) *The Case Against Paramilitary Policing* Bristol, Penn.: Open University Press

KAPPELER, VICTOR E.; Sluder, Richard D; Geoffrey, P. Apert (1994) “Breeding Deviant Conformity. Police Ideology and Culture” en *Forces of Deviance: The Dark Side of Policing*. Prospect Heights, IL: Waveland

MONJARDET, DOMINIQUE (1997) “La formación inicial y la cultura profesional de los policías” en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, N 1, 1997 pp. 13-29.

PAUL C. HATHAZY

505

- REINER, ROBERT (1998) *The Politics of the Police* Oxford: Oxford University Press
- SIRIMARCO MARIANA (2001a) *El disciplinamiento de los cuerpos. Cuando el castigo construye sujetos.* (manuscrito sin Publicar) parte de la Tesis de Licenciatura en Sociología, Carrera de Sociología, UBA.
- (2001b) “*El lenguaje del ordenamiento: sistemas de clasificación y jerarquización en la Policía Federal Argentina*” Ponencia IV Reunión de Antropología del Mercosur, Curitiba, Brasil.
- SOZZO, MAXIMO (2002) “Policía y Democracia Usos de la violencia y construcción de la autoridad policial en Argentina” en Gayol S. y Kessler G (comp.) *Violencias, Delitos y Justicias en la Argentina.* Buenos Aires: Manantial
- TISCORNIA, SOFIA (1996) “Nuestra Cultura de la Violencia” en *El Caminante*, N. 2, pp. 74 -81.
- WEBER, MAX (1992)[1921] *Economía y Sociedad.* México: Fondo de Cultura Económica.
- (1985)[1922] “Psicología Social de las Grandes Religiones” en *Ensayos de Sociología Contemporánea II.* Barcelona: Planeta-Agostini.

DISCIPLINAR Y CASTIGAR

506

507

LA EXISTENCIA DE “TRIBUNALES DE APELACIÓN” EN LOS DEBATES EPISTÉMICOS

por Liliana Iannaccone*

Resumen: En este trabajo ponemos en dudas las argumentaciones filosóficas en las que se hace referencias tanto a “adscripciones lingüísticas comunes” de conocimiento como a “intuiciones claras” sobre casos de conocimiento. La intención de dirimir disputas teóricas haciendo alusión a estas referencias muestra un supuesto: la existencia de ciertos “tribunales de apelación” para lograr la validación de posiciones epistémicas.

Palabras clave: argumentaciones epistémicas – intuiciones epistémicas – adscripciones de conocimiento – resolución de alternativas epistémicas.

El presente trabajo, conjuntamente con otros ya desarrollados, tiende a estructurar lo que podría denominarse un “diagnóstico” acerca de las fuentes de la decepción respecto de la teoría del conocimiento contemporánea, conformada por las disputas recalcitrantes entre fundacionalistas vs coherentistas y las versiones articuladas como mediadoras. La “fortaleza” de tantas rivalidades surge del mayor o menor reconocimiento de los problemas, objetivos y estrategias argumentativas que se consideran válidas o no para desarrollar una teoría epistémica.

* Profesora Titular de la asignatura “Problemas del Conocimiento y Formas de Razonamiento Jurídico”. Secretaria de Ciencia y Técnica de la Facultad de Derecho y Cs.Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Directora de Proyectos de Investigación avalados por distintos organismos, vinculados con temáticas epistémicas.

508

En esta ocasión atenderemos a una constante argumentativa, éste es, la de aludir a un punto o puntos de referencia que representan “tribunales de apelación” en el ámbito filosófico. A la hora de proponer y sostener sistemas de principios epistémicos se alude a “adscripciones comunes” de conocimiento o “intuiciones” claras de casos de conocimiento, como siendo precisamente tales tribunales, a partir de los cuales emanan elementos probatorios y/o desaprobatorios para dirimir rivalidades teóricas y validar los sistemas de principios epistémicos.

Algunas preguntas surgen frente a esta pretensión de existencia y operatividad de tales tribunales:

- a) ¿Qué contexto de adscripción elegir o cuáles contextos se deben tener en cuenta y cuáles descartar?
- b) ¿Qué entendemos por intuiciones y cuáles son las que cuentan?

- c) ¿Aportan las adscripciones e intuiciones contenidos suficientes para ser referentes de la validación de principios?
- d) ¿Hasta dónde podemos apartarnos de los contextos de adscripción e intuiciones seleccionadas?

1.- 1er Tribunal : las intuiciones.

En un trabajo reciente (Iannaccone, 2003), llamamos la atención sobre algunas expresiones que aparecen en los textos de teorías justificacionales de distinta raigambre, a partir de los cuales se podía proponer una tipología de las “intuiciones” que juegan un papel en tales elaboraciones, ellas son las siguientes:

- a) Intuiciones epistémicas
- b) Intuiciones lingüísticas
- c) Intuiciones preanalíticas

También puede articularse a partir de los textos una distinción acerca de las **funciones de la intuiciones**, cualquiera sea el tipo en cuestión. Las intuiciones se consideran que sirven como: a) El input del desarrollo de la reflexión sobre la justificación; b) Una “piedra de toque” o “tribunal de apelación” para sostener argumentos y contraejemplos que apoyan o socavan una teoría (recuérdese que la apelación a lo “contraintuitivo” es la otra cara de la aceptación intuitiva); c) Parte del contenido del criterio de corrección de una teoría.

LILIANA IANACCONE

509

La representación de las intuiciones como “tribunal de apelación”, capaz de cerrar una argumentación a favor o en contra de una posición, descansa en el supuesto de que hay **intuiciones epistémicas comunes** frente a ciertos casos.

Este supuesto se pone en cuestión de cara a los resultados de estudios empíricos acerca de los modos intuitivos de reaccionar ante la exposición de ejemplos de conocimiento. El trabajo empírico al que aludimos es el de Stich y ots. (2001), “Normativity and Epistemic Intuitions”, que fue realizado con una condición que lo vincula directamente a la discusión que nos interesa, ya que lo que se hace es indagar sobre las “intuiciones” que diferentes grupos culturales y socioeconómicos tienen respecto de casos tomados de la literatura filosófica, son casos del estilo Gettier extraídos de los trabajos de representantes de distintas vertientes teóricas. La noción de intuición que enmarca este trabajo es la siguiente “una intuición epistémica es simplemente un juicio espontáneo respecto de las propiedades de ciertos casos específicos”.

Las hipótesis del estudio empírico sobre las intuiciones son las siguientes:

H1: Las intuiciones epistémicas varían de cultura a cultura.

H2: Las intuiciones epistémicas varían de un grupo socioeconómico a otro.

H3: Las Intuiciones epistémicas varían en función de cuántos cursos de filosofía una persona ha desarrollado.

H4: Las intuiciones epistémicas dependen del orden en que los casos de conocimiento son presentados.

Respecto de las dos hipótesis primeras, Stich reconoce que se han propuesto a partir de los trabajos relativos a las variaciones culturales y socioculturales del conocimiento realizados por Nisbett, así como, por los resultados de la investigación de Haidt y ots (1993) sobre reacciones culturales disímiles ante situaciones morales.

Las indagaciones de Nisbett, consideradas hoy como pertenecientes al campo de la psicología social cognitiva, giran en torno a las distintas estrategias de percepción y organización de la información que se dan entre un grupo de “Asiáticos del Este” (Chinos, Japoneses y Coreanos) y otro conformado por “Occidentales” (Europeos y Americanos). En los resultados del trabajo sobresalen sistemáticas diferencias entre ambos grupos en relación a formas de descripción, categorización de objetos y modos de revisar las creencias frente a nuevos argumentos y evidencias.

LA EXISTENCIA DE “TRIBUNALES DE APELACIÓN” EN LOS DEBATES EPISTÉMICOS

510

Por una parte, en el grupo de los **AE** se advierte que la atención se dirige regularmente hacia la totalidad de las partes de algo, es decir, una perspectiva naturalmente contextual y holística, en la que los objetos se describen en relaciones con el campo en que aparecen y las explicaciones de eventos se desarrollan desde la interdependencia de esas relaciones. Por otra parte, en el grupo de los **O** hay un predominio de los modos más analíticos y desestructurantes de descripciones. Los detalles de los objetos ocupan la atención de primer plano, especialmente los atributos que permiten conformar categorías de los mismos. También aparece como resultado que el grupo de los **O** tiene preferencia por usar reglas para estructurar explicaciones y predecir conductas de los objetos.

En el trabajo de Haidt se exploran las intuiciones morales de diferentes grupos culturales y socioeconómicos frente a la presentación de ciertas historias-casos que envuelven valoraciones morales. Los grupos investigados se distinguieron de acuerdo a diferencias socioeconómicas; el criterio para conformar los grupos de bajo y alto status socioeconómico fue la cantidad de años de educación formal recibida por los sujetos. Lo más destacable de este estudio es que hay grandes diferencias en las intuiciones morales entre clases sociales (definidas por el nivel educativo), y tales diferencias se minimizan entre grupos de distinta nacionalidad pertenecientes a una misma clase social.

Las dos restantes hipótesis surgen de estudios relativos a estrategias de aprendizaje basadas en la consideración del establecimiento de redes neuronales que van estructurando ciertos “pasajes” hacia determinadas conclusiones (Clark:1997). De tal modo, algunas diferencias en las respuestas pueden atribuirse, por ejemplo, al hecho de que los sujetos expuestos a ciertos razonamientos en el aprendizaje pueden imaginar estados de cosas posibles como relevantes, mientras que aquellos que no han tenido tal aprendizaje se encuentran más ajustados a los estados de cosas actuales.

Adicionalmente, los sujetos de mayor educación aceptan más tipos de posibilidades socavadoras que los de menor educación, debido a los estándares implícitos de conocimiento.

En el marco de las hipótesis formuladas, con los antecedentes mencionados y sus respectivos grupos de investigación articulados -esto es, grupos étnicos de AE y O y grupos de diferente status socioeconómico- se presentan a consideración un conjunto de casos surgidos en el debate entre internalismo/externalismo justificacional de creencias.

Entre los varios historias-casos de conocimiento (como prefiero designarlos) expuestos a los grupos, se utiliza el siguiente:

LILIANA IANNACCONE

511

Un día Carlos es golpeado por una piedra y su cerebro es alterado en ciertas conexiones que hacen que estime con precisión la temperatura del medio ambiente. Carlos no es consciente de esta alteración. Así, en un determinado momento él cree que en el aula hay una temperatura de 32 grados. De hecho, en ese momento es de 32 grados.

Carlos realmente conoce que la temperatura es de 32 grados o sólo cree en tal temperatura?.

A este ejemplo se le introducen ciertas modificaciones, por ejemplo, que no es sólo una persona la afectada cerebralmente sino toda una comunidad aislada de cualquier otra y se van advirtiendo cómo los resultados varían. Presentado el “Caso de Carlos” se advierte que los Asiáticos tienden en su mayoría a negar que haya conocimiento y sus compañeros Occidentales lo hacen en menor proporción. Mientras que introduciendo la modificación de una comunidad aislada homogéneamente afectada se advierte la desaparición de las diferencias en las respuestas.

Frente a este trabajo de Stich, consideramos oportuno hacer algunas reflexiones:

a) Ciertas coincidencias en las intuiciones, indicarían la existencia de un núcleo de condiciones constitutivas del conocimiento que conformarían cierta epistemología folk. Así, por ejemplo, hay un acuerdo en que las creencias basadas en ciertos “sentimientos especiales” de seguridad subjetiva o ciertas “corazonadas afortunadas” no son conocimiento.

Este núcleo es lo que suele explicitarse en un tipo de Principios Epistémicos cuyo contenido es el de definiciones generalísimas. Tal como expuse en un trabajo relativo el alcance y límites de la Normatividad Epistémica, al comenzar una teoría justificacional lo primero que se puede advertir es que se afronta la tarea de determinar la significación general del término “*estar justificada una creencia para un sujeto*”. El objetivo de tal presentación es el de proporcionar una definición *neutral* de la expresión que sirva de marco común a las distintas teorías justificacionales¹.

LA EXISTENCIA DE “TRIBUNALES DE APELACIÓN” EN LOS DEBATES EPISTÉMICOS
¹ Cfr. IANACCONE 1999: 254 ss.

512

Este objetivo primario, “primario” en el sentido de ser un paso sumamente general, es el que puede advertirse en el contenido de los siguientes textos:

“LLamar a una creencia justificada implica que es una actitud doxástica *propia*, una para la cual el conocedor tiene un derecho epistémico o garantía” (Goldman 1986: 59).

“Estar justificado en creer que *p* es para esa creencia estar basada en adecuadas razones” (Alston 1989: 10”).

Estos principios que surgen del análisis conceptual tendrían un correlato en intuiciones comunes, pero su contenido es muy acotado.

Los restantes tipos de principios en los que se especifican condiciones sustantivas de cada teoría, ya no contarían con correlatos intuitivos comunes.

b) No hay intuiciones fuertes que permitan dirimir si hay o no conocimiento en ciertos casos elaborados en las teorías filosóficas,

como apoyo de los principios epistémicos propuestos en sus marcos respectivos. Por “intuiciones fuertes” entendemos aquellas acompañadas por un claro sentido de necesidad, tales como las que se presentan ante ciertos principios lógicos.

c) Coincido con los autores en que los filósofos que tratan de delinear conclusiones normativas a partir del hecho de “nuestras” intuiciones tienen que preguntarse con énfasis: ¿Qué significa “nosotros”? Es decir, la carga de la prueba, respecto al rol de las intuiciones en la argumentación epistémica, cae ahora sobre las espaldas de los que intentan utilizar las mismas como parte del criterio de corrección de tales principios.

d) El hecho de que los inputs intuitivos sean diferentes no conduce a afirmar simplemente que los outputs también lo serán, ya que es menester, a nuestro juicio, considerar otros inputs de la reflexión que intervienen en la formulación de principios epistémicos². De

² Cfr. IANNACONE 2001: 558 ss.

LILIANA IANNACONE

513

tal modo, el trabajo de Stich no aporta elementos suficientes para avalar tesis relativistas sobre los principios epistémicos.

2.- Segundo Tribunal: las adscripciones de conocimiento .

Caracterizaremos el Contextualismo Epistémico en las siguientes tesis o haremos destacar estas a nuestros fines ³:

a) Oraciones de la forma “S sabe que p en t” son evaluables en cuanto a su verdad sólo en relación con un contexto de uso C.

b) Las atribuciones de conocimiento aceptadas son de una amplitud tan variada que las condiciones de evaluación de las mismas (o estándares de atribución) son altamente “inestables”

Desde una visión contextualista, dos personas que afirmen “S sabe que p en t” pueden tener razón o equivocarse respectivamente a causa de los distintos contextos de uso y las dimensiones que en tales usos se acentúan u omiten. De tal modo, en el contexto de un debate filosófico, puede ser *falso* decir “Sé que tengo una mano”, debido a ciertas consideraciones escépticas que se han introducido en las condiciones de verdad requeridas para lograr conocimiento. Por otra parte, en contextos ordinarios (en casa o haciendo deportes) no es falso sino verdadero decir la misma cosa e incluir muchas otras como sabidas.

Sosa (2000), “Contextualismo y Escepticismo”, sostiene que el contextualismo epistémico tiene una plausibilidad considerable como tesis de la filosofía del lenguaje, pero que es dudosa su vinculación con la epistemología, que inquiriere sobre la naturaleza, condiciones y extensión del conocimiento.

En tal sentido este filósofo argumenta que la determinación de las adscripciones en contextos ordinarios de términos epistémicos con sus distintos matices no es una respuesta a los interrogantes epistemológicos. Si

³A estas tesis se podría agregar otra: la del relativismo de todo principio epistémico que se intente formular o asentar a partir de esas atribuciones. Pero no todo contextualismo adhiere al relativismo. Podemos dejar esa cuestión de lado, ya que lo que nos interesa no es examinar la validez de la afirmación de que los principios epistémicos son la explicitación de lo implícito en las atribuciones, sino indagar sobre el rol de “tribunal de apelación” que pueden tener las referencias a tales diferencias contextuales en las argumentaciones epistémicas.

LA EXISTENCIA DE “TRIBUNALES DE APELACIÓN” EN LOS DEBATES EPISTÉMICOS

ello se pretendiera haría falta determinar cómo es ésto posible. Así, si filosóficamente nos preguntamos: ¿Sabe la gente que hay manos?; no constituye una respuesta el que se sostenga: La gente emite a menudo verdades cuando dice “Sé que hay manos”. Es decir, la gente en ciertos contextos puede afirmar con sentido que “S sabe que p” o “S está justificado” sólo porque el sujeto tiene alguna razón o tiene algún grado de seguridad en sus creencias, pero los filósofos preguntan si puede considerarse **correctamente** que S conoce o está justificado con sólo contar con ese tipo de apoyos. Por ello: “No es algo obvio que los umbrales inferiores de los contextos ordinarios sean pertinentes para nuestros intereses en un contexto filosófico en el que se fija el umbral en un punto superior” (2000:17).

Creo que esta posición de Sosa hay que confrontarla con el modo de argumentación efectivamente desarrollada por los filósofos (más allá de lo que dicen que hacen), entre ellos el propio Sosa.

En general, en la argumentación sobre la validación de los principios epistémicos se sostiene que una teoría del conocimiento quedaría invalidada si no hiciera justicia a la “mayoría de las adscripciones de conocimiento”. Sosa (1992), citado como un ejemplo que podríamos multiplicar en una larga enumeración de textos, en su trabajo “La naturaleza despejada, la epistemología naturalizada” se refiere a los resultados del modelo cartesiano como lo que hay que evitar:

“Así concluye (Descartes) su Proyecto de Comprensión con una explicación sumamente simple de cómo conocería uno cualquier cosa que se pudiera conocer: con una teoría completamente simple de las condiciones requeridas para la autoridad epistémica del conocimiento verdadero. “Intuición y deducción son las vías más seguras para el conocimiento y la mente no debe admitir otras”.

Es entonces difícil no ver el hecho de que casi nada de lo que ordinariamente tomamos por conocimiento satisface las condiciones fijadas” (42).

Si uno no está justamente estipulando que el “conocimiento” (el superconocimiento) sólo se ha de alcanzar mediante una prueba deductiva, sin embargo, está lejos de ser evidente entonces que no hay otros significados” (43).

LILIANA IANNACCONE

Decir que sino se toman en cuenta ciertos contextos de adscripción ordinarios la Teoría del Conocimiento se vuelve estipulativa y, por tanto, con falta de validación requiere mayor explicación.

La cuestión es que si nos separamos “demasiado” (reiteramos, cuán demasiado) del contexto de “ciertas” adscripciones (¿cuáles son ellas?) la epistemología se anula a sí misma, anulando su tema. Al respecto la frase de Lewis, compartida por Fogelin (2000), es reveladora:

“Puede ser que las adscripciones de conocimiento sean sutilmente dependientes del contexto, y puede ser que la epistemología sea un contexto que las hace falsas. De este modo, la epistemología sería una investigación que destruye el tema del que trata” (Lewis 1996: 550).

Frente a lo dicho, la cuestión es qué adscripciones son las que pueden

servir para validar la teoría, dónde cortar el umbral, cuáles contextos son pertinentes y cuáles no, dónde parar para alegar que se ha hecho justicia a la “mayoría” de las adscripciones contextuales y no caer en la estipulación. No se encuentra una reflexión explícita respecto de estas cuestiones, y se avanza en las argumentaciones epistemológicas, confundiendo “objetivos explicativos”.

Un ejemplo típico de esta problemática, se pone de relieve en los siguientes textos que muestra precisamente la falta de criterios sobre los umbrales de adscripción a tener en cuenta:

“...No nos interesaremos en el tipo de conocimiento atribuido a los animales, niños pequeños...” (Lehrer 1990:8).

“... Puesto que no atribuimos habitualmente responsabilidad moral a los infantes y a los animales inferiores, no veo razón para atribuir responsabilidad epistémica o creencia justificada a ellos” (Moser 1985:127).

Alston (1989), por su parte considera que es menester explicar la atribución de conocimiento a los niños pequeños y la relativa a animales inferiores (Cfr. 173).

LA EXISTENCIA DE “TRIBUNALES DE APELACIÓN” EN LOS DEBATES EPISTÉMICOS
516

Cada uno de estos filósofos sostiene que una Teoría del Conocimiento es aceptable en la medida que abarque las adscripciones por ellos seleccionadas.

3.- Conclusiones: sillas movedizas y vacías en los tribunales.

La importancia de los hallazgos empíricos respecto de la variabilidad de las intuiciones es dirigir la carga de la prueba hacia los filósofos que apelan en sus argumentaciones a las intuiciones, como elementos que permiten extraer una conclusión o cerrar una argumentación. Falta, una reflexión sobre el status asignado a las intuiciones, algo que ocupó largamente a los teóricos del conocimiento en la modernidad. Una vía para dejar de lado esta tarea es simplemente considerar que el recurso a las intuiciones es una herramienta retórica en la Teoría del Conocimiento contemporánea. Entonces, habría que ver y preguntarse, de modo no retórico, qué queda de las construcciones teóricas y los debates entre las perspectivas alternativas. Respecto del señalamiento de la contextualidad de las adscripciones, tampoco es lícito cerrar argumentos afirmando que las adscripciones comunes aportan elementos concluyentes hacia ciertos casos, los que a su vez apoyan principios. El problema de hasta dónde podemos separarnos de las adscripciones comunes y por qué permanecer cerca de ellas, tampoco ha sido un tópico reflexionado en las elaboraciones actuales de Teoría del Conocimiento.

Entonces, ¿dónde encontrar los tribunales de apelación?, tal vez puedan encontrarse algunos, tal vez lo sean ciertas intuiciones y ciertas adscripciones (siempre mucho menos de las que se esgrimen), pero es un tribunal de sillas movedizas y , a veces, vacías. ¿Sirve al fin un tribunal de apelación con esta constitución?.

Bibliografía

- ALSTON, W. (1989), *Epistemic Justification*, Cornell Uni. Press, Ithaca.
CLARK, A. (1997), “ *Being There: Putting Brain, Body and World Together Again*”, MIT Press, Cambridge; citado por Stich (2001).
FOGELIN, R.J. (2000), “ *Contextualismo y Externismo: Cambiando una Forma de Escepticismo por Otra*”, *Teorema*, V. XIX/3:55-71.

- GOLDMAN, A. (1986), *Epistemology and Cognition*, Harvard Uni Press, Cambridge.
- HAI DT, J Y OTS (1993), "Affect, Culture and Morality", *Journal of Personality and Social Psychology*, V. 65, 613-628; citado por Stich (2001).
- IANNACCONE, L. (1999), "Dilucidando el Alcance de la Normatividad Epistémica", Anuario IV, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de Córdoba.
- LILIANA IANNACCONE
- 517
- (2001), "Sobre el Método de Equilibrio Reflexivo: Estudio de Casos Epistémicos", Anuario V, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de Córdoba.
- (2003), "Reflexiones Metaepistemológicas sobre Teorías Justificacionales: Apelaciones Intuitivas y Principios Cognitivos", en *Epistemología e Historia de la ciencia*, V.9, Centro de Investigaciones de la Fac. de Filosofía y Humanidades. U.N.C.
- LEHRER, K. (1990), *Theory of Knowledge*, Westview Press, Boulder and San Francisco.
- LEWIS, D (1996), "Elusive Knowledge", *Australasian Journal of Philosophy*, V.74,4,549-67.
- MOSER, P. (1985), *Empirical Justification*, Reidel, Dordrecht.
- NISBETT, R Y OTS (en prensa), "Rules vs Similarity as a Basis for Reasoning and Judgment in East and West"; citado por Stich (2001).
- SOSA, E. (2000), "Contextualismo y Escepticismo", *Teorema*, V. XIX/3:9-25.
- (1992), "La Naturaleza Des-pejada, la Epistemología Naturalizada", en *Conocimiento y Virtud Intelectual*, F.C.E., México.
- STICH, S. Y OTS. (2001), "Normativity and Epistemic Intuitions", <http://rucss.rutgers.edu/ArchiveFolder/Research%20Group/Publications/NEI/>
- LA EXISTENCIA DE "TRIBUNALES DE APELACIÓN" EN LOS DEBATES EPISTÉMICOS

518

519

INTERNACIÓN Y VIDA COTIDIANA DE ADOLESCENTES Y JÓVENES INFRACTORES

por María Inés Laje*

Resumen: Nos planteamos en este artículo aportar algunos elementos que permiten comprender los procesos en los que se estructura la vida cotidiana en instituciones correccionales de la Ciudad de Córdoba, en las que están internados adolescentes y jóvenes infractores. Ello ha sido posible a partir de mantener diálogos con los diversos sujetos involucrados, en el interior de dichas instituciones, lo que nos ha permitido comprender este fenómeno desde la perspectiva de los propios actores.

En la vida cotidiana se expresan las dos lógicas de intervención que subyacen en el sistema correccional, que responden a las formas antagónicas de comprender la realidad de la infancia.

Entendemos que los institutos correccionales son "instituciones totales", en los que la situación de privación de libertad condiciona los procesos de socialización e interacción imprimiéndoles características particulares, que se expresan durante la internación, y se hacen extensivas en el exterior, al momento del egreso o en las sucesivas internaciones en ámbitos institucionales para adultos.

Palabras Claves: adolescentes/jovenes – infractores a la ley penal – instituciones correccionales - internación

* Lic. En Antropología Social, doctorando en Antropología, Universidad de Buenos Aires. Ex becaria de Conicet, Conicor y Secyt. Investigadora y directora de Proyectos de investigación sobre temáticas de infancia y familia. Directora y docente del "Seminario Interdisciplinario de Investigación sobre los Derechos del Niño". Cij.

520

Las instituciones correccionales son entendidas como "instituciones totales", ya que contienen un conjunto de características que las identifican como tales. (Véase E. Goffman, 1992)

Una idea central es que se genera la ruptura con el mundo exterior, a partir de la disciplina y la seguridad, dado que todos los aspectos de la vida se desarrollan en un mismo lugar, en donde se resuelven muchas necesidades humanas mediante una organización burocrática, de estructura jerarquizada y por la cual cada etapa de la actividad diaria, el régimen de vida, se lleva a cabo en común con los internos, a partir de una rutina programada. En la mayoría de las instituciones¹ se ha podido observar que el espacio físico se encuentra claramente dividido², el que ocupa el personal, al que los chicos tienen acceso restringido y está permanentemente controlado, diferenciándose las áreas de celdas o “dormitorios”, baños y los espacios para actividades diversas³. Esta disposición establece formas cotidianas de interacción diferenciadas, cuyo tránsito puede marcar privilegios y también sanciones.

La socialización en este marco disciplinario⁴, al interior de las instituciones conforma, sin embargo, un proceso de enfrentamientos y luchas, soterradas y/o explícitas, que van constituyendo una subjetividad y una identidad particulares. En ese escenario participan de la vida institucional diferentes actores que interactúan de manera diversa, expresándose en relaciones de poder, muchas veces de enfrentamiento y disputa, otras de identidad e igualdad.

En el mundo de la vida cotidiana en las instituciones correccionales, entran en juego los sujetos históricos, las experiencias personales y sociales, que moldean los procesos de subjetivación y refuerzan o distorsionan el apego a las normas disciplinarias.

¹ Ejemplo de ello son los Centros de Tratamiento para Menores I y II (Cetram), el Centro de Ingreso Correccional (Cic), Centro de Admisión para Menores (Cam), Instituto Felisa Soaje, Centro de Reeducción de Menores (Crom).

² Estos ámbitos, análogos a las cárceles, marcan una diferencia en la distribución espacial moderna respecto a la forma tradicional del siglo pasado, y que las instituciones de adultos aún poseen que es el panóptico de observación. FOUCAULT, M. 1995.

³ Cuando realizáramos nuestras visitas a las instituciones, la excepción la presentaba la de mujeres, ya que en ellas las internas permanecían todo el día en el interior de sus celdas, debiendo solicitar autorización para ir al baño, para fumar, para salir al patio central cuando tenían visitas.

⁴ Véase en M.FOUCAULT, 1995, para profundizar en la analogía de éstas con la prisión y el régimen disciplinario.

MARÍA INÉS LAJE

521

Se organiza alrededor de un tiempo y un espacio que no se agota por las presencias inmediatas, sino que es experimentada en grados diferentes de proximidad y alejamiento. Esta realidad es, además, un mundo intersubjetivo, el que se comparte, se interactúa y se comunica continuamente con otros. Establecida como realidad, ésta se divide en porciones o sectores, unos que se aprehenden por rutina y otros que se presentan como problemas de diversas clases.

Al ahondar en los diferentes aspectos de la organización institucional, en la rutina cotidiana, en la interacción entre los diferentes actores que participan en ella, fue posible comprender la *lógica del sistema correccional*. En estas instituciones las perspectivas de los sujetos participantes albergan dos lógicas de intervención diferentes, que responden a los modelos antagónicos⁵ que representan la realidad de la infancia. Estos en la vida cotidiana se combinan y retroalimentan, los que hemos caracterizados como:

a) De “*control social y disciplinamiento*”, ortodoxo, legitimado socialmente,

que a partir de la instrumentación de mecanismos sociales de segregación, implementa un sistema punitivo fundado en la disciplina, la seguridad y el castigo/sanción.

b) El otro de carácter “*reflexivo*”, heterodoxo, incluye los mecanismos disciplinarios del primero, pero adopta estrategias orientadas a la recuperación del adolescente/joven interno, desde posturas garantistas. Sin embargo, por tratarse de una perspectiva innovadora, en proceso de consolidación, no pueden aún destacarse como alternativa al primero. Situación que se agrava en momentos críticos, ante la falta de consenso y/o de recursos que lo sostengan. se producen sutiles contradicciones que allanan el camino para que se impongan alternativas propias de la primera postura señalada.

Estos modelos con lógicas diferentes se expresan en formas contradictorias de actuación y de interacción entre los integrantes del mundo adulto y, a su vez, en relación con los adolescentes y jóvenes internos.

Estas diferencias se construyen a partir de las diferentes concepciones de los sujetos sobre quienes intervenir, los criterios y contenidos de las prácticas y estrategias que las instituciones desarrollan, los abordajes pro-
5 Nos referimos a las dos doctrinas en vigencia la de “la situación irregular” y “la de la protección integral”, sustentadas por las dos legislaciones vigentes, la Ley del Patronato de Menores y la Convención de los Derechos del Niño.

INTERNACIÓN Y VIDA COTIDIANA DE ADOLESCENTES Y JÓVENES INFRACTORES

522

fesionales, etc. lo que, como veremos a continuación, es en la vida cotidiana en donde se construyen y expresan los sentidos señalados.

La estructuración de la vida cotidiana

La información obtenida de la observación, de las entrevistas a los sujetos internos y demás integrantes del mundo adulto, ha sido sistematizada en los tres procesos en los que se estructura la vida cotidiana en situación de internación, desarrollados por E. Goffman en su trabajo *Internados*.

(Op. Cit.) :

- a) Mortificación o desestructuración del yo;
- b) Reorganización personal del interno;
- c) Formación de un medio cultural.

La mortificación vista como proceso de desestructuración.

Se inicia al momento del ingreso, cuando se produce la interposición de barreras entre el interno y el exterior, que tienden a romper con la concepción de sí mismo y con la consecuente programación de su rol. Los rituales de iniciación destinados a ubicar a quien ingresa en su condición de interno son:

el despojo de las pertenencias; la imposición de normas de conducta en su relación con las cosas y las personas, y las formas de des-contaminación física e interpersonal, constituyen un conjunto de indicadores que describen los procesos de marcación invisibles.

Las medidas de máxima seguridad no solamente impiden el contacto con el exterior, sino con ciertos espacios del interior mismo, materializan la privación de libertad y la sujeción a un régimen de vida, alrededor del cual gira la vida cotidiana institucional. Tiene una fundamentación lógica que permite justificar un accionar amparado legalmente, a partir de simples racionalizaciones, que tienen origen en los esfuerzos para manejar la actividad diaria de un determinado número de personas, en un espacio que generalmente es reducido y con pocos recursos. Este accionar además, como está basado en la aplicación de medidas de seguridad, incluye un conjunto

de mecanismos más sutiles para evitar las fugas o motines, aspecto fundamental y eje central de la labor institucional.

⁶ Esto fue trabajado de manera preliminar en “La institucionalización de adolescentes y jóvenes correccionales”, en LAJE, M. INÉS y REARTES, J. 2000.-

⁷ Ello responde a uno de los objetivos centrales de la creación de los institutos de máxima seguridad, el de dar respuesta a los reclamos sociales por mayor seguridad en las instituciones y rigidez en los sistemas de encierro.

MARÍA INÉS LAJE

523

Este proceso cumple la función de desarticular la imagen que el propio joven construye apartado de las normas de convivencia, excluidos del sistema de educación formal, con domicilios inestables, con problemáticas familiares muchas veces críticas. Se trata de ordenamientos institucionales que limitan las prerrogativas personales de cada uno de sus miembros. El régimen de aislamiento, por razones de seguridad e higiene⁹, en celdas especiales al momento del ingreso irrumpe, generando el primer choque desestructurador con el exterior.

La imposición de rutinas, de normas de conducta conforman un régimen de vida, basados en la disciplina y el orden: horarios rigurosos, incorporación de formas de comportamiento fundadas en el respeto y la socialización; un régimen de obediencia; la aceptación del régimen de visitas; el control (de la correspondencia, elementos y alimentos que ingresan las visitas, el tipo de lectura, etc.) se complementa con la obligatoriedad de las actividades a realizar¹⁰.

La internación materializa la intervención judicial, en este sentido es de fundamental importancia el cumplimiento en la elaboración de los informes, sean sobre la evolución en la vida institucional, de la conducta/comportamiento, los psicológicos, los sociales/ambientales, de las diferentes actividades que realizan, etc. que muestran un claro conocimiento de cada caso en particular.

La institución posee un funcionamiento instrumental de la justicia, y en ella se legitima la realización de ciertas prácticas, en casos abusivas, represivas, de control, de relaciones de poder, etc. que en muchas oportunidades son incompatibles con el beneficio del sujeto de intervención.

Entre la oferta institucional con la modalidad de actividades (talleres, deportes, recreación) y/o tratamientos (psicológicos, psiquiátricos, sociales) y las necesidades de los jóvenes, pueden destacarse una frecuente

⁸ Suelen combinarse las siguientes situaciones: ausencia de alguno de sus miembros, la formación de parejas a temprana edad, la paternidad precoz, con abusos, violencia, abandonos, ausencia de alguno de los progenitores, etc.

⁹ Se trata de un período inicial, que dura aproximadamente 30 días, durante el cual el interno está aislado hasta tanto se le hayan practicado los estudios de rutina, sobre su salud y las condiciones sociales. Durante el cual se le dan las instrucciones necesarias sobre la vida en la institución, las medidas disciplinarias y el régimen de vida. Excluimos del análisis del ritual del aislamiento inicial a las internas del Instituto Felisa Soaje por las características edilicias y funcionales, dado que al ingresar ellas eran alojadas directamente en las celdas compartidas con capacidad para cuatro adolescentes o jóvenes mujeres.

¹⁰ La excepción lo presenta el instituto para mujeres por el personal policial y la ausencia de actividades.

INTERNACIÓN Y VIDA COTIDIANA DE ADOLESCENTES Y JÓVENES INFRACTORES

524

insatisfacción, que se manifiesta en expresiones escépticas, la aceptación pasiva, en el rechazo crítico, dependiendo ello de la capacidad reflexiva de cada uno de los miembros, respecto del sentido y efectividad de las propuestas.

Esta etapa de ruptura con el exterior, en la que se busca dejar explícito el rigor de la internación para la modificación de conductas, es de abrupto cambio con los hábitos propios de los sujetos infractores, marcará el recorrido de las rutinas cotidianas y de interacción con otros sujetos “pares” y adultos.

b) La reorganización personal del interno : de forma paralela al proceso anterior, existe un sistema de privilegios y sanciones que proporciona un amplio marco de referencia para la reorganización personal del interno, a quien le permitirá acomodarse al régimen de vida. A este sistema lo integran las normas que especifican la rutina de la vida diaria como conjunto explícito y formal de prescripciones y proscripciones; un pequeño número de recompensas y privilegios simbólicos a cambio de la obediencia, se complementan con una serie de castigos que afectan el derecho a/o el uso de esos privilegios.

El sistema de privilegios, da lugar a la expresión de ciertas prácticas que Goffman llama de *ajuste secundario* y que otorgan a los internos la posibilidad de obtener satisfacciones prohibidas, o alcanzar satisfacciones lícitas por medios prohibidos. Este tipo de ajuste devolvería parcialmente, en nuestro caso al adolescente/joven, la sensación de cierto dominio sobre su medio. Sin embargo, estos mecanismos están normalmente sujetos a algún tipo de control informal, generalmente conocido a través de formas de comunicación no convencional.

Otro tipo de ajuste secundario se produce a partir de expresiones de repudio o rechazo generalizado, como mecanismo de presión que no es individual, sino que colectivo, y que se concreta a través de indisciplinas, tales como motines, u otras expresiones o la amenaza de ellas, destinadas a “...sostener breves actos de desafío anónimo o en masa” que contribuyen también a la reorganización personal.

Este sistema de privilegios permite un “orden interno”, a veces *ficticio*, *controlado* favorecido por relaciones en las que se intercambian actividades laborales, por obediencias o permisos, que se reflejan en los posteriores “informes a Tribunales”, quedando escrito este reconocimiento. Esta situación promueve ciertos rasgos *extorsivos* en la interacción, entre el interno y el personal, estando presente la amenaza explícita o implícita de manera permanente.

MARÍA INÉS LAJE

525

Generalmente “ese orden interno” se manifiesta en comportamientos reconocidos como los del “buen preso”, hacer “buena conducta”, procurando la obtención de los privilegios como beneficios, sin revelarse como síntomas de cambios profundos, que redunden en la incorporación de elementos reparadores hacia un verdadero proceso de socialización, sino en comportamientos estratégicos, que en muchos casos se mostrarán recurrentes de las acciones anteriores. Es aquí en donde se cristaliza la violencia simbólica, en tanto sumisión basada en creencias dotadas de esquemas de percepción que requieren de una adhesión inmediata al orden dominante, y las relaciones de poder/autoridad existentes, sacralizadas.

La información de la causa judicial se expresa en *relaciones de poder*, ya que las dificultades para el acceso a ella genera ansiedad y angustia, legítima a quien la otorga, produciendo en los internos ajustes secundarios como los que hemos señalado, a pesar de ser ésta un derecho y estar explícitamente

incorporada en la legislación vigente durante el procedimiento correccional.

La labor del personal profesional consiste en aplicar pruebas y practicar estudios con el fin de conocer las causas de las conductas, e impartir “consejos” para “orientar” a estos sujetos y a sus familiares. Completan su función estudiarlos, clasificarlos y caracterizarlos, debiendo dejar todo debidamente “registrado” en sus expedientes y/o legajos personales, pero también en los libros de partes diarios. (Véase M.Foucault, 1993)

Los expedientes, construidos en el ámbito judicial, son una fuente privilegiada para dar cuenta de aquello sobre lo cual la institución consideraba importante para fijar su mirada y de aquello que, por considerarse parte explicativa o substancial de la conducta delictiva, debía quedar registrado. Dan información acerca del modo de “mirar” (es decir de medir, examinar, clasificar y evaluar) a los adolescentes y jóvenes, más que acerca de ellos, del modo como su historia es mirada por los “otros”, más que de su historia en sí, del modo como su conducta es juzgada y de los parámetros que se utilizaban para medirla. Se constituyen en ámbitos productores de subjetividad, en donde se plasma el punto de vista de los técnicos, en donde materializan su práctica, ya que buena parte de su quehacer profesional cotidiano consistía en la elaboración de estudios e informes sobre ellos.

La vida institucional deriva en una cultura institucional.

Son diversas las prácticas que estos sujetos internados realizan en el interior, se trata de formas culturales propiamente institucionalizadas, y de otras que en el afuera se expresan en una *subcultura juvenil*.

INTERNACIÓN Y VIDA COTIDIANA DE ADOLESCENTES Y JÓVENES INFRACTORES

526

La información obtenida ha permitido caracterizarlas en tres maneras:

a) De *adaptación o rechazo* a la vida institucional, a través de acciones asociadas a las diferentes expresiones emocionales, afectivas vinculadas a la vida cotidiana.

b) Como *expresiones simbólicas* implementadas al interior de las instituciones;

c) Mediante los registros, *las marcas constructoras* de una identidad y de un status, que dejarán indeleble el reconocimiento de su tránsito por ellas y que les otorgará un lugar protagónico en el afuera.

a) Las de *adaptación*, adquieren distinta modalidad, algunos ante el reconocimiento de su situación de inferioridad respecto a la ocupada en el mundo exterior, produce una atmósfera de depresión personal, que se expresa en un proceso de autocompasión, y en la elaboración de una historia personal de lamentación y apología. Estos casos asocian la privación de la libertad como una pérdida, un fracaso, dejando librada a la gracia divina la suerte de su libertad. Suelen generar mecanismos de *aceptación y espera*, otros no soportan, y ante la primera ocasión se fugan o no regresan de algún permiso. Los sujetos que asumen un tipo de comportamiento que hemos denominado “*institucionalizado*”, lo manifiestan generalmente los que han tenido períodos de internación prolongados. Este tiempo les produce un proceso interior, que trasunta una adaptación al régimen establecido, y que en ocasiones se vuelven funcionales al sistema¹¹. Asumen una actitud pasiva, se trata de una *estrategia de espera*, de “*sobrevivencia*”.

Esta actitud se ve claramente en algunos varones y en las mujeres, como lo destacaron en diversas ocasiones, “aguantar hasta lograr la libertad”.

Ellas debieron plantearse desde lo individual las maneras de sobrellevarla, sin soporte ni ayuda institucional. Esto está asociado fundamentalmente a la inactividad a la que estaban expuestas, tal como hiciéramos referencia, quienes le otorgaron un alto valor a las actividades recreativas o de distracción, consideradas claves para contrarrestar el tiempo muerto y/o como mecanismo para soportar la tensión del encierro. Esta estrategia de espera, se proyecta más como un desafío para obtener la libertad, que como proceso real de cambio.

¹¹ Casos como estos han participado por ejemplo de programas televisivos, actos para las autoridades judiciales y del Ministerio, quienes al momento de exteriorizar su experiencia en la institución lo realizan incorporando el mismo discurso institucional.

MARÍA INÉS LAJE

527

En el caso de algunos varones, especialmente quienes estando próximos a su egreso y con permisos periódicos, alteran las condiciones pacíficas de la espera con prácticas transgresoras en sus salidas, que no indican el rechazo explícito o la inadaptación a la internación. Sin embargo, no se constituyen en obstáculos para las decisiones de egreso, sino que se convierten en “secretos conocidos”.

Las *manifestaciones de descontento o rechazo* a la vida institucional, fueron observadas a través de dos estrategias, las *fugas* y los *comportamientos violentos*. Con respecto a las fugas, éstas pueden significar una forma de libertad, de decisión personal, que es asumida por quienes no resisten la internación. Sin embargo se trata de una alternativa no reflexiva, impulsiva, que deviene en su contrario, porque afuera se vuelven vulnerables, un paso incierto, capaz de reiterar su encierro, o como algunos internos señalaron, se constituyen en otra forma de privación de libertad.

Otras estrategias de rechazo, las han manifestado aquellos que se resisten a la internación promoviendo acciones violentas, que desencadenan respuestas sancionatorias, de eficacia simbólica, que al igual que las fugas, podemos comprenderlas como “consecuencias no deseadas”, legitimadoras del castigo y del accionar disciplinario. Dan lugar a respuestas institucionales como el asilamiento, la pérdida de privilegios, de prohibiciones o traslados. (Giddens, A. 1995)

Otra manera de comprender estas estrategias, en tanto comportamientos de resistencia, desde la perspectiva de los sujetos institucionalizados, se suceden provocando reacciones de rechazo, que tendrán respuestas que irán más allá de las sanciones, constituyéndose en “guiños habilitantes”, a los que hemos denominado las “fugas toleradas”.

b) Otros aspectos de esta cultura institucional, se observan en expresiones simbólicas que se manifiestan en *auto agresiones* que realizan tanto varones como mujeres. Ocurren episodios en los que se cortan, se queman con cigarrillos, tragan elementos punzantes, hacen intentos de suicidio. Algunas se vinculan a sus condiciones de encierro, por el aburrimiento, otras se constituyen en señales de diversos motivos: procedimientos lentos, por la falta de información de sus causas, desconocimiento de los tiempos de internación¹², por negativas de permisos, por las faltas de visita, en resu-

¹² Los padres o encargados del menor, tendrán derecho a asistencia letrada y deberán ser informados por el juez, sobre la naturaleza de los hechos investigados y la finalidad de las medidas tutelares impuestas al “menor”. Asimismo, éste deberá ser informado y tiene derecho a un defensor.

INTERNACIÓN Y VIDA COTIDIANA DE ADOLESCENTES Y JÓVENES INFRACTORES

men por insatisfacciones diversas, que generan respuestas con sanciones y retiro de privilegios.

Interpretamos a estas señales como *formas de libertad*, representan algunos resquicios de su individualidad para manifestar resistencia, expresar su capacidad para tomar una decisión propia, y constituirse aunque de modo transitorio, en sujetos observables, a pesar de ser receptores de apelativos estigmatizantes.

c) Hay *otras marcas* que están relacionados a *los rituales propios del encierro*, de acción generalmente colectiva, compartida entre los pares, las que les damos un diferente significado.

Los *tatuajes*¹³ generalmente realizados en lugares visibles como en la cara, el pecho, los brazos y antebrazos, las manos, en las piernas. Sus dibujos suelen tener formas semejantes que se repiten, corazones cruzados con flechas e iniciales, los nombres de las madres, de los novio/as, de vírgenes, flores, etc., que quedarán registrados en el cuerpo de los internados.

Otras distinciones son los cortes de pelo y decoloraciones que se hacen entre ellos, por lo general las chicas, y en los varones se les observa cuando regresan de sus permisos, que acompañan con vestimenta de moda, de marca, diferenciándola de la que provee la institución que los normaliza. Por último el uso de crucifijos, característicos por el color y el material con que fueron elaborados.

Estas marcas, para quienes las realizan, pueden tener dos significados, que pueden entenderse como de momentos y espacios diferenciados, uno al interior de la institución que registrará en el cuerpo la existencia de actividades transgresoras y expresará el tránsito por las instituciones correccionales. En el exterior, legitiman las historias de acción, de riesgo, de valentía, de reconocimiento, por las que han transitado, las que cuando continúan su camino por las cárceles para mayores, estos rituales de iniciación dotarán al sujeto de identidad y prestigio en ámbitos ajenos, poseedores de códigos y reglas de juego diferentes.

Entendemos que son todas éstas vestigios silenciosos de otras maneras *de expresar la libertad*, relativas formas de poder, a partir del uso de sus cuerpos, en las paradójales circunstancias de su privación. Asimismo, son formas expresivas de nuevas identidades, dotadas de reconocimiento y de

¹³ Son de tipo casero, en los que se utiliza elementos de fácil acceso, tinta de birome, o ralladura de la goma negra del secador de piso, que la secan y la mezclan con orín como elementos para la aplicación.

MARÍA INÉS LAJE

pertenencia a subculturas juveniles, aún en quienes no adopten la transgresión como política de vida. (Giddens, A. 1994).

Sin embargo, puede señalarse que la vida institucional ha moldeado a los internos, a través de distintos dispositivos de control, el poder se incrusta y recorre sus cuerpos, se instala en los circuitos de dominación/represión, en donde se reproducen los discursos de verdad hegemónicos, que impiden que emerjan otros cuestionadores al orden establecido. (Foucault, M. 1995).

Bibliografía

FOUCAULT, MICHEL. *Las redes del poder*, Editorial Almagesto, Bs.As, 1993.
- *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Editorial Siglo XXI. Madrid,

España.1995.

GIDDENS, ANTHONY. *La constitución de la sociedad*. Bases para la teoría de la estructuración. Amorrortu editores, Buenos Aires, 1995.

- *Más allá de la izquierda y la derecha. El futuro de las políticas radicales*. Cátedra, Madrid 1994.

GOFFMAN, ERVING. *Internados*. Amorrortu Editores. Buenos Aires, 1992.

LAJE, MARÍA INÉS, REARTES, JULIA, (comp.) *Libro de Ponencias*, II Jornadas Internacionales de Investigación Social sobre la Infancia, Adolescencia, la Convención de los derechos del Niño y las Prácticas Sociales. Letras de Córdoba Abril de 2000.

INTERNACIÓN Y VIDA COTIDIANA DE ADOLESCENTES Y JÓVENES INFRACTORES
530

531

GLOBALIZACIÓN Y GOBIERNO DEL ESTADO

*por Martín Rodríguez Brizuela**

Resumen: Los acontecimientos de índole política que comenzaron a producirse a fines de los '80 han permeado la totalidad de las actividades y relaciones tanto internas de los Estados como externas. La palabra con la que este universo de fenómenos se designa, globalización, carece aún de forma propia que la represente. Sin embargo es posible identificar aspectos salientes y claves de este fenómeno que afectan a los gobiernos de los Estados en tanto que el discurso de soberanía ha quedado al desnudo en lo que tiene de mítico para tener que operar en su valor real. Por otra parte la expansión de occidente como centro de decisiones y actividad, en esta etapa histórica, muestra costos cuyas consecuencias han de cargar sobre los propios actores como se ha demostrado a través de siglos de experiencia. La neutralización de los antagonismos anteriores, conduce a nuevas cotas en las que la politicidad crea nuevos antagonismos y tensiones que los Estados deberán sustituir por decisiones que busquen "la paz y el orden", con lo que la soberanía vuelve a cobrar su verdadero significado y alcance.

Palabras clave: globalización, fenómenos globales, Estado, forma de Estado Occidental, Westfalia, gobiernos, soberanía, occidentalización, Estado moderno occidental, Westfalia, etapas, politización, paz, orden.

* Abogado por la Universidad Nacional de Córdoba desde 1969. Docente desde 1971. Actualmente se desempeña como Profesor Adjunto de Derecho Político en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba y Jefe de Trabajos Prácticos en la misma materia en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

532

I. El fenómeno llamado "globalización"

Debemos admitir que en nuestros días pocas palabras han tenido el éxito de difusión como la utilizada a partir de los años '90 para señalar un fenómeno que nos involucra a todos y parece no pertenecer a nadie en especial. El inventor de la expresión, tampoco intentó un concepto demasiado riguroso, pero sin duda ha sido lo gráfico de término el motivo de su adopción y difusión.

Como otras expresiones y términos de los tiempos modernos, ésta alcanza su éxito por contener un universo de fenómenos en pleno desarrollo, cuya conceptualización no solo resulta difusa sino muchas veces contradictoria y siempre difícil de caracterizar en el total de la riqueza de sus notas.

Sin embargo, como muchos términos y expresiones de la modernidad no representa por sí mismo una forma específica. Estado moderno, parlamento, Iglesia importan conceptos que representan formas. Globalización es una palabra que involucra fenómenos de variado tipo, pero cuya forma específica no existe. Los "antiglobalist" manifiestan contra toda forma de deliberación internacional sea de órganos de las N.U., G-8, Organización

Mundial de Comercio, de Salud, etc...pero ninguna de ellas es la globalización en forma y, en todo caso, son foros en los que los problemas de la globalización procuran ser encauzados, con mas dificultades que éxitos por el momento.

A mi modo de ver el camino mas adecuado para abordar el tema consiste en desentrañar los elementos que el fenómeno presenta para describirlo por ellos, y no por una definición de carácter universal que, por ahora, presenta varias dificultades, la mayor de las cuales no es otra que la dinámica misma de su propio desarrollo y la variedad de elementos que involucra. Pretendemos así ingresar a un universo de fenómenos que han adquirido a través de la historia una tal escala mundial, y que al tiempo que importó la expansión de una civilización provocó transformaciones en la misma de alcances formidables.

Un catálogo de tal tipo no nos resultaría de completa utilidad sino no exploráramos también los efectos que este fenómeno está provocando en los Estados mismos.

Esto nos lleva a ingresar en lo que llamaremos “los fenómenos globales” dejando para otras discusiones lo que se denomina “globalización” como intento de comprenderlos a todos en un concepto, y para referirlos tan solo a su manifestación y situación actual.

MARTÍN RODRÍGUEZ BRIZUELA

533

II. Los fenómenos globales

Resulta generalmente fácil ceder a la tentación de las “grandes explicaciones” modelos, que en el intento de “atrapar” la realidad de una vez y para siempre pasan por alto la riqueza y variedad de los casos concretos y por otra se cargan de una alta cuota de teleología.

Debemos admitir la utilidad de las “grandes estructuras, los amplios procesos, y las comparaciones enormes... proporcionan el puntal sobre el que se apoyan nuestros enunciados históricamente contingentes...”¹.

Si nos detenemos un instante en el suceso de mayor repercusión mundial de este fin de siglo, el derrumbe de los regímenes del Este europeo y sus consecuencias, podemos observarlo desde una dimensión *micro-política* con la dificultad enorme de clasificar los eventos cambiantes del escenario político, o bien, por la que optamos, en una dimensión *macro-política* que permita transferir la conexión entre entender y explicar a un marco metodológico más amplio.

En ese marco me inclino por la concepción de Alfred Giddens que al respecto sostiene, que los fenómenos globales son aquellos que resultan de la extensión de las relaciones entre las formas y sucesos locales y los distantes. Son TODOS los flujos, procesos, estructuras, instituciones, ideas, valores, pautas culturales y de consumo que no pertenecen a un estado en particular ni se encuentran vinculados a un territorio especial. El mismo autor considera que existen cuatro dimensiones de fenómenos globales que se corresponden con las instituciones de la modernidad: el sistema de estados -naciones, el orden militar internacional, la economía capitalista mundial y la división internacional del trabajo. Pero tras cada una de estas dimensiones debemos agregar que existe un fenómeno de culturización global.

Estimamos valiosa la descripción en tanto nos permite:

- Identificar ciertos fenómenos y procesos en diferentes etapas históricas en tanto participan de esta condición;

- Considerar a estos fenómenos como formas de conexión entre diferentes contextos sociales;

- De tal modo que podemos arribar a una identificación del alcance real y actual que este fenómeno tiene en nuestra época; y

¹ TILLY, CHARLES “Grandes estructuras, procesos amplios, comparaciones enormes” Alianza Ed. 1991, pag.82

² A. GIDDENS “The Consequences of Modernity” Cambridge Polity Press, 1990 p. 64.

GLOBALIZACIÓN Y GOBIERNO DEL ESTADO

534

- Por último, nos posibilitará explorar sus repercusiones en el Estado y, particularmente, en los elementos y funciones que más reclaman adecuarse al fenómeno.

III. El Estado moderno Occidental: fenómeno globalizado?:

Estimo que el primer fenómeno global, después del cristianismo, que debe identificarse no es otro que la extensión a escala mundial de la forma occidental de Estado.

Una obra aparecida en 1963 debida a William McNeill llevaba un título premonitorio: “The Rise of the West”. Luego de una revista a las grandes civilizaciones concluye en una visión de futuro en la que ve perfilarse un cosmopolitismo mundial de mayor estabilidad que el status del momento.

Pero en lo que nos interesa es en la descripción que hace de ese

“cosmopolitismo”, sostiene McNeill:

“Pero llegue como llegue, el cosmopolitismo del futuro con toda seguridad llevará impresa la marca de Occidente. Por lo menos en sus estadios iniciales, un estado mundial será un imperio occidental... para agregar mas adelante “... la ascensión de Occidente...resulta mas que acelerada cuando uno u otro pueblo africano o asiático expulsa a la administración europea haciendo suyas las técnicas, actitudes e ideas occidentales lo suficiente como para lograr ese objetivo...”⁴”.

La pregunta que se impone, para afianzar el aserto, resulta obvia:

realmente cuales han sido los *motores* de este fenómeno expansivo de la forma de estado Occidental? McNeill advierte que las propias rivalidades occidentales europeas, “bárbaramente guerreras”, fueron desde tiempos clásicos un motor impresionante de expansión. A esto debemos agregar la observación de Toynbee según la cual Occidente desde su origen cultural, no obstante sus luchas intestinas, el rechazo al extraño fue unánime (Persas, Fenicios, Musulmanes, Asiáticos, etc...chocaron siempre con el rechazo unánime) y en su momento trasladó la guerra y dominio a los propios territorios de los antagonistas.

Carl Schmitt dejó impresa en la Conferencia Europea de la Cultura (Lausana 1949) una de sus reflexiones, con las que suele resumir un univer-

³ W. McNEILL, *The Rise of de West, A History of Human Community*, Chicago University Press, 1963, pp. 806/807.

⁴ W. McNEILL, op.cit., p. 806, nota 4

MARTÍN RODRÍGUEZ BRIZUELA

535

so rico de ideas: esta fuerza expansiva (de Occidente) surge de las mismas pasiones conjugadas de libertad, técnica, reto a los órdenes consagrados. El jurista reduce todos nuestros valores a esta repulsión creadora de Europa: *la repulsión de la fatalidad*.

Por su parte Von Laue atribuye a la competitividad, tan presente en

la historia y la cultura europea, la condición de gran motor de la expansión.⁶ La belicosidad resulta así un instrumento de la competencia por riqueza y poder. Señala v. Laue que a partir de 1871 la competitividad había alcanzado nuevas cotas (la unidad Alemana e Italiana sumó nuevos actores a ella) y la lucha se extendió deliberadamente a otros puntos del mundo. Es que Europa había construido el último capítulo del *ius publicum europeum* a partir de la hecatombe napoleónica y que sucumbiría en 1918,. El *iustus hostis* y la guerra justa permitía que la belicosidad no derivara en criminalización del adversario y su destrucción, a partir de lo cual todo cuanto fuera de interés europeo debía reunir a todos sin distinciones. De esta manera “... *el mundo fue unificado en un **crescendo** de rivalidad europea; la competencia por el poder, la preparación para la guerra y la guerra misma fueron las dínamos que empujaron la expansión (occidental) en el mundo*”⁷.

La descolonización y la formación de nuevos estados-naciones según el patrón occidental fortaleció aún más el poder de los valores e instituciones occidentales en todo el globo. Si esto no bastara, observa V. Laue, que incluso las protestas contra el inmenso poder de Occidente “...*se expresaban en conceptos occidentales, propagados por tecnología occidental, en lenguas occidentales a pesar de lo cual las desigualdades persistieron...*”

8. Según el mismo autor términos tales como desarrollo o modernización no son más que una forma de neutralización que usan los gobiernos y pueblos para no llamar al proceso “occidentalización”.

Estas sociedades debían conseguir, en realidad, a toda prisa y mediante un plan consciente lo que Occidente había conseguido en siglos de evolución cultural, la consigna era crear un *hombre nuevo* y una *sociedad nueva* capaces de competir con Occidente en sus mismos términos. Pero en

⁵ DE ROUGEMONT, DENIS “*Tres milenios de Europa. “De Hésiodo a nuestros días”* Revista de Occidente, Madrid 1963, p. 365/366

⁶T. VON LAUE, “*The World Revolution of Westernization. The Twenty Century in Global Perspective*”, NY, Oxford University Press 1987, p. 36.

⁷T. VON LAUE, op. cit.

⁸T. V. LAUE, op. cit., p.4

la medida que esto se fundaba en la coacción y la asignación de recursos por burocracias – generalmente corruptas– los resultados fueron magros. Nada parece permitir a los pueblos y gobiernos alcanzar el modelo poderoso que se les impone sin partir de una aceptación de las pautas culturales de sus creadores y administradores. Aun los experimentos totalitarios inspiraron a los constructores de los nuevos estados, basándose en remodelaciones de instituciones y valores indígenas, a tratar de alcanzar metas de claro cuño occidental. Todo encubierto en una furiosa retórica anti-occidental que ocultaba la imitación. No es por eso extraño que finalizada la guerra fría esa retórica haya desaparecido casi por completo (aunque haya adquirido nuevas formas), salvo de algunos grupos islámicos o ciertos gobiernos fundamentalistas pero sin la “satanización” con que Komehini identificaba a los Estados Unidos.

Finalmente, con la desaparición de los regímenes comunistas del Este ha desaparecido del imaginario colectivo la alternativa existente a la corriente principal de la modernidad. Se trata de una derrota en la realidad social y en las mentes; es una verdadera derrota filosófica y con ello de la

vía antioccidental de occidentalización.

En realidad, en palabras de Touraine, "...se trata del fin, a lo largo y ancho del mundo, de los regímenes de modernización voluntarista, de los proyectos políticos de construcción de una sociedad nueva y de un hombre nuevo...del comunismo, pero también de los nacionalismos del tercer mundo"

9.

IV. Entre Westfalia y la caída del muro

No cabe duda que este cuadro general ha determinado un nuevo escenario.

La post guerra fría ha introducido nuevas condiciones en la escena tanto para los Estados, la escena global y los miembros.

El primer impacto que advertimos se centra en el discurso de soberanía que desde la Paz de Westfalia (1648) al fin de la Guerra Fría aparecía como el mas firme soporte del Estado moderno.

Veamos esto por partes. Desde la conceptualización clásica de la soberanía como poder supremo y absoluto "no sometido a leyes" (con los alcances que le diera Bodino) a la atribución de la misma al Estado Moderno, es simple de observar la distancia entre la conceptualización y la realidad.

A nadie escapa que la importancia relativa de los Estados centrales frente a los periféricos siempre existió e impuso condiciones a dichas rela-

9 A. TOURAINE "Se acabó el juego", *El País*, Madrid, diciembre 27 de 1991.

MARTÍN RODRÍGUEZ BRIZUELA

537

ciones; pero no es menos cierto que en el imaginario colectivo el discurso de soberanía adquirió un peso enorme toda vez que importaba una forma de identidad y de proyecto futuro.

Pero el sistema siempre fue desigual y jerárquico en la medida que las distintas unidades siempre tuvieron capacidades diversas y diferente poder militar y económico. La realidad ofrece innúmeros ejemplos y ni siquiera la bipolaridad de la segunda mitad del siglo XX, eliminó estas diferencias, antes bien estimó o que las potenció en función de los intereses de las dos grandes potencias en su lucha hegemónica.

Las *reglas de juego* fueron impuestas por las dos grandes potencias de un modo más implícito que explícito de lo que resulto una mezcla de costumbres e intereses mutuos: el respeto por las esferas de influencia de cada una (esto sin que existiera un reconocimiento de jure al derecho del otro); eludir la confrontación directa; la amenaza nuclear como ultima ratio del mantenimiento del status; el preferir ciertas anomalías predecibles antes que racionalidad impredecible; y la abstención de minar liderazgos en los estados líderes.

En cuanto a la soberanía misma, fue la URSS la que más avanzó en este terreno de manera explícita, con la doctrina Breshnev de la *soberanía limitada* con la que se justificó la invasión a Checoslovaquia en 1968.

Una observación del desarrollo de estas relaciones revela que los Estados, por una parte, han intentado evadir las constricciones internacionales pero, por otra, se han visto cada vez mas presionados o motivados para implicarse en regímenes internacionales. Los Estados, aunque buscan autonomía, están siempre dispuestos a ceder para conseguir otros objetivos, como la preservación de la vida, el bienestar económico, mantener la paz interior, etc...

V. El nuevo escenario económico

La autonomía "westfaliana" se extendió paulatinamente al escenario

económico.

La autarquía en esta materia fue tanto una afirmación de la soberanía cuanto la elección de un camino para tratar de alcanzar una modernización acelerada. Con discurso de una se podía justificar la otra y viceversa.

El nuevo escenario en el campo económico se ha desarrollado a partir de mediados de los años '60 pero su consolidación como fenómeno global es un fenómeno de lo '90 debido al fin de la guerra fría y la transferencia a la actividad económica de los sistemas avanzados de comunicación y transporte (antes reservados al uso militar), la creciente presión por la libe-

GLOBALIZACIÓN Y GOBIERNO DEL ESTADO

538

ralización de las trabas comerciales y la desregulación de los mercados monetarios y financieros lo que ha generado un intercambio exponencial de capitales, bienes y servicios que sobrepasa en mucho el crecimiento de la producción.

La movilidad de la tecnología, aunque no ha alcanzado la dinámica de la movilidad del capital, ha sido condición del aumento de la producción a través de las fronteras siguiendo una estrategia que se denomina *de mercados globales* (*global markets*).

Ha surgido en este campo la *economía global* cuyo rasgo principal es la expansión de posibilidades abiertas a los inversores para localizar físicamente su actividad allí donde la calidad y menor costo del producto le aseguran un espacio en el mercado global. Esto ha minado la intervención del Estado en la economía ya que la internacionalización del capital permite escapar fácilmente de los efectos de esta intervención utilizando empresas subsidiarias joint-ventures y, por último y más grave, el traslado a otros países de la actividad.

¿Quién puede intentar hoy políticas de economías cerradas cuando los flujos de información instantánea superan a los sistemas de decisiones gubernamentales? Como puede observarse en los pocos ejemplos actuales de intentos "autárquicos" es una condena a la miseria.

Este fenómeno global abarca campos mucho mayores que el de la economía. Como M.A. Zacher ha mostrado con acierto "...los valores del centro de las redes de comunicaciones de Occidente están permeando el mundo... la cultura emergente mundial se percibe como cultura Occidental..."

10.

Sobre el punto el último intento por evitar estos efectos lo efectuaron en el seno de la UNESCO, países del tercer Mundo y del bloque Soviético en la década del '80 procurando imponer lo que llamaban *El nuevo orden informativo y de comunicaciones mundial* por el cual los flujos de información eran puestos bajo responsabilidad de los Estados y organismos internacionales a los que se podía exigir la regulación de aquella información que juzgaran nociva a las pautas culturales e ideológicas que sustentaban sus gobiernos.

El fracaso del intento se debió al retiro de la UNESCO de los Estados Unidos y Gran Bretaña.

¹⁰ SACHER M.A. "The decaying Pillar of the Westfalia sistem" Cambridge Univ. Press, 1992, p. 90

MARTÍN RODRÍGUEZ BRIZUELA

539

Como en tanto otros temas el fin de la guerra fría y el avance de la homogeneización sistémica han cambiado los términos de los debates. La

resistencia de los países del Tercer Mundo a los flujos culturales, informativos y de comunicaciones ha cedido y sus políticas se orientan francamente a una mejor inserción en las redes tecnológicas y de información mas que a oponerse a sus flujos.

VI. Los gobiernos y los fenómenos globales

Hemos tratado de describir un cuadro general de los fenómenos globales y ahora nos toca observar el papel de los gobiernos.

En primer término afirmamos que la soberanía se encuentra intacta en su idea central de monopolio de la represión legítima, pero los gobiernos no se encuentran intactos en sus posibilidades de extender el discurso de soberanía al terreno económico, cultural o de flujos tecnológicos.

En un intento por entender lo que llamamos tradicionalmente interés nacional, recurrimos a Rosenau¹¹, para caracterizar algunos rasgos a los cuales los gobiernos, ejecutores de los tales intereses, se encuentran sujetos:

1. El interés nacional de cada Estado ya no puede entenderse exclusivamente en términos geopolíticos. Ahora la lógica de los Estados debe compartirse con la lógica de lo global y con la de los ciudadanos sujetos y objeto de los flujos informativos;

2. El interés nacional de un Estado ya no puede entenderse tan solo como **interés de ese Estado**. Con mas fuerza ahora que antes se advierte que el círculo de intereses ha crecido hasta confundirse con el círculo cultural al que se pertenece. No son solo pautas de comportamiento sino un modelo de como organizar la vida política, social y económica.

3. Los intereses particulares se articulan en un largo proceso de negociación pero dentro del marco de ese modelo compartido.

4. El nuevo marco exige un componente interior de capital importancia: la seguridad. La exigencia de predictibilidad es cada vez mayor y sin ella los estados quedan fuera del marco.

5. El bienestar, reclamo central de los miembros, es responsabilidad de los Estados pero siempre que sus gobiernos no lo marginen del marco. Esto resulta central si observamos que cualquier movimiento de aislamien-

¹¹ ROSENAU, J.N. y CZEMPILE, E.O. "Governance without Government: Order and Change in World Politics" Cambridge Univ. Press, 1992, p. 50-55

GLOBALIZACIÓN Y GOBIERNO DEL ESTADO

540

to es juzgado de modo severo por los ciudadanos que temen verse afectados seriamente por ello.

6. Antes bien, dentro del marco actual, los ciudadanos y los gobiernos aspiran a alcanzar mayor peso regional y con ello mundial por la eficacia de sus políticas y la influencia que ellas les permitan.

VII. Las etapas históricas y el alcance del fenómeno

Para concluir me ha parecido útil reseñar las etapas históricas de los fenómenos globales de un modo que nos permita advertir no solo su importancia, sino el foco cultural al cual se debe, en mi opinión, la situación actual.

Recorrer la historia de occidente partiendo de las premisas apuntadas es avanzar en un proceso que nos conduce a nuestros días por una senda histórico-temporal hasta arribar al estado actual de densidad y complejidad globales:

Siguiendo a Robertson¹² podemos registrar distintas fases en su desarrollo (a lo que agregamos algunos resultados propios)¹³:

1ª Fase: se despliega en Europa desde principios de S. XII a mediados del S. XVIII. Comprende el desarrollo de incipientes comunidades nacionales, la contención del invasor musulmán, la expansión hacia el oriente medio por las Cruzadas, la construcción y consolidación definitiva de un poder centralizado, la conquista y colonización de América.

La riqueza de esta fase consiste precisamente en el ímpetu occidental por afianzar su propia construcción de las relaciones internas al tiempo que se expande hacia el exterior del continente europeo y, lo que es muestra de su confianza, en el traslado de sus instituciones, derecho, lengua y cultura a los otros pueblos y culturas que son sometidas.

2ª Fase: Los aspectos salientes de esta fase se observan desde 1770 hasta mediados de los años '20 de este siglo. La centralización del poder ya no basta, ahora se impone el principio de legitimidad política. La globalización de este principio preside la independencia americana, el fin de las monarquías absolutas, la organización de las Repúblicas representativas, al tiempo que se afianza la idea de la identidad personal y nacional, se crea "la sociedad internacional" a la que ingresan los primeros estados no

¹² ROBERTSON, R, "Mapping the global Condition" en Featherstone, M, Ed. Global Culture, Londres 1990, p. 26-28

¹³ RODRÍGUEZ BRIZUELA, MARTÍN "Los orígenes medievales del estado moderno" Anuario VI p. 477/91.

MARTÍN RODRÍGUEZ BRIZUELA

541

Europeos. Aumenta el número y velocidad de las comunicaciones, se internacionaliza el sistema horario mundial.

3ª Fase: Es la fase de la lucha por la hegemonía que podemos situar entre mediados de los años '20 a mediados de los '60. Las pugnas y guerras entre las potencias hegemónicas de hecho involucran a todo el mundo; el desarrollo de las comunicaciones satelitales y la expansión del capitalismo transnacional quiebra el intento de autarquía y de economías cerradas. El llamado Tercer Mundo adquiere cierta identidad dentro de la lucha hegemónica como "países en desarrollo". La detente nuclear, la UN y los derechos humanos ocupan una creciente importancia a escala mundial.

4ª Fase: Es la de incertidumbre actual. Corresponde al fin de la Guerra Fría y de la bipolaridad; el Tercer Mundo ingresa en la arena mundial abandonando su condición previa. Las sociedades enfrentan problemas de multiculturalismo y poli tecnicidad; el avance de las comunicaciones se consolida a escala mundial. El fenómeno del capitalismo-mundo puede considerarse un hecho.

Si las fases de Robertson permiten una descripción de los fenómenos globales debemos admitir que también padecen de ciertas omisiones. La más notoria – a mi criterio - es que omite en la 2ª. Fase una creación magnífica de la cultura occidental, cual fue el *ius publicum europeum* que entre 1815 y 1918 constituyó la arquitectura de las relaciones entre los Estados cuya existencia y configuración eran recientes. La ciencia jurídica resulta un fenómeno específicamente europeo y como sostiene Carl Schmitt "...está enzarzada en la aventura del racionalismo occidental...Su padre el derecho romano renacido, su madre la Iglesia romana..."¹⁴. Por otra parte es un hecho que la única institución que ha transitado todas las fases de Robertson no es otra que la Iglesia Católica.

VIII. Un futuro abierto

La dinámica de este fenómeno en pleno desarrollo, y las particularidades

de nuestro tiempo, nos advierte que el futuro esta lejos de presentarse a nosotros de manera diáfana y menos aún segura. Nuevos y viejos protagonistas también han ingresado en la globalización. El terrorismo, el partisano fanático que es parte de un todo global pero que no combate bajo bandera ni Estado. Por otra parte el desgaste, que toda expansión conlleva, acarrea a los actores costos crecientes.

¹⁴ Schmitt, Carl “*Ex captivitate salus* Bs. As. ” Struhartn & Cía, p.65

GLOBALIZACIÓN Y GOBIERNO DEL ESTADO

542

¹⁵ Debe advertirse que esto tiene que ver con la esencia de lo político y nada, en modo alguno, con la dialéctica hegeliana. Vale, también aquí, recordar el pasaje de KANT en “La paz perpetua” en el que recuerda que esa inscripción la había colocado un hotelero holandés sobre el cuadro...de un cementerio.

¹⁶ ARISTÓTELES “*Ética a Nicómaco*”1155b.

Es necesario advertir que el nuevo escenario también ofrece extraordinarias posibilidades a Estados que permanecían aislados como el caso de China, cuya inteligente adaptación al nuevo escenario, la colocan entre los países de primera línea para mediados de siglo. Ello en tanto pueda mantener la unidad interna, asunto capital que en China ha concentrado los esfuerzos políticos históricamente.

Aplacado, en parte, el polvo que levantara la caída del Muro de Berlín y habiendo comenzado a superarse la trivialización mediática del llamado “pensamiento único” o la monopolaridad (absurdos conceptuales, como si la diversidad humana pudiera admitir el pensamiento uniforme o la polaridad pudiera ser monádica) comienza a advertirse con claridad que la neutralización del conflicto anterior, en el esfuerzo humano por sustraerse a sus tensiones y peligros, conduce a nuevas cotas en las que la politicidad crea nuevas instancias antagónicas que la tornan nuevamente polémica¹⁵.

Es allí cuando el Estado debe cumplir con las razones de su creación y sostenimiento: sustituir los aspectos que puedan resultar *polémicos* por decisiones que busquen “la paz y el orden”. Aristóteles al hablar de la amistad nos recuerda un fragmento de Heráclito : “**...lo contrario se acuerda, lo diferente se armoniza; todo se produce según discordia...**”¹⁶”.

Si la esencia de “lo político” lo constituyen “los contrarios”y “lo diferente”, la esencia de “la política” lo constituye “el acuerdo y la armonización que mantengan la normalidad, presupuesto de la “paz y el orden”, para lo cual los hombres hemos creado y sostenemos el Estado Moderno Occidental.

MARTÍN RODRÍGUEZ BRIZUELA

543

GÉNERO Y DELITO*

por Mariana Noemí Sánchez**

Resumen: El artículo presenta los principales resultados del proyecto de investigación “Género y Delito”, trabajo que constituyó la tesis final del Magíster en Métodos y Técnicas de Investigación en Ciencias Sociales, título otorgado por la Universidad Blas Pascal. El trabajo, que metodológicamente integró los enfoques cuanti y cualitativos de recolección y análisis de datos (triangulación inter metodo), ensaya interpretaciones acerca de

* Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Becaria del Consejo de Investigaciones Científicas y Tecnológicas de Córdoba (CONICOR) durante el período 1995-1999. Magíster en Métodos y Técnicas de Investigación en Ciencias Sociales, título otorgado por la Universidad Blas Pascal. Jefe de Trabajos Prácticos por concurso público en la cátedra Sociología Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Investigadora categorizada dentro del Programa Nacional de Incentivos. Sus trabajos de investigación se ubican en la Sociología

de la Desviación, vinculando las dimensiones sociales con los fenómenos de criminalidad. Algunas de sus publicaciones en esta área son: *Delito y condiciones macro-económicas; Los modelos delictivos femeninos y masculinos de los menores de edad; Criminalidad femenina. La experiencia de las actoras*. Ha participado y participa, además, en proyectos de investigación subsidiados por la Secretaría de Ciencia y Técnica de la UNC y por la Agencia Córdoba Ciencia en temáticas referidas a cultura legal, acceso a la justicia, tendencias en la litigación y mediación.

** El artículo presenta un resumen de los principales resultados obtenidos en el proyecto de investigación del mismo nombre que constituyó la tesis final con la que se concluyó y aprobó la Maestría en Métodos y Técnicas de Investigación en Ciencias Sociales, título otorgado por la Universidad Blas Pascal, bajo la dirección de la Dra. María Inés Bergoglio.

544

las relaciones entre el crecimiento en las conductas delictivas de la población femenina y las diferencias o desigualdades sociales por género que se vislumbran en la sociedad, en especial las que se derivan de los contextos laboral y económico. Desde el enfoque macro, el estudio de la criminalidad femenina propuesto se realizó en el contexto de la provincia de Córdoba y en el período de 1975 a 1996. En relación con el enfoque cualitativo de análisis, se trabajó con la población desviante femenina con sentencia firme, alojada en el Asilo Buen Pastor de la ciudad de Córdoba; población con la que se conformó una muestra intencional de 11 mujeres internas por diferentes delitos. Los resultados muestran el fuerte impacto de las condiciones de pobreza sobre las conductas delictivas más frecuentes de las mujeres; y los escenarios de fuertes controles sociales en los que se encuentran supeditadas las mujeres, que ayudan a explicar las conductas delictivas femeninas más graves.

Palabras claves: género, delitos femeninos, pobreza, control social.

1.- Presentación

Este trabajo culmina un proceso de investigación sobre el fenómeno de la criminalidad, enmarcado en un programa de investigación más amplio que comenzó hace ya varios años. Gracias al apoyo del Consejo de Investigaciones Científicas y Tecnológicas de Córdoba -CONICOR-, comenzamos a trabajar en diferentes proyectos de investigación sobre conductas delictivas de diversas poblaciones desviantes de Córdoba y Argentina. Los proyectos, abordados desde enfoques metodológicos macro en su mayoría, se articulan en relación con el enfoque sociológico desde el que miramos y describimos el fenómeno de la desviación social.

Estos primeros proyectos nos permitieron establecer las primeras relaciones entre el delito y algunas dimensiones de macro economía y de control social en diferentes series temporales, jurisdicciones y poblaciones que fuimos sucesivamente desagregando. De esos resultados surge nuestro interés por abordar el estudio de la criminalidad femenina.

Más específicamente reflexionar sobre la criminalidad femenina desde la perspectiva del género, guiándonos -además- por nuestra *intuición y curiosidad* que nos sugería una particular comprensión de este fenómeno en relación con la especial realidad vivida por las mujeres en países como el nuestro, donde las continuas políticas económicas de ajuste y recesión, conjugadas con el gran avance de la mujer en la vida pública (sobre todo desde los finales del siglo XX), avicinaban hallazgos ricos y valiosos.

En este sentido, este trabajo se propuso ensayar interpretaciones acerca de las relaciones entre el crecimiento en las conductas delictivas de la población femenina y las diferencias o desigualdades sociales por género

MARIANA NOEMÍ SÁNCHEZ

545

que se vislumbran en la sociedad, en especial las que se derivan de los

contextos laboral y económico. La hipótesis o idea central que guió al trabajo entiende que variaciones en la economía, provocan cambios en los índices de criminalidad femenina y -más precisamente- que existe una estrecha relación entre todas estas variables: mientras que las tasas de delitos cometidos por mujeres aumentarán o disminuirán a la par de los aumentos o reducciones de los índices macro-económicos de desempleo e inflación, también se verán afectadas por las variaciones en los índices representativos de la participación femenina en el mercado de trabajo.

Frente a esta definición de nuestro problema de investigación nos planteamos un doble interrogante: el primero referido a la existencia y a la magnitud de las relaciones entre estas variables; y el segundo a la forma en que se dio el proceso que condujo a este fenómeno.

Es por ello que (y para lograr una aproximación más adecuada del problema de investigación) a este objetivo central lo abordamos, integrando una doble estrategia de análisis. Por una parte, revisamos la evolución de las tasas femeninas de los distintos tipos delictivos en un análisis comparativo con las tasas delictivas masculinas. Asimismo, ensayamos sobre las tasas de delitos cometidos por mujeres un modelo estadístico de pobreza y macro-economía que nos permitió establecer las primeras relaciones entre estas variables.

Por otra parte, tomando en consideración la complejidad del fenómeno social propuesto para el estudio y con el objeto de completar el análisis cuantitativo, se exploraron nuevas interpretaciones de esta relación a partir de la evaluación de entrevistas en profundidad realizadas a internas de la cárcel para mujeres Buen Pastor. Con ellas, se intentó captar la definición de la situación que efectúa el propio actor social y el significado que éste le da a su conducta. El análisis de estas entrevistas nos permitió descubrir aspectos de esta problemática que son opacados en el análisis cuantitativo; en especial, explorar el proceso de génesis y formación de la motivación delictiva atendiendo a las desigualdades de género que inciden diferencialmente en las conductas de hombres y mujeres.

2.- Consideraciones metodológicas

Frente a nuestro problema de investigación consideramos conveniente integrar ambos enfoques metodológicos de recolección y análisis de datos en etapas sucesivas (triangulación ínter método): el enfoque cuanti y el enfoque cualitativo. Se esperaba que el estudio comparativo de las entre-

GÉNERO Y DELITO

546

vistas en profundidad contribuyera a interpretar las características señaladas por el diagnóstico cuantitativo.

Desde el enfoque macro, el estudio de la criminalidad femenina propuesto se realizó en el contexto de la provincia de Córdoba y por un período de algo más de 20 años, de 1975 a 1996. Las tasas anuales de los diferentes tipos delictivos fueron construidas a partir de las estadísticas de los totales de hechos delictuosos con intervención policial que por año y jurisdicción publica el Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal dependiente del Ministerio de Justicia de la Nación. La construcción de dichas tasas de delitos, tanto masculinas como femeninas, se ajustó a la composición por sexo de la población cordobesa. Las medidas de las variables independientes de macroeconomía; inflación, desempleo y ocupación; tienen su fuente en el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos,

publicadas periódicamente por año y jurisdicción.

En relación con el enfoque cualitativo de análisis, se trabajó con la población desviante femenina con sentencia firme, alojada en el Asilo Buen Pastor de la ciudad de Córdoba³. De dicha población se seleccionaron internas por diferentes delitos, desde hurto simple hasta homicidio calificado. Se trató de un grupo de 11 mujeres elegidas intencionalmente (muestra intencional), que cumplieran bastante adecuadamente con nuestras exigencias iniciales: queríamos formar un grupo homogéneo respecto de su ubicación en el sistema penal: internas con *sentencia firme* que estuvieran cumpliendo su condena; pero al mismo tiempo que mostraran ciertas diferencias por el tipo de delito cometido y por su actividad u ocupación al momento de cometerlo.

Las entrevistadas no constituyeron un grupo representativo ni se trató de que lo fuera. Es claro que la generalización proveniente de la estadística no se aplica en los estudios cualitativos. Los casos a entrevistar debían permitir explorar las percepciones, las creencias y los conocimientos de

¹ En "*Víctima, Denuncia y Criminalidad*" (MARCHIORI, 1991) se destaca el elevado porcentaje de la cifra no denunciada de delitos. Siendo conscientes de ello pero conforme a la índole global del problema que sustentamos, nuestra investigación no puede ser sino afrontada con el estudio de datos oficiales.

² Gracias a las estimaciones y proyecciones de población masculina y femenina que gentilmente nos elaboró la Dra. Dora Celton del Centro de Estudios Avanzados -UNC-.

³ Gracias a la gentil colaboración de la Licenciada Diana Porta, subdirectora del Asilo Buen Pastor, y de la Licenciada Graciela Luciente de Funes, directora del Servicio Penitenciario de Córdoba; sendos cargos ocupados al momento de la realización de las entrevistas.

MARIANA NOEMÍ SÁNCHEZ

547

estas mujeres en relación con su propia situación de vida. El énfasis estuvo en la descripción de estas percepciones y creencias y no en la búsqueda de explicaciones generales válidas para un determinado universo.

3.- Principales Resultados y Conclusiones

1. Con respecto a la *descripción de las tasas delictivas femeninas* a lo largo de la serie temporal analizada (1975-1996), tipificadas de acuerdo al Código Penal Argentino, encontramos que los delitos de mayor frecuencia en la comisión por parte de las mujeres son, en este orden, los delitos contra la libertad, los delitos contra las personas y los delitos contra la propiedad. Es decir, es en estos últimos tipos delictivos donde las mujeres participan con mayor frecuencia. No sucede lo mismo en los homicidios, los delitos contra la honestidad y los delitos contra el Orden Público y el Estado que alcanzan tasas delictivas cada 100.000 habitantes muy inferiores a las de los anteriores tipos mencionados. Fundamentalmente el homicidio, es un delito en el que las mujeres cordobesas participan con poquísima frecuencia, con una media a lo largo de los 22 años de poco más de un homicidio (1,21) cada 100.000 mujeres.

Tabla N° 1: Tasas de Delitos cometidos por mujeres cada 100.000 habitantes. Provincia de Córdoba, 1975-1996.

Fuente: Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal. Ministerio de Justicia de la Nación.

Esto confirma lo sustentado por la doctrina sobre esta temática que considera que la conducta delictiva femenina se vuelca principalmente a delitos de menor gravedad, como delitos contra la propiedad, y no a conductas delictivas graves como el homicidio o delitos contra el Estado en los

cuales el bien jurídico que se protege es patrimonio de toda la comunidad. La comisión de esta clase de delitos requiere la conformación de una motivación criminal más intensa y fuerte que para los restantes tipos delictivos. Con respecto a su evolución o tendencia a lo largo de los 22 años de nuestro análisis, los delitos de mayor frecuencia en la conducta delictiva

AÑO HOMICIDIO DELITOS C/
PERSONAS
DELITOS C/
HONESTIDAD
DELITOS C/
LIBERTAD
DELITOS C/
PROPIEDAD
TASAS
MEDIAS 1,21 86,80 1,63 29,04108,07 8,82
DELITOS C/
ESTADO

GÉNERO Y DELITO

548

femenina presentan una tendencia ascendente (todos a partir de 1980); en tanto que los delitos de mayor gravedad en los que las mujeres no participan con idéntica habitualidad, las tasas se mantienen constantes (tal el caso del homicidio) o presentan una notoria tendencia decreciente hacia el final de la serie (los delitos contra la honestidad y los delitos contra el Estado).

Fuente: Tabla 1.

Fuente: Tabla 1.

MARIANA NOEMÍ SÁNCHEZ

549

3. En cuanto a la comparación entre las tasas delictivas femeninas y las masculinas observamos en primer lugar, que los hombres delinquen en tasas mucho más elevadas que las mujeres para todas las categorías de delitos analizados. 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. En el caso de la provincia de Córdoba, esta diferencia es también muy notoria, especialmente en estos delitos más graves. En segundo lugar, observamos que los delitos en los que más incurren los hombres son idénticos a los de mayor frecuencia femenina; es decir, tanto hombres como mujeres intervienen con mayor frecuencia en conductas delictivas idénticas, cuales son los delitos contra la libertad, contra las personas y contra la propiedad.

Tabla N° 2: Tasas Medias de Delitos cada 100.000 habitantes diferenciadas por sexo. Provincia de Córdoba, 1975-1996.

Fuente: Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal. Ministerio de Justicia de la Nación.

4. Del análisis de la *evolución de cada clase de delitos diferenciada por sexo* pudimos observar que las tasas masculinas y femeninas varían a lo largo de la serie temporal muy similarmente, especialmente en las conductas delictivas que identificamos como de mayor frecuencia. En los delitos contra las personas, la libertad y la propiedad, las tasas masculinas y femeninas siguen idénticos cursos de ascensos y descensos en la serie histórica.

GÉNERO Y DELITO
HOMICIDIO DELITOS
C/
PERSONAS
DELITOS
C/
HONESTIDAD

DELITOS

C/

LIBERTAD

DELITOS

C/

PROPIEDAD

DELITOS

C/

ESTADO

Hombres 11,35 612,80 49,37 195,75 814,96 86,78

Mujeres 1,21 86,80 1,63 29,04 108,07 8,82

550

Nota: A los fines de la representación gráfica las tasas femeninas se presentan cada 1 millón de habitantes y las masculinas cada 100.000 habitantes.

Nota: A los fines de la representación gráfica las tasas femeninas se presentan cada 1 millón de habitantes y las masculinas cada 100.000 habitantes.

MARIANA NOEMÍ SÁNCHEZ

551

Nota: A los fines de la representación gráfica las tasas femeninas se presentan calculadas cada 1 millón de habitantes y las masculinas cada 100.000 habitantes.

A lo largo de los 22 años de nuestro análisis, las tasas delictivas masculinas y femeninas de los delitos contra las personas, la libertad, y la propiedad comparten la misma evolución. La variabilidad es similar para ambos tipos de tasas. Estos resultados nos indujeron a confirmar 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 explicaciones *naturales o biológicas* 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, es decir, se supone responden a las mismas causas sociales independientemente de cualquier condición asociada a la *naturaleza* que distinga al hombre de la mujer.

5. La diferencia detectada entre ambos tipos de tasas fue observada con mayor detenimiento. Nos preguntamos: ¿las mujeres delinquen menos que los hombres pero, siempre en la misma proporción? Construimos un coeficiente representativo de esta brecha delictiva igual a las tasas delictivas masculinas sobre las tasas delictivas femeninas de las respectivas clases de delitos a lo largo de los 22 años. El coeficiente nos permitió observar cuántos delitos masculinos son cometidos en relación con un delito femenino en las diferentes clases delictivas.

GÉNERO Y DELITO

552

Tabla N° 3: Diferencias por sexos en cada clase de delitos. Córdoba, 1975-1996.

Del análisis de las diferencias de género en las tasas delictivas, reconocimos brechas variables a través de la serie histórica analizada y que, en general, tienden a aumentar. A través del transcurso de los años las diferencias entre las tasas delictivas cometidas por hombres y mujeres se incrementan. Las brechas mayores se observan en los delitos contra la honestidad, en los homicidios y en los delitos contra el Estado (los de mayor gravedad aquí analizados); y donde se registran menores diferencias es en los delitos contra la propiedad, contra la libertad y contra las personas. Es decir, las diferencias de género se achican cuando se trata de la comisión de esta clase de delitos de mayor frecuencia y habitualidad en ambos sexos.

6. Descartadas ya, entonces, las explicaciones naturales o de raíz biológica con respecto a la génesis y desenvolvimiento de las conductas delictivas por género, nos detuvimos en observar si los *delitos cometidos por mujeres se encuentran influenciados por factores emergentes de la propia estructura social*, ligados con la pobreza, la falta de trabajo, la desigualdad y la marginación⁴.

El fenómeno de empobrecimiento constituye un rasgo central del problema social argentino desde la década de 1970. El aumento de los porcentajes de desempleo y las importantes variaciones experimentadas por los índices de inflación, se constituyeron en factores determinantes que

⁴Tal como sucede en la población desviante masculina según lo corroborado recientemente no sólo en Córdoba sino también en toda la Argentina. En referencia a ello, ver

MARIANA SÁNCHEZ "Género y Delito", Informe CONICOR 1999.

MARIANA NOEMÍ SÁNCHEZ

HOMICIDIOS 11,07 11,12 6,69 13,70 12,29

C/ PERSONAS 7,23 5,82 7,38 7,41 8,01

C/ HONESTID. 37,63 19,83 33,71 40,71 50,95

C/ LIBERTAD 6,61 5,31 6,23 7,17 7,41

C/ PROPIEDAD 7,54 6,78 6,97 7,52 8,50

C/ ESTADO 10,50 8,50 9,49 9,76 13,18

DELITOS PROMEDIO

TOTAL

1975-1979 1980-1984 1985-1989 1990-1996

553

pusieron en movimiento este círculo vicioso de pobreza en nuestro país.

Dado que la ocupación y el empleo constituyeron la fuente principal del ingreso de la mayoría de la población, ambos determinaron un papel central a la hora de definir y detectar una situación de crisis y empobrecimiento.

Igualmente, la estructura social argentina, en el período que abarca nuestro estudio, ha experimentado profundas transformaciones. Mientras los niveles de pobreza y exclusión social han crecido, profundizando la distancia entre los estratos sociales, las desigualdades de género se han ido estrechando con la creciente incorporación de las mujeres a distintas esferas de la vida social y económica. En este contexto, mientras la tasa general de desocupación ha crecido, ha aumentado también la participación de las mujeres en la actividad económica. Pese a la crisis -o más precisamente a causa de ella- aumentó la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y el número de horas que ellas destinaban al trabajo remunerado. En toda la región, la fuerza laboral femenina se triplicó entre 1950 y 1980, al aumentar de 10 a 32 millones.

Desde una *perspectiva de análisis macro*, el impacto de las condiciones de pobreza en el comportamiento delictivo de las mujeres fue estimado a partir de los coeficientes de correlación de Pearson.

GÉNERO Y DELITO

554

Delitos de

Homicidio

-.0408

N= 22

P= .857

.0396

N= 22

P= .861

-.0193

N= 17

P= .941

-.4860
N= 17
P= .019
Delitos c/ las
Personas
-.2082
N= 22
P= .352
.3914
N= 22
P= .072
.5965
N= 17
P= .011
Delitos c/ la
Honestidad
-.1106
N= 22
P= .624
-.0955
N= 22
P= .672
-.1103
N= 17
P= .673
.3896
N= 17
P= .046
Delitos c/ la
Libertad
-.0871
N= 22
P= .700
.7775
N= 22
P= 000
.7880
N= 17
P= .000
-.6927
N= 17
P= .009
Delitos c/ la
Propiedad
.2992
N= 22
P= .176
.5770
N= 22
P= .005
.5266
N= 17
P= .030
-.6503
N= 17
P= .011
Delitos c/ el
Estado
.1607
N= 22
P= .475-
.1393
N= 22
P= .536-
.1903
N= 17
P= .464
-.1935
N= 17
P= .457
N= Números de casos
P= Nivel de Significación
MARIANA NOEMÍ SÁNCHEZ
-.5898
N= 17

P= .011
 DELITOS
 COMETIDOS
 POR MUJERES
 INFLACION TASAS GENERALES
 DE DESOCUPACION⁵
 TASAS FEMENINAS
 DE DESOCUPACION⁶
 TASAS DE OCUPACION
 FEMENINA⁷
 Delitos de
 Homicidio
 -.0408
 N= 22
 P= .857
 .0396
 N= 22
 P= .861
 -.0193
 N= 17
 P= .941
 -.4860
 N= 17
 P= .019
 Delitos c/ las
 Personas
 -.2082
 N= 22
 P= .352
.3914
 N= 22
P= .072
.5965
 N= 17
P= .011

Tabla N° 4: Correlaciones entre tasas de delitos cometidos por mujeres y variables macro-económicas. CORDOBA, 1975-1996.

⁵ Corresponden a Córdoba y para el período 1975-1996. Fuente I.N.D.E.C.

⁶ Corresponden a la Argentina y para el período 1980-1996. Fuente I.N.D.E.C.

⁷ Corresponden a todo el país para el período 1980-1996 y su fuente es el I.N.D.E.C.

555

En primer lugar, observamos que la variable inflación no correlaciona significativamente con ningún tipo delictivo cometido por mujeres cordobesas. El dato no concuerda con los resultados derivados de investigaciones que toman como objeto de análisis la población desviante total de la provincia de Córdoba⁹; en ellas, tanto las tasas de delitos de hurto como las de robo presentaban una relación de covariación positiva intensa y de fuerte significación con las variaciones de la inflación, en casi idéntico período (1971-1993) que el que ahora analizamos. En este caso, revisando específicamente el comportamiento desviado de las mujeres, ni los delitos contra la propiedad, ni los restantes tipos especificados por el Código Penal Argentino son influenciados considerablemente por la inflación¹⁰. El desempleo, en las dos medidas aquí empleadas, confirma la existencia de auténticas interacciones con los delitos de autoría femenina cometidos con mayor frecuencia en Córdoba, demostrando la importancia de esta dimensión de la pobreza al momento de explicar el comportamiento delictivo de las mujeres. Tanto los delitos contra las personas, como los delitos contra la libertad y también los delitos contra la propiedad demuestran ser influenciados fuertemente por las variaciones de las dos medidas enunciadas de desempleo. Los tipos delictivos de mayor frecuencia en la

comisión de las conductas femeninas demuestran asociar su variabilidad con los porcentajes de desempleo en Córdoba, y para el período 1975-1996. Los coeficientes **.3914** y **.5965** (para los delitos contra las personas), **.7775** y **.7880** (delitos contra la libertad), y **.5770** y **.5266** (para los delitos contra la propiedad) y sus respectivos niveles de significación lo confirman con elocuencia.

En cuanto a los delitos de homicidio, contra la honestidad y contra el Estado cometidos por mujeres, no presentan ninguna asociación en cuanto a su variabilidad con esta variable indicadora de pobreza social. Ni las variaciones de los coeficientes de inflación ni de los porcentajes de desempleo intervienen en el curso de este delito contra la vida y los de mayor

⁸ La medida utilizada en este análisis corresponde al Costo de Vida para la ciudad de Córdoba. A partir de allí se calcularon sus índices de crecimiento para todo el período estudiado en este trabajo.

⁹ Ver MARIANA SANCHEZ, "*Delito y Condiciones Macro Económicas*", Lerner. Córdoba, 1998.

¹⁰ Estos coeficientes, aún poco significativos, permiten asomar una explicación diferenciada de las elecciones desviantes de hombres y mujeres en los delitos contra la propiedad: la hiperinflación multiplica los esfuerzos de supervivencia cotidiana y la mujer está más adiestrada que el hombre para asumir estas dificultades económicas del hogar, por ejemplo.

GÉNERO Y DELITO

556

gravidad, que envuelven una violación normativa substancialmente mayor que los restantes delitos¹¹.

Las tasas de ocupación femenina, que representan el porcentaje de mujeres que trabajan con relación al total de la población económicamente activa, ofrecen significativamente una explicación a las conductas delictivas más habituales de las mujeres (los delitos contra las personas, contra la libertad y contra la propiedad) proveyendo coeficientes con altas significaciones y esperados sentidos negativos. Para estas tres clases de delitos, los coeficientes obtenidos traslucen auténticas asociaciones entre estas variables, indicando la influencia del aumento de las tasas de ocupación sobre el descenso en las tasas delictivas; cuando las tasas de ocupación femenina suben, los delitos femeninos mencionados bajan y viceversa.

El desempleo era la variable que más y mejor correlacionaba con los delitos femeninos, las tasas de ocupación también lo hacen y con los mismos delitos femeninos pero en sentido negativo. Es decir, el impacto de este aspecto de la economía tiene un efecto importante en la variabilidad de las conductas delictivas. Si bien es claro que ocupación y desocupación no son sino las dos caras de un mismo fenómeno que claramente afectan las conductas delictivas de hombres y mujeres¹², entre éstas últimas la influencia de las tasas de ocupación tiene un sentido diferente, ya que implica una alternativa distinta del rol doméstico habitual. Entre la población femenina, estas medidas adquieren un significado e importancia algo diferentes.

Dentro de los porcentajes de mujeres desocupadas, difícilmente figuren las amas de casa que estarían deseosas de encontrar algún empleo para poder

¹¹ Para las conductas delictivas masculinas, las dos medidas de desocupación (tanto las tasas generales de desocupación de Córdoba, como las tasas masculinas del país) nos proveen una explicación diferente a la dada en los delitos de homicidio cometidos por mujeres. En efecto, las variaciones de las tasas de homicidios cometidos por hombres en Córdoba responden similarmente a las fluctuaciones de estos porcentajes de desempleo. Los respectivos coeficientes de correlación alcanzan los índices de **.5014** (desempleo general de Córdoba) y **.4866** (desocupación masculina de Argentina), aunque con niveles de significación más acordes a estos tipos de estudios en ciencias sociales (.017 y .048 respectivamente)

en relación con los coeficientes obtenidos con los delitos contra las personas, la libertad y la propiedad. Mariana Sánchez, informe CONICOR 1999.

¹² Vale la pena aclarar que revisando las asociaciones de las tasas de ocupación masculina y las tasas de delitos cometidos por hombres, encontramos -también- similares resultados a los obtenidos en la población desviante de mujeres. Para las conductas delictivas masculinas, como era de esperar, también resulta explicativa esta variable indicadora de la participación de los hombres en el mercado de trabajo. MARIANA SÁNCHEZ, Informe CONICOR 1999.

MARIANA NOEMÍ SÁNCHEZ

557

colaborar económicamente en el hogar. Y, de la misma forma, dentro del porcentaje de ocupadas, la salida económica de las mujeres en la prostitución resulta muy difícil de registrar. Estas variantes en la lectura de los porcentajes de empleo y desempleo dentro de la población femenina, reafirma y otorga mayor importancia a los resultados entre ellos y las alternativas hacia opciones femeninas desviantes.

7. El empleo de *técnicas cualitativas*, en el análisis de este sector de población femenina interna en Buen Pastor de Córdoba, nos ha permitido identificar dos claros grupos de mujeres entre las 11 internas seleccionadas para nuestro trabajo: uno integrado por entrevistadas que se consideran que se valen por sí mismas, que nunca estuvieron supeditadas a nadie, que no involucran a nadie en la actividad ilícita, que acuden a la vía delictiva como una manera de solventar su propia vida y la de su familia, que adjudican o justifican su actuar ilegal en la falta de trabajo o de oportunidades para alcanzarlo, y que se encuentran casi siempre involucradas en delitos contra la propiedad u otra clase de delitos lucrativos; delitos que constituyen los tipos cometidos con más frecuencia en la población desviante femenina.

De los propios dichos de las entrevistadas podemos inferir estas significaciones:

“Estoy acá porno conseguir trabajo. Por más que los chicos de la calle quieran cambiar, no se les da un trabajo, no se les da una oportunidad y tienen que llegar a esto... Todas las que están acá adentro te dicen que es porque no consiguen trabajo ni nada” (caso 4, robo calificado)

“El desempleo fue un baldazo de agua fría para mí. El primer trabajo que tuve (se refiere a después de haber enviudado) fue vender café en el mercado de abasto, afuera del mercado porque adentro ya había otras vendedoras y no me dejaban entrar. Vendía café de madrugada, desde las 4 hasta las 9 de la mañana, era el único momento que podía salir de mi casa porque los dejaba a mis hijos durmiendo... Para llegar a ocupar un buen puesto yo no encontré el camino... Yo me cansé y golpeé muchas puertas... Sin trabajo y sin una base no alcanza para mantener 6 hijos” (caso 3, transporte de estupefacientes)

Este grupo de mujeres que se definen ellas mismas como mujeres desocupadas y en búsqueda de trabajo, son las que están imputadas en delitos cuya comisión es de mayor frecuencia por parte de las mujeres (delitos contra la propiedad, en este caso). No sólo se trata de entrevistadas en busca de trabajo sino que incluso explican la situación en la que se encuentran a partir de o debido a esa falta de trabajo.

GÉNERO Y DELITO

558

Y esto es precisamente lo que concluyen las teorías explicativas de la desviación femenina más modernas. Los autores sostienen que las tradicionales teorías explicativas de la conducta delictiva que manejan entre sus hipótesis variables macro económicas, como el desempleo en este caso, (anomia,

elección racional) son útiles para la explicación de estos actos de menor gravedad y mayor frecuencia entre las mujeres¹³.

Y otro grupo, integrado por mujeres que se encuentran sentenciadas por haber cometido delitos de mayor gravedad, que tienen una pareja estable a su lado al momento de la realización del delito y que muestran y explican la situación en la que se encuentran a partir de seguir a sus parejas o estar supeditadas a ellas en todo, sin referir asociaciones con dificultades económicas o falta de trabajo.

“Tanto mi marido como todos sus amigos están involucrados con el delito. Mi marido es policía” “Yo trabajaba en la casa con los niños... Mi marido siempre tuvo trabajo, siempre fue empleado; nunca me faltó nada, ni cuando estaba con mis padres, nunca me faltó nada” “Estuve sometida a mi marido hasta que llegué a este lugar. Estuve sometida a él, a sus caprichos y estupideces. Pero Dios me mostró esto para que me de cuenta de lo que es trabajar... Todo esto a pesar de que me ha hecho daño me ha enseñado a valorizarme a mí y a los otros” (caso 5, homicidio simple).
“Mi pareja o ex pareja es compañero mío de causa. Yo estaba mucho con él, con mi novio, estaba siempre con él... Él me tenía mucho para él, yo hacía lo que él me decía... Estaba muy controlada por él, muy custodiada. Yo estaba enamorada, estaba ciega. No me daba cuenta, me ponía en contra de mi familia, no me dejaba trabajar con mis hermanos, me quería tener para él” “El día que lo dejé me sentí libre, aunque estaba acá encerrada, me sentí libre. Era como que me dominaba mucho” (caso 8, comercialización de drogas)

Desde las teorías de explicación de las conductas delictivas femeninas más recientes, se destaca que el control social más fuerte e intenso que viven frecuentemente las mujeres debido a su posición social dependiente, modela su habilidad para cometer delitos. El comportamiento femenino es más fuertemente monitoreado a través de estereotipos negativos y sanciones. Las mujeres son premiadas, en toda sociedad, por su habilidad para

MARIANA NOEMÍ SÁNCHEZ

¹³ Y de hecho también a los hombres, puesto que ambos son influenciados por idénticas fuerzas sociales para la comisión de delitos más frecuentes.

559

mantener y establecer relaciones sociales y obligaciones de familia y su identidad tiende a ser derivada de hombre claves en sus vidas. La supervisión y el control reducen los riesgos femeninos e incrementa el apego a los padres, maestros y amigos; pero también incrementan las oportunidades de incursionar en el delito de aquéllas que siguen y responden fielmente a las iniciativas de estos hombres claves. Además, las mujeres son socializadas no sólo para estar más atentas a las necesidades de los otros, sino también para temer la amenaza de separación de quienes las aman.

Autores como Steffensmeier y Daly (1989) sostienen en sus trabajos de investigación que cuando las mujeres delincuentes son involucradas con otros –especialmente en delitos de mayor gravedad- ellas típicamente actúan como cómplices de hombres quienes organizan, conducen y lideran la ejecución del delito. Y es precisamente ello, lo que podemos nosotros inferir de los datos recogidos en las entrevistas a estas 11 mujeres.

Este camino entre la medición cuantitativa del fenómeno de la criminalidad femenina y la comprensión cualitativa de las conductas incluidas en él, nos permitió una aprehensión de la magnitud del problema y de sus

características constitutivas que enriquecieron el valor de este trabajo para la teoría y para la interpretación de las problemáticas sociales. Conscientes de la incapacidad de extraer generalizaciones rigurosas que puedan ser aplicadas al espectro total de la teoría criminológica, las significaciones personales de las entrevistadas, manifestadas en expresiones de sentido común, resultan igualmente útiles para partir desde allí y buscar un análisis teóricoconceptual más profundo. Conjugando los resultados obtenidos mediante metodologías cuantitativas con el análisis de las entrevistas tomadas a estas 11 internas del Buen Pastor, confiamos en haber reflejado consecuencias, situaciones y tendencias relevantes para la Criminología.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

ALTIMIR OSCAR, *“Desigualdad, empleo y pobreza en América Latina: efectos del ajuste y del cambio en el estilo de desarrollo”*, Desarrollo Económico Vol. 37, N° 145, 1997.

BECCARIA LUIS, *“Reconversión Productiva y Empleo en Argentina”* en Más allá de la Estabilidad, Pablo Bustos Compilador, Fundación Friedrich Ebert. Buenos Aires, 1995.

BERGOGLIO MARÍA INÉS, *“Desigualdades en el Acceso a la Justicia Civil: diferencias de género”*, Informe SECYT-UNC (mimeo), 1997.

CELTON DORA, *Informe Demográfico de la Provincia de Córdoba*. Centro de Estudios Avanzados, UNC, 1994.

GÉNERO Y DELITO

560

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.

DEVINE JOEL et. al, *“Macroeconomic and social control. Policy Influences”*, American Sociological Review Vol. 53, 1988.

GARCIA CARMEN A., *“Feminismo y Criminología”*, Capítulo Criminológico, Vol. 23, N° 2 445-456, 1995.

GELDSTEIN ROSA - DELPINO NENA, *“Mujeres como principal sostén económico del hogar”*, Boletín Informativo Techint N° 277, 1994.

KUSZNIR JUAN CARLOS, *“Presencia Femenina en el Mercado Laboral”*, Novedades Económicas Año 19 N° 200, Octubre de 1997.

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. McGrawHill, Madrid, 1993.

MARCHIORI HILDA y otros, *Víctima Denuncia y Criminalidad*, Lerner. Córdoba, 1991.

MARX KARL, *Sociología y Filosofía Social*, Ediciones Península. Barcelona, 1968.

MERTON ROBERT K., *Teoría y Estructura Sociales*, Fondo de Cultura Económica. México, 1965.

MESSNER S. and TARDIFF K., *“Economic Inequality and Levels of Homicide: an analysis of urban neighborhoods”*, Criminology, vol. 24 N° 2, 1986.

MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA NACION, *Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal*, “Estadística Criminal”. Argentina, 1975 a 1996.

MINUJIN ALBERTO y otros, *Cuesta Abajo. Los nuevos pobres: efectos de la crisis en la sociedad argentina*, UNICEF/LOSADA. Buenos Aires, 1991.

MOGHADAM VALENTINE, *“La mujer en la sociedad”*, Revista Internacional de Ciencias Sociales N° 139, pág. 115-137, 1994.

MONTOYA SILVIA - ALIAGA ROGER, *“Las Jefas de Hogar”*, Novedades Económicas

Año 19 N° 200, Octubre de 1997.

OLIVERO MARÍA PÍA, “*La dinámica de la Participación Femenina en el Mercado de Trabajo*”, *Novedades Económicas* Año 19 N° 200, Octubre de 1997.

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.

ROMERO CABRERA LILIAN BETTY, *Inserción de la Mujer en el Mercado Laboral. Perduraciones y Cambios en la Córdoba de 1900 a 1920*. Córdoba, 1997.

MARIANA NOEMÍ SÁNCHEZ

561

SANCHEZ MARIANA, “*La edad y la explicación del delito. Las conductas desviadas de los menores de 21 años*”. *Semanario Jurídico - Fallos y Doctrina* N° 1174, T° 78 A:5-10. Comercio y Justicia, 1998.

SANCHEZ MARIANA, *Delito y condiciones macro-económicas*. Opúsculos de Derecho Penal y Criminología, N° 70 (102 páginas), Editorial LERNER. Córdoba, 1998.

- *Delitos, Macro-Economía y Control Social*, Informe CONICOR, mimeo, 1997.

- *Género y Delito*, Informe CONICOR, mimeo, 1999.

STEFFENSMEIER D. - 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.

TAYLOR IAN et. al., *The New Criminology*, Routledge and Paul Kegan. Gran Bretaña, 1973/1985.

TAYLOR Y., WALTON P Y YOUNG J., *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, Amorrortu editores. Buenos Aires, 1990.

TINEDO FERNANDEZ GLADYS, “*Mujer, Cárcel y Derechos Humanos*”, *Capítulo Criminológico* Vol. 23, N° 2 pag. 335-358, 1995.

WAINERMAN CATALINA, “*Las Mujeres y el Trabajo en Argentina*”, *Sociedad, Revista de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires*, N° 6 149-158. Buenos Aires, 1995.

WELLS JOHN, “*Crime and Unemployment*”, *Employment Policy Institute. Economic Report*, vol. 9, N° 1, 1995.

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.

ZAFFARONI EUGENIO, “*Perspectivas de las Investigaciones comparadas sobre la Delincuencia*”

Opusculos de Derecho Penal y Criminología, , Nro. 56, Lerner. Córdoba, 1994.

GÉNERO Y DELITO

562

563

UN EJERCICIO DE SIMULACIÓN DE JUICIO PENAL

Una contribución desde el CIJS

por Leopoldo Schapira* y Carlos León**

Resumen: La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales implementa un Taller de Práctica Profesional del Nuevo Plan de Estudios de la Carrera de Abogacía. Estos talleres complementan la formación de los estudiantes aproximándolos a las demandas de la actividad específica dentro del medio. En la actualidad, se realizan “Simulaciones de litigio con asignación de roles”. Este artículo presenta el desarrollo de una propuesta de Juego de Simulación de Juicio Penal que podría ser utilizado en el mencionado Taller como parte de una enseñanza especializada en esta rama del Derecho. Los Juegos de Simulación generan un contexto protegido donde se presentan

los requerimientos y se dan las alternativas de la vida real sin las consecuencias que pueden tener los actos en los individuos y en la sociedad.

La propuesta se apoya en las cualidades pedagógicas de los Juegos de Simulación.

Se discuten aspectos teóricos de la construcción del ejercicio y se presenta un cronograma de la puesta en práctica de la experiencia.

Palabras Clave: Juego de Simulación - Pedagogía - Taller de Práctica Profesional - Derecho Penal

* 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, Coordinador de la iniciativa de Periodismo Cívico de La Voz del Interior, Cadena 3 y Canal 12 de Córdoba (2002-2003)

** Abogado, Adscripto a la Cátedra C de Derecho Penal I, Facultad de Derecho, UNC. Ponente en seminarios nacionales e internacionales.

564

Introducción

Los ejercicios de simulación son utilizados con mayor frecuencia como apoyo a los procesos de aprendizajes en ámbitos universitarios. La elaboración de modelos de simulación ha avanzado enormemente desde los primitivos juegos militares de guerra.

Se puede debatir sobre la capacidad predictiva de estos modelos, pero lo que ya está fuera de toda discusión es el potencial pedagógico de esta herramienta en uso en los más prestigiosos centros de formación jurídica. Esta metodología de enseñanza se está empezando a usar en nuestra Facultad.

El proyecto que sigue se inscribe en esa línea.

1. El Marco Institucional y los objetivos de la propuesta

Como parte de las funciones del CIJS de actualización y perfeccionamiento en materia metodológica, se incorporó al Curso de Formación

Docente para Abogados y Adscriptos, un módulo de enseñanza sobre uso de los Juegos Simulaciones en la enseñanza de las Ciencias. Sociales

Para cumplimentar las exigencias del Curso, el Abogado Juan Carlos

León solicitó asesoramiento para aplicar los conceptos del seminario en un

desarrollo que pudiera ser de utilidad en el Taller de Práctica Profesional del Nuevo Plan de Estudios de la Carrera de Abogacía aprobado por Res. HCD

Nº 207/99. Estos talleres complementan la formación de los estudiantes aproximándolos a las demandas de la actividad específica dentro del medio. En la

actualidad, se realizan “Simulaciones de litigio con asignación de roles”.

Este artículo presenta el desarrollo de una propuesta de Juego de Simulación de Juicio Penal que podría ser utilizado en el mencionado Taller

como parte de una enseñanza especializada en esta rama del Derecho.

Una forma de prepararse para afrontar la realidad, es el contexto protegido que ofrece un juego de simulación donde se presentan los requerimientos

y se dan las alternativas de la vida real, sin las consecuencias que

pueden tener los actos en los individuos y en la sociedad. Por otro lado, la

implementación de este ejercicio tal como fuera concebido, implica la solicitud de colaboración a otras dependencias de nuestra Universidad, como

así también al Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

¹ CORTÉS DE ARABIA, ANA MARÍA. “*Guías y Casos. Derecho Penal I*”, UNC. Intelectus. Córdoba, 2000, Pág. 6

LEOPOLDO SCHAPIRA - CARLOS LEÓN

565

En el primer caso, se solicitará la colaboración de la Escuela de Artes

para completar el número de actores que requiere la simulación. Se solicitará

que se interprete el papel de testigos para lo cual, estudiantes de Teatro deberán ser instruidos por sus docentes.

En el segundo caso, se solicitará al Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, autorización para utilizar una de sus salas de audiencias.

Con el desarrollo de este ejercicio se pretende:

1. Ayudar al estudiante de abogacía a formarse y a insertarse en el marco laboral de especialización Penal
2. Capacitar mejor al futuro profesional, en aspectos no solo teóricos sino también prácticos;
3. Desarrollar el espíritu crítico y reflexivo de los alumnos.- Desarrollar en los alumnos la capacidad de “análisis y el razonamiento legal válido y crítico”¹.
4. Inducir la aplicación de normas éticas en el ejercicio de la profesión
5. Preparar al alumno para investigar de forma autónoma;
6. Mejorar la expresión oral y escrita de los alumnos;
7. “Desarrollar habilidades comunicativas” y “para trabajar en colaboración”².

2. Los atributos pedagógicos de la simulación y su adecuación a los propósitos del Taller

Un modelo es una representación reducida y conveniente de algún aspecto de la realidad. Sólo contiene aquellos elementos imprescindibles para que esta reproducción se comporte aproximadamente igual que una concepción del original. Una simulación es el acto de hacer uso de las reglas de un modelo para generar imágenes del futuro (o para recrear situaciones del pasado) con el propósito de educar, experimentar, prever, o generar conocimiento a partir de la verificación de hipótesis (Heurística)³.

Se designa genéricamente como “juego de simulación” al conjunto de reglas del modelo que dan pautas para el desempeño del “factor humano” (persona o grupo de personas) en una simulación.

² CORTÉS DE ARABIA Idem. Pág. 4

³ SCHAPIRA, LEOPOLDO; *Los juegos y simulaciones en la enseñanza de las Ciencias Sociales*, Anuario IV, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, UNC, Córdoba 1999, Pág. 271

⁴ SCHAPIRA, LEOPOLDO, opus cit.

⁵ SCHAPIRA, LEOPOLDO, opus cit.

UN EJERCICIO DE SIMULACIÓN DE JUICIO PENAL

566

2.1. Funciones de los Juegos de Simulación.

El juego de simulación es un medio de comunicación sofisticado.

“Es un recurso para transmitir información entre personas”⁶, como tal es un medio técnico en la enseñanza. Tiene grandes posibilidades funcionales que aseguran al alumno su participación activa y no como mero espectador.

Funciones Pedagógicas: El juego de simulación tiene, en primer lugar, una *función motivadora*: Ese es su primer efecto, al ser un medio experiencial supera la pedagogía del verbalismo, acercando la escuela a la vida.

Además, el juego de simulación es *portador de contenido* y tiene la posibilidad de ser expositivo o informativo, sus procesos pueden ser archivados, diagnosticados a través de informes, evaluaciones y presenciados (*función documental*). Sirve como punto de partida para la elaboración o apoyo a la elaboración de conceptos, explicaciones y análisis diversos, sugerencias

de expresión creadora. La *función estructuradora* del juego de simulación es tan amplia que lo convierte en opción metodológica autónoma. Es un medio de máximo poder estructurador en lo metodológico, porque tiene depositadas en él funciones relativas a los contenidos de aprendizaje y posee un control total de la pauta metodológica. Puede pensarse en él, como un estilo de educación diferenciado que define, en todas sus fases, una metodología, incluida la evaluación.

Con relación al nivel de simbolización en los mensajes, los modernos estudios pedagógicos ponen de relieve la necesidad de conexión del conocimiento que se transfiere con el grado de realismo (niveles de abstracción) que el medio posee. En este sentido, el juego de simulación implica una forma de relación mental que constituye una representación de realidad. Según la teoría de Tisher⁷, existen tres niveles de abstracción que se concretan en la fórmula “abstracción creciente-concreción decreciente”. Señala el autor, que el aprendizaje directo es por medio de enseñanzas directas – primer nivel -, el segundo nivel sería el de experiencia audiovisual y el tercero el aprendizaje por medio de palabras y símbolos. En la actualidad la comprensión del Derecho Penal se sitúa en nuestra Facultad en el último de los niveles.

⁶ SACRISTÁN GIMENO. “*Teoría de la Enseñanza y Desarrollo del Currículo*”, Ediciones Rey, Argentina, 1986. Pág. 195

⁷ TISHER. “*Fundamental Issues in Science Education*”. John Willey, N.Y., 1972, pág. 111.

LEOPOLDO SCHAPIRA - CARLOS LEÓN

567

En apoyo de las ideas de libertad, creatividad y expresión, resulta necesaria la participación activa de los alumnos y el profesor, tanto en el uso del material como en su confección. En este sentido, la simulación ofrece ventajas por sobre otros medios y métodos

2.2. Fundamentos

Enfoque multidimensional del Derecho Penal.

La Ciencia del Derecho Penal puede y debe ser encarada desde un paradigma o modelo jurídico – didáctico multidimensional. Esta afirmación no es caprichosa y encierra importantes consecuencias prácticas y metodológicas que deben ser consecuentes con la afirmación. Ello llevó al Dr. Martínez Paz a sostener un pluralismo metodológico apoyado en la investigación científica interdisciplinaria. Afirma el referido autor que “Se entiende por interdisciplinaria a la interacción que se establece entre dos o más disciplinas que buscan una síntesis integradora”. “Esto exige resolver los problemas, teóricos y prácticos, propios de dicha interacción, descongelar el aislamiento disciplinario, revisar la naturaleza de los conocimientos específicos de cada disciplina e imprimir una nueva dinámica a las estructuras del conocimiento”⁸.

El juego de simulación permitirá relacionar asignaturas como Derecho Constitucional, Derecho Penal I y II y Derecho Procesal Penal. Además permitirá incluir aspectos científicos relacionados de Psicología, Ética, Filosofía y Medicina.

Esto se complementa con otros fundamentos como son la teoría del aprendizaje significativo; el enfoque de orientación de una pedagogía constructivista; pedagogía grupal y el rescate del método inductivo (que parte del caso práctico)⁹.

⁸ MARTÍNEZ PAZ F. “*La Enseñanza del Derecho. Modelos Jurídicos - Modelos*

didácticos”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Educación, 1995.

9 Para profundizar sobre estos temas se puede consultar a ONTORIA, ANTONIO y otros.

“Mapas Conceptuales” Editorial Narcea, 4ta Edición; RÍOS GRACIELA, JER, ESTELA “Elementos Didácticos” 3ra Edición, Facultad de Derecho, UNC, SACRISTÁN, GIMENO “Teoría de la Enseñanza y desarrollo del Currículo”, Ediciones Rey, Argentina, 1986; SACRISTÁN GIMENO/ PÉREZ GÓMEZ, A “La Enseñanza: Su teoría y su práctica”, Editorial AKAL Universitaria.

UN EJERCICIO DE SIMULACIÓN DE JUICIO PENAL

568

3. El diseño del ejercicio.

3.1. Elección del caso particular – ventajas de basarse en un hecho real

La experiencia en el diseño de juegos de simulación señala las ventajas de basar el diseño de un ejercicio en hechos reales. Los desarrollados a partir de eventos generados “ad hoc” han mostrado ser demasiado esquemáticos, unidireccionales, que muy rápidamente dan lugar a un “algoritmo ganador” que agota, en un corto plazo, las posibilidades de su uso. Por el contrario, como resulta coherente con el propósito de esta técnica pedagógica, la realidad, rica en situaciones, incluso engañosas, incongruentes y contradictorias brinda una excelente base para el diseño

Por eso, para desarrollar el ejercicio se decidió tomar como punto de partida un caso real, que mostrara con nitidez y riqueza las exigencias de la práctica profesional que necesariamente deberán desempeñar los estudiantes como futuros profesionales del Derecho.

La elección de este caso de interés resultó ser una de las principales dificultades en el desarrollo de esta propuesta. Este caso, por su riqueza doctrinaria, debía generar un ámbito de discusión complejo (donde se marcaran con relativa nitidez posiciones encontradas). Tampoco debía ser un caso excesivamente difícil, como aquellos que aún a un profesional avezado le costaría resolver. Otra de las preocupaciones fue trabajar sobre un caso de la jurisdicción local, tratando de plasmar aquello que los alumnos aprenden en las asignaturas, sobre todo en Derecho Procesal, donde la materia se centra en el estudio del Código local.

En ello va también incluido el interés que el caso deberá “despertar” en los cursantes, el mismo tenía que ser atractivo para los alumnos, por razón de la metodología de estudio propuesta, basada en gran medida en la Teoría del Aprendizaje Significativo de Ausubel, que sostiene que “la nueva información se incorpora de forma sustantiva, no arbitraria, a la estructura cognitiva del alumno. Hay una **intencionalidad de relacionar los nuevos conocimientos** con los de nivel superior más inclusivos, ya existentes en la estructura cognitiva. Se **relaciona con la experiencia, hechos u objetos**. Hay una implicación afectiva al establecer esta relación, al **manifestar una disposición positiva ante el aprendizaje**”¹⁰.

En un juego de simulación se logrará un aprendizaje más eficaz que el memorístico. Porque implica un proceso donde el alumno se acerca al

¹⁰ ONTORIA A. “Mapas Conceptuales”. Opus cit. pág. 16.

LEOPOLDO SCHAPIRA - CARLOS LEÓN

569

estudio en forma personal y activa. Para ello el *material proporcionado debe ser potencialmente significativo*, es decir que debe permitir una relación intencionada (no arbitraria) y sustancial (no al pie de la letra). El alumno debe poder acercarse libremente a la práctica del juego para lograr del mismo una *actitud activa* o predisposición psicológica al aprendizaje.

Debido a la masividad de nuestra Universidad es imprescindible tener en cuenta que a los mencionados Talleres de Práctica Profesional asisten gran número de participantes. Para afrontar este desafío se considera a la presente propuesta como una matriz o base, la cual de acuerdo a una correlativa infraestructura edilicia y de docentes, podría ser repetida en forma simultánea o sucesiva, dando lugar en su repetición, a distintas argumentaciones y fallos.

3.2. El Ejercicio de Simulación

Descripción del caso

En los centros médicos de los acusados, 33 pacientes que se realizaban hemodiálisis resultaron infectados con HIV. Se discute la responsabilidad de los médicos ante el contagio masivo (90% del total de pacientes del establecimiento), simultáneo y horizontal (de paciente a paciente). A la fecha de la sentencia 27/03/1995, 25 pacientes habían muerto por SIDA. El contagio masivo fue descubierto por el Laboratorio de la Fundación para el Progreso de la Medicina debido a un pedido de examen xerológico solicitado en los primeros días de septiembre de 1990.

UN EJERCICIO DE SIMULACIÓN DE JUICIO PENAL

570

LEOPOLDO SCHAPIRA - CARLOS LEÓN

Roles y Actores

Roles Actores

Defensores (4 estudios jurídicos = 12 estudiantes) Estudiantes de Derecho

Fiscales (3 estudiantes)

Tribunal (3 estudiantes)

Querellante particular ó actor civil (3 estudios

jurídicos = 9 estudiantes)

Testigos (según demanda = estimada 9 estudiantes) Extras (estudiantes de

actuación de la Escuela

de Artes de la UNC)

Víctimas: 9

Acusados: SE OBVIARA EL USO DE LOS

NOMBRES REALES.

Constructores de la realidad Docentes, adscriptos y

ayudantes alumnos

Evaluadores de los estudiantes

Prensa

571

UN EJERCICIO DE SIMULACIÓN DE JUICIO PENAL

Secuencia del ejercicio

Nombre de Descripción Clases Producción

la actividad de elementos

de apoyo

1. Actividades

preliminares

Observar un expediente y

distinguir las partes del

mismo;

Visita guiada a tribunales:

Observación de una audiencia:

análisis de las diferentes

etapas;

Examinar el comportamiento

de las partes;

Elaboración de un informe
de la experiencia

2 semanas
en paralelo

con las actividades
siguientes

Guías para la
visita a Tribunales

2. Clase inicial -

Asignación de roles
entre los estudiantes

A partir de una divulgación
general del caso, usando
los recortes periodísticos y
en función del interés personal
de cada estudiante, y
la conformación de grupos
equilibrados en número y
capacitación

1 clase Recortes periodísticos
del
caso.

Eventual: video
del programa
de René

Bacco.

3. Distribución del
material

Los fiscales reciben las primeras
actuaciones (secreto
del sumario)

La misma
clase

**Promoción
de la Acción
Penal**

2 clases en
paralelo

Material inicial
de la causa

– La instrucción
para
los fiscales.

4. Redacción de
Denuncias de la
parte civil

Un actor/es aprende su papel
de lo consignado en el
expediente y se encuentra
con los abogados de la parte
civil. Algunos se presentan
ante los fiscales.

Los abogados de la parte civil
y los fiscales redactan las
denuncias de las víctimas

Preparar al

actor demandante.

Fijar sedes
para las
partes.

572

LEOPOLDO SCHAPIRA - CARLOS LEÓN

**Nombre de Descripción Clases Producción
la actividad de elementos
de apoyo**

5. Presentación de
las denuncias de la
víctima y constitución
de actor civil

Fijar la dirección
de la
presentación.

6. Investigaciones
de la fiscalía y del
actor civil o querellante
particular

Pedidos de informes – Si lo
piden, se le entrega el material
que incluye las inspecciones
oculares,
pericias, testimoniales, etc.

6 clases en
paralelo

**I n s t r u c -
ción o Inv**

**e s t i g a -
ción Propiamente**

Dicha

1 clase plenaria

Actividad

p a r a l e l a
eventual

En cada oficina.

7. Acusación de los
fiscales

Deben redactar las acusaciones
(fijar los hechos)

8. Instrucciones a
los actores

Los docentes instruyen a/
los imputados y distribuyen
pruebas solicitadas (oportunidad
de definir un juicio
abreviado)

9. Reuniones privadas

Los defensores reciben el
material. Las partes disponen
de un tiempo para preparar
sus estrategias

10. Declaración de

los imputados o indagatoria

Abogados defensores e

imputados asisten a la declaración indagatoria.

En el tribunal.

573

UN EJERCICIO DE SIMULACIÓN DE JUICIO PENAL

11. Clausura de la instrucción

Nombre de Descripción Clases Producción la actividad de elementos de apoyo

El fiscal decide si se eleva la causa a juicio o no y se notifica al abogado defensor.

12. Eventual Acción de la defensa

Oposiciones y recursos En las oficinas y termina en el tribunal.

13. Ofrecimiento de pruebas

Si lo piden, se le entrega el material a los alumnos

Juicio

4 clases

Actividad

paralela

1 clase

aparte

1.Estrategias

de los

interrogatorio

a testigos

Las partes

elevan a los

docentes los

listados de

testigos a interrogar

Los docentes

de las cátedras

elaboran

los libretos de

los testigos y

los instruyen

14. Audiencia El Tribunal fija día y hora

del debate en una sala de

Tribunales

Sala de Tribunales.

Recepción de pruebas.

Comparecen testigos, peritos

y se los interroga

Invitación a declarar al imputado

(asesorado por su

defensor)

15. Discusión Final Alegatos

574

Nota: El gráfico precedente no toma en cuenta la posible solicitud de

un juicio abreviado. Pero es posible que los alumnos lo peticionen. Si así ocurriera debería simularse el juicio abreviado, y continuar por otro lado, con la secuencia del ejercicio común.

3.3. Aspectos puntuales de la transformación de un Juicio Penal real en un juego de simulación

El diseño del juego que antecede, presupone la utilización de ciertas convenciones y la movilización de recursos que se describen con mayor detalle

El tiempo procesal , el tiempo académico, el tiempo de la simulación.

Uno de los primeros problemas que surgen cuando se trata de traducir un caso real dentro del formato de un ejercicio de simulación, es la representación del tiempo. En este caso, se trataba de un hecho estructural en atención a la necesidad de tener en cuenta los plazos procesales que señala el Código Procesal Penal (CPP).

Luego de una serie de pruebas, se optó por establecer la equivalencia entre un día procesal y el de la simulación teniendo en cuenta su proporcionalidad del tiempo requerido por los procedimientos y el con que se cuenta para el desarrollo de la tarea docente

Medios Probatorios y funcionamiento de los testimonios

Se sugiere, dada la complejidad del caso, distinguir dos tipos de procedimientos para la incorporación de la prueba.

LEOPOLDO SCHAPIRA - CARLOS LEÓN

16. Sentencia

Nombre de Descripción Clases Producción

la actividad de elementos

de apoyo

El tribunal delibera y sentencia

Debriefing Docentes y alumnos sacan

conclusiones de la experiencia

1 clase Aula en la Facultad

Evaluación del

desempeño

Los Docentes evalúan el

desempeño de los alumnos

– Comentarios públicos

1 clase Aula en la Facultad

575

En el primer caso, se trata del uso del material existente en el Expediente de Base: Entiéndase por tal, el material obrante en los autos caratulados “XX. Y otros – propagación culposa de enfermedad peligrosa” que ha servido de base para la elaboración de este proyecto.

Su sentido sería orientador, sobre todo, en lo atinente a facilitar a los estudiantes elementos de convicción de naturaleza científica. Aparecen en el ejercicio en dos instancias: la primera, al iniciar la experiencia se suministra material seleccionado por los docentes como vía preparatoria a las instancias judiciales. De suministro general para los estudiantes sería la información periodística, la cual inicia el juego y, según los roles, la información del sumario.

En las instancias señaladas en el cronograma, los alumnos, en ejercicio de sus roles dentro de la simulación, pueden requerir documentación que será desarrollada por los docentes a partir del expediente de base. Sería

la contestación de informes, pericias, documental oficial.

Un caso particular es el de los testimonios. Los “abogados” anticiparán a los docentes el sentido de su interrogatorio a los testigos. En función de esto, los Docentes elaborarán “las historias de cada testigo” de manera de generar hechos consistentes e instruirán a los estudiantes de teatro sobre las líneas generales de sus respuestas al interrogatorio.

La prensa. Se editaría un “diario” que mostraría la trascendencia y el estado de la opinión pública sobre el caso.

El papel de los docentes

El acceso y la administración de las pruebas (tipos)

Los reales;

Los actores, instrucciones;

Los fallos

El contexto social

Visitas a tribunales y a centros médicos

El estado de la opinión pública

Lugares de implementación –Requerimientos de Espacio Físico

Se consideró que la utilización de las instalaciones de Tribunales era la medida más apropiada para establecer un claro nexo entre el ejercicio de simulación y el ámbito de la práctica profesional de los futuros abogados.

Los distintos equipos, ejerciendo los diferentes papeles, necesitan espacios donde puedan trabajar en absoluta privacidad, preparando el caso,

UN EJERCICIO DE SIMULACIÓN DE JUICIO PENAL

576

elaborando las estrategias de acción. Para eso se hace necesario disponer, en períodos predeterminados, de aulas o boxes en la misma Facultad. Los alumnos en ejercicio de sus roles dentro de la simulación, pueden requerir documentación que será desarrollada por los docentes a partir del expediente de base. Sería la contestación de informes, pericias, documental oficial.

En el segundo caso, se trata de los testimonios. Los “abogados” anticiparán a los Docentes el sentido de su interrogatorio a los testigos. En función de esto, los Docentes elaborarán “las historias de cada testigo” de manera de generar hechos consistentes e instruirán a los estudiantes de teatro sobre las líneas generales de sus respuestas al interrogatorio.

La prensa. Se editaría un “diario” que mostraría la trascendencia y el estado de la opinión pública sobre el caso.

4. Conclusiones

La implementación del ejercicio, puede demandar esfuerzos adicionales al equipo docente en los aspectos de la preparación del material, de la obtención de los recursos humanos y físicos complementarios.

No parece un exceso de optimismo pensar que hay grandes posibilidades de que el esfuerzo sea compensado con un mejoramiento sustancial en la preparación de los alumnos para afrontar su futura vida profesional.

LEOPOLDO SCHAPIRA - CARLOS LEÓN

577

**INMIGRACIÓN Y CIUDADANÍA: UN PROBLEMA DEL ‘900:
ESTUDIO COMPARADO ENTRE LA REVISTAS DE DERECHO,
HISTORIA Y LETRAS Y LAS TESIS DOCTORALES
PRESENTADAS A LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA** 1

*por Enrique E. Shaw**

Resumen: Durante los primeros 15 años del siglo XX, dos de los temas problemáticos para la clase dirigente argentina, fueron la inmigración y la ciudadanía, en un proceso de inmigración masiva, estos estaban íntimamente relacionados. Uno de los resultados que este proceso fue un leve y continuo cuestionamiento de los medios y fines de la dominación oligárquica, ante esta situación, la elite se manifestó de diversos modos. Uno de ellos fue a través de artículos en publicaciones periódicas especializadas. Hemos analizado los artículos publicados en una de ellas, como es la Revista de Derecho, Historia y Letras, entre 1898 y 1914 referidos sobre los temas de inmigración y ciudadanía. Este trabajo es una versión ampliada y actualizada de un capítulo de mi tesis de maestría en Relaciones Internacionales: *Zeballos y la imaginación de Argentina, 1898-1906*. Maestría en Relaciones Internacionales. Colección Tesis de Maestría en Relaciones Internacionales. n. 1. Ed. Centro de Estudios Avanzados. Universidad Nacional de Córdoba. Córdoba, 2003.

* Licenciado en Historia, UNC. Magíster en Relaciones Internacionales –CEA-. UNC. Investigador del CIJS. Profesor Titular. Facultad de Lenguas. UNC. Profesor de la asignatura “Política Internacional”. Maestría en Relaciones Internacionales, CEA, UNC. Profesor de la asignatura “Metodología de la Investigación en Ciencias Sociales”. Maestría en Relaciones Internacionales, CEA, UNC. Profesor de la asignatura “Internacionalización, Globalización y Desarrollo en América Latina”. Maestría en Gestión para la Integración Regional. CEA. UNC. Investigador Principal del proyecto “Nosotros y los Otros. Una visión de la Política Internacional según Estanislao Zeballos, 1898-1910”. Secyt. UNC. CEA, UNC.

578

gración y ciudadanía. También hemos analizado las tesis doctorales de Derecho que sobre esta problemática se aprobaron, para el mismo periodo, en la Universidad Nacional de Córdoba, a los fines de establecer las concordancias o diferencias con la problemática planteada, entre la clase dirigente de la capital y la del interior del país.

Palabras claves: historia argentina - ciudadanía - inmigración - nacionalización - oligarquía

En el presente trabajo analizaremos la problemática de la inmigración, ciudadanía y educación tal como se dio en los artículos publicados en La Revista de Derecho, Historia y Letras (La Revista), durante los años 1898 a 1914. Asimismo se cotejará esta problemática con las tesis para optar al grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, durante el mismo periodo que abordaron el tema de la inmigración y la ciudadanía, con el objeto de ver la correspondencia con lo publicado por La Revista, enmarcados en contexto histórico del momento².

Los temas que para Estanislao Zeballos y para La Revista eran de suma importancia e incidieron profundamente en su momento son: la inmigración, la ciudadanía y la educación. Como veremos estos estaban íntimamente ligados y fueron un problema para la clase dirigente. La particularidad de estas temáticas era que hacían referencia y se enmarcaban tanto en el ámbito nacional como en el internacional, como lo fue el movimiento de porciones significativas de masas de población de un Estado a otro. Recordemos que un modo de lograr un aumento significativo de la población fue recurrir a la inmigración, ya que contar con una masa significativa de población incrementaba la importancia del país y aumentaba, por lo tanto la “nación”, si el proceso de nacionalización se concretaba y si la socialización tenía éxito.

Como hemos dicho,³ el concepto de nación se sostenía políticamente ya que se lo conceptualizaba a partir de la idea de ciudadanía desarrolla -

² Para mayor información sobre este tema y sobre el encuadre histórico ver: SHAW, ENRIQUE. *Zeballos...* Op. Cit. pp. 22-27. La Revista fue fundada por Estanislao S. Zeballos uno de los intelectuales más prestigiosos de la época. Abogado y profesor titular tanto de Derecho Internacional Público como Privado; legislador nacional y tres veces Canciller de

la República. Fue uno de los especialistas de política internacional más destacados del Cono Sur junto con Río Branco y Balmaceda, además de haber sido uno de los exponentes máximos del Realismo en estas latitudes.

³ SHAW, ENRIQUE. *Zeballos y la imaginación de Argentina, 1898-1906*. Centro de Estudios Avanzados, UNC. Córdoba, 2003. pp. 13-27.

ENRIQUE E. SHAW

579

da por la Revolución Francesa y continuado a todo lo largo de los siglos XIX y XX. Pero sufrió también los embates ideológicos a través de los periodos en que se fue desarrollando. Así el énfasis de la ciudadanía liberal estaba puesto en la titularidad y el ejercicio de los derechos individuales en función de la búsqueda del interés propio de cada ciudadano⁴. Luego del proceso revolucionario latinoamericano surgieron diversos intentos por construir nuevas bases sobre las cuales fundar e instituir un orden, las que fueron fracasando por diversos motivos. Se inició entonces la conflictiva historia de la redefinición de soberanías, la constitución de poderes y regímenes políticos nuevos. El ideal liberal, en sus distintas versiones, proveyó buena parte del basamento normativo constitucional para esa construcción. Los gobiernos “independientes” se fundaron sobre el principio de soberanía del pueblo y la república representativa se impuso, a lo largo del tiempo, en la mayoría de los nuevos Estados latinoamericanos⁵. Con ese marco normativo constitucional, inestable y en constante redefinición, pero vigente, se desarrollaron los procesos de conformación de las nuevas comunidades políticas y sus respectivas comunidades culturales, proceso político y social sumamente complejo que a lo largo del siglo XIX desembocó en la construcción de Estados nacionales modernos. Así, el ejercicio del poder político se asentó sobre los principios de la soberanía popular y la representación moderna, principios establecidos en las constituciones y sostenido ideológicamente por la clase dirigente y sustentadas por el credo liberal en sus acepciones tanto del liberalismo republicano y constitucionalista como del positivismo⁶ clásico o del biologismo positivista y del evolucionismo.

Si bien, las prácticas de poder concretas que desarrollaron la propia clase dirigente con suma frecuencia violaron aspectos fundamentales del ideario que estaban en la base de su legitimidad, provocando tensiones y contradicciones en su propio seno. Por lo tanto, entre los derechos definidos por las leyes, las constituciones y las prácticas políticas hubo un abismo real y profundo. A la vez que se consolidaba el Estado se fue inventando la nación, es decir una comunidad política conformada por “ciudadanos”, y creando a la vez y simultáneamente la ciudadanía política. Pero una ciuda-

⁴ SABATO, HILDA. “Introducción”. En: SABATO, HILDA (Coordinadora) *Ciudadanía política y formación de las naciones. Perspectivas históricas de América Latina*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1999. p. 12.

⁵ Idem. pp. 12 y 13.

⁶ Idem. p. 13.

INMIGRACIÓN Y CIUDADANÍA: UN PROBLEMA DEL '900: ESTUDIO COMPARADO ENTRE LA ...

580

danía limitada en lo real, que se transformó en un concepto de ciudadanía ideal más que real, obviamente; pero que presuponía así, al ciudadano ideal, a quien otorgaban derechos políticos y convertían en miembro de una comunidad política nacional.

La República Argentina participó abiertamente en todo este proceso

En ese trayecto entre la nación moderna como proyecto y las naciones concretas

como resultado, ocupó un lugar central el problema de la representación política y la clase dirigente estatuyó que la nación actuaba por medio de sus representantes. El derecho de elegir y ser elegido constituyó el núcleo de los derechos políticos cuya titularidad estaba reservada a los ciudadanos; pero la definición normativa de los alcances y límites de esa ciudadanía fue variable y ésta nunca coincidió con la totalidad de la población.⁷ Es decir no todos podían elegir y ser elegidos, por más que la Ley Fundamental garantizara los derechos políticos, estatuyéndose así una concepción real de una ciudadanía restringida por las prácticas electorales. Fue así, ya que estas prácticas electorales cumplieron un papel central en la construcción de una esfera política que se relacionaba de manera compleja con la esfera social. La clase dirigente en su mayoría veía a la nación como un todo indivisible y entendía las elecciones como el mecanismo para la selección de los mejores, dentro de su propia clase. La paradoja en muchos de los casos fue que parte de la clase dirigente estaba consciente de las contradicciones del sistema político-constitucional, y que el futuro de la República solamente se podía consolidar políticamente si lograba zanjar las restricciones reales de los derechos civiles.

Zeballos fue muy consciente de estas contradicciones del sistema político dominante y a lo largo de la publicación de La Revista no dejó de denunciarlo y de advertir de la necesidad de estructurar un sistema político acorde con los derechos constitucionales. Así culpó a la incapacidad del grupo gobernante de dar una solución al problema, resaltando:

Constituimos una república representativa y no sabemos gobernarla, porque hemos sido mal educados para la vida cívica... Todo el mundo lo ha dicho antes y lo repita [sic] ahora; pero la sociedad y los gobiernos permanecen inactivos y no se deciden a aplicar los remedios lentos, generales y seguros: la reforma fundamental de nuestra vida en el Hogar, en la Escuela y en la Sociedad. Disciplinadas estas tres instituciones en los ideales que la civilización y la forma de gobierno jurada aconseja, la reacción

⁷ Ibidem.

⁸ Idem. p. 21.

ENRIQUE E. SHAW

581

política será espontánea y operará gradual, pero irresistiblemente... La armonía admirable y fructífera entre el poder y la sociedad que caracteriza a la democracia realista del Imperio británico y a la federación republicana del Potomac, se verificaría espontáneamente y naturalmente⁹.

Como observamos los ámbitos a los que Zeballos dio importancia para la formación cívica de los argentinos, obviamente son los lugares donde se produjeron los procesos de socialización¹⁰. Ahora, los modelos políticos a seguir, cívicamente hablando fueron como lo marcaba Zeballos, la Gran Bretaña y los Estados Unidos de Norte América. Pero la educación cívica argentina estaba muy lejos de las prácticas “metropolitanas” lo que fue reiteradamente señalado por el ex canciller.

Varios miembros de la clase dirigente compartían la necesidad de “blanquear” la situación, por lo menos para poder seguir dominando legal y legítimamente. Otros, en cambio, no estaban de acuerdo con ningún tipo de apertura democrática. Así, Gancedo señalaba:

*Otro de los grandes problemas políticos cuya solución requiere una atención preferente, es la de la **nacionalización obligatoria de los extranjeros,***

*descuidada hasta hoy por los partidos, sin causa alguna que los justifique. (...) Los que aportan sus ideas, capitales y aptitudes de diversa índole, incorporándose como factores eficientes á nuestro progreso económico y social; los que forman parte de la sociedad argentina, con hijos argentinos y bienes adquiridos en este país hospitalario, que gozan de los inestimables bienes de la libertad asegurada para todos, deben prestarnos, por mandato de las leyes del país, el contingente fecundo de su acción política, á fin de garantizar los beneficios de esa misma libertad con que la magna carta les ampara. (...) El estado enfermizo de los factores políticos **necesita ser higienizado** con elementos sanos de opinión, como conciencia y como independencia, circunstancias que el extranjero, en las condiciones de los que saben leer y escribir, aparte de otras que lo declaren hábil para ser buen ciudadano; los satisfacen ampliamente...¹¹.*

Como vemos los temas de la ciudadanía y el inmigratorio estaban muy relacionados y fueron muy preocupantes. Una de las misiones fue la **nacionalización** de los inmigrantes, en realidad su cooptación a la vida

⁹ ZEBALLOS, ESTANISLAO S. "La crisis del gobierno y del país". En: *Revista de Derecho, Historia y Letras*. t. 5, 1900. p. 452.

¹⁰ SHAW, ENRIQUE. *Zeballos...* Op. Cit.

¹¹ GANCEDO, A. "Sufragio libre y partidos de principios". En: *Revista de Derecho...* Op. Cit. t. 16, 1903. pp. 539-540. Las negritas son nuestras.

INMIGRACIÓN Y CIUDADANÍA: UN PROBLEMA DEL '900: ESTUDIO COMPARADO ENTRE LA ... 582

política del país. Pero cuando Gancedo analizó los resultados del Censo de 1895 y dedujo la cantidad de extranjeros que había en la Argentina en comparación con los nativos, dijo que:

*... La naturalización del elemento **extranjero consciente** es una poderosa fuerza social que debemos hacer ingresar á nuestro organismo político, **su conquista** debe merecer todo nuestro empeño, para atraer á las filas de nuestro partido la importante población extranjera que representa un capital cuantioso, constituido por 26.701 **propietarios**, en solo esta capital... ¿Queremos hacer obra buena, como partido de principios? Inscribamos también en nuestra bandera la naturalización obligatoria de los extranjeros... En resumen, opino que el Partido Republicano debe hacer esta categórica declaración de principios: luchará por el cambio del régimen tributario y la naturalización obligatoria de los extranjeros; **sostendrá la igualdad relativa como base del impuesto**; la implantación del impuesto á la renta, sin incidencia sobre el consumidor; y el abaratamiento de la vida de las clases proletarias¹².*

Sería interesante saber qué entendía Gancedo por "extranjero consciente"

¿podría referirse a los formados políticamente? Puede ser que sí pero no dejaba dudas que había que "conquistarlo" por lo menos para atraerlo al Partido Republicano. También fue muy ilustrativo el tipo de democracia a la que hacía referencia: ciudadano sólo se podía ser si se tributaba, en oposición a quienes no lo hacían, que no participaban así en la vida política de la República. Como vemos muchos apostaban por un sinceramiento de la forma democrática argentina, pero no significaba una apertura democrática universal, sino parcial¹³.

Si bien Zeballos con la inclusión de este tipo de artículos trató de instaurar un debate sobre el derecho de sufragio,¹⁴ se quejaba porque: "la opinión nacional no aparece apasionada de su derecho de voto, ni ha sido posible usarlo con libertad"¹⁵. La finalidad de sus denuncias sobre las prácticas

electorales fue tratar de purificar el sistema, sin dudas fue un crítico dentro de su propia clase.

El siguiente artículo, de Belín Sarmiento, también estaba relacionado con el tema de los inmigrantes y muestra la preocupación de la clase

¹² Idem. pp. 540-542. Las negritas son nuestras.

¹³ Estos eran los parámetros de la vida democrática de la época. La democracia era entendida de esta forma y la mayoría de los países.

¹⁴ El sufragio era masculino.

¹⁵ ZEBALLOS, ESTANISLAO S. “*Vicios electorales y sociales. Urgencia de reformar el sistema de elecciones*”. En: *Revista de Derecho...* Op. Cit. t. 18, 1904. p. 329.

ENRIQUE E. SHAW

583

dirigente por la falta de participación política de estos, como causa de su no nacionalización; en él hacía referencia a la gran cantidad de italianos que habitaban la Argentina. Los datos habían sido tomados del Censo Nacional de 1895 e ilustra “...ahorraremos cálculos de interés compuesto para determinar la proporción exacta de la sangre italiana que corre por las venas de la Nación Argentina... Si hoy la mitad de la República Argentina tiene un cuarto de siglo, serán las otras razas la minoría y la descendencia italiana la gran mayoría”¹⁶. El título del artículo era sugestivo; pero además señalaba: “Si una parte considerable de este país es italiano, si en la próxima generación ha de predominar la **raza italiana**, es absurdo, es criminal, es anti italiano, que los italianos establecidos **se desinteresen de la política** de la cual depende el bienestar de esta República”¹⁷. Es interesante ver como se requería la participación de éstos en la política por medio de la nacionalización, para hacerlo posible Belin Sarmiento fustigaba en su discurso aquellos italianos que se denominaban a sí mismos como extranjeros, porque haciéndolo así, no hacían otra cosa que desestabilizar las instituciones¹⁸. La finalidad era: lograr la nacionalización de los inmigrantes italianos e incorporarlos al juego político local; aunque con la nacionalización venía la sujeción total a las leyes nacionales y por lo tanto a un control social más eficaz. Lo destacable es la concepción que tenía del sistema de representación y la idea paternalista y machista de la política. Si relacionamos esta situación con el tema de la educación podemos sostener que las prácticas electorales fueron restringidas para la gran masa de la población con capacidad de ejercer su derecho a voto, y esta situación tuvo su correlato con el tipo de educación limitada que la clase dirigente aspiraba a que tuviera la masa poblacional.

La temática inmigratoria y de extranjería comenzó a tratarse en La Revista a partir del principio del año 1903, hecho contemporáneo a la promulgación de la llamada Ley de Residencia. En determinados artículos se notaba la preocupación por encontrar un modo de limitar el ingreso de inmigrantes “no deseados”. El modo de hacerlo fue analizando la forma que otros países encontraron para restringir el ingreso de inmigrantes a su territorio.

Vemos así que el artículo reproducido en 1903 en La Revista, firma-

¹⁶ BELIN SARMIENTO, AUGUSTO. “*Los argentinos extranjeros. Conferencia en el ‘Circolo’ Italiano*”. En: *Revista de Derecho...* Op. Cit. t. 1, 1898. p. 323.

¹⁷ Idem. p. 324. Las negritas son nuestras.

¹⁸ Ibidem.

INMIGRACIÓN Y CIUDADANÍA: UN PROBLEMA DEL ‘900: ESTUDIO COMPARADO ENTRE LA ...

584

do por Félix Decori y publicado originalmente en el “Journal du Droit

International Privé” analizaba el formulario de inmigración estadounidense y posteriormente comentaba las anécdotas sobre los inmigrantes arribados a la ciudad de New York y sus peripecias para poder ingresar al país. La parte más sustancial es la que comenta cuáles eran los inmigrantes a los cuales no se les permitía el ingreso por no reunir las condiciones exigidas: las prostitutas, los indigentes, mutilados y delincuentes. Estos últimos abarcaban una gran gama no muy definida jurídicamente¹⁹.

Además de señalar el ejemplo de los Estados Unidos de Norteamérica, también se comentaban las regulaciones de otros países como el caso de Australia, sobre todo las nuevas leyes australianas sobre inmigración que restringían la entrada de inmigrantes.

Zeballos advertía a través de su Revista que mientras “Otros” Estados regulaban la emigración y la inmigración el gobierno Argentino actuaba pasivamente según lo que otros Estados habían regulado “per se”.

Un importante miembro de la clase dirigente como Francisco Rodríguez del Busto opinaba que el gran problema de la Argentina era en ese momento la inmigración; pero que el país había carecido de una política migratoria y opinaba de ella: “La inmigración es la fuerza productora, elemento de civilidad, de paz, de enseñanza, de desarrollo comercial, de hábitos de trabajo...”²⁰. Realizaba en el artículo una serie de propuestas para favorecer la inmigración y su radicación, también incluía la nacionalización obligatoria del extranjero como propietario y que supiera leer y escribir, tuviera oficio o trabajo y residencia de tres años en el país²¹. Es importante el realce que se le daba a la nacionalización de los inmigrantes y las características pecuniarias exigidas para radicarse en el país.

Paralelamente La Revista también publicaba y destacaba aquellos iniciativas que tendieron a atraer a inmigrantes para desarrollar tareas en el ámbito rural y que impulsaran la colonización de zonas carentes de población. Así Zeballos comentaba la iniciativa de dos italianos: un abogado y un ingeniero agrónomo, Luigi Roffeni-Tiraferrí y Antonio Tansani que representaban a una empresa de Bologna que se propuso reunir y emplear capitales en la República Argentina promoviendo la emigración de familias

¹⁹ DECORI, FÉLIX. “Formalidades impuestas al extranjero para la entrada a los Estados Unidos”. En: *Revista de Derecho...* Op. Cit. t. 16, 1903. pp. 298-301.

²⁰ RODRÍGUEZ DEL BUSTO, FRANCISCO. “El problema de la inmigración”. En: *Revista de Derecho...* Op. Cit. t. 16, 1903. p. 544.

²¹ Idem. p.1 560.

ENRIQUE E. SHAW
585

de agricultores y la colonización de áreas considerables.

Con el auge de la inmigración italiana, el número de inmigrantes de otras nacionalidades, en comparación, parecía menor, pero también la merma objetiva de la inmigración de algún país en particular pudo deberse a la disminución o ausencia de factores de expulsión de la población.

En el tomo 24²² -en 1906- en forma de nota se describe cual era la situación de Estados Unidos de Norteamérica en el cumplimiento del derecho y en especial de los inmigrantes y su adaptación plena a la vida norteamericana. Compara la situación con la de Argentina:

*... los 13 primitivos [estados] de apenas tres millones de habitantes, y formado una nación de 80 millones, homogénea, compacta y con un gran espíritu nacional. Nosotros en tanto, en un siglo de vida independiente, todavía estamos en el comienzo de la evolución, **sin haber acertado aún***

*con el medio de fundir en el crisol de nuestra nacionalidad los elementos étnicos extraños á ella, dispersos en la inmensa extensión de nuestro territorio. Aquí, sólo ahora se piensa en poner trabas á la naturalización y en dificultar la entrada de aliens mientras que entre nosotros las trabas se han dado desde ab initio y siguen dándose no obstante las iniciativas legislativas, la propaganda y los trabajos de los que, como Vd., sienten y valoran toda la importancia del magno problema*²³.

Los artículos comentados señalaban tanto la importancia de la inmigración para el país como la necesidad de una forma jurídica de selección de los inmigrantes; pero también remarcaban lo que los demás países estaban haciendo sobre el tema y por contraposición lo que la Argentina no hacía. La nacionalización, ciudadanía, inmigración y educación, también fueron trabajados y analizados por miembros de la clase dirigente del interior del país y, particularmente de uno de los centros académicos más prestigiosos de la República como la Universidad Nacional de Córdoba. La problemática se planteó todo a lo largo de los diez primeros años del siglo XX, creemos que no fue un hecho causal, ya que para el año 1902 se había aprobado la llamada “Ley de Residencia” donde se ponía “coto” a la presencia de inmigrantes en el territorio nacional.

Santiago Rius coincidía con la opinión de la elite en el tema de que la

²² Se publica un artículo en forma de nota y el editor de La Revista no da el nombre del autor; pero destacando que será en el futuro un colaborador.

²³ ZEBALLOS, ESTANISLAO S. “*Analecta. Estados Unidos y la República Argentina*”.

En: *Revista de Derecho...* Op. Cit. t. 24, 1906. p. 109. Las negritas son nuestras.

INMIGRACIÓN Y CIUDADANÍA: UN PROBLEMA DEL '900: ESTUDIO COMPARADO ENTRE LA ...
586

inmigración sería un factor de progreso y riqueza pública, como movilizador del desarrollo económico²⁴. Rius reclama a los gobernantes una mejor legislación sobre la materia, para que el inmigrante se radique definitivamente en el suelo argentino, ya que la que así procede contribuye al bienestar general del país²⁵. Esto lograría si el inmigrante, encontrara un país en el cual el acceso a la justicia fuera un poco más accesible para él, también, si la misma fuera más “pronta, barata e idónea”,²⁶ para ello sostiene Rius, la inmigración debe ser abordada como una política de Estado, como política pública de primera necesidad para el desarrollo de la Argentina. Para ello el Estado deberá garantizar los derechos civiles a los inmigrantes, pero retenerle gozo de los derechos políticos hasta que se haya desaparecido toda diferencia entre el nativo y el inmigrante. También Rius se queja de la falta de naturalizados entre esta población y requiere que el Estado instrumente los medios necesarios para ello. Es partidario, al contrario de los otros que analizaremos más adelante, de los derechos políticos, como dijimos anteriormente, pero sí acepta que una vez producida su “asimilación” ellos puedan acceder a los derechos que otorga la plena ciudadanía, y así participar de la vida política del país²⁷. Vemos que a este autor, no le preocupa tanto esta participación, como a otros que tratarán de diversos modos de influir para marcar la diferencia entre nacionalización, naturalización y el goce de los derechos políticos por parte de estos “Otros” no miembros de la clase dirigente ni pertenecientes a los “miembros originales” de la nación.

Como mencionamos anteriormente, también en el interior del país preocupaba esta equiparación, que según algunos, existía entre nativos y extranjeros, sobre todo en lo referente a los derechos políticos, ya que de

los civiles, no les preocupaba en demasía.

La tesis de José Berrotarán, del año 1909, es muy particular y muy grave por las posturas que asume y por lo que afirma en ella.

Sostiene la necesidad de limitaciones al ingreso de extranjeros y, sobre todo, leyes que posibiliten la expulsión de los mismos, y que estas no serían anticonstitucionales, apoya la Ley de Residencia y cuestiona al Estado por no haber logrado atraer a los extranjeros de una forma eficiente, por

²⁴ RIUS, SANTIAGO F. *Inmigración*. Tesis para optar al grado de doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Imprenta La Italia. Córdoba, 1908. pp. 15-21.

²⁵ Idem. p. 36 y 37.

²⁶ Idem. p. 40.

ENRIQUE E. SHAW

587

más que les haya garantizado los derechos civiles. En esta cuestión, Berrotarán sostiene que la Constitución Nacional no marcaba diferencias entre el nacional y el extranjero²⁸ esta situación no generó deberes políticos de los extranjeros con la patria²⁹. Marca, asimismo, la diferenciación entre ciudadano natural (nacido) y ciudadano nacional (optado)³⁰. Aclara lo que entiende por nacional y por ciudadano. El primero, según él y citando a la Constitución Nacional, es todo individuo, nacido en el suelo argentino; en cambio el ciudadano, es todo individuo que tiene capacidad electoral, es el elector por lo tanto, sostiene que “el ciudadano es el que tiene derechos políticos y civiles, y el nacional tiene únicamente derechos civiles”³¹. Esta categorización la utiliza para poder sostener la necesidad que el Estado restrinja normativamente el ingreso de extranjeros e instrumente los mecanismos legales para la expulsión de la “inmigración mala”. Ésta para Berrotarán, es aquella que “compromete la estabilidad social³². La que llega al país con una clara formación política e ideológica.

Esta preocupación no sólo es de Berrotarán, sino de toda la clase dirigente, donde la presencia de una masa tan grande de inmigrantes, con formación política, y de conciencia de clase en su gran mayoría, podría poner en peligro el sistema de dominación diseñado por la propia elite.

A modo de ejemplo citamos el siguiente párrafo:

Hemos sentido ya ciertos síntomas perturbadores que nos hacen pensar en la necesidad de seleccionar, depurar la masa armónica que trae en su seno verdaderos factores de engrandecimiento y de trabajo, pero que oculta también en sus entrañas elementos perturbadores, agitadores y anarquistas que pueden trasplantar al suelo nuevo de la América los gérmenes del socialismo que viven aplastados sobre los territorios de la vieja Europa” ³³.

Si bien Berrotarán trata el tema de restricciones legales a determinados grupos inmigratorios formados ideológicamente, estas restricciones no terminan allí. En consonancia con el movimiento nacionalista de 1904, pos-

²⁷ Idem. pp. 50-58.

²⁸ BERROTARÁN, JOSÉ M. *Restricción a los extranjeros*. Tesis para optar al grado de doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Imprenta La Industrial. Córdoba, 1909. p. 20-24. Observamos que Berrotarán emplea el término extranjeros muchas de las veces en forma despectiva.

²⁹ Idem. p. 20.

³⁰ Idem. pp. 25-30

³¹ Idem. p. 28

³² Idem. p. 43.

³³ Idem. p. 40. Las negritas son nuestras.

tula una restricción racista de la inmigración al sostener en las páginas finales de su tesis que había que impedir la llegada de determinados grupos étnicos. Tenemos que aclarar, que estas diferencias no tienen su correlato en La Revista; los artículos -en su mayoría- son de un nacionalismo mucho más atenuado de lo que comentaremos a continuación.

Como dijimos, Berrotarán concluye su trabajo diciendo:

El proyecto de ley, de restricciones á la inmigración, nada dice de la inmigración judía, que debiera ser expulsada y no permitirle la entrada en el suelo argentino, porque no se aviene con el carácter nuestro, como no se avienen con las repugnancias que la rodean en el mundo entero. (...)

Esas prevenciones, como nadie lo ignora, obedece á causas que han obrado lo mismo en los siglos pasados que en los actuales. La raza judía, por más que se radique en una nación, no se funde en ella ...el judío ha resultado y resulta siempre judío, como lo hace miles de años y como según parece lo será siempre. (...) El régimen que allí³⁴ reina es una negra sombra en la historia del desarrollo de nuestra patria. (...) I (sic) hay documentos oficiales que señalan como un grave peligro para la nacionalidad y para la civilización esa colonización que suprime de hecho las garantías más esenciales á la vida signa del ciudadano libre, y que no rinde tampoco las ventajas para el progreso general que el trabajo de los hombres de otros hábitos y otra raza. (...) El judaísmo real lo tiene el país delante de los ojos. Lo tiene en su seno los pueblos de la provincia de Entre Ríos. Lo tiene en la Capital aunque en menor escala. (...) En esta colonia, según los informe oficiales, hay distinto lenguaje, distintas costumbres, distinta religión; lenguaje, costumbre y religión que no es ni puede ser la nacional, pues á los niños de esa colonia no se le enseña ni á hablar en castellano, no se le acostumbra á amar á la patria, que es lo que debemos pretender si queremos formar una nacionalidad nueva, abierta á todos los sentimientos nuestros; y ni siquiera los que habitan estas colonias creen en el mismo culto, en la misma religión³⁵.

Unos párrafos más adelante comenta sobre otros pueblos:

Hay otra clase de inmigración que tampoco figura en el proyecto que estudiamos y es la gitana, una de las peores que existe, pues no hace progresar en nada al país, son por el contrario los que lo hacen retardar en la marcha ascendente que deben seguir. (...) Estos individuos son

³⁴ Se refiere a las colonias judías en Entre Ríos.

³⁵ BERROTARÁN, JOSÉ M. *Restricción...* Op. Cit. pp. 57-59. Las negritas son nuestras.

ENRIQUE E. SHAW

589

polígamos, cada uno de ellos tiene tres ó cuatro mujeres, y los hijos de tales madres se convierten luego en esposos, si están en estado de concebir, como se vé hay un relajamiento moral tal que nos hace recordar la época de l Bajo imperio.(...) En casi todas las naciones del mundo, no se les admite, sólo aquí en este país nuevo se les dá libertad para que permanezcan en él.(...). Las razas Asiria y Turca, también no están comprendidas en esta ley, lo que es, á mi modo de ver un grave error³⁶.

Ciertamente, al leer estos párrafos de esta tesis de doctorado, quedamos perplejos, por varios motivos. La tesis es una justificación para la implementación de normas que permitan la selección de la inmigración, selección, del tipo ideológica y racial. Cuando Berrotarán habla de una

inmigración buena y otra mala, los que conforman esta última, son justamente los que él cataloga como “subversivos”³⁷ por su formación políticaideológica o como la “hez de las sociedades europeas”³⁸ cuando se refiere a la conformación étnica de los inmigrantes. Este autor muestra otro pensamiento totalmente contrario a aquellos “padres de la patria” que habían diseñado un país abierto a todos los hombres del mundo. Asimismo demuestra la preocupación que ciertos sectores de la clase dirigente tenían con la no incorporación de determinados grupos de inmigrantes, al conjunto de la sociedad. Pero lo más grave fue que estas ideas fueran expresadas en un ámbito académico como la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, y que fuera aprobada y recomendada su publicación. Que su padrino de tesis fuera Nicolás M. Berrotarán, Profesor Titular de Derecho Civil del cuarto año de la carrera. Que la mesa examinadora de la tesis estuviera conformada por el presidente de la misma Dr. Antenor de la Vega –Profesor Suplente de Procedimientos Penales-, los Vocales: Tristán Avellaneda –Profesor Suplente de Derecho Comercial en 1909-; Tomás Miguel Argañarás –Profesor Titular de Historia del Derecho; Blas D. Ordóñez –Profesor Suplente de Derecho Romano-; y Sofanor Novillo Corvalán –Profesor Suplente de Derecho Civil de tercer año-. Como Replicantes: el Dr. Benjamín Otero Capdevila –Profesor Titular de Derecho Civil de segundo curso-, el Dr. Horacio Martínez –Profesor Suplente de Sociología en año 1914- y los señores Luis Garzón Funes y Lucas A. de Olmos. Haber aprobado una tesis con estas características nos lleva a pensar que los mismos estaban de acuerdo con las afirmaciones que en la mis-

³⁶ Idem. pp. 59-60. Las negritas son nuestras.

³⁷ Idem. p. 50.

³⁸ Idem. p. 44.

INMIGRACIÓN Y CIUDADANÍA: UN PROBLEMA DEL '900: ESTUDIO COMPARADO ENTRE LA ...
590

ma se establecían. Estos hechos, no hacen otra cosa que corroborar la necesidad urgente, que tenía la Casa de Trejo de que se produjeran cambios sustanciales, por lo tanto, no fue extraño que años más tarde esto se manifestara en la Reforma del '18.

Otra tesis, presentada por José R. Uriona, también hace una referencia a los inmigrantes y tangencialmente a los judíos pero en el aspecto de que conservan sus costumbres y lengua y su lenta asimilación, pero en ningún momento empleó los adjetivos utilizados por Berrotarán³⁹. El trabajo de Uriona se centró sobre el origen de nuestro nacionalismo entendido como el movimiento de la conformación e invención de la nación.

La tesis de Dalmiro J. Basaldúa,⁴⁰ (la más seria de las tesis consultadas en nuestra opinión) también se centra en la problemática de los extranjeros y los derechos políticos de los nativos y de los inmigrantes. Considera junto con Rius y con Berrotarán la necesidad de acotar los derechos políticos a los extranjeros, piensa que éstos derechos son sólo para los nacionales y centra la problemática en el modo de la adquisición de estos derechos.

La cuestión de la nacionalidad puede elegirse o puede ser impuesta por el Estado. Sostiene la diferencia entre la ciudadanía y la nacionalidad y por lo tanto el derecho del sufragio debe ir atado al derecho del ciudadano, pero no todos pueden serlo ya que considera que se debe tener: capacidad, independencia económica, interés por el país, y el inmigrante no siempre reúne estas características, por lo tanto la naturalización debe ser libre y voluntaria y reconocer, al extranjero naturalizado sus derechos civiles, pero sólo

algunos de los derechos políticos porque el sufragio universal es imposible en un país con tanta presencia inmigratoria⁴¹.

A modo de conclusión podemos decir que la problemática de la inmigración estaba íntimamente atada a la ciudadanía en el sentido del ejercicio de los derechos políticos y lo que este hecho acarrearía a la clase dirigente, la cual tenía el monopolio del poder público y no estaba dispuesta a ceder poder y menos a compartirlo. Por ello es entendible que se justificara en diversos ámbitos institucionales y académicos el dictado de normas poco

³⁹ URIONA, JOSÉ R. *Nuestro nacionalismo*. Tesis para optar al grado de doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Imprenta La Industrial. Córdoba, 1913. p 56..

⁴⁰ BASALDÚA, DALMIRO J. “*Los extranjeros y los derechos políticos*”. Tesis para optar al grado de doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Imprenta La Industrial. Córdoba, 1914.

⁴¹ Idem. pp. 33-70.

ENRIQUE E. SHAW

591

“democráticas” pero consustanciales con el manejo y conservación que, de la política se hacía en esos tiempos.

Todos los autores concuerdan, aún las tesis doctorales cordobesas consultadas, que el problema de la asimilación de los inmigrantes sólo se podría lograr a través de la educación; pero entendida ésta como instrucción en el sentido alberdiano y no sarmientino. También concuerdan en el monopolio estatal de la misma y en su obligatoriedad para todos los habitantes de la República. Las diferencias en este tema, encontramos en las temáticas que abordan la problemática de la inmigración y la atan, tal el caso de Puebla y Uriona, a la religión, lo que lleva en muchos de sus planteos a contradicciones en el sentido de favorecer la inmigración a nuestro país, pero muestran una falta de tolerancia hacia inmigrantes de otros credos religiosos a pesar de alabar los principios constitucionales de 1853. La mayoría estaba de acuerdo que la inmigración tenía la tarea de modernizar el país, pero modernizarlo desde el trabajo agrícola, lo rural era su ámbito no lo urbano.

Todas las Tesis mencionan como fuente bibliográfica las obras de Estanislao S. Zeballos, demostrando que era un referente de peso, también en el interior del país, en los temas de política internacional y de derecho. Coincidiendo con lo que dijimos en las conclusiones de nuestra tesis, ⁴² con respecto al modelo de democracia restringida que se implementaba y la necesidad de abrir el juego para concretarla con libertades reales en lo civil y en lo político, cabría preguntarnos, después de lo comentado, si realmente la apertura que a veces propugnaban Zeballos y La Revista fue real, si triunfaron las propuestas que desde Córdoba ya se insinuaban, en la construcción de los derechos políticos. Ambas pueden ser respuestas correctas, máxime si analizamos que aún en la Revista y en el propio Zeballos habían contradicciones entre lo deseable y lo dable.

Bibliografía

BASALDÚA, DALMIRO J. *Los extranjeros y los derechos políticos*. Tesis para optar al grado de doctor en Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Imprenta La Industrial. Córdoba, 1914.

BERROTARAN, JOSÉ M. *Restricción a los extranjeros*. Tesis para optar al grado de doctor en Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Imprenta La Industrial. Córdoba, 1909.

INMIGRACIÓN Y CIUDADANÍA: UN PROBLEMA DEL '900: ESTUDIO COMPARADO ENTRE LA ...

⁴² SHAW, ENRIQUE. *Zeballos...* Op. Cit. pp. 137-142.

592

ESCUDE, CARLOS. El fracaso del proyecto argentino. Educación e ideología. Ed. Tesis. Buenos Aires, 1990..

GURRUTXAGA, ANDER. "Polisemia y paradojas del nacionalismo". En: *Revista de Estudios Políticos*. n. 95, enero-marzo. Madrid, 1997.

HOBBSBAMM, ERIC J. *Naciones y nacionalismos desde 1780*. Ed. Crítica. Barcelona, 1991.

OSZLAK, OSCAR. *La formación del Estado Argentino*. Ed. Belgrano. Buenos Aires, 1990.

PUEBLA, CARLOS M. *Educación y democracia*. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. UNC. Imprenta La Minerva. Córdoba, 1909.

ROMERO, JOSÉ LUIS. *El pensamiento político latinoamericano*. A-Z Editora. Buenos Aires, 1998.

- El desarrollo de las ideas en la sociedad Argentina del siglo XX. A-Z Editora. Buenos Aires, 1998.

RIUS, SANTIAGO F. *Inmigración*. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Imprenta La Italia. Córdoba, 1908.

SABATO, HILDA. (coordinadora) *Ciudadanía política y formación de naciones*. Fondo de Cultura Económica. México, 1999.

SHAW, ENRIQUE. E. *Zeballos y la imaginación de Argentina, 1898-1906*. Maestría en Relaciones Internacionales. Colección Tesis de Maestría en Relaciones Internacionales. n. 1. Ed. Centro de Estudios Avanzados. Universidad Nacional de Córdoba. Córdoba, 2003.

URIONA, JOSÉ R. *Nuestro nacionalismo*. Tesis para optar al grado de doctor en Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Imprenta La Industrial. Córdoba, 1913.

ZEBALLOS, ESTANISLAO S. *La nationalite. Au point de vue de la legislation comparee et du droit privé human*. Ed. Librairie de la Societé du Recueil Sirey. París, 1914. t. 1.

Fuentes y repositorios:

-*Revista de Derecho, Historia y Letras*. Años 1898 a 1914. (Hemeroteca de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y hemeroteca del ex Instituto de Estudios Americanistas, biblioteca de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Nacional de Córdoba).

-*Compendio de Legislación Argentina 1898/1906*. (Biblioteca de la Legislatura de la Provincia de Córdoba y Hemeroteca de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba)

ENRIQUE E. SHAW

593

JOAQUÍN V. GONZÁLEZ EN EL COLEGIO DE MONSERRAT * por Félix A. Torres**

Resumen: El artículo reconstruye dos etapas importantes en la vida de Joaquín V. González. Sus primeras letras en La Rioja y su paso por el Colegio Nacional de Monserrat. El plan de estudios, el sistema de calificaciones de la época, su relación con los profesores y finalmente la poderosa influencia que el colegio ejerció sobre la trayectoria intelectual de González, son analizados a la luz de documentación inédita.

Palabras claves: Joaquín V. González – La Rioja – Historia Argentina – Biografía – Universidad de Córdoba – Colegio Monserrat – Siglo XIX – Educación.

* El presente artículo forma parte del trabajo de investigación *Joaquín V. González, su formación intelectual en 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 Sársfield en la Universidad y su correspondencia en Córdoba (1997) editado por la U.N.C.; *San Martín y Córdoba. Las cartas desconocidas del Libertador 1814-1822* (2000) declarado de interés educativo por el Ministerio de Educación de Córdoba; *Manuel Antonio de Castro y la primera reforma universitaria en Córdoba. 1818* (2003). 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.

594

Pocas veces nos es dado reconstruir a través de la obra intelectual de una figura histórica, sus vivencias literarias, sus afinidades espirituales, sus recuerdos estudiantiles, como en el caso de Joaquín V. González. Esparcidos a lo largo de su fecunda y extensa labor escrita como publicista, historiador, poeta, educador y funcionario público, se encuentran huellas, recuerdos de su etapa escolar, anécdotas que nos permiten armar una semblanza aproximada de su niñez y adolescencia. Ese tramo tan importante en la vida de los humanos en el que “las lecturas de la niñez marcan infaliblemente el carácter de los hombres”, como él mismo lo definió en una carta de 1890 remitida al diario “La Prensa”. En esa misiva aconsejaba asimismo, leer a los antiguos porque “ellos consuelan los desfallecimientos del espíritu en las horas de prueba y fortalecen las voluntades fatigadas de luchar en vano...”¹.

Seguramente que al escribir esa frase tan certera acudían a su memoria momentos de la niñez en La Rioja, más precisamente en el valle de Huaco, cuando al lado de su hermana mayor ²—de apenas 12 años— aprendía las primeras letras, empequeñecida su imagen y sus ojos azorados ante la majestuosidad de las montañas que amurallaban la escena. Esa formación escolar iniciada en la casa paterna continuó luego en la escuela de Chilecito; en donde la temprana enseñanza del hogar y la precocidad de las lecturas realizadas en ese ámbito, pronto lo hicieron destacarse entre sus compañeros de aula.³

En este como en otros ejemplos, el contexto familiar⁴ fue el disparador, podríamos decir, que posibilitó dar cauce al talento natural, que años más tarde logró plasmarse a través de su actividad intelectual. Un hecho ocurrido durante la niñez de González, aporta a lo que acabamos de afirmar. Se trata de la organización de una biblioteca pública en la casa paterna, cuando apenas tenía 11 años de edad y con libros recogidos en distintos

¹ Citado en el artículo de EDUARDO PETTORUTI “*Biografía. Síntesis cronológica de la vida y la obra de Joaquín V. González*”, en *Revista de la Universidad*. Publicación de la Universidad Nacional de La Plata, N° 17, enero-diciembre 1963, pág. 177 y ss.

² JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Mis Montañas*, Buenos Aires, Edit. Tor, 1946, pág. 59.

³ *Grandes protagonistas de la Historia Argentina. Joaquín V. González*, colección dirigida por FÉLIX LUNA, varios autores. Buenos Aires, Edit. Planeta, 1999, pág. 28.

⁴ JOAQUÍN V. GONZÁLEZ nació el 6 de marzo de 1863 en Nonogasta, localidad ubicada en el departamento de Chilecito, La Rioja. Sus padres fueron don Joaquín González y doña Zoraida Dávila, “ambos descendientes de bisabuelos riojanos y miembros de la reducida elite provincial”. El bisabuelo materno Nicolás Dávila fue gobernador de La Rioja entre 1821 y 1823, año en que fue depuesto por Facundo Quiroga.

FÉLIX A. TORRES

595

rincones de la finca. Allí estaban listos para su exposición, autores y títulos tales como “Chateaubriand, Calderón de la Barca, Alejandro Dumas, José Zorrilla, Fígaro, Lord Chersterfield, *Año Cristiano, El correo de Ultramar, El museo de las Familias...*” entre otros viejos mamotretos. Sus compañeros de escuela aunque conocían la existencia de la biblioteca, no acudieron

a visitarla salvo “uno o dos que llevaron libros” el resto la ignoró completamente. Sin embargo, esto sirvió de acicate al joven bibliotecario para comenzar una sistemática y metódica lectura de la totalidad de los textos guardados allí. Él mismo lo relata en el artículo citado: “Iba apoderándose de mí una sed como la que consume a los bebedores de alcohol, por devorarme todos los libros, por develar todos los misterios ocultos dentro de esas tapas mohosas y húmedas, y por no contraer mi sensibilidad a otra cosa si no era el mundo ideal o fantástico de mis lecturas”⁶.

Ya estaban, pues, tendidas las líneas de su destino, señalados los caminos de su futura actividad en el ámbito de la creatividad del intelecto y del aporte fundamental para nuestra cultura nacional. La primera etapa de ese largo camino fue, como no podía ser de otro modo, la poesía. Género literario insoslayable en aquellos espíritus tocados por una especial sensibilidad estética. Y González era uno de ellos. Así lo confesó muchos años después –en 1918– en el cenit de su vida creativa cuando afirmó: “Mi primera vocación infantil fue la poesía, y sigue siendo mi pasión... infantil. Me pasé muchos días vagando solo entre las viñas paternas de Nonogasta y Chilecito, recibiendo revelaciones de la naturaleza, algunas de las cuales sólo ahora voy comenzando a comprender”⁷.

Los versos iniciales, resultado de esas sugerencias telúricas, fueron escritos a los ocho años y tuvieron como destinataria a una prima de su misma edad. Después vendrían las lecturas de su “primera juventud” que según González fue “muy larga porque empezó muy temprano”, leyendo a Chateaubriand como así también los autores españoles del Siglo de Oro. Con el paso de los años, las experiencias escolares en Chilecito, llegarían a su término. El tiempo de la partida a Córdoba para comenzar los estudios secundarios, en el colegio de Monserrat, estaba previsto en el mes de marzo

⁵ JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, “*Mi primera biblioteca. Escrito para un libro patriótico*”, en *Obras Completas*, en adelante O. C., T. XVIII, Buenos Aires, 1936, pág. 51.

⁶ *Ibidem*, pág. 54-55.

⁷ JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, O. C., T. XXIII, “*Impresiones y confidencias*”, entrevista realizada en abril de 1918 por CLAUDIO ARENA, pág. 151 y ss.

⁸ *Ibidem*, pág. 153.

JOAQUÍN V. GONZÁLEZ EN EL COLEGIO DE MONSERRAT

596

de 1875. El joven Joaquín Víctor González lo vivió como “una separación eterna”, era la conclusión de la etapa más feliz de su vida y el comienzo de un tiempo desconocido, por lo tanto incierto, lejos del calor familiar. Años más tarde, definió a ese momento como un “vacío indefinible que empieza desde la separación del hogar, desde que se entra en la adolescencia, desde que se comienza a ver la vida, a sentir sus realidades y a profundizar sus inmensurables abismos”⁹.

La proximidad del alejamiento fue más triste aún, porque se enteró en forma casual –a través de una conversación con el capataz– de que su progenitor padecía una enfermedad incurable. Allí comprendió el porque de sus “silencios tan prolongados y porque se esforzaba para reír y darnos bromas, mostrando un buen humor excesivo y extemporáneo”¹⁰. Pronto supo que aquella cacería en las montañas que su padre había preparado ese verano, para todos los varones de la familia, sería el comienzo de un largo adiós¹¹.

II

Cuenta Joaquín V. González que su viaje a Córdoba para ingresar en

el Colegio de Monserrat, lo hizo en una mula riojana “a través de valles, llanuras y serranías, entonces desiertas y temerosas por toda suerte de peligros”

12. Allá en su casa quedó la madre “llorando sin gemidos” al ver marchar a este niño de apenas once años, en busca de su destino¹³. La partida debió ser pocos días antes de su cumpleaños –el seis de marzo- porque en abril de 1875, ya estaba inscripto en el internado del antiguo colegio¹⁴.

Según González dos hombres de la institución lo impresionaron muy especialmente a su arribo, el rector clérigo Emiliano Cabanillas quien lo recibió “con cariños de padre”, y el profesor de inglés don Jorge Poulson¹⁵. Ambos influyeron considerablemente en su vida. En particular este último por cuanto

⁹ JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Mis Montañas*, pág. 216.

¹⁰ *Ibidem*, pág. 196.

¹¹ *Ibidem*, pág. 195 y ss.

¹² JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, O. C., T. XXIII, pág. 118.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ JORGE A. NUÑEZ, *Tres alumnos de Monserrat...*, Córdoba, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, 1938, pág. 15: “existe una anotación en la que consta que Joaquín González –sin la V. de su segundo nombre- abonó el trimestre vencido el 27 de julio de 1875. El alumno debió ingresar a fines de abril, posiblemente el 27”.

¹⁵ JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, O. C., T. XXIII, pág. 118.

FÉLIX A. TORRES

597

logró a través de sus enseñanzas, que el idioma de Byron interesara especialmente a González, y que el autor de *Mis Montañas* dominó durante toda su vida. Una anécdota ocurrida en 1879 cuando González cursaba el tercer año de inglés, es ilustrativa al respecto. El profesor Poulson solicitó a sus alumnos la traducción del poema de Tomás Moore “La última rosa del verano”, aclarando especialmente que si alguno de ellos se animaba a realizarlo en verso, sería “un gusto muy grande” para él.

El joven riojano –no tenía aún 16 años- se abocó a la difícil tarea de traducirlo no en prosa sino en verso, para dar una satisfacción a su profesor que era nativo de Inglaterra. Dos noches enteras en vela dedicó a esa labor, hasta que finalmente logró su propósito. El objetivo último era rendirle a su profesor “un homenaje sincero e inocente, sin adulación ni bajeza”¹⁶. Esperó entonces a la próxima clase para darlo a conocer, junto con el resto de los trabajos de sus compañeros de aula. Cuando llegó su turno el profesor Poulson leyó el papel con la traducción, y con los ojos abiertos totalmente por la sorpresa de verla en verso, no pudo ocultar su enorme alegría al concluir la lectura. Luego leyó el poema en voz alta a toda la clase, sin poder evitar la emoción que lo embargaba. Ante el silencio de los alumnos afirmó que era una “acción digna de aplauso, porque ha hecho por su propia iniciativa algo más que su obligación; y esto merece ser señalado como un ejemplo para sus compañeros”¹⁷. Fue entonces cuando uno de los colegiales preguntó si realmente la traducción habría sido hecha por González, poniendo en tela de juicio la honestidad del trabajo. La respuesta del profesor fue instantánea, dando un fuerte puñetazo sobre la cátedra y fulminándolo con la mirada le gritó a boca de jarro: “Miserable envidioso. Tu no eres digno de sentarte entre mis condiscípulos. Sal de mi presencia y no vuelvas más a esta clase...”¹⁸. Cabe añadir que el causante del problema quedó muy afectado por la situación creada en la clase de inglés, a raíz de lo cual enfermó complicándose su estado de salud por una enfermedad neurológica hereditaria que le hizo perder la razón. Tiempo después falleció en una institución para enfermos mentales¹⁹.

El incidente dejó una impronta indeleble en el joven González. A tal punto que cuarenta y dos años después, al momento de escribir el artículo donde lo narra, sus recuerdos se estremecían de dolor al evocar la escena

¹⁶ Ibidem, pág. 121.

¹⁷ Ibidem, pág. 123.

¹⁸ Ibidem, pág. 124.

¹⁹ Ibidem, pág. 126.

JOAQUÍN V. GONZÁLEZ EN EL COLEGIO DE MONSERRAT

598

que sobrevino a ese simple intento de cumplir una tarea áulica, que él solamente quiso realizar con la mayor dedicación posible²⁰.

III

Al momento de ingresar González al Colegio de Monserrat, el plan de estudios vigente databa de febrero de 1874 y vino a subsanar cierto déficit en cuanto a la enseñanza del área de instrucción científica, establecido por el anterior aprobado en 1870. En efecto, en el plan antiguo la materia Matemática y sus aplicaciones incluía 26 horas semanales, en cambio en el plan nuevo se aumentó a 30; el rubro Ciencias Naturales disponía de 15 horas y pasó a 18 horas²¹. La reforma, además, dividió el año lectivo en dos períodos o términos, con exámenes al final de cada curso “para exigir una labor constante al alumno desde la iniciación de las clases”²². Estos cambios en la carga horaria de los colegios secundarios, obedecían a un proyecto educativo nacional impregnado por la filosofía positivista vigente por entonces en Europa, y adoptada aquí –con algunos matices- por las presidencias de Mitre, Sarmiento y Avellaneda. Posteriormente los hombres de la generación del 80, entre ellos González, profundizarían este perfil pedagógico. Volviendo al plan de estudios de 1874, éste indicaba que la calificación de las pruebas escritas y orales se realizaban con una escala numérica. El orden de mérito más alto estaba expresado por el número 20, la cifra cero significaba “la nulidad y con los números intermedios los demás grados de mérito”²³. Todo alumno examinado que en sus pruebas escritas u orales obtuviese menos de ocho quedaba obligado, “si resulta aprobado en virtud de la clasificación (sic) general de todas sus pruebas, a rendir en los primeros días de marzo nuevo examen sobre la asignatura en que haya estado deficiente, y sin la competente aprobación no podrá pasar a la sección

²⁰ Ibidem, pág. 122.

²¹ *Antecedentes sobre enseñanza Secundaria y Normal en la República Argentina*, publicación del Ministerio de Justicia, Culto e Instrucción Pública, Buenos Aires, 1903, pág. 161, en adelante *Antecedentes* ...

²² Ibidem, pág. 161. De acuerdo con JUAN CARLOS TEDESCO la carga horaria de las materias científicas, fue evolucionando de la siguiente forma: 1870 – 39 horas (29,5%); 1874 – 44 horas (34,2%); 1876 – 47 horas (36%); 1879 – 50 horas (38%), ver de este autor *Educación y Sociedad en la Argentina (1880-1945)*, Buenos Aires, Ediciones Solar, 1986, pág. 56.

²³ *Antecedentes* ..., pág. 159.

FÉLIX A. TORRES

599

inmediata superior de estudios”²⁴. Nos detenemos un tanto en estos detalles del reglamento de exámenes, porque nos permitirá más adelante comprender mejor el nivel de aplicación de González en las distintas materias cursadas, al observar sus respectivas calificaciones. Siguiendo con este criterio diremos que el reglamento especificaba que, el examinado con una calificación de veinte equivalía a “alumno muy distinguido”. Los alumnos que hubieren obtenido de 16 a 19 calificaban de sobresaliente; de 12 a 15

inclusive la de bueno; de 8 a 11 la de regular. Los que obtenían menos de 8 eran reprobados, sin rendir en marzo nuevo examen²⁵. La calificación final de cada examinado era algo compleja; surgía de sumar entre sí los dos números que definían la calificación media de las pruebas escritas y la de la prueba oral, la suma antedicha se dividía a su vez por dos, y el “cuociente (sic) expresará la clasificación (sic) respectiva”²⁶.

Pero no fue este el último plan de estudios vigente durante los seis años de estudio de González, en el Monserrat. En enero de 1876 durante la presidencia de Nicolás Avellaneda, se adoptó otro plan que reformaba al anterior. El nuevo proyecto fue considerado “uno de los más bien coordinados y completos que ha regido en los colegios nacionales”²⁷. En él se aumentaba la carga horaria de las materias científicas de 44 a 47 horas, es decir, del 34,2% al 36% de las asignaturas totales incluidas en la currícula²⁸. Asimismo, por una ley nacional de agosto de aquel año “se suprimieron las clases nocturnas y las de repetición en todos los colegios nacionales en virtud que estaban lejos de producir las ventajas que se suponía debían obtener los jóvenes en el tiempo que dedicaban al estudio”²⁹. La alternativa para esas horas suprimidas fueron las pasantías, mediante el viejo sistema lancasteriano con el cual los alumnos más aplicados debían colaborar con el profesor en la enseñanza a los más atrasados. La tarea era rentada³⁰. Otra disposición del gobierno nacional en setiembre de 1878 suprimió definitivamente el sistema de internado, a partir del año lectivo de 1879. Esto significó para el Monserrat “la transformación de nuestro viejo

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem, pág. 173.

²⁸ JUAN CARLOS TEDESCO, op. cit., pág. 70.

²⁹ MARÍA CRISTINA VERA DE FLACHS, *Finanzas, saberes y vida cotidiana en el Colegio Monserrat. Del Antiguo al Nuevo Régimen*, Córdoba, Editorial Copiar, 1999, pág. 133.

³⁰ Ibidem.

JOAQUÍN V. GONZÁLEZ EN EL COLEGIO DE MONSERRAT

600

convictorio en un colegio nacional de enseñanza secundaria”, desapareciendo así “el último rasgo de su antigua fisonomía”³¹. Nosotros agregamos que fue el penúltimo vestigio de su origen colonial, el último se demolió en 1998, cuando las mujeres pudieron finalmente –luego de una larga lucha- ingresar en el colegio fundado por Duarte y Quirós. Joaquín V. González en su artículo citado “La última rosa del verano” hace una referencia al hecho histórico de la supresión del pupilaje; allí escribe que se encontró “en la soledad de mi cuartito de estudio y de descanso, en la casa de huéspedes, disuelto ya el secular internado”, cuyo origen se remonta al siglo XVII. Más adelante, en ese mismo escrito, señala que impresionado por el incidente de la clase de inglés, salió corriendo a su “cuarto de estudiante pobre en la casa de huéspedes”, próxima al colegio de Monserrat³². Sobre aquellos años en que fue alumno, González nos cuenta que le sirvieron para intensificar “mucho la lectura de clásicos latinos y griegos, historia y mucho Macaulay y otros historiadores. Muy pocas novelas, salvo aquellas inevitables por lo famosas, y Lamartine, Walter Scott, Zorrilla, Hugo y también los poetas indios, la Biblia y los libros sabios de la antigüedad”³³. Autores todos que influyeron en él –sin duda- y permitieron el tránsito por los primeros senderos literarios de sus años adolescentes. Al respecto Jorge Nuñez escribe que “González como todos los que se iniciaron

en la poesía, buscó sus motivos en los grandes modelos... No formó su estilo en el colegio, pero practicó en los géneros literarios, despojando de su prosa lo inútil y lo superfluo”³⁴.

Hubo alguien que tuvo un ascendiente muy fuerte en la formación literaria de González, mientras éste transitaba los viejos claustros del Monserrat: el profesor y poeta Javier Lazcano Colodrero. Aquel lo conoció al poco tiempo de ingresar al colegio, cuando todavía existía el internado y González le debía el “obligado acatamiento...como alumno sometido a su vigilancia de Prefecto de estudios”³⁵. Durante esas jornadas de trabajo intelectual en la enorme sala destinada a esos efectos, en “la segunda hora nocturna, después de nuestro breve recreo”, fue que se estableció la rela-

³¹ ENRIQUE MARTÍNEZ PAZ (h), *El Colegio Nacional de Monserrat. Noticia histórica*, Universidad Nacional de Córdoba, 1966, pág. 23; además, ver María Cristina Vera de Flachs, op. cit., pág. 134 a 136.

³² JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, O. C., T. XXIII, pág. 124.

³³ Ibidem, pág. 153.

³⁴ Jorge A. Nuñez, op. cit. pág. 17.

³⁵ JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, O. C., T. XX, pág. 183 y ss.; también en “*Caras y Caretas*”, Año XXIII, N° 1129, del 22.05.1920, las citas son tomadas de esta publicación.

FÉLIX A. TORRES

601

ción de amistad con su profesor. Allí el maestro se enteró de las distracciones de su alumno, y de “las primeras tonterías literarias” de éste; pero no lo reprendió, al contrario las alentó porque “don Javier” –como le decían todos– era esencialmente poeta y luego profesor. De esta forma el joven riojano tuvo acceso a la biblioteca de su mentor, quien le facilitó todos los libros que la inquietud del alumno le solicitaba. Fue, además, el que le dio las primeras lecciones en el arte de rimar, transformándose en el “corrector incansable” de sus primeros borradores literarios y “guía certero de direcciones futuras” para él y sus compañeros de estudio³⁶. La influencia del maestro en el espíritu de González fue preponderante, nos dice Nuñez en su obra ya citada, y fue precisamente éste ex alumno el que escribió la emotiva semblanza que venimos citando, con motivo de la muerte de su profesor en 1920. Para González aquel guía anímico durante los años de “juventud”, con su “hálito de emoción” tuvo más importancia en su formación literaria “que volúmenes de discursos y lecciones dogmáticas”³⁷. En ese mismo artículo sobre Lazcano Colodrero, el autor de *El juicio del siglo* se refiere con nostalgia al colegio que lo formó, en la siguiente forma: “los gruesos muros jesuíticos de Monserrat; entre los cuales por más que se quiere huir de su influencia inmanente y difusa, por todas partes brota como un aroma de arcón centenario...como las piedras de la Acrópolis, según Duruy, palpita y vibra todavía, porque la vida que habitó en ellos parece circular aún por sus corredores e intersticios más recónditos”³⁸.

En otros trabajos literarios, González nuevamente, hace referencia a su paso por el antiguo colegio en donde transcurrió su adolescencia. Así por ejemplo, en un discurso como ministro de Instrucción Pública de la Nación en 1905, recordó la ocupación más importante y que le hacía muy feliz en esos años: el hábito de la lectura. Rememora en esa ocasión algunos libros importantes que fueron el despertar de sus inclinaciones literarias, tal el caso de *Trozos selectos* de [Charlotte Catherine] Cosson (1740-1813), “cuya acertada selección y método han dado más enseñanza a mi generación, que muchas lecciones dogmáticas”³⁹.

Esbozando una conclusión sobre los aspectos generales de su formación

secundaria, citaremos palabras de Nuñez cuando afirma que “la enseñanza literaria del Monserrat lo pone en contacto con las fuentes clásicas y

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Ibidem.

³⁹ JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, O. C., T. XIII, pág. 368.

JOAQUÍN V. GONZÁLEZ EN EL COLEGIO DE MONSERRAT

602

lo imbuye de nociones teóricas que le han de servir en su acción múltiple”

40.

Veamos ahora –dentro de las posibilidades que nos ofrece la documentación disponible- el desempeño como alumno que tuvo González, durante sus años de estudiante. (Ver cuadro página siguiente).

Para el año 1880, correspondiente al 6º curso del plan de estudios vigente, no pudimos obtener información del Colegio de Monserrat porque carece de un archivo histórico organizado.

Es interesante señalar que en febrero de 1877, el Ministerio de Instrucción Pública le otorgó a González una beca para cursar sus estudios en el Monserrat. En la disposición pertinente se aclara que en “caso de que no hubiera vacantes, lo tendrá [el rector] presente para la primera que ocurra”. La nota está firmada por el ministro José M. Gutiérrez y refrendada por Marcos Paz⁴¹. No existe información –por la causa señalada anteriormente- sobre si la beca tuvo o no, vigencia efectiva; en caso afirmativo González la hubiera disfrutado hasta el año 1878, ya que a partir de 1879 se suprimió definitivamente el sistema de internado en los colegios nacionales.

Del cuadro con las notas obtenidas por González en el Monserrat – aunque incompleto porque faltan las del último año, el sexto- podemos extraer algunas conclusiones. Las calificaciones logradas nos indican, evidentemente, una tendencia relacionada con la capacidad y/o las preferencias del alumno hacia determinadas materias que, con el correr de los años se confirmaría a través de su actividad intelectual y sus logros académicos y políticos.

Es evidente que las matemáticas y sus aplicaciones, como así también las materias de ciencias exactas y naturales no eran su fuerte. Con respecto al estudio de los números, de él dijo que desde niño fue el nudo que no pudo pasar, “y la causa de las sombras que cayeron muchas veces sobre mi reputación de estudiante”. Su estructura orgánica –en cuanto componente humano- era refractaria al número, afirma González, y su espíritu remontaba vuelo “cuando sale de esas marañas de fórmulas y de signos, hechos para que unos sumen y multipliquen, y otros resten y dividan... Tal vez –sigue relatando- fue providencial mi aversión a las cuatro reglas originarias de las ciencias exactas, porque nunca tuve en que aplicarlas; y cuan-

⁴⁰ JORGE A. NUÑEZ, op. cit., pág. 19.

⁴¹ Colegio Nacional de Monserrat, Tomo Becas Nacionales y Provinciales 1859-1879, folio 140 r. fecha 04.02.1877.

FÉLIX A. TORRES

603

AÑO ASIGNATURA PRIMER

TÉRMINO

SEGUNDO

TÉRMINO

CALIFICACIÓN

MEDIA (*)

ORAL

Aritmética Práctica 15 15 16

1875 Castellano 10 14 16
 Historia S. y Antigua 20 18 20
 Geografía 20 20 18
 Francés 20 20 20
 Castellano 16 16 20
 Aritmética Razonada 17 19 18
 1876 Geometría Práctica 20 20 20
 Dibujo Lineal 18 16-
 Inglés 19 20 20
 Geografía 20 18 20
 Dibujo Natural 15 20 -
 Francés 19 20 20
 Castellano 14 16 19
 Álgebra 20 19 20
 Teneduría de Libros 12 12 15
 1877 Francés 20 19 18
 Inglés 19 19 19
 Historia Griega 20 20 20
 Geografía 15 19 20
 [Dibujo y] de Planos 14 14 16
 Música 20 20 20
 Dibujo Natural 20 20 20
 Literatura 18 20 20
 Historia 19 17 18
 Revista de Geografía - 16 18
 1878 Trigonometría Rectil. - 16 18
 Geometría Razonada 20 20 20
 Latín 20 20 20
 Inglés 20 20 20
 Física 16 18 16
 Examen de Higiene 14 10 12 12
 Historia Nacional 18 18 18 17
 Literatura 20 20 20 20
 Latín 20 18 19 20
 Física 14 14 14 15
 1879 Filosofía 19 20 19 1/2 20
 Historia Nacional 18 18 18 17
 Historia Natural 12 14 13 14
 Química 14 12 13 12
 Inglés 20 20 20 20
 Topografía 16 18 17 16

CALIFICACIONES DE JOAQUÍN V. GONZÁLEZ EN EL COLEGIO MONSERRAT

FUENTE: Elaboración propia basada en la siguiente documentación no editada:

Colegio Nacional de Monserrat, *Libro de Exámenes rendidos en el Colegio Nacional de Monserrat 1870-1879*; Colegio Nacional de Monserrat, *Tomo Clasificaciones 1877-1882*, libro no foliado, de este tomo se extrajo la información para el año 1879.

(*) Información incluida únicamente para el año 1879.

604

do he podido mostrar mis conocimientos matemáticos, no hallé elementos ni para la operación más simple”⁴². La frase es una sutil ironía sobre su comprobado desapego hacia la riqueza y rechazo por la codicia de bienes materiales, que no los heredó y tampoco sus esfuerzos y afanes tuvieron ese objetivo de vida.

Es en las “ciencias duras” donde González obtiene calificaciones menores, aunque nunca menos de 12 en Química y Teneduría de Libros, esto es, el equivalente a Bueno en la escala vigente en ese momento. En cambio en Idiomas, Literatura e Historia las calificaciones son excelentes, lo que nos está indicando el perfil de un humanista, de un futuro intelectual en las ciencias sociales que luego el tiempo se encargará de confirmar. Nada más alejada la personalidad de González de la de un químico, o un contador. Para sintetizar el rol que cupo al Monserrat sobre el joven González, diremos que fue la tarea de un orfebre que talla silenciosamente la piedra

preciosa que viene en bruto para que con el tiempo aparezcan sus facetas brillantes. Pero el valor intrínseco de la piedra es lo que en definitiva permite obtener un excelente trabajo.

Al finalizar el año 1880 González concluye su sexto año de secundario, y queda habilitado para continuar estudios superiores. El certificado correspondiente confeccionado por las autoridades del colegio, es el siguiente:

Primer año: Francés, Aritmética, Castellano, Geografía, Historia, obteniendo la calificación de Sobresaliente.

Segundo año: Castellano, Aritmética, Geometría, Dibujo Lineal, Inglés, Francés, Historia, Geografía, obteniendo la calificación de Sobresaliente.

Tercer año: Castellano, Algebra, Teneduría de Libros, Francés, Inglés, Historia, Geografía, Lavado de Planos, obteniendo la calificación de Sobresaliente.

Cuarto Año: Literatura, Historia, Revista de Geografía, Trigonometría Rectilínea, Geometría Razonada (sic), Latín, Inglés, Física, obteniendo la calificación de Sobresaliente.

Quinto año: Filosofía, Latín, Historia Nacional, Literatura, Física, Historia Natural, Química, Topografía, obteniendo la calificación de Sobresaliente.

⁴² JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Mis Montañas*, pág. 134.

FÉLIX A. TORRES

605

*Sexto año: Revista de Historia, Instrucción Cívica, Química, Higiene, Trigonometría Espacial (sic), Cosmografía, Historia Natural, Latín, Filosofía, Economía Política, obteniendo la calificación de Sobresaliente*⁴³

El documento está firmado por el rector y director de estudios Filemón Posse, y el vicerrector, Domingo Castellanos con fecha 4 de marzo de 1881. Pocos días después González iniciaba una nueva etapa de su vida, ingresaba en la Universidad Nacional de Córdoba.

⁴³ Archivo Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, en adelante A. F. D., Tomo Certificados y Solicitudes 1881-1883, folio 8.

JOAQUÍN V. GONZÁLEZ EN EL COLEGIO DE MONSERRAT

606

607

GENERO Y DERECHO.

La construcción de la feminidad en la Argentina de finales del siglo XIX.

*por Jaqueline R. Vassallo**

Resumen: El presente trabajo ofrece una reconstrucción del “modelo” de mujer concebido por Dalmacio Vélez Sársfield, el redactor del primer Código Civil argentino, utilizando como fuente principal las normas legales contenidas en este cuerpo jurídico, desde una perspectiva de análisis que toma en consideración sus lecturas, formación académica y contexto cultural.

Palabras Clave: Género- Derecho- Capacidad jurídica- Vélez Sarsfield- Código Civil- inferioridad jurídica- modelo de mujer- familia patriarcal- filiación.

I. A MANERA DE PRESENTACION

El presente trabajo ofrece una reconstrucción del “modelo” de mujer concebido por Dalmacio Vélez Sársfield, el redactor del primer Código Civil argentino, utilizando como fuente principal las normas legales contenidas en este cuerpo jurídico, desde una perspectiva de análisis que toma en consideración sus lecturas, formación académica y contexto cultural.

* Abogada. Procuradora. Doctorando en Derecho. Profesora de Historia del Derecho Argentino(Cátedra “B”) y del Taller de Jurisprudencia I. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UNC.

608

Si bien tanto la figura de Vélez Sársfield como su obra ha concitado el interés de gran cantidad de juristas e historiadores del derecho, el análisis desde este ángulo aún no ha sido abordado por especialistas en derecho, a diferencia de algunos historiadores que se han aproximado al estudio de la capacidad jurídica de la mujer en el siglo XIX.

En este sentido, se intenta describir por un lado, el modelo de mujer instituido, desentrañando los fundamentos a través de los cuales delimitó racionalmente los espacios masculinos y femeninos, fijando roles específicos; y por el otro, qué relaciones de pareja autorizó con su normativa, cuáles descartó y hasta prohibió y las formas de relacionarse jurídicamente que concibió para hombres y mujeres, ya en lo personal como en lo patrimonial.

II. a LA MUJER EN EL NUEVO ORDEN

Hasta 1871, año de la sanción del Código Civil, había permanecido vigente en nuestro país el discurso jurídico y las representaciones culturales de género impuestas por los españoles en el siglo XV, que concebía prácticas sociales excluyentes y discriminatorias en relación a la mujer².

Consecuentemente, las mujeres de entonces se hallaban sometidas a las prescripciones contenidas en las Partidas, las leyes de Toro, las sucesi-

¹ Entre los más representativos trabajos realizados por juristas e historiadores del derecho encontramos: ALBERDI, JUAN BAUTISTA. *El proyecto de Código Civil para la República Argentina. Obras Completas*. Tomo VII. Buenos Aires. 1887; CABRAL TEXO, JORGE. *Historia del Código Civil Argentino*. Buenos Aires. 1920; CHANETON, ABEL. *Historia de Vélez Sársfield*. Buenos Aires. 1937; DIAZ BIALET, AGUSTÍN. *El Derecho romano en la obra de Vélez Sársfield*. Córdoba. 1950; GONZALEZ, JOAQUÍN V. *Estudio Biográfico Crítico de Vélez Sársfield. Obras Completas*. Tomo XXII, y *Juicios críticos sobre el Proyecto de Código Civil Argentino*. Buenos Aires. 1920; LANFRANCO, HÉCTOR. *La codificación civil en la República Argentina*. Buenos Aires. 1939; MARTINEZ PAZ, ENRIQUE. *Dalmacio Vélez Sársfield y el Código Civil Argentino*. Córdoba, 1916, e “Introducción al Catálogo de la Biblioteca de Dalmacio Vélez Sársfield. Córdoba”. 1940; TAU ANZOATEGUI, VÍCTOR. *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad social e ideas jurídicas*. Buenos Aires. 1977. Entre los historiadores, hallamos: RODRIGUEZ MOLAS, RICARDO. *Divorcio y familia tradicional*. Centro Editor América Latina. Buenos Aires. 1984; BARRANCOS, DORA. “Inferioridad jurídica y encierro doméstico”. *Historia de las Mujeres en la Argentina*. Tomo I. Taurus. Buenos Aires. 2000; CICERCHIA, RICARDO. *Historia de la Vida Privada en la Argentina. Desde la Constitución de 1853 hasta la crisis de 1930*. Vol. II. Troquel. Buenos Aires. 2001.

² NASH, MARY. “Los nuevos sujetos históricos: perspectivas de fin de siglo: Género, identidades y nuevos sujetos históricos. Actas del V Congreso de la Asociación de Historia Contemporánea: “El siglo XX: balance y perspectivas”. Universidad de Valencia. Valencia, España. 2000.

JAQUELINE R. VASSALLO

609

vas recopilaciones y numerosas disposiciones de derecho indiano tanto peninsular como criollo, como asimismo, prescripciones de derecho patrio que les asignaban una tutela omnipresente de la ley, y las sometía a la guarda masculina. El fundamento de esta postura radicaba en la suposición de que eran “naturalmente” inferiores al hombre, ya que en encarnaban indignidad, flaqueza, debilidad intelectual, lascivia y hasta maldad.

Ciertamente no se trataba de un fenómeno restringido al ámbito hispano. Respondía fundamentalmente al “modelo” de construcción de la naturaleza femenina concebido por la tradición cultural europea, a través de textos fundadores de autoridad religiosa y de la cultura letrada difundida en las escuelas de filosofía, derecho y medicina existentes en Europa y en América⁴.

Sin lugar a dudas Vélez Sársfield, como jurista, no escapó al conocimiento del mismo. En primer lugar, por haber sido un hombre de su tiempo;

y en segundo lugar, por haberse formado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, que por entonces enseñaba derecho romano, derecho canónico, el derecho castellano vigente y las leyes nacionales, que concebían este “modelo” de mujeres. Modelo que se proyectó socialmente en instituciones, reglas, aforismos y ejemplos, y que fue enseñado y aprendido por profesores y estudiantes de derecho de entonces.

En las aulas de la Universidad administrada por el clero secular y bajo el plan de estudios del Deán Funes, Vélez tomó contacto, cursando en la Facultad de Artes, con la idea de mujer concebida por Aristóteles, Agustín de Hipona, Jerónimo o Tomás de Aquino; y en la de Derecho, con la normativa romana del Digesto y el Código, y las compilaciones del derecho

³ VASSALLO, JAQUELINE. “El sexo como circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal en la “setena” Partida de Alfonso X ‘El Sabio’ ”. *Anuario*. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba.. N°V. 1999-2000. pp489-490. Asimismo, ESPINOZA, SILVIA LOLI. “Cien años de normas sobre relaciones de pareja en el Perú.” *Mujeres y Género en la Historia del Perú*. Centro de Documentación sobre la Mujer (CENDOC-MUJER) Margarita Zegarra Editora. Lima, Perú. 1999. pp.215236.

⁴ HESPANHA, ANTONIO. Seminario de Post grado: “*Personas jurídicamente disminuidas: indígenas, rústicos, mujeres, menores y locos*”. Organizado por la Universidad Nacional de Quilmes y la Universidad de San Andrés. Buenos Aires. 27 al 31 de agosto de 2001.

⁵ Es importante remarcar que también aprendió Derecho Público y Derecho de Gentes. ASPELL, MARCELA- YANZI FERREIRA, RAMÓN PEDRO. “*La Enseñanza del Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba*” *Introducción a los estudios de la carrera de Abogacía*. Tomo II. Serie Materiales de Estudio. Ciencia, Derecho y Sociedad. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UNC. 2002. p. 71.

GÉNERO Y DERECHO

610

canónico más relevantes: el Decreto de Graciano, las Decretales de Peñafort y el concilio de Trento; sin olvidar la doctrina de los autores⁶. Todos ellos

⁶ Aristóteles trazó la idea de la inferioridad de la mujer, al considerarlas más cerca de la “materia” que los hombres, y por ende, seres gobernados por sus órganos, especialmente los sexuales. En tanto que la Patrística, retomando sus ideas, sostuvo que desde el momento de su nacimiento, era perversa, inferior y demoníaca, basados en los textos bíblicos – y siguiendo muy de cerca al pensamiento de Pablo de Tarso-. En este sentido, los fundadores del pensamiento cristiano, Agustín de Hipona, Jerónimo- el Obispo de Milán, y Tomás de Aquino, responsabilizaron a la mujer por el arribo del “mal” al mundo terreno- a través del ya conocido pasaje de Eva, la manzana y la serpiente; llegando a identificar al “pecado original” con la “mujer” y el “sexo”.

De allí que vieran en ella un ser “manchado” y de “peligrosa” sexualidad. Sólo María, la madre de Jesús, había logrado sortear la “impureza” que afectaba al género entero desde el pronunciamiento de la “maldición” divina: “Multiplicaré sobremanera los sufrimientos de tu gravidez; con sufrimientos parirás tus hijos y hacia tu marido será tu tendencia y él te dominará”.

Así, Agustín y Ambrosio se ocuparon en el siglo IV, de exhortar a las mujeres a practicar la castidad y conservar la virginidad; señalando a María como el “modelo” por antonomasia, por constituir un “ejemplo” de “virtud, castidad y virginidad”, en amplia coincidencia con la proclamación de su perpetua “virginidad” efectuada por el II Concilio de Constantinopla.

Pero mientras el primero pensaba que era más feliz “la mujer casada que la virgen con ansias de casarse”, puesto que la virginidad sólo adquiriría pleno significado cuando se consagraba a Dios, habiendo “amado de tal suerte al más hermoso de los hijos de los hombres que, al no poderlo concebir en su carne, como María, lo ha concebido en su corazón, consagrándole la integridad de su cuerpo”; el Obispo de Milán consideraba que sólo la virginidad las hacía libres, mientras intentaba inculcar a su auditorio la idea de que no contrajeran matrimonio: “Considerad hijas mías, cuántas os faltan, siendo huérfanas, si queréis contraer matrimonio. Os falta rica dote, y aunque la tuvierais copiosa, compraríais, no obstante, ha subido precio vuestra esclavitud. Pues, ¿quién no despreciará a las que carecen de padre? ¿En quién os ampararéis? ¿Adónde iréis a buscar apoyo contra los ultrajes de los

maridos?...En primer lugar, el mismo matrimonio es de por sí u yugo por el que la mujer se sujeta al marido y se ve amarrada a su servicio. Es cierto que el vínculo del amor es bueno; pero no deja de ser una atadura, de la que no puede soltarse la casada cuando quiere, ni la deja tampoco en libertad de hacer lo que quiere. Finalmente, dice el apóstol ‘No es la mujer la que tiene poder sobre su cuerpo, sino el varón (I. Co. VII,4). ¡Y qué extraño que la mujer no le tenga, siendo así que tampoco le tiene el hombre sobre sí, sino la mujer! Si el que es más fuerte no tiene poder sobre sí mismo, ¡cuánto menos el sexo débil! El que esta esclavitud sea común a ambos cónyuges no desliga a la mujer, antes la sujeta más’.

Sin embargo, fue recién a partir del siglo XII cuando comenzaron a hablar con mayor frecuencia de las mujeres terrenales en sus obras y sermones. Y ello no fue casual, puesto que llevaban cien años alejados de ellas por imposición del celibato, cuando teólogos y moralistas se dedicaron a reflexionar sobre su esencia y naturaleza, construyendo las más variadas clasificaciones y teorías. En este contexto, Tomás de Aquino retomó durante el siglo XIII las reflexiones vertidas por sus dos antecesores sobre la “castidad”, otorgando su

JAQUELINE R. VASSALLO

611

entendían, en definitiva, a la mujer como una especial “categoría jurídica”, equiparada a los menores.

Años más tarde, en su etapa autodidacta, leyendo los códigos civiles francés, sardo, napolitano, holandés y austríaco, como asimismo, autores pertenecientes a la ilustración francesa como Montesquieu, Voltaire y Rousseau, halló similares concepciones⁷.

II . b. LA RESIGNIFICACION DE LA “IMBELICITAS”

A lo largo del siglo XIX, y como consecuencia de la revolución de mayo, se había instaurado la igualdad jurídica ante la ley de todos los grupos sociales: en primer lugar resultaron beneficiarios los aborígenes (1813) y luego, los esclavos (1853), con la abolición de la esclavitud. Sin embargo, esta igualdad no alcanzó a las relaciones entre hombres y mujeres, pues la sociedad continuó siendo de tipo patriarcal.

En este sentido, la familia se consideró, como otrora, fundamento del “orden social”. Sólo en su seno podían formarse “buenos ciudadanos”. aprobación definitiva sobre las “vírgenes”, a quienes definió como “ el grupo más escogido de la grey del Señor; y su gloria es más sublime por comparación con la viudez y el matrimonio”. También condenó a la “lujuria”, por entender que se trataba de un “vicio” opuesto a la virginidad, y negó toda posibilidad de tener relaciones sexuales fuera del matrimonio – la única opción posible para aquéllos que no querían renunciar a al “trato carnal” -. De acuerdo con Agustín, catalogó a esta unión de “indisoluble”, no pudiendo concluir mediando divorcio o repudio, y cuyo objetivo fundamental era la procreación, a través del cumplimiento del mutuo pago del “débito conyugal”.

Todo ello conllevó a la existencia de dos opciones sexuales posibles para las mujeres: la virginidad o el matrimonio. Ambas representadas por la figura de María, quien como virgen-madre encarnó el “modelo femenino cristiano”. SARRION MORA, ADELINA. *Sexualidad y confesión. La solicitud ante el Tribunal del Santo Oficio (siglos XVI-XIX)*. Alianza Editorial. Madrid, 1994; SANCHEZ ORTEGA, MARÍA HELENA. *Pecadoras de verano, arrepentidas de invierno*. Alianza Editorial. Madrid. 1995; D ALARUM, JACQUES. “La mujer a ojos de los clérigos”. *Historia de las Mujeres*. Dirigida por DUBY, GEORGES y PERROT, M ICHELLE. Tomo III. Taurus. Madrid.1992; THOMASSET, CLAUDE, “La naturaleza de la mujer”. Idem.; CASSAGRANDE, CARLA. “La mujer custodiada”. Ibidem; LAQUEUR, THOMAS. *La construcción del sexo. Cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*. Ediciones Cátedra. Universidad de Valencia. Madrid. 1994; ASPELL- YANZI FERREYRA. Ob cit. pp 70-74.

⁷ Índice de la Biblioteca de Dalmacio Vélez Sársfield. Biblioteca Mayor de la Universidad Nacional de Córdoba. Mimeo; LEVENE, RICARDO. *Manual de Historia del Derecho Argentino*. Depalma. Buenos Aires. 1985; CHANETON, ABEL. Ob cit.; COBO, ROSA. *Fundamentos del patriarcado moderno. Jean Jacques Rousseau*. Ediciones Cátedra. Madrid. 1995; PULEO, ALICIA (Editor). *La Ilustración Olvidada. La polémica de los sexos en el siglo XVIII*. Anthropos. Madr. 1999.

GÉNERO Y DERECHO

612

De allí que Vélez, siguiendo el código civil francés, reguló específicamente el matrimonio y la familia, por considerarla de orden públicos.

Ahora bien, el “modelo” de familia que consideró como viable para estos fines no fue otro que el vigente hasta entonces: una familia que debía constituirse a partir de la existencia de un matrimonio monogámico, siguiendo las solemnidades del derecho canónico y/o de otras religiones oficialmente reconocidas; cuya cabeza principal era el marido, investido de amplios poderes tanto para dirigir a la mujer y los hijos, como para administrar la sociedad conyugal, dentro de una distribución de roles conforme a la tradición. Matrimonio que sólo podía disolverse por el fallecimiento de uno de los cónyuges, pues al tomar como fuente las normas del concilio de Trento y no legislar un matrimonio civil, desplazó toda posibilidad de que las parejas pudieran divorciarse.

Así lo expresó el mismo codificador en las notas a los artículos 159 y 167. La primera de ellas decía: *“El matrimonio es la más importante de todas las transacciones humanas. Es la base de toda la constitución de la sociedad civilizada ... El matrimonio confiere el estado de legitimidad de los hijos que nazcan, y los derechos, deberes, relaciones y privilegios que de ese estado se originan; da nacimiento a las relaciones de consanguinidad y afinidad; en una palabra, domina todo el sistema de la sociedad civil”*. En tanto que la segunda: *“Las personas católicas, como las de los pueblos de la República Argentina no podrían contraer el matrimonio civil. Para ellas sería un perpetuo concubinato, condenado por su religión y por las costumbres del país. La ley que autorizara tales matrimonios en el estado actual de nuestra sociedad, desconocería la misión de las leyes que es sostener y acrecentar el poder de las costumbres y no enervarlas y corromperlas”*⁹.

Ahora bien, haciendo una lectura más detallada del texto, hallamos que el grupo familiar en el que estaba pensando Vélez, era la estipulada en la ley 6, tít.33 de la Partida VII, de Alfonso X, es decir, la típica familia extensa que generalmente formaban los estamentos superiores de la época colonial¹⁰. Así lo observamos en el art. 2953, al regular los derechos de “uso” y “habitación”: *“La familia comprende la mujer y los hijos legítimos*

⁸ ARMAUD- DUC, NICOLE. *“Las contradicciones del Derecho”*. Historia de las Mujeres. Tomo IV. Siglo XIX. Taurus. Madrid. 2000. p. 129.

⁹ *Código Civil*. Zavalía Editor. Buenos Aires. 1988.

¹⁰ CICERCHIA, RICARDO. *Historia de la vida privada en la Argentina*. Troquel. Buenos Aires. 1988.

JAQUELINE R. VASSALLO

613

y naturales, tanto los que existan al momento de la constitución, como los que naciesen después, el número de sirvientes necesarios, y demás personas que a la fecha de constitución del uso o de la habitación, vivían con el usuario o habitador, y las personas a quienes estos deban alimentos”.

Sin embargo, sólo reconoció como posibles integrantes de parte de su “modelo” de familia a los hijos naturales, es decir, los *“nacidos fuera del matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse”*(art. 311); que de tratarse de los hijos de la pareja, quedaban legitimados por el casamiento de sus padres (art. 324). De esta manera, excluyó de toda posibilidad de indagación de paternidad y/ o maternidad a los hijos que agrupó en las categorías de “adulterinos”, “incestuosos” y “sacrílegos”(art.341). Y esto no es casual, ya que siguiendo la línea

argumental trazada por la vieja legislación castellana (Partidas, Leyes de Toro y Nueva Recopilación), como por el derecho canónico, habían sido concebidos en el marco de una acción que la ley penal consideraba delito, y la eclesiástica, “pecado”.

En consecuencia, observamos que el “modelo” de mujer concebido por el legislador sólo existía en y por la familia, como hija y esposa; con lo cual elevó al plano legal, el “discurso de la domesticidad”, en donde el matrimonio, la maternidad y la conservación de la “virtud” constituían el máximo horizonte de realización¹¹.

La hija, pues, nacía incapaz y se hallaba sometida a la patria potestad que sólo el padre ejercía, hasta la mayoría de edad, esto es los 22 años; o antes, si se casaba (art.264).

Una vez casada, la “minoría de edad” subsistía hasta tanto enviudara o mediara la anulación del matrimonio. Como se podrá observar, convirtió a la mujer casada en incapaz relativa de hecho, imposibilitándola, por ende, para ejecutar por sí actos de la vida civil.

De esta manera, le asignó un “representante legal necesario”: el marido (art. 57); con lo cual, debía tener el domicilio “legal” de aquél, “aún

¹¹ El discurso de la domesticidad configuraba un prototipo de mujer modelo: “el ángel del hogar- la perfecta casada- la mujer de su casa”, basado en el ideario de lo doméstico y el culto a la maternidad como máximo horizonte de realización, sin posibilidad de crear un proyecto social o cultural autónomo. NASH, MARY “Identidad de género, discurso de la domesticidad y la definición de las mujeres en la España del siglo XIX” . *Historia de las Mujeres*. Tomo IV. Ob cit p.614.; MULLER, MARINA. “Adolescencia y juventud femeninas: ¿Cómo construyen hoy las mujeres su proyecto de vida?”. *Aprendizaje hoy*. Año XV. N°32. 1995. pp.41-49; CICERCHIA, RICARDO. *Historia de la Vida Privada en la Argentina. Desde la Constitución...* Ob cit.

GÉNERO Y DERECHO

614

cuando se halle en otro lugar con licencia suya” (art. 90. inc. 9), siguiendo lo estipulado por el código de Napoleón de 1804 y las Partidas de Alfonso X, del siglo XIII¹².

En este orden de ideas, le asignó al marido el rol de “administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio y de los que adquirió después por título propio”¹³. De lo que dedujo las siguientes prohibiciones para la mujer:

· “*estar en juicio por sí, ni por procurador, sin licencia especial del marido, dada por escrito, o supliendo esta licencia el juez del domicilio*” (art. 188).

· “*celebrar contrato alguno, o desistir de un contrato anterior; ni adquirir bienes o acciones a título oneroso o lucrativo; ni enajenar, ni obligar sus bienes; ni contraer obligación alguna, ni remitir obligación alguna a su favor*” (art. 189).

· Tampoco podía aceptar libremente una herencia, ni repudiarla, sin licencia del marido (art. 3334), ni ningún tipo de donaciones (art. 1357).

Asimismo, el marido podía revocar “a su arbitrio” la autorización que hubiere concedido a la mujer (art. 195); y ratificar de manera general y/o particular los actos para los cuales no hubiere autorizado a la mujer.

Dicha ratificación podía ser tácita por “hechos del marido que manifiesten inequívocamente su aquiescencia” (art. 196).

Todo ello en consonancia con lo dispuesto en las Partidas, la Nueva Recopilación de Fernando V e Isabel I en el siglo XV, el Código de Napoleón y el proyecto de código para España, elaborado por su contemporáneo, García

Goyena.

Sin lugar a dudas, el haber combinado la adopción del régimen de comunidad típica del derecho francés(y no el de separación de bienes, difundido en Italia, Rusia y los países anglosajones), junto a la idea de que la esposa era incapaz, llevó al otorgamiento del marido de amplios poderes de administración y disposición de los bienes comunes o gananciales, y de

¹² En este punto, sostiene el jurista francés Cabrillac, que las amplias potestades otorgadas al marido por el Código Civil francés, se hallaban en consonancia con las disposiciones alemanas vigentes por entonces. Recién a fines del siglo XIX se liberó parcialmente a la mujer del poder del marido. CABRILLAC, REMY. Conferencia. *“El Código Civil Francés: Un bicentenario en muy buen estado”*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UNC. 4 de septiembre de 2003.

¹³ CC. Arts. 186 y 1276.

JAQUELINE R. VASSALLO

615

administración del patrimonio propio de la esposa (aunque no podía disponer de ellos sin su autorización)¹⁴.

Marido que, amén de estar obligado a “custodiar” la persona y los bienes de todos los menores e incapaces de la familia - esposa incluída-, debía cumplir también con el deber de proveerlos en todas sus necesidades. Así lo ordenaban, en relación a los hijos, los arts. 265 y 267. En tanto que el 185, le mandaba prestar a la mujer *“todos los recursos que le fuesen necesarios, a ejercer todos los actos y acciones que a ella le correspondieren, haciendo los gastos judiciales que fuesen necesarios para salvar los derechos de su mujer, como también los que fuesen precisos si la mujer fuere acusada criminalmente . Faltando el marido a esta obligaciones, la mujer tiene derecho a pedir judicialmente que su marido le de los alimentos necesarios, y las expensas que le fueren indispensables en los juicios”*.

En este sentido, Vélez se apartó del código de Napoleón, que planteaba la mutua asistencia y socorro de la pareja, aún cuando considerara al marido el deudor esencial de la obligación de proveer las necesidades de la esposa (alimentos, vestidos, remedios, vivienda)¹⁵. En tanto que sólo estipuló las obligaciones de guardarse mutua fidelidad y convivir en el mismo domicilio (arts. 184, 185 y 187), siguiendo los mandatos del derecho canónico y las Partidas de Alfonso X.

Sin embargo, a poco de andar hallamos que estas obligaciones, lejos de ser “recíprocas”, parecen haber sido estipuladas más para las mujeres que para los hombres; puesto que si bien obligó a ambos cónyuges a guardarse fidelidad, instaló como “presunción legal” la fidelidad de la mujer en el matrimonio, al suponer la legítima paternidad del marido, en el art. 245: *“La ley presume que los hijos concebidos por la madre, durante el matrimonio, tiene por padre al marido”*. Y al mismo tiempo, sólo otorgó poder legal al marido, para solicitar las *“medidas policiales necesarias”*, y hasta el derecho de *“negarle alimentos”* en caso que ella se negara a vivir junto a él (art. 187).

Pero más allá de las prescripciones aludidas, la idea de subordinación del grupo familiar al “pater”, fue explicitada en el art. 940, al aludir al *“temor reverencial”* que suponía en la mujer respecto del marido y en los

¹⁴ Con lo cual descartó el modelo de mujer previsto por entonces en el derecho de Suecia y Escocia, que ya le habían reconocido poderes de administración de la comunidad de bienes. Legislación que él conoció por haberse encontrado en su biblioteca. A RNAUD DUC. Ob cit. p. 141.

¹⁵ Idem. p. 133

hijos, en relación a sus padres. Concepto que tomó del Digesto romano, los códigos civiles francés y sardo, y la doctrina francesa moderna, representada por Aubry y Rau¹⁶.

Ahora bien, si la esposa no podía contratar ni obligarse por sí misma, quedaba privada de obligarse con terceros, ser contratada para la realización de trabajos dentro y fuera del hogar, o ejercer alguna profesión. Siguiendo este razonamiento lógico, podemos llegar a pensar que quedaba privada hasta de la posibilidad de hacer las compras de las provisiones necesarias para la vida cotidiana de la familia - pues ello suponía la celebración de numerosos contratos de compra venta a diario -; y por ende, la imposibilidad de cumplir con parte del rol asignado. Con lo cual, Vélez, planteó una excepción, en la última parte del art. 190: *“Se presume también la autorización del marido, en las compras al contado que la mujer hiciere, y en las compras al fiado de objetos destinados al consumo ordinario de la familia”*.

Y si bien nunca habló expresamente de excluirlas del mundo laboral, ante la realidad ineludible del trabajo femenino en el país, trazó algunas excepciones con miras a no transgredir el “discurso de la domesticidad”, señalando como “viables” el desempeño de algunas profesiones: el ser “directora de un colegio” o “maestra de escuela”, dando por supuesto que contaba con la presunta autorización del marido: *“en tales casos se entiende que está autorizada por el marido para todos los actos y contratos concernientes a su profesión o industria, si no tuviese reclamación por parte de él, anunciada al público o judicialmente intimada a quien con ella hubiese de contratar”*.

Recordemos que la docencia aparecía como una prolongación del rol de madre; se entendía como la “maternidad social que permitía el desarrollo de los atributos maternales en una misión social, para los hijos de los demás¹⁷.

A tal punto supuso a la mujer como un ser incapaz y susceptible de ser custodiado, que previó el reemplazo de otro hombre habilitado por el

¹⁶ Art. 940: “El temor reverencial, o el de los descendientes para con los ascendientes, el de la mujer para con el marido, o el de los subordinados para con el superior, no es causa suficiente para anular los actos”. Actualmente el presente artículo se halla vigente.

¹⁷ BARBIERI, MARÍA ISABEL- BEN ALTABE, NORMA. *“Escuela Sociedad: La construcción de representaciones y estereotipos de género en Tucumán a principios del siglo XX”*. *Mujeres en Escena. Actas de las Quintas Jornadas de Historia de las Mujeres y Estudios de Género*. Instituto Interdisciplinario de Estudios de la Mujer. Facultad de Ciencias Humanas. Universidad Nacional de La Pampa. 2000- pp 89-90.

JAQUELINE R. VASSALLO

Estado, en caso que el marido no pudiera ejercerla: el juez del domicilio conyugal, siguiendo la vieja normativa de las Partidas y la Nueva Recopilación. En consecuencia, dispuso que podía otorgar conformidad, cuando aquél se hallara ausente, “impedido”, demente o rehusase hacerlo sin motivo fundado; siempre que fuere por una causa *“necesaria y útil a la mujer y al matrimonio”*(arts. 191-193- 194); como asimismo, cuando debiera aceptar o repudiar una herencia (art. 3334).

Sin embargo, el codificador limitó el alcance del poder del juez, a través del art. 197, siguiendo de cerca lo dispuesto en el código civil de Chile: *“Los actos y contratos de la mujer no autorizada por el marido, o*

autorizada por el juez contra la voluntad del marido, obligarán solamente sus bienes propios, si no pidiera ella rescisión de la obligación en el primer caso, pero no obligarán el haber social ni los bienes del marido, sino hasta la concurrencia del beneficio que la sociedad conyugal o el marido hubiesen reportado del acto, a no ser que el régimen de matrimonio fuese el de una comunidad universal”.

Como consecuencia de este esquema, y atendiendo a que Vélez compartía junto a gran cantidad de juristas tanto latinoamericanos como europeos, la imposibilidad de que existiera una mujer sola, sin “custodia”, y con amplia capacidad jurídica, extendió la tutela marital y/ o judicial a la que obtenía su separación judicial. Recordemos que por entonces, los países latinos católicos sólo conocían la separación de cuerpos, y no el divorcio vincular, cuya única consecuencia a decir de Arnaud- Duc era “el relajamiento del matrimonio, dejando intactos los deberes a él ligados, y sobre todo el de fidelidad, lo cual se opone a una política natalista”¹⁸.

En este sentido, la obligó a conservar el domicilio legal del marido y a solicitar su autorización cuando estuviera en juicio, ya como actora o como demandada; en su defecto, podía solicitarla al juez del domicilio (arts. 90 inc. 9 y 210).

Pero este principio llegó más lejos aún, cuando en ese mismo inciso, impuso un límite similar a la viuda: estado que había sido entendido desde la legislación medieval y moderna, como el que le otorgaba la mujer su plena capacidad jurídica y la liberaba de toda custodia.

¹⁸ Tal era el derecho en Francia entre 1816 a 1884, en España, en Portugal, en Italia, en América Central y Sur. Fuera de estos sitios, el divorcio se admitía en todas partes. Ob cit. p. 141.

GÉNERO Y DERECHO

618

¹⁹ TWINAM, ANN, “Honor , sexualidad e ilegitimidad en la Hispanoamérica colonial”. *Sexualidad y Matrimonio en la época hispánica*. Asunción Lavrin Coordinadora. Editorial Grjalbo. México. 1991.

²⁰ El destacado es mío.

²¹ RODRIGUEZ, PABLO. *Sedución, amancebamiento y abandono en la Colonia*. Fundación Simón y Lola Guberek. Bogotá. 1991.

Finalmente, observamos a través del articulado y sus notas, la firme presencia de la idea de que el honor de la familia, se sostenía por la “honra” y “virtud” femenina, entendida siempre con su conducta sexual¹⁹.

Claramente lo vemos expresado en la nota al art. 326, cuando prohibió la indagación de la maternidad a un hijo o hija natural, en caso de que la supuesta madre, al momento de la interposición de la demanda se hallara casada con otro hombre: *“Se ha reconocido la necesidad de permitir la indagación de la maternidad. Supóngase que una joven ha concebido un hijo fuera de matrimonio; que oculta el parto para cubrir su honor y pone al hijo fuera de su casa. Corriendo el tiempo y esta mujer se casa, es madre de familia, reputada honrada por el marido y por sus hijos. ¿Se permitirá este juicio escandaloso e inmoral que va a quitar el honor de una mujer casada y trae el desorden dentro de la familia? Sí contestan los autores del Código Francés...porque la madre es cierta, el hecho puede probarse, no así la paternidad.... ¿y el escándalo y la moralidad del juicio?. Luego no es por la moral que se prohíbe la indagación de la paternidad , sino por la difícil prueba de los hechos”²⁰.*

Como asimismo, en el art. 205, cuando apeló a la antigua figura del “depósito” de la mujer no católica en “casa honesta”, mientras tramitaba la

causa de separación un juez civil. Recordemos que el depósito durante la modernidad, era considerado fundamentalmente una medida de seguridad, de asidua práctica por parte de los tribunales seculares y cuyas principales destinatarias fueron tanto menores, como mujeres sospechadas de cometer algún delito. Se suponía que una mujer que carecía de “custodia”, por el hecho de ser incorporada en una casa de familia de cierto “renombre”, no sólo estaría bajo “custodia”, sino que también adquiriría inclinación al trabajo, “honestas costumbres” y prácticas religiosas²¹.

En este sentido, cabe aclarar que para la mujer católica el codificador no estipuló la posibilidad de ponerla bajo este tipo de “guarda”. Tampoco explicitó que entendía por “casa honesta”. En este sentido, tal vez supuso que un juez civil- que debía obligatoriamente ser católico para acceder a su cargo- podía “ponerla en resguardo” en una familia que practicara la religión mayoritaria.

JAQUELINE R. VASSALLO

619

Finalmente, y para terminar, diremos que rompiendo con la mayoría de los esquemas jurídicos planteados por la mayoría de los códigos de entonces, y siguiendo en soledad, a García Goyena, habilitó a la viuda a ejercer la patria potestad sobre los hijos menores, hasta tanto no se casara en segundas nupcias (art. 305).

Asimismo, llamó a suceder a la mujer en los bienes propios del marido, después de los descendientes y ascendientes; atendiendo al franco declinamiento de la dote (art.3545), siguiendo la letra de la ley bonaerense de 1857, redactada por Pedro Somellera²².

Ahora bien, el hecho que Vélez planteara en el proyecto de Código Civil el modelo de mujer y de familia aludidos, no significó que toda la sociedad, inclusive parte de la elite de entonces, adhiriera a ellos.

Uno de sus mayores críticos fue Juan Bautista Alberdi, quien atacó al cordobés por haber regulado el matrimonio canónico, apartándose del código de Napoleón²³. Años más tarde, en 1867, y mientras el jurista todavía se hallaba redactando el código, Nicasio Oroño, el gobernador de Santa Fe, estableció en su provincia una ley de matrimonio civil²⁴. En tanto que Juana Manso, escribía: *“La sociedad es el hombre; él solo ha escrito las leyes de los pueblos, sus códigos; por consiguiente ha reservado toda la supremacía para sí; el círculo que traza en derredor de la mujer es estrecho, inultrapasable [sic], lo que en ella clasifica de crimen en él lo atribuye a la debilidad humana; de manera que, aislada la mujer en medio de su propia familia, de aquélla de que Dios la hizo parte integrante, segregada de todas las cuestiones vitales de la humanidad por considerarse la fracción más débil, son con todo obligadas a ser ellas las fuertes y ellos en punto a tentaciones, son la fragilidad individualizada en el hombre”*²⁵.

Sin embargo, sus voces no fueron escuchadas: Oroño fue depuesto por la fuerza del poder, entre cuyos mentores se pudo contar al obispo Gelabert y el proyecto fue aprobado a libro cerrado durante la presidencia de Sarmiento, que por entonces opinaba: *“Los hombres forman las leyes y las mujeres las costumbres”*²⁶.

²² LEVAGGI, ABELARDO. *Manual de Historia del Derecho Argentino*. Tomo II. Depalma. Buenos Aires. 1987. p. 260

²³ LEVENE. Ob cit. ; LEVAGGI. Ob cit.

²⁴ RODRIGUEZ MOLAS Ob cit. p. 77

²⁵ MARGESINI, GRACIELA. “Las mujeres en la construcción de Argentina en el siglo

XIX". *Historia de las Mujeres*. Tomo IV. Ob cit. p. 688

²⁶ Idem.

GÉNERO Y DERECHO

620

Posteriormente, Ramón J. Cárcano atacaba la clasificación de los hijos plasmada por Vélez y las consecuencias jurídicas reguladas, a través de las páginas de su tesis doctoral, presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba; postulando la igualdad civil de los hijos ante la ley²⁷.

Asimismo, el periódico comunista –anarquista “La Voz de la Mujer”, aparecido en Buenos Aires en 1896, se manifestaba contrario a la institución matrimonial, al mismo tiempo que insistía en la libre expresión del cuerpo femenino y el derecho al placer²⁸.

Por su parte, Juan Agustín García, uno de los más reconocidos profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires de principios del siglo XX, llegó a afirmar que Vélez “*legisló para un matrimonio ideal, cultivado por las familias que vivían en los alrededores de San Telmo, San Francisco y Santo Domingo: grupo aristocrático y caldeado por las ideas sentimentales a la moda, con una noción falsa y estrecha del mundo y de la vida. No se pensó en la mezcla de razas, en los varios problemas domésticos que se presentan en una sociedad cosmopolita*”²⁹.

III. CONCLUSIONES

El Código Civil, como parte del proyecto de la construcción del estado, jugó un papel fundamental, pues se constituyó en unificador y organizador de distintos aspectos de la vida civil de los habitantes del país. En este contexto, delineó el rol y el espacio que iba a jugar la mujer: vivir en, por y para una familia de tipo tradicional y burguesa. Y ello lo hizo a través de un discurso jurídico teñido de influencias teológicas, que aprendió en

²⁷ Siguiendo a Chanaguir, diremos que la tesis resultó una de las tantas “manifestaciones públicas de la permanente tensión entre clericalismo y liberalismo que ha asignado a Córdoba, tensión agudizada en el período de reformas del juarismo resistidas por la tenaz y a veces soterrada oposición de la iglesia católica y su jerarquía”. No resultó casual, entonces, que se la considerara “inaceptable”, en el ámbito de la aludida Facultad, por resultar contraria a los preceptos de la Iglesia; la solicitud formulada al “doctorando” para que cambiara de tema; la cruzada emprendida por el vicario Jerónimo Clara con su pastoral prohibitiva de la lectura de la tesis y las procesiones de repudio organizadas por las damas de la sociedad cordobesa. CHANAGUIR, ELSA. “La Tesis doctoral de Ramón J. Cárcano”. *Estudios*. N°2. 1993. Centro de Estudios Avanzados. Universidad Nacional de Córdoba. pp.164-165.

²⁸ CICERCHIA. *Historia de la vida privada... Desde la Constitución...* Ob cit. pp 190-191.

²⁹ Citado por BARRANCOS. Ob cit. p. 126.

JAQUELINE R. VASSALLO

621

las aulas de la Universidad conducida por el clero secular, y sostuvo a lo largo de su vida.

A través de un derecho no secularizado, reprodujo las normas y valores que constituyeron el tejido del discurso hegemónico de la domesticidad con respecto a la mujer. En este sentido, institucionalizó el “modelo” de mujer que las leyes castellanias e indianas referían a la mujer española y criolla, conjugándolo con el derecho codificado del XIX, aún cuando gran cantidad de las mujeres vivieran un tanto alejadas del derecho, no pudieran acceder a bienes de relativo valor y salieran a trabajar fuera de sus hogares. El jurista cordobés, sencillamente no dio cabida a los nuevos modelos plantados por el derecho anglosajón y algunas instituciones del francés e italiano,

y mantuvo aquélla condición, en un nuevo “orden”.

Desmontar este andamiaje llevó 114 años, impulsados por reclamos, voces discordantes, políticas progresistas, la militancia socialista y el movimiento feminista. A 18 años de su puesta en vigencia, se sancionó la ley de matrimonio civil (2393), que amén de instaurar el matrimonio civil, suprimió de un plumazo los artículos 184 al 190, que incapacitaba a la mujer casada, como asimismo, las “categorías” de hijos.

En 1919, por ley 10.903 se autorizó a la mujer viuda seguir ejerciendo la patria potestad, después de casada en segundas nupcias. Hacia 1926, por ley 11.357, se derogó la exigencia de la mujer casada a tener la conformidad del esposo o del juez, para aceptar donaciones y herencias; al mismo tiempo que se dispuso que la mujer mayor de 22 años de cualquiera fuera su estado civil, tenía plena capacidad civil.

En 1969, con la ley 17711, se rebajó a 21 la mayoría de edad y se dejó de considerar a la casada, incapaz de hecho, con el consecuente retiro de la representación del marido. Llegado el año 1985, con la ley 23.264 se les habilitó para ejercer junto al padre la patria potestad conjunta y se eliminan las distinciones entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, para llamarlos hijos en general. Y finalmente, dos años más tarde, se sancionó la ley 23515 de divorcio vincular.

GÉNERO Y DERECHO

622

623

Sección IV

SÍNTESIS DE TRABAJOS APROBADOS

DE BECARIOS DE PREGRADO DEL CIJS

SÍNTESIS DE TRABAJOS APROBADOS DE BECARIOS DE PREGRADO DEL CIJS

624

625

LAS REDUCCIONES SALARIALES DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PRINCIPIO DE LA IRRENUNCIABILIDAD

*Beatriz Calvimonte**

I. Presentación.

A partir de un caso concreto¹ y sobre la base de comprobaciones de campo (entrevistas), se evaluó si se observaron los dispositivos de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) que contemplan el principio de irrenunciabilidad. No fue finalidad de la investigación presentar como se comporta la empleadora “X” con sus trabajadores, sino que su idea principal fue **interrogarse acerca de la eficacia o ineficacia** de ciertas normas, efecto éste que se configura cuando las mismas son más obedecidas que desobedecidas por la generalidad de los particulares, no agotándose tal concepto en la aceptación y aplicación efectiva por los órganos públicos autorizados.

* Abogada. Empleada Poder Judicial (Sala Laboral, T.S.J). Adscripta a la Cátedra de Derecho Político de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. Ex. Becaria de pregrado del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales.

¹ Una empresa de comercio que se encuentra entre las líderes del interior del país, instrumentó la eliminación de un adicional remuneratorio que abonaba periódicamente a sus empleados. Posteriormente convocó a su personal para la firma en forma individual de un convenio, mediante el cual se les redujo el salario en un 12% con la compensación de reducción horaria en un 20%, esto es sobre 40 hs. semanales, trabajar 32.

Con tal propósito se construyó el marco teórico y se relevó información mediante una serie de entrevistas, que luego de realizadas fueron analizadas a la luz de aquel objetivo.

II. Marco Teórico.

Se abordaron los conceptos de irrenunciabilidad, ejercicio del ius variandi y convenio peyorativo, entre otros. Con respecto al principio de irrenunciabilidad, la LCT es explícita en su art. 12, pero ha sido la discusión por la doctrina y la jurisprudencia, respecto del alcance del mencionado dispositivo, lo que generó diversos argumentos acerca de cómo debe interpretarse la irrenunciabilidad laboral. Así, se identificaron distintas tesis y se adoptó la que sostiene que si el derecho está reconocido en una norma imperativa no puede ser negociado en detrimento del trabajador aún a título oneroso, ya que se trata de derechos irrenunciables y de indisponibilidad absoluta. En cambio los mayores derechos emergentes del contrato de trabajo y de normas no imperativas pueden disponerse a título oneroso y variarse pero nunca se los puede abdicar en forma gratuita. De esta forma se señalaron una serie de requisitos para validar cualquier acuerdo que signifique una pérdida de beneficios para el trabajador, aún por encima de los mínimos legales: primero, que sea resultado de un genuino debate previo donde las partes realmente hayan prestado libremente su consentimiento; segundo, una efectiva y razonable compensación que mantenga el equilibrio entre las prestaciones y por último la homologación por autoridad competente. En caso de faltar alguno de estos requisitos estaríamos en presencia de un caso de renuncia de derechos sustanciales y violación de normas imperativas.

Del análisis de las entrevistas se concluyó:

- Una de las primeras medidas que tomó la empresa fue realizar un ajuste en la planta de personal, procediendo a despedir a un gran porcentaje de empleados.
- Al resto se les comunica a través de reuniones grupales que la empresa no abonaría más un adicional por productividad y desempeño que periódicamente abonaba.
- Se firma un convenio de reducción salarial en forma individual, con compensación de reducción horaria.
- Inexistencia de debate previo antes de la firma del referido convenio.
- La necesidad vital de conservar el empleo.
- Ninguno de los firmantes pudo acceder a una copia del mencionado convenio.

SÍNTESIS DE TRABAJOS APROBADOS DE BECARIOS DE PREGRADO DEL CIJS

- El mismo no fue homologado por autoridad administrativa ni judicial.
- En muchos casos la reducción horaria no se respetó.
- La ausencia del gremio de empleados de comercio.

III. Consideraciones Finales.

Al indagar sobre la temática expuesta se intentó aportar una visión de realidad sobre la cuestión de la vigencia y eficacia del principio de irrenunciabilidad durante la vida del contrato de trabajo.

Principio que nació para paliar la desigualdad real de los contratantes en su poder negociador y que hace un tiempo se ha venido debilitando no sólo por omisiones del estado y de los sindicatos a la hora de verificar el

cumplimiento de las normas del derecho del trabajo, sino y principalmente por los frecuentes incumplimientos de sus destinatarios, que en el ámbito de las relaciones cotidianas evitan y evaden por medio de aparentes acuerdos lo previsto por dicha normativa.

Esta realidad del mundo del trabajo torna inadecuado un análisis meramente teórico y exegético del tema de la irrenunciabilidad laboral y advierte para no legitimar ni convalidar una renuncia prohibida de derechos que perjudica grave y notoriamente sólo al sujeto pasivo de la decisión del otro.

En ese marco se desarrolló la presente investigación de analizar comparativamente lo sucedido con un grupo de personas que se encuentran trabajando con las exigencias de la legislación vigente, para observar el nivel de eficacia de aquella.

Luego de realizar tal estudio comparativo podemos presumir que el principio de irrenunciabilidad vive mejor en la letra de la “ley” que en las relaciones de trabajo cotidianas, premisa que no desconoce las decisiones judiciales que han logrado revivir la protección creada por el legislador, pero que demuestra que la sola vigencia del contrato de trabajo no la garantiza como debiera.

Bibliografía.

CORREA, OSCAR ALBERTO, “*Algo más sobre la irrenunciabilidad de los derechos*”, en Revista Derecho del Trabajo 6. La Ley. Año L-1990.

CORREA, OSCAR ALBERTO, “*La acción de nulidad por ejercicio ilícito del ius variandi. El daño moral*”, en Revista Derecho del Trabajo 6. La Ley. Año XLVIII - 1998.

SÍNTESIS DE TRABAJOS APROBADOS DE BECARIOS DE PREGRADO DEL CIJS
628

FERNÁNDEZ MADRID. *Tratado Práctico del Derecho del Trabajo*. La Ley. 1989.

GRISOLIA JULIO ARMANDO. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Depalma. 2002.

HART, HERBERT L.A. *El Concepto de Derecho*. Abeledo Perrot. 1963.

MOISÉS MIEK, “*El largo debate sobre irrenunciabilidad, indisponibilidad de derechos, imperatividad normativa y orden público laboral*”, en conferencia.

PLÁ RODRÍGUEZ AMÉRICO. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. De Palma. 1978.

RUPRECHT ALFREDO J. *Los Principios Normativos Laborales y su Proyección en la Legislación*. Zavalía. 1994.

TOSELLI CARLOS A., “*Los principios del derecho del trabajo en la nueva política económica*”, en Semanario Jurídico, N° 1100. 1996.

VÁZQUEZ VIALARD ANTONIO, “*Aplicación de los principios generales del derecho del trabajo, con especial referencia al de irrenunciabilidad*”, en revista Derecho del Trabajo 4. Año XLVIII, 1988.

SÍNTESIS DE TRABAJOS APROBADOS DE BECARIOS DE PREGRADO DEL CIJS
629

LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL Y LA ACTIVIDAD MÉDICA PUNIBLE.

*Pablo Damián Pupich**

1. Introducción.

El problema de la imputación objetiva, uno de los más relevantes de los que se plantea actualmente la dogmática penal, supone el replanteamiento de temas tan clásicos como la propia estructura del concepto de delito. La dogmática jurídico-penal, desde Binding hasta la actualidad ha dirigido sus esfuerzos doctrinales a la búsqueda y delimitación teórica de los requisitos y exigencias que debe cumplir una conducta humana para

poder ser relacionada con la producción de un resultado no permitido por el ordenamiento jurídico. En efecto, la evolución del concepto de delito ha ido desarrollándose a través de distintas concepciones filosóficas que daban lugar a nuevos planteamientos y formas de comprender el significado del actuar humano en el delito. Esta evolución no sólo no ha acabado, sino que está adquiriendo nuevas fuerzas.

El tipo imprudente, empieza a ocupar un compartimiento importante dentro del núcleo de la problemática jurídico penal como consecuencia de los avances sociales que han convertido a nuestra sociedad en una "socie-

* Abogado. Adscripto a la cátedra de Derecho Penal II de la FDyCS de la UNC.

Alumno de la Carrera de Especialización en Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC / UNL). Ex becario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales.

SÍNTESIS DE TRABAJOS APROBADOS DE BECARIOS DE PREGRADO DEL CIJS

630

dad de riesgos". Es decir, una sociedad donde el cuidado y el cumplimiento exacto de las normas técnicas en amplios sectores de la vida cotidiana, se convierten en única garantía de inmunidad de valores básicos en nuestra sociedad como son la vida y la salud de las personas. Así estos riesgos generados por actividades de determinada naturaleza, en el caso que nos ocupa la actividad médica, necesariamente los debemos asumir o de lo contrario, el avance de la ciencia y la tecnología se vería truncado. En este orden de ideas, esta investigación se propuso analizar la teoría de la imputación objetiva y determinar los criterios para su atribución en relación a la actividad médica punible. A tales efectos se construyó el marco teórico y se realizó un análisis específico y profundo del mismo a los fines precedentemente señalados.

Por último, este trabajo se ocupó exclusivamente de los sucesos culposos provenientes de la actividad médica.

2.Marco Teórico.

Los criterios para formular la imputación objetiva comienzan a aplicarse luego de que se comprueba la causalidad natural. En este sentido afirma Marco Antonio Terragni que "a su juicio este paso es necesario, pese a lo imprecisa que puede resultar la idea "causalidad natural" y la insuficiencia que del empleo de ella deriva. Sin embargo, siempre se debe proceder así en casos de posible mala praxis médica, para ir paulatinamente penetrando en el arcano de saber si en el agravamiento de la salud del enfermo o en su muerte ha influido una conducta profesional penalmente cuestionable". La constatación de la relación entre acción y resultado será el requisito previo para investigar si de tal relación de acontecimientos puede generarse una responsabilidad penal. El siguiente paso será comprobar que un comportamiento es imputable a su autor como productor de un resultado. Roxin elabora el esquema estructural de la imputación objetiva *diferenciando tres niveles de imputación*, por lo que para este autor la imputación objetiva parte de una premisa fundamental, demostrada la causalidad, se le puede imputar al sujeto la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, cuando *este ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado o no permitido el que se concreta en la producción del resultado típico dentro del alcance del tipo penal o del fin de protección de la norma penal.*

En relación a lo expresado precedentemente se realizó un profundo estudio de los criterios de imputación objetiva : **a) creación de un riesgo no permitido; b)Realización del riesgo imputable en el resultado; y c)**

SÍNTESIS DE TRABAJOS APROBADOS DE BECARIOS DE PREGRADO DEL CIJS

631

alcance del tipo penal o fin de protección de la norma penal. Luego de ello se intentó demostrar la utilidad de la aplicación de los mismos a la actividad punible de los médicos, logrando obtener importantes resultados.

3. Reflexiones finales.

De lo expuesto, y en atención a los fines que persigue el Derecho Penal, deben provenir soluciones novedosas y justas, aplicables a los temas de responsabilidad médica, que tanto preocupan a los mismos profesionales y a los pacientes que se sienten perjudicados por una atención deficiente. De la orientación teleológico funcionalista del Derecho Penal fundamentada en la prevención general positiva se extrae importantes consecuencias para toda la Teoría general del delito. Pero quizás el mayor mérito de la teoría de la imputación objetiva sea el haberse mostrado sensible a una realidad social nueva y haber intentado definir conceptos que permitan describirla correctamente en el seno del derecho penal y del concepto dogmático del delito. En nuestra sociedad actual, efectivamente, surgen nuevas situaciones que exigen respuestas cada vez más valorativas y normativizada. El riesgo implica una nueva concepción del bien jurídico como criterio de solución al conflicto resuelto en la pauta de conducta contenida en la norma penal.

Como conclusión de la presente investigación conviene hacer referencia a algunas posiciones que pretenden fundamentar el sistema en referencias completamente inadecuadas. En primer término, ha quedado claro que ni la estructura de la teoría del delito ni el contenido de sus categorías surge del texto de la ley, como muy probablemente creyeron los positivistas puros. El texto es por su naturaleza ambiguo y no permite fijar adecuadamente ni la estructura ni las categorías del sistema. Por otra parte, la falsedad de la tesis que pretende demostrar la dependencia del sistema del texto legal puede ser demostrada mediante dos comprobaciones empíricas: en primer lugar, aunque los textos cambien los sistemas no cambian, en segundo lugar, la internacionalidad del sistema.

El presente trabajo intentó plantear un tema que nos parece tremendamente interesante e importante, toda vez que la complejidad y las consecuencias jurídicas de los actos médicos requiere un tratamiento especial.

SÍNTESIS DE TRABAJOS APROBADOS DE BECARIOS DE PREGRADO DEL CIJS

632

633

Sección V

SÍNTESIS DE TRABAJOS PRESENTADOS EN LA COMISIÓN DE ESCUELAS DE LA CUARTA JORNADA SOBRE EXPERIENCIAS EN INVESTIGACIÓN

SÍNTESIS DE TRABAJOS PRESENTADOS EN LA COMISIÓN DE ESCUELAS DE LA ...

634

635

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES
CUARTA JORNADA SOBRE EXPERIENCIAS EN
INVESTIGACIÓN
COMISION DE ESCUELAS.**

Esta Comisión incorporó los trabajos presentados por investigadores de las Escuelas de Ciencias de la Información y Trabajo Social. Se presentaron un total de treinta trabajos, de los cuales se expusieron 23, correspondientes tanto a desarrollos de equipos de investigación como avances de tesis de maestría o doctorado. Los mismos se agruparon en seis mesas de trabajo, por afinidad temática. Consignamos a continuación los abstracts correspondientes a las producciones expuestas.

Mesa 1: Representaciones Sociales

REPRESENTACIONES DE LA ESCRITURA EN ALUMNOS UNIVERSITARIOS

Director: Lic. Paulina Brunetti *Co-director :* Lic. Miriam E. Villa
Integrantes: Prof. Candelaria Stancato - Prof. Carolina Subtil - Lic. Daniel Luque

Aun cuando el aprendizaje de la escritura no se agota en las etapas de escolarización primaria y secundaria, las dificultades encontradas en alumnos universitarios revelan un débil manejo de la lengua escrita desde el punto de vista macro y microlingüístico. Esto plantea muchos interrogantes ya que la sola detección de múltiples errores comunes no permite comprender el problema. Este trabajo propone, inspirándose en ideas ya discutidas en la didáctica de la lengua que la formación no está precedida por un vacío, sino por una serie de adquisiciones y experiencias previas; esto es, que es necesario conocer, como un paso inicial, al estudiante que aprende. Posiblemente, y en parte, las dificultades encontradas podrían deberse a las vinculaciones de los estudiantes con la escritura; esto es, a las representaciones que poseen de las prácticas de escritura, básicamente ligadas a la experiencia escolar previa, a experiencias personales, etc. Como la adquisición de nuevos saberes, la escritura también es una práctica social investida de valoraciones. Se trata entonces, de examinar en qué se sostienen tanto dificultades o carencias como preferencias, capacidades o destrezas adquiridas. En este marco, adoptamos la noción de *representación social*. Los sujetos las construyen a partir de su experiencia social y son coherentes con sistemas de representaciones socialmente constituidos. Nos interesamos por lo que hace el sujeto con la escritura, la manera como la vive no solamente a partir de los saberes que se le han transmitido sino igualmente a partir de las diferentes experiencias escolares y no escolares.

Siguiendo la propuesta de Ives Reuter las representaciones se investigan sobre algunos ejes. Éstos se localizan entre los polos –hacia los que las representaciones pueden tender– de la atracción/repulsión; distinción/banalización, facilidad/esfuerzo; inspiración/aprendizaje, utilidad/inutilidad.

EL DISCURSO RADIOFÓNICO Y LA REMEMORACIÓN DEL 19 Y 20 DE DICIEMBRE DE 2001. MEMORIAS DEL “CACEROLAZO”.

Director: Ana Beatriz Ammann . *Codirector:* Tamara Liponetzky
Integrantes: Libera Guzzi - Carla Klema

En el presente trabajo abordaremos de forma comparativa las conmemoraciones radiofónicas de la caída de De La Rúa en diciembre de 2001.

La radio tiene una especial forma de recordar, produce una memoria, un tipo de memoria que se asocia con lo emotivo con las sensaciones y con una forma de llegar a los sentidos que la diferencian del resto de los medios de comunicación.

La vorágine de lo cotidiano en este medio, la inmediatez y la caducidad de las noticias hacen que no siempre se pueda explotar la riqueza de los recursos radiofónicos. Por este motivo analizaremos “informes especiales”

en radio, porque creemos que este formato nos permitirá observar el aprovechamiento de los recursos utilizados, por dos radios en este caso, a la hora de elegir recordar. Y como la memoria implica una elección y una selección, hemos seleccionado dos radios para trabajar con sus producciones

SÍNTESIS DE TRABAJOS PRESENTADOS EN LA COMISIÓN DE ESCUELAS DE LA ...
637

nes en torno a la conmemoración del cacerolazo. Las emisoras a comparar serán Radio Mitre y Radio Revés (radio de la Escuela de Ciencias de la Información)

Analizaremos aspectos discursivos y sonoros así como también las pertenencias y las diferencias institucionales de estas emisoras.

LA SOCIEDAD DE LOS PÚBLICOS. NOCIONES E HISTORIA DE SU CONSTITUCIÓN - Segunda Etapa

Directora: Lic. María Cristina Mata

Integrantes: Lic. Marcela Sgammini - Lic. Carlos Gazzera

Este proyecto, fundado teóricamente en el desarrollo de una primera etapa, en la cual se desnaturalizó la noción de público utilizada generalmente en los estudios de comunicación, consiste en la realización de tres estudios de caso que dan cuenta de la constitución de públicos particulares en torno a medios sonoros, audiovisuales y gráficos.

Uno de los estudios de caso indaga la **constitución del público de la radio en Córdoba**, como instancia de formación clave de la cultura masiva; el segundo estudio indaga la **constitución del público de la televisión por cable en nuestra ciudad**, emblemático de un proceso de transformación tecnológica que conlleva profundas transformaciones culturales; el tercer estudio indaga la **constitución del público lector de revistas en las décadas del 60-70 en nuestra ciudad**, como instancia en la cual se articulan proyectos políticos y culturales.

En cada uno de esos estudios el público es considerado un tipo específico de formación social fruto de transformaciones económicas, tecnológicas y culturales, construida en la intersección de las interpelaciones que se destinan desde los medios y productos culturales masivos y las adhesiones que las mismas suscitan en los destinatarios.

“IMAGINARIO Y REPRESENTACIONES SOCIALES DE LA PRÁCTICA PROFESIONAL DE COMUNICADORES SOCIALES. APORTES PARA LA ACTUALIZACIÓN DE LA PROPUESTA CURRICULAR DE LA ESCUELA DE CIENCIAS DE LA INFORMACIÓN”. -05/D282-

Directora: Dra. Paulina Emanuelli - Codirectora: Dra. Mirta Clara Echevarría

Integrantes: Lic. Fabiana Castagno - Dra. Mónica Viada - Lic. Carolina

Ferrero - Lic. Pedro I. Garello - Sr. Mauro Chocobar - Srta. Julieta Dametto

Las transformaciones de la sociedad contemporánea ponen constantemente a prueba el desempeño de los egresados universitarios. El campo comunicacional y la inserción de los profesionales de la comunicación no

SÍNTESIS DE TRABAJOS PRESENTADOS EN LA COMISIÓN DE ESCUELAS DE LA ...
638

es ajena a esta realidad. Las prácticas profesionales de los comunicadores han sufrido cambios vertiginosos, no sólo por lo acelerado de los avances tecnológicos y las competencias que demandan las prácticas profesionales, sino también por los vaivenes económicos producidos en el campo laboral. Este proyecto intenta realizar un aporte a la propuesta educativa de la Escuela de Ciencias de la Información mediante la indagación de las

representaciones sociales que sobre la práctica profesional aparecen, por un lado, en las expectativas de alumnos ingresantes y avanzados y por el otro, en el diseño de programas y planificación de las disciplinas. Como las representaciones dotan de sentido a la realidad social y el conocimiento trabaja en base a representaciones -al mismo tiempo que las construye-, el ingreso masivo a la carrera de Comunicación Social daría cuenta de un imaginario compartido por un grupo social que legitima y valora la profesión. El análisis del currículo nos permitirá establecer los dispositivos que circulan entre los docentes acerca de las prácticas profesionales. Vincularemos, por último, expectativas y oferta educativa de grado con los nuevos flujos de comunicación y su demanda de una formación que permita operar con y sobre ellos.

LA RECONSTRUCCIÓN DEL MERCOSUR Y LA IMPORTANCIA COMUNICADA POR LOS GOBIERNOS DE BRASIL Y ARGENTINA A TRAVÉS DE MEDIOS GRÁFICOS ENTRE ENEROMAYO DEL 2003.

Director: Eric Calcagno – Codirectora: María Paulinelli

Integrantes: Maria Alaniz

La reconstrucción de un espacio de integración latinoamericana, es fundamental, sobre todo a la luz de los cambios políticos operados en Brasil y Argentina y la constitución de nuevos gobiernos encarnados por Ignacio “Lula” da Silva y Eduardo Duhalde – Nestor Kirchner.

No obstante haberse planteado la importancia del MERCOSUR desde la década de los ‘90, su magnitud parece haber tenido siempre un tratamiento formal, dado que solo revistió interés para los gobiernos frente a hechos coyunturales (elecciones brasileras, caída del precio del dólar en Argentina, crisis regional, discurso inaugural y primeras medidas de Lula, elecciones argentinas y posicionamiento del PJ). Además existe una permanente hegemonía de los aspectos políticos y económicos, sin que tome mayor envergadura el planteo de relanzar o reconstruir las dimensiones culturales, educativas o sociales.

SÍNTESIS DE TRABAJOS PRESENTADOS EN LA COMISIÓN DE ESCUELAS DE LA ...
639

En lo metodológico se intentará revisar dentro de las noticias internacionales aquellas referidas al relanzamiento del MERCOSUR donde figuren los comunicados, columnas de opinión o entrevistas de los presidentes de Brasil y Argentina, aparecidas en el período enero-mayo de 2003 en los diarios Página 12 y Folha de Brasil.

INSTITUCIONES Y COMUNICACIÓN: BÚSQUEDA DE ORIENTACIONES Y PERFILES CONCEPTUALES EN LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA

Integrantes: Lic. Isabel Ortúzar - Lic. Stella Regis - Lic. Laura Vargas

La Comunicación Institucional constituye un campo complejo atravesado por distintas perspectivas teóricas y prácticas. Se trata de un campo de reciente construcción a partir de la relación que se establece entre **comunicación** e **institución**.

En los diversos contextos, tanto desde la teoría como desde la práctica, esta relación ha sido pensada desde diferentes perspectivas; atravesada por inscripciones históricas, políticas y económicas.

Quizás el aspecto más relevante es que, al desarrollo de las prácticas e intervenciones de comunicación institucional, no le ha correspondido de igual modo, el desarrollo de un “corpus teórico” sólido, autónomo y sistemático.

Consideramos que, de alguna manera, en el proceso de elaboración del plan de estudios y de la orientación en particular, se implementaron distintas prácticas para disputar la legitimidad y monopolización de “un” perfil del comunicador social e institucional.

Tal vez el lugar dónde mejor se sintetiza esta diversidad de posturas, de modalidades y abordajes de la comunicación institucional -tanto de la práctica como de la teoría- es en el Trabajo Final que los alumnos realizan para obtener el título de Comunicador Social. En este marco, creemos que es importante observar cómo operan allí, las diferentes metodologías y conceptualizaciones teóricas tanto de la comunicación como de la institución, sobre qué perfil de comunicador social/institucional construyen sus intervenciones, cuáles son los aportes que realizan al campo de la Comunicación Institucional.

Mesa 2: Educación:

EDUCACIÓN, TRABAJO Y PROYECTO DE VIDA. EXPECTATIVAS Y VALORACIONES EN TORNO A LA RELACIÓN EDUCACIÓN, TRABAJO Y PROYECTO DE VIDA, EN ESTUDIANTES DEL CBU

SÍNTESIS DE TRABAJOS PRESENTADOS EN LA COMISIÓN DE ESCUELAS DE LA ...

640

Y EL CICLO DE ESPECIALIZACIÓN, EN SECTORES DE POBREZA URBANA, EN LA CIUDAD DE CÓRDOBA. UN ESTUDIO DE CASO.

Director: Alberto Parisi, Co directora: Alejandra Domínguez.

Integrantes: Silvina Cuella - Rossana Crosseto - Gabriela Pinotti,

Ayudante alumnos/as: Daniela Ponce de León - Franco Moran - Daniel Nievas

- Alejandra Agostini

El proyecto es fruto de un proceso de continuidad de la línea de estudios que como equipo de investigación venimos desarrollando desde 1999, y especialmente la desarrollada durante 2002, centrados en torno al fenómeno de la Educación, pobreza - exclusión y derechos de mujeres y niño/as en el ámbito social familiar.

Su objetivo es indagar y caracterizar las expectativas, valoraciones y representaciones, que los adolescentes y jóvenes de sectores urbanos marginales tienen, en torno a la relación educación, trabajo y proyecto de vida.

Para ello se ha tomado una muestra intencionada de estudiantes del CBU y Ciclo de Especialización, de sectores de pobreza urbana en la ciudad de Córdoba.

El proyecto surge a partir de haber constatado, en trabajos anteriores, el reconocimiento del derecho a la educación y la importancia que tiene la misma para los niño/as, como para las mujeres de sectores urbano marginales. Por otra parte, el espacio escolar y la educación en general, ocupan un lugar central, no sólo como eje organizador del funcionamiento cotidiano de la vida familiar para los niño/as, sino además como inversión por parte de los/as adultos/as, que aún hoy se sostiene en los sectores pobres urbanos, por las expectativas puestas en la educación como medio de movilidad social, por su conexión con el mundo del trabajo, en tanto transmisión de oportunidades. La educación sigue estando presente como una huella en las trayectorias sociales, familiares e individuales y en los proyectos de vida del sector. Sin embargo también se ha podido constatar, en los trabajos anteriores, la existencia de un desencuentro o una no correspondencia entre la presencia de lo escolar en la vida de los sujetos, y el escaso resultado en términos de logros en el aprendizaje.

Las preguntas que nos hicimos fueron:

Que representaciones tienen los adolescentes y jóvenes de este sector social, en relación a la educación? Constituyen para ellos una vía de movilidad social? Valoran a la educación como un medio de acceso para mejorar sus oportunidades en el mundo del trabajo? Qué lugar ocupa ésta en sus proyectos de vida?

Intereso indagar a demás las posibles incidencias que las diferencias

SÍNTESIS DE TRABAJOS PRESENTADOS EN LA COMISIÓN DE ESCUELAS DE LA ...

641

de género puedan generar a nivel de representaciones, expectativas y oportunidades.

Las *dimensiones* que se encuentran en proceso de análisis son las siguientes:

- *educación*, la indagación de lo actitudinal y el logro de competencias.
- *trabajo*, dimensiones tales como lo aptitudinal y valores como los de independencia/autonomía económica.
- *proyecto de vida*, dimensiones tales como emancipación, movilidad social, autoestima y reconocimiento social («capital simbólico»), participación y solidaridad.

CAUSAS DE DESERCIÓN DE ESTUDIANTES EN LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA. (Cohorte 1998)

Dirección: Hebe Goldenhersch - Co-dirección: M. Teresa Moughty

Investigadores: Nora Chiavassa, Adela Coria, Martín Saino

Vamos a tratar de hacer un breve recorrido por las distintas etapas de la investigación que se inició en 1998 y fue presentada a la SECyT (y aprobada) durante el período 1999 - 2003.

De los estudiantes pre-inscriptos en diciembre de 1997, se seleccionó una muestra sistemática de 743 alumnos (1/6 de los pre-inscriptos). Esta selección se realizó directamente por el sistema informático al momento de pre-inscribirse (aparecía un mensaje requiriendo una serie de datos al estudiante para que luego pudiera ser ubicado).

PRIMERA ENCUESTA

A comienzos de 1998 se realizó una **primera encuesta**, lográndose ubicar al 50 % de los estudiantes de la muestra que estaban en la actividad y un número muy inferior de los que nunca cursaron en la Facultad (no existen experiencias de contacto con inscriptos con actividad nula).

Estudiante Fantasma: De los alumnos pre-inscriptos en diciembre de 1997 en la Facultad de Ciencias Económicas, hay un 41 % que no se inscribió en febrero de 1998. De los inscriptos, hay un 2 % no rindió ninguna materia del ciclo de nivelación.

Inscribirse en una carrera que no se va a iniciar, indica que la raíz del problema está fuera de la Universidad: dificultades para definir su vocación, dificultades económicas para mantenerse en la Ciudad de Córdoba

SÍNTESIS DE TRABAJOS PRESENTADOS EN LA COMISIÓN DE ESCUELAS DE LA ...

642

(los provenientes del interior), necesidad de trabajar, falta de hábito de estudio adquirido en la escuela media, etc.

En 1999, procesados y analizados los datos de la encuesta, se detectaron tres grupos diferenciados de estudiantes:

- 1) Los que abandonaron los estudios y no siguen otra carrera.
- 2) Los que abandonaron pero siguen otra carrera
- 3) Los que siguen sus estudios

Dentro de cada uno de estos grupos, mediante métodos multivariados

se identificaron subgrupos y, dentro de ellos, **individuos típicos**. A estos individuos típicos se los contactó para realizar un estudio cualitativo mediante la aplicación de **entrevistas individuales en profundidad** (aplicadas por 3 sicólogas). A los datos obtenidos se les aplicó el **Análisis de datos textuales** (paquete estadístico SPADT) y se aparearon con los datos del primer relevamiento.

Deserción en el primer año: El 43 % de los que abandonaron y manifiestan las causas por las que sintieron deseos de hacerlo, mencionan como principal motivo «problemas propios del estudio» tales como: no sabe estudiar, no tiene capacidad, tuvo problemas con las evaluaciones. Pero entre quienes sintieron deseos de abandonar pero continúan su carrera dieron la misma respuesta el 57 %. Esto refuerza la importancia de los aspectos personales del estudiante que reacciona abandonando o continuando sus estudios, no sólo ante las mismas condiciones objetivas sino ante idéntica percepción de las dificultades.

SEGUNDA ENCUESTA

A fines de 1999 se llevó a cabo la **segunda encuesta**. En esta oportunidad se sacó de la muestra a quienes ya habían desertado al momento de la primera encuesta.

Se debió rastrear a los desertores (los que no eran de Córdoba Capital o habían cambiado su domicilio, se los buscó telefónicamente o por carta en su domicilio de origen).

Los datos obtenidos se adicionaron a los **registros académicos de la Facultad**.

Se aplicaron nuevamente técnicas estadísticas de **análisis multivariado**, obteniéndose nuevamente grupos de estudiantes con características diferentes (6 grupos). Con cada uno de estos grupos se realizaron **focus group** o grupos motivacionales para indagar las causas de la deserción y las dificultades en los que continúan estudiando.

SÍNTESIS DE TRABAJOS PRESENTADOS EN LA COMISIÓN DE ESCUELAS DE LA ...
643

Deserción en segundo y tercer año: Son estudiantes que no pasaron de primer año o primer semestre de segundo año de la carrera.

Potenciales desertores: Surgen dos grupos claramente diferenciados, aquellos que están seguros de terminar su carrera y quienes han sentido deseos de abandonar. Entre estos últimos, las causas más mencionadas son: dificultad de la carrera, poco estudio, problemas de trabajo y situaciones familiares.

ENTREVISTA A INFORMANTES CLAVE

Para conocer la opinión acerca de las causas de la deserción, se entrevistó a Profesores, Auxiliares docentes, personal administrativo del área alumnos, al Secretario de Asuntos Estudiantiles y al Presidente del Centro de Estudiantes.

Causas principales: larga duración de la carrera, materias muy intensivas en los primeros años, la masividad de los primeros años, la poca base de conocimientos que traen del secundario, porque la carrera no cumple con sus expectativas, cuando deben trabajar demasiadas horas.

ENTREVISTA A ESTUDIANTES QUE ESTAN MUY ATRASADOS EN SU CARRERA

Durante el año 2002, se volvió a entrevistar alumnos que no se habían matriculado los dos últimos años y estudiantes que estaban muy atrasados

en su carrera, para detectar potenciales desertores.

Actualmente se está analizando la **base completa de estudiantes de esta cohorte y sus registros académicos**, con la finalidad de establecer el porcentaje que finalizó la carrera en los años establecidos, los que finalizaron con alguna demora, quienes están terminando y quienes, aún con atraso notorio en sus estudios, están decididos a finalizar la carrera. Por otro lado, la cantidad que fueron desgranándose del sistema cada año.

A partir de los datos finales, se realizarán una serie de recomendaciones, que son el verdadero objetivo de este estudio, para intentar disminuir la deserción.

ANÁLISIS DE LOS CAMBIOS IMPLEMENTADOS EN EL CENTRO EDUCATIVO DEODORO ROCA Y SU IMPACTO EN LA ORGANIZACIÓN Y COMUNICACIÓN.

Director: Alicia Carranza

Integrantes: Maestrando Lic. Laura Delia Vargas

El presente trabajo forma parte de una investigación, (estudio de caso) sobre la implementación del proyecto **“ESCUELA PARA JÓVENES”**,

SÍNTESIS DE TRABAJOS PRESENTADOS EN LA COMISIÓN DE ESCUELAS DE LA ...

644

dónde el interrogante es poder indagar sobre lo que les pasa a los diferentes actores sociales de las instituciones educativas, cuando tienen que llevar a la práctica políticas.

En el año 2001 comenzó a implementarse en Córdoba el proyecto Escuelas para Jóvenes, “que tiene por finalidad el desarrollo de propuestas de mejorar la calidad de la Escuela secundaria”; éstas acciones están dirigidas a gestar cambios en el modelo curricular e institucional.

El marco conceptual del trabajo parte de la micropolítica¹ de la escuela, cuyo objetivo es el poder captar lo que viven, sienten y piensan los profesores. Por ello es necesario analizar los cambios con profundidad, ya que la implementación de diferentes proyectos va a producir movimientos y la organización transitará un tramo incierto con respecto a otros momentos institucionales.

Con la realización de este proyecto de investigación pretendemos tener un análisis en profundidad del alcance e impacto en los actores sociales del CBU del Centro Educativo Deodoro Roca de esta nueva propuesta de cambio impulsada por el Ministerio de Educación de la Nación y que sirva como guía para revisar los aciertos y errores del mismo.

Mesa 3: Cultura, Política y Sociedad:

GRAMÁTICAS MÚLTIPLES: INVESTIGACIONES SOBRE REPRESENTACIONES POLÍTICAS.

Director: María Susana Bonetto - Codirector: Fabiana Martínez

Integrantes: María Teresa Piñero - María José Bustos - Malvina Rodríguez - Facundo Ponce.

Es indudable que las prácticas políticas son inseparables de una dimensión simbólica que les otorga inteligibilidad: en la actualidad, múltiples actores producen sentido en torno a la cuestión política desde diferentes “gramáticas de producción”. El trabajo pretende la exposición sintética de resultados obtenidos en distintas investigaciones sobre diferentes corpus. La primera², dedicada a las transformaciones recientes del discurso de los partidos políticos (que imprime a la época actual un particular *pathos* de renovación, y un intenso movimiento de restitución de ideologemas expulsados durante la década del 90 –antagonismo, colectivos y territoriali-

¹ Concepto trabajado por Stephen Ball, que plantea un abordaje particular de la “Organización Escuela”.

² Investigación subsidiada por Secretaría de Ciencia y Técnica, Universidad Nacional de Córdoba, período 2003/2004.

SÍNTESIS DE TRABAJOS PRESENTADOS EN LA COMISIÓN DE ESCUELAS DE LA ...

645

dad nacional, configuración de adversarios (*FMI, bancos*), re-tematizaciones sobre el Estado). La segunda³, dedicada al análisis de discursos ciudadanos (grupos medios) a partir de metodologías cualitativas –grupos focales.

El objetivo es mostrar el estado actual de la cuestión y las diferentes estrategias proporcionadas por disciplinas como la semiótica y el análisis del discurso para el análisis de diversas representaciones.

VIGENCIA DE VALORES DE CIUDADANÍA EN LA SOCIEDAD CORDOBESA: JOVENES Y ADULTOS FRENTE A LA DEMOCRACIA.

Directora: Nora Aquín - Codirectora: Patricia Acevedo.

Integrantes: Nelly Nucci - Esther Custo - Gabriela Rotondi - Nora Britos.

El proyecto se inscribe en una línea de investigación que se inicia en el año 1998. Iniciamos el estudio para explorar y describir la jerarquía y contenidos de significación atribuido a la igualdad, la libertad, la justicia y solidaridad, en dos franjas etáreas (jóvenes y adultos) y en tres sectores sociales que identificamos por la variable ocupación (estudiantes/profesionales, trabajadores del sector formal y desocupados o trabajadores del sector informal). Las dimensiones centrales de los estudios son: valores y ejercicio de ciudadanía, credibilidad en las instituciones garantes de la ciudadanía y noción de democracia.

Lo sucedido en Argentina desde diciembre de 2001 ofreció un escenario que nos movilizó a indagar –como continuación de esta línea- en las percepciones y opiniones de jóvenes y adultos de los mismos sectores ocupacionales respecto de la democracia, las instituciones supuestamente garantes de la ciudadanía y la participación en organizaciones y manifestaciones públicas de protesta y de defensa de derechos.

Nos encontramos con hombres y mujeres que descreyendo del sistema de partidos políticos, de los políticos y de las instituciones supuestamente garantes de la democracia se expresaron en el espacio público en el ejercicio de otras formas de lucha política, sugiriendo nuevos modos de entender la pertenencia a la comunidad real y demandar ante el Estado. En el presente trabajo se recuperan y analizan las percepciones de ambos grupos etáreas respecto de estas expresiones. ¿Es un determinado formado de la actividad política lo que se encuentra en declinación? Esto parecen ase-

³ Investigación subsidiada por el Instituto de Investigaciones, Universidad Nacional de Villa María, período 2003/2004.

SÍNTESIS DE TRABAJOS PRESENTADOS EN LA COMISIÓN DE ESCUELAS DE LA ...

646

verar los resultados. Al mismo tiempo surgen nuevas acciones y reacciones en la sociedad civil, de distinto alcance y con distintas formas de organización, que convocan a participar en problemas más acotados y locales. En estos espacios parece revitalizarse la democracia y cobrar un sentido nuevo la política. De ello han dado testimonio nuestros entrevistados. Estas nuevas acciones que abarcan un abanico de posibilidades, implican nuevas formas de poner en acto la sociabilidad y nuevas formas de intervención ciudadana? El tiempo permitirá establecer si se está conformando un nuevo habitus de clase, de generación o de enclasmiento local que genera nuevas formas de expresión en niveles microsociales, pero que por el momento

aparecen como las únicas puertas abiertas a cierta participación ciudadana. No es posible en la actualidad prever la trayectoria que habrán de recorrer estas nuevas formas de participación ciudadana, aunque no debe olvidarse que estas mismas prácticas, tanto como las argumentaciones de los sujetos en torno a ellas, de alguna manera restauran, adaptadas a la actualidad, valores y prácticas ciudadanas que tuvieron importante presencia en el pasado.

CIUDADANÍA Y SALUD MENTAL⁴. UNA INVESTIGACIÓN EN EL CENTRO DE SALUD DE BARRIO PUEYRREDÓN

Autor: Esther Custo

Directora: Nora Aquin

El trabajo describe el encuadre institucional de la investigación, momento y espacio en que se inserta, contexto y texto de los sujetos y zona de influencia.

Explica en forma breve el encuadre teórico-metodológico. El proyecto de investigación intenta reconstruir y recuperar las prácticas, actitudes y representaciones desde la mirada de los sujetos sociales para conocer si aportan a la construcción de la salud mental. Se inscribe desde la perspectiva de la lógica cualitativa.

Se presentan algunas conclusiones parciales a tener en cuenta como que, en cada época y en cada momento histórico los sujetos otorgan y significan sentido a determinados valores y prácticas con relación a la salud mental y a la ciudadanía, de acuerdo a las condiciones materiales y simbólicas que se inscriben en la vida cotidiana, (en el trabajo, la vida familiar,

⁴ Conclusiones parciales del trabajo de Tesis (2003), "Ciudadanía y Salud Mental", presentado a la Maestría en Salud Mental. Paraná. Universidad Nacional de Entre Ríos.

SÍNTESIS DE TRABAJOS PRESENTADOS EN LA COMISIÓN DE ESCUELAS DE LA ...

647

comunitaria, o en la política) produciendo y construyendo determinadas subjetividades.

En la investigación aparece como tema central: el trabajo como salud mental. Pareciera que el tener trabajo los ubica en un lugar en la sociedad, productora de identidad, de reconocimiento, de derechos, de garantías de ingreso y de protecciones sociales.

Así mismo a lo largo de este trabajo nos posibilita reflexionar que el hecho de poder reclamar, participar y ejercer la ciudadanía, es decir, poner en práctica los derechos, favorece la salud mental del grupo entrevistado.

En ese sentido la ciudadanía (en sus dimensiones de pertenencia, participación y derechos les proporciona acumulación de capital cultural, social y simbólico, otorgándole reconocimiento en el ámbito local y otros, identidad y compensación simbólica. Estas disposiciones, estrategias de pensamiento y de intervención de afrontamiento de las realidades en los escenarios sociales constituyen su salud mental.

LA RECONSTRUCCIÓN DEL ESCENARIO POLÍTICO. EL CASO DE LA REFORMA DEL ESTADO DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA A TRAVÉS DE LA PRENSA LOCAL.

Director: Haiquel Miguel Angel.

Integrante: Siragusa Cristina Andrea.

En un contexto de redefinición de la vinculación Estado y Sociedad Civil que implica repensar las formas de gobierno democráticas y la administración de los bienes públicos, la reflexión acerca de las modalidades a partir de las cuales la *política* se constituye en el vector clave en el que se

disputan las nuevas formas de dicha articulación para los distintos aparece como imprescindible. Es justamente en este enfrentamiento de posiciones e intereses en el que se gesta la resignificación de cuestiones tales como la representación política, la noción de ciudadanía, la idea de lo público y lo privado, entre otras.

Se ha seleccionado, para la presente investigación, el proceso político que se generó en torno al debate del proyecto de Ley Nuevo Estado en la provincia de Córdoba a principios del año 2000. Aquí se consideran las acciones y expresiones de los distintos actores estatales y no estatales, en la construcción del escenario político en el que se aprobó y legitimó las propuestas de reforma del Estado presentadas por el Poder Ejecutivo provincial ante la Legislatura local. Los interrogantes que orientan la presente indagación son: *¿de qué manera la prensa gráfica local construyó y presentó el escenario político durante el debate público del proyecto de Ley*

SÍNTESIS DE TRABAJOS PRESENTADOS EN LA COMISIÓN DE ESCUELAS DE LA ...

648

que involucró a distintos actores (estatales y no estatales)?, y ¿cómo los diarios locales caracterizaron el proceso de debate público de la Ley “Estado Nuevo”?.

Mesa 4: Signo, cultura y representación

LO HEGEMÓNICO: ACTUALIZACIONES Y RESISTENCIAS. LA DINÁMICA DE LOS PROCESOS CULTURALES EN LA ARGENTINA NEOLIBERAL.

DIRECTORA: Lic. María Paulinelli,

INTEGRANTES: Lic. Gabriela Halac - Lic. Ana Paulinelli - Lic. Julio Ariza

- Lic. Mariano Barzotti - Lic. Miguel Angel Novero.

Para nuestra investigación partimos de la extensa tradición de estudios que ubican a la cultura en el centro del debate sobre la praxis y las prácticas de los sujetos sociales e históricos. Entendemos la cultura como dice Raymond Williams, distinguiendo “una gama de significados que va: desde 1) *un estado desarrollado de la mente*, como en el caso de una “persona culta”; hasta 2) *los procesos de este desarrollo*, como es el caso de los “intereses culturales” y las “actividades culturales”; y 3) *los medios de estos procesos*, como “las artes” y “las obras humanas intelectuales” en la cultura. Este último es el significado general más común en nuestra propia época, aunque todos se utilizan. Coexisten, a veces incómodamente, con el uso antropológico y el sociológico –este, sumamente extendido- que indica “todo el modo de vida” de un pueblo diferenciado o de algún otro grupo social”.

Si desde esta localización conceptual logramos enfrentar las múltiples variables en conflicto, nos acercaremos operacionalmente a referencias empíricas que puedan colaborar en construir un mapa cognitivo, sobre los cambios operados en los significantes culturales que componen la Argentina resultante de las políticas neoliberales que trastocaron la praxis y las prácticas de los sujetos de principio del Siglo XXI.

Entonces intentamos: a) caracterizar los relatos testimoniales (Córdoba 2000-2002) en cuanto formaciones significativas de la construcción de la memoria colectiva y la identidad; estableciendo las relaciones entre tradiciones selectivas y formaciones hegemónicas / emergentes; b) analizar algunos productos de la industria cultural puntuales, tal el caso de algunos grupos musicales directamente relacionados con el rock nacional: tanto desde su proceso de producción: de - construyendo el discurso y el mensaje en su

carácter simbólico, como desde el consumo: detectando cómo operan los

SÍNTESIS DE TRABAJOS PRESENTADOS EN LA COMISIÓN DE ESCUELAS DE LA ...

649

mecanismos de satisfacción de necesidades alienadas de info-entretenimiento ya sea para reproducir la fuerza de trabajo o para contener el ejército de reserva; c) determinar los procesos activos y formativos y los procesos de transformación de lo hegemónico y emergente en la concepción del diseño (Revista Tipográfica); d) establecer el papel del discurso de la crítica especializada (Revista El Amante) en la construcción del Nuevo Cine Argentino y e) indagar acerca de las construcciones dramáticas emergentes en Córdoba (2000-2003) a partir de la escritura escénica y de técnicas de trabajo sobre el cuerpo como modo de establecer una particular relación entre cuerpo y texto.

LA LECTURA DE LA HISTORIA EN LOS DISCURSOS NO FICCIONALES DE CÓRDOBA (2001-2002): LA BIOGRAFÍA.

Director: Lic. María Paulinelli

Codirector: Mgter. Enrique E. Shaw

Integrantes: Lic. Jimena Castillo - Lic. Eduardo de la Cruz- Lic. Germán

Pinque - Lic. Claudia Ortiz

La narrativa puede ser considerada como un acto socialmente simbólico en un contexto social determinado, en el que actores sociales construyen ese contexto como un espacio de significación y en el cual los procesos de lectura/escritura determinan –y a su vez son determinados- por condicionantes sociales específicos a partir de los cuales se construye el imaginario. Un imaginario que da cuenta de la referenciación a una realidad mediata e inmediata pero también de las estrategias usadas para esa representación. De allí que esta investigación que -desde el año 1993- se propone considerar los discursos que hacen desde Córdoba una lectura de la Historia, considera la narrativa en sus distintas modalidades: la narrativa de no ficción, la narrativa histórica el Periodismo en sus consideraciones emergentes particularizado en el Periodismo de Investigación, el documental audiovisual y el testimonio en sus diversos enunciados como práctica social. Es decir, se visualizan tanto las referenciones específicas de los enunciados vinculados a procesos sociales concretos como las estrategias discursivas empleadas. Los ejes problemáticos que se trabajan en este proyecto implican:

Una continuidad de la propuesta de esta investigación desde sus comienzos, es decir el relevamiento de la producción narrativa de Córdoba del periodo 2001-2002 y las consideraciones relativas a la referenciación de los hechos de la realidad mediata e inmediata, como así también al análisis e interpretación de las estrategias discursivas empleadas.

SÍNTESIS DE TRABAJOS PRESENTADOS EN LA COMISIÓN DE ESCUELAS DE LA ...

650

El estudio de la biografía como práctica discursiva. Su vinculación con el proceso complejo de la individualidad humana dentro de la conformación y transformación de la sociedad y la dialéctica resultante entre necesidad y libertad. De allí la consideración de las distintas posibilidades enunciadas entre 1983 y 2003, tanto en lo que hace a los “sujetos históricos considerados” como a las prácticas discursivas empleadas para su enunciación. A partir de los resultados anteriores este proyecto pretende integrar, profundizando, los contenidos estudiados pero incorporando nuevas estrategias de análisis vinculadas a la biografía.

MARGENES PARA UNA HISTORIOGRAFIA LITERARIA CONO SUR 1970-2000

Director: Cresta de Leguizamón, Ma. Luisa - Codirector: Ana Tissera
Integrantes: Elgue de Martini Cristina - Pino Miriam - Dalmagro Cristina

En torno a los hechos dictatoriales ocurridos en el Cono Sur de los años setenta literatura e historia se han movido de manera sincrónica: mientras la búsqueda literaria tejía enlaces, la historia comenzaba a destejarse. El lenguaje historiográfico que revisa los hechos ha experimentado un proceso de reducción semántica y de ampliación lingüística: Lo que comenzó siendo en los ochenta oblicua **alusión poética** fue luego **crónica** y es ahora, en el siglo veintiuno, **noticia**; lo que un principio se dijo solapadamente tomó luego forma de relato testimonial, y fue abierta información periodística al develarse la estrategia diseñada por Washington para combatir la subversión: el **Plan Cóndor**.

El Plan Cóndor tuvo su centro en Paraguay, bajo la dictadura del general Alfredo Stroessner. En agosto del 2001 se publicó en México la investigación realizada en los archivos del terror paraguayo -descubiertos en el año 1992- por la periodista Stella Calloni; el libro se llama *Operación Cóndor, pacto criminal*. La acción se equipara a la Operación Fénix ocurrida en 1966 durante la guerra de Vietnam. Se asienta en este trabajo el alcance geográfico del plan: Paraguay, Brasil, Bolivia, Chile, Uruguay y Argentina; el objetivo: continentalizar el crimen político; y el saldo: más de cincuenta mil muertos.

Nuestra lectura ha seguido las tres instancias, **literatura, crónica y noticia**; se limitó a los sitios a donde podía actuar nuestra experiencia: **Chile, Argentina y Uruguay**.

SÍNTESIS DE TRABAJOS PRESENTADOS EN LA COMISIÓN DE ESCUELAS DE LA ...
651

Mesa 5: Trabajo desempleo y políticas sociales

POLÍTICAS SOCIALES, CIUDADANÍA Y DESEMPLEO: ARREGLOS INSTITUCIONALES Y REPRESENTACIONES SOCIALES

Dirección: Lic. Nora Britos

Equipo: Lic. Sabrina Bermúdez - Lic. Rubén Caro - Lic. Fernanda Masuero
- Lic. Alejandro Maniaci - Lic. Mauricio Mareño

El proyecto se inscribe en las actuales controversias en el campo de las políticas sociales en relación con la gestión estatal de los problemas de los "mercados" de trabajo, en particular, del desempleo.

Las principales estrategias de regulación estatal de los problemas de los mercados de trabajo en nuestro contexto son:

Intervenciones características de lo que denominaremos *remercantilización administrativa*: políticas sociales caracterizadas por brindar subsidios de desempleo condicionando a los receptores a incorporarse a empresas para obtener el beneficio.

Propuestas de *workfare*, que constituye la principal forma de gestión de la reproducción de la población considerada 'supernumeraria'.

Reproducción temporaria fuera de relaciones mercantiles con cobertura del seguro de desempleo.

En base a esta clasificación, abordamos el estudio de tres programas sociales, poniendo a prueba algunos conceptos relevantes para la evaluación de programas sociales desde una perspectiva orientada al desarrollo de la ciudadanía y la justicia distributiva.

Asimismo, proponemos un estudio de representaciones de destinatarios de los programas, entendiendo que los agentes no sólo son destinatarios pasivos de las políticas sociales sino las resignifican y pueden asimismo transformarlas en bases para luchas y nuevas reivindicaciones por derechos. Consideramos que el proyecto permite iluminar problemas de intervención del Trabajo Social en relación con el desempleo y la integración social.

POLÍTICAS SOCIALES, CIUDADANÍA Y ‘GRUPOS PROBLEMÁTICOS’ EN RELACIÓN CON EL EMPLEO: HOMOLOGÍA DE POSICIÓN DE LOS INMIGRANTES Y DEL SECTOR RURAL TRADICIONAL FRENTE A LA COBERTURA SOCIAL

Dirección: Lic. Nora Britos

Miembros: Lic. Ricardo Bima - Lic. Paula Cuenca - Lic. Silvina Ribotta - Virginia Luco - Lic. Eloísa Migueltorena

SÍNTESIS DE TRABAJOS PRESENTADOS EN LA COMISIÓN DE ESCUELAS DE LA ...
652

El proyecto se inscribe en una línea de análisis e indagación relativa a las políticas sociales y a la configuración de la ciudadanía en Argentina, tanto en lo que respecta a los arreglos institucionales, así como en cuanto a las representaciones sociales que son constituidas por dichas políticas y prácticas.

Particularmente instructivo parece proceder a partir de una lectura en espejo de la ciudadanía en Argentina, en base a lo que denominamos ‘grupos problemáticos’ en relación con el ‘mercado de trabajo’ y con las políticas sociales: los inmigrantes y el sector rural tradicional. Nos proponemos analizar los problemas específicos relativos a estos ‘grupos problemáticos’, considerando que la situación de los campesinos pobres y de los inmigrantes interpela el modelo de ciudadanía que se expresa a través de las políticas sociales y su análisis puede aportar a una problematización indispensable de las ideas de justicia distributiva e integración social. En tal sentido, creemos relevante aportar a la tarea de proponer apropiaciones locales y especificaciones teóricas de los problemas de la ciudadanía multicultural, orientada a la discusión sobre los problemas de empleo y la cobertura social de los inmigrantes, así como la discusión de un concepto de equidad frente a las diferencias regionales y sociales en lo que respecta a la cobertura de políticas sociales en nuestro país.

Pretendemos asimismo promover la discusión propositiva en torno a políticas sociales que puedan articular la redistribución y el reconocimiento en virtud de una concepción de justicia, condiciones necesarias para luchar contra la discriminación y la intolerancia.

LA EXPERIENCIA Y LA CONCIENCIA PLASMADA EN LA IDENTIDAD DE CLASE DE LOS TRABAJADORES DE MEDIOS DE DIFUSIÓN MASIVA DE PROPIEDAD COLECTIVA EN ARGENTINA. (1990 -2003)

Director Dr. Pablo Pozzi

Integrante: Mgter. Abatedaga, Nidia Cristina

El proyecto de investigación que propongo tiene como objetivo analizar algunos aspectos relativos al mundo del trabajo y la comunicación social; más precisamente aquellos referidos a los procesos a través de los cuales se conformaron las identidades de algunos trabajadores dentro del ámbito de la mediación social, en la cual los Medios de difusión masiva son instituciones mediadoras sumamente importantes.

Estas identidades se forjaron a partir de la experiencia que tienen los trabajadores de algunos Medios por la cual se modificó la relación social

SÍNTESIS DE TRABAJOS PRESENTADOS EN LA COMISIÓN DE ESCUELAS DE LA ...

653

de propiedad como producto de un proceso histórico particular, que tiene su correlato en ciertos contenidos de su conciencia, es decir, en la manera en que esas experiencias se tradujeron a sistemas de valores, ideas y formas institucionales que suponen características particulares.

El tema que se plantea surge a la luz de las nuevas experiencias de apropiación, por parte de los trabajadores de algunos Medios de Difusión de nuestro país, de las condiciones de trabajo en las empresas de comunicación donde antes eran asalariados. Estas experiencias se interpretan como formas de resistencia de la clase trabajadora frente a una estructura de acumulación que en un momento de su historia los colocó en los umbrales de la situación de desocupación, condicionando de este modo las formas emergentes de relaciones sociales de producción que se desarrollaron dentro de las empresas mediáticas.

Estos hechos no son aislados, sino que se desenvuelven en un contexto de recomposición de la clase obrera en el que, desde la perspectiva de algunos sectores de los trabajadores, la crisis está significando una transición entre viejas y nuevas formas de organización y de lucha así como el paso hacia nuevas formas de identidad, en tanto definición de un «nosotros» enmarcado culturalmente por ideas y los valores también en proceso de renovación.

Este contexto, además, se encuentra atravesado por la lógica del capitalismo y su principio de rentabilización del capital invertido, que supone que las empresas responden al imperativo de la racionalidad económica. La apropiación y libre disposición de todos los medios materiales de producción con fines de lucro, autónomas y privadas, la libertad de mercado, la técnica racional, un derecho racional (previsible) y el trabajo libre son las condiciones previas necesarias sobre las que funciona el capitalismo y que poseen, además, un hondo e imperceptible correlato en ciertos valores e ideas socialmente aceptados como válidos.

Con el campo así delimitado las preguntas que se plantean están orientadas a analizar, en primer lugar, cuáles fueron los factores de la experiencia material que incidieron en el surgimiento y desarrollo de estas modificaciones en las relaciones sociales de producción, enfatizando en los cambios en la forma de propiedad y en la organización (formas de división del trabajo, relaciones técnicas, formas de cooperación, etc.) En segundo término y tomando en consideración los factores políticos y culturales que se desarrollaron, cuáles son los procesos ideológicos que, junto a la experiencia material, fueron conformándose para la construcción de la identidad colectiva de los trabajadores de estos Medios. En tercer lugar, qué relacio-

SÍNTESIS DE TRABAJOS PRESENTADOS EN LA COMISIÓN DE ESCUELAS DE LA ...

654

nes pueden establecerse entre los cambios en el trabajo y en la conciencia y los aspectos que se modificaron o permanecieron inalterados en los productos comunicacionales que ofrecen estos sujetos colectivos.

Mesa 6: Familia

TRABAJO, MUJERES Y VIDA COTIDIANA: UN MODO DE IMPLEMENTACIÓN DEL PROGRAMA DE JEFES/AS DE HOGAR

Directora: María Inés Peralta

Miembros: Sandra Abichain - Silvia Farías - Cristina Fonseca - Ernesto

Gagliano - Liliana Gaitán - María Mercedes Laje

El presente proyecto de investigación tiene como *objeto de estudio* el impacto *que la condición de mujeres contraprestadoras de una modalidad de implementación del Plan Jefes y Jefas de Hogar Desocupados, produce en su vida cotidiana, su familia y su subjetividad.*

Nos interesa conocer:

✎ las nuevas percepciones que operan en la subjetividad de estas mujeres en relación a sus propias capacidades y posibilidades vinculadas al mundo del trabajo.

✎ las modificaciones que comienzan a presentarse en la dinámica interna de la familia.

Si bien el Programa se instaló en la agenda pública creemos que no se ha tomado un aspecto central de la implementación, cual es *el carácter de la tarea que se solicita como contraprestación, la concepción sobre el trabajo que subyace en la misma y por lo tanto, su impacto - o no - de inclusión social.*

Metodológicamente estamos realizando un *estudio transversal, exploratorio y cualitativo* y lo que interesa es captar la definición de la situación que efectúa el propio actor social. Se combinan las técnicas de: observación, registros de la tarea de campo, entrevistas a grupos focales y entrevistas en profundidad.

La población estudiada son mujeres contraprestadoras del Programa de Jefes y Jefas de Hogar y las *unidades de estudio* son dos:

✎ Dos grupos de mujeres (25 aproximadamente) que realizan su contraprestación en dos centros de salud municipales (proyectos de promoción de la salud)

✎ Un grupo de 3 mujeres que desarrollan su contraprestación en proyectos educativo-culturales de una organización de base (cooperativa barrial).

Un impacto que también interesa a este equipo, es el de las entrevistas individuales y grupales como ámbito que posibilita a los sujetos estudiados la construcción de “sus propios puntos de vista sobre ellos mismos,

SÍNTESIS DE TRABAJOS PRESENTADOS EN LA COMISIÓN DE ESCUELAS DE LA ...

655

sobre el mundo social y sobre su posición en el mundo social”, al decir de Bourdieu.

LA FAMILIA DICE SU PALABRA.

Directora: Graciela Fredianelli.

Integrantes: Laura Margarita Ramos - Beatriz García de Alamo - José Alfredo

D'Alessandro.

En los albores del nuevo siglo, las constelaciones familiares fueron recreándose, reproduciéndose y hasta inventándose. Lo que complejiza aun más esta organización social: su conformación, sus recursos, su problemática y cotidianeidad. A partir de nuestra labor profesional desarrollada desde el Programa de Oficios Judiciales, dependiente de la Secretaría de Protección Integral del Niño y el Adolescente, nos vemos interpelados por los cambios que operan en la realidad sobre la que intervenimos. La propuesta de investigación es presentada y aprobada por el “Programa: Estímulo para la Investigación de la E.T.S.”, del Departamento de Investigación de la U.N.C. y por la Secretaría de Ciencia y Técnica de la U.N.C., en

diciembre de 2002; actualmente el proyecto se encuentra en proceso de ejecución. Nos interesa conocer características de las familias provenientes de sectores poblacionales empobrecidos, llamados “nuevos pobres”, que se incorporan notoriamente en estos últimos años, a la órbita de los Juzgados de Menores. Como así también, comprender lo que dicen las familias sobre los motivos que generaron la intervención Judicial, y sus expectativas respecto de la misma. De esta manera, se decidió seleccionar los Oficios Judiciales de control social, provenientes de barrio Alto Alberdi y zonas aledañas de la ciudad de Córdoba, en el período comprendido entre los meses de mayo a junio de 2002, ya que reúne características de interés para la presente investigación. La propuesta presentada es de diseño exploratoria descriptiva, en sus dimensiones cuantitativa y cualitativa. Se estructura, considerando que es una primera aproximación a nuestro objeto de estudio, buscando **reconocer lo que dicen las familias respecto de los motivos que generaron la intervención Judicial, identificando sus características socio laborales y reconociendo las expectativas que se expresan en aceptación-rechazo, confianza- temor, hacia la delegación tutelar de sus hijos, al Estado.** En este proceso de investigación, a partir del trabajo con los datos secundarios, contenidos en los informes sociales, y la constante ampliación del marco teórico referencial y metodológico, hemos construido el instrumento de recolección de datos cualitativo, que se encuentra en etapa de ajuste y prueba.

SÍNTESIS DE TRABAJOS PRESENTADOS EN LA COMISIÓN DE ESCUELAS DE LA ...

656

DISCURSO, GÉNERO Y PODER EN LOS DEBATES PÚBLICOS SOBRE DERECHOS REPRODUCTIVOS Y SEXUALES EN ARGENTINA

Director: María Teresa Dalmasso

Integrante: Mgter. Sandra Savoini

Este trabajo forma parte de una investigación que analiza, desde una perspectiva sociosemiótica, la discusión pública que da origen a leyes que son el fundamento de políticas estatales sobre salud reproductiva y sexualidad en Argentina, en torno a los siguientes ejes: =20-subjetividad y género - público/privado Durante el período 1990-2000 se produce la emergencia de múltiples propuestas legislativas sobre este tema en el país que tienen gran repercusión pública y muchas de ellas suscitan fuertes polémicas puesto que los proyectos instauran un nuevo ordenamiento sobre la problemática, y en algunos casos, hacen efectiva la ruptura con las prohibiciones legales existentes, comprometiendo al Estado en la elaboración e implementación de políticas públicas que, invocando los ideales democráticos, reconozcan y amplíen los derechos de los individuos. El debate se desarrolla tanto en los ámbitos parlamentarios como en los medios. Los discursos de la prensa cumplen un rol fundamental en la definición de tales políticas porque participan activamente en la discusión, construyendo la polémica a través de la oposición o aceptación de los valores en juego, legitimando ciertas visiones que, aunque en disputa, resultan aceptables, mientras excluyen otras (por disidentes) haciéndolas invisibles, impensables, y colaborando en la producción/reproducción de determinadas representaciones sociales del mundo y de las identidades sociales. El corpus de análisis está conformado por los textos legislativos destinados a crear leyes que impulsen políticas públicas sobre salud reproductiva y sexualidad, y los textos periodísticos

que los han abordado.

ARGUMENTOS DE PADRES Y/O RESPONSABLES ADULTOS DE NIÑOS/AS CUYO DIAGNÓSTICO ES SÍNDROME DE MALTRATO INFANTIL FÍSICO

Directora: Mgter. Patricia Acevedo

Integrantes del Equipo: Lic. Bilavcik Claudia - Lic. De Pascuale, Estela -

Lic. Latanzi, Leonor - Lic. Lescano, María Paola - Flores, Noelia - Lic.

Verón, Dolores - Lic. Zamarbide, María Alicia - Lic. Peralta, María Inés -

Lic. Machinandiarena, Ana Paola

La propuesta de investigación presentada y aprobada por el "PROGRAMA ESTÍMULO PARA LA INVESTIGACIÓN EN LA E.T.S." Del

Departamento de Investigación de la Universidad Nacional de Córdoba y

SÍNTESIS DE TRABAJOS PRESENTADOS EN LA COMISIÓN DE ESCUELAS DE LA ...

657

por la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional de Córdoba,

en Diciembre de 2002, se encuentra en proceso de ejecución. Esta es

una propuesta cuyo diseño es exploratorio de carácter cualitativo. Toma

como fuente de datos prioritariamente los informes psico-sociales de casos

cuyo diagnóstico es el Síndrome de Maltrato Infantil Físico ingresados al

Hospital de Niños de Córdoba, efector de tercera complejidad. Seleccionamos

el Maltrato Infantil Físico por la alta prevalencia que tiene en relación

a los otros tipos de maltrato, como así también por el fuerte impacto

institucional que genera el ingreso de un niño con lesiones visibles. En

relación al problema planteado en esta investigación resulta insuficiente la

bibliografía y los antecedentes de otras investigaciones encontradas hasta

el momento referidas al tema. Investigar sobre el Síndrome de Maltrato

Infantil desde una perspectiva cualitativa nos posibilitará acceder a conocimientos

que aporten a una mayor comprensión del fenómeno contextualizado

en determinadas condiciones psico-sociales e históricas. También nos permitirá

identificar recurrencias en los argumentos vertidos por los padres

que servirán para el análisis de la información en futuras intervenciones

profesionales en esta problemática. Nos encontramos en la etapa de elaboración

del Marco Teórico referencial metodológico (las principales categorías

teóricas que orientan el proceso son: maltrato - mecanismos de producción

de las lesiones - familia - sector social de procedencia - argumentos)

y en la construcción del instrumento de recolección de datos. De la

totalidad de casos en los que se trabajó durante el año 2000, se seleccionaron

aquellos que tienen informes social, de salud mental y médicos completos,

por lo que solamente tomamos 20 casos para profundizar ya que cumplen

con los requisitos antes mencionados.

ADOLESCENTES Y JÓVENES JUDICIALIZADOS: LA PERSPECTIVA DE LOS PROTAGONISTAS. ESTUDIOS DE CASO

Director: María Inés Laje - Co-director: Alberto Parisí

Integrantes: Graciela Fredianelli - Cecilia Morey - Eduardo Ortolanis - María

Lidia Piotti - Elva Giana

Contexto de pobreza y familia vulnerable con hijos judicializados,

es la línea de investigación que iniciamos en el año 2001. Después de haber

identificado la historia familiar, su estructura y su dinámica y las condiciones

de vida que dieron lugar a la intervención judicial, en el año 2002 nos

hemos abocado a describir la situación de los adolescentes y jóvenes, análisis

que se continua en el presente año, con el estudio de su percepción de

la dependencia judicial en la que están inmersos. Esto lleva implícito dife-

SÍNTESIS DE TRABAJOS PRESENTADOS EN LA COMISIÓN DE ESCUELAS DE LA ...

rentes construcciones epistemológicas sobre la infancia y adolescencia de la importancia de asumirla en nuestra metodología investigativa. Nuevos paradigmas que junto a la convención de los derechos del niño se proponen desnaturalizar la idea de infancia como inmadurez, falta de capacidad, etc., y poner en cuestión el núcleo conceptual del peligro moral y/o material. Ideas arraigadas en la normativa y en la legislación que impregnan los procesos de judicialización de estos adolescentes. Para una acción social sostenida donde las políticas se elaboren a partir de los intereses, necesidades y decisiones en este caso los adolescentes, interesa indagar desde un diseño cuantitativo exploratorio sus condiciones objetivas de vida que permitan caracterizar la inserción en el sistema educativo, en el mercado laboral y la filiación social, investigación que presentaremos en estas jornadas. En la actualidad se está avanzando en un diseño de tipo cualitativo comprensivo interpretativo, a los efectos de conocer las vivencias, opiniones y significaciones que estos adolescentes y jóvenes atribuyen a su judicialización, respetando el interés superior del niño.

LA INSTITUCIÓN PÚBLICA, SU CULTURA Y SU ENTORNO EN TIEMPOS DE TRANSFORMACIONES: EL CASO DEL HOSPITAL COLONIA SANTA MARÍA, UNA MIRADA DESDE LA COMUNICACIÓN

Lic. Letizia Raggiotti

No se puede comprender al hombre como ser social sin considerar su interrelación con las organizaciones. Así desde la antigüedad se han conformado numerosos tratados. Mientras que el tema de la cultura organizacional - perspectiva por la que se optó - ha sido poco estudiado en los libros referentes a la comunicación en las organizaciones. Sin embargo esto no significa que representa un tema que apenas se conoce. Actualmente las transformaciones de los sistemas sanitarios de los países desarrollados están sacudiendo las bases teóricas y prácticas de planificación y gestión hospitalaria de los últimos decenios. En este marco se estudio el Hospital Colonia Santa María. Se entiende que la realidad no puede ser conocida de forma directa ni de manera infalible, sino ser reflejada por la convergencia de observaciones desde múltiples e interdependientes fuentes de conocimientos. Así se llevo adelante una estrategia ínter metodológica entendiendo por esto "cuando diversos métodos en una relación mutua, explícita son aplicados a los mismos objetos, fenómenos o situación .

SÍNTESIS DE TRABAJOS PRESENTADOS EN LA COMISIÓN DE ESCUELAS DE LA ...

ABSTRACTS

1- ABRIL DE CASTELLANOS, CELIA BEATRIZ

The purpose of this paper is to expose from metatheoretical point of view questions related to the normative theory of law elaboration. To do this, I emphasize in the demands for a satisfactory explanation of the concept of law and legal obligation. Likewise, the analysis intends to do an evaluation of the alternative methods to response to that questions, arised from theoretics whose elaborations constitute landmarks in the process to determinate the pursuit and limits of a normative theory of law.

2- ABRIL, ERNESTO

The article pretend to provide the difference between the two significance of "Constitution" because the word is not only the written text but also the social practice after it promulgation. Immediately the author

analyzed the meaning of the expression "reality" when its word is used to express the impact the promulgation of the Constitution cause in the common people. Then, the article tried to establish the precision between the two concept (Constitution and reality) with examples, one of this is an ideal model and the second one is the interpretation of the article 30 of the National Constitution of Argentina. Finally, the author explain that the absence of precision in the legal speech is a persuasive argument that tend to hide but, this argument is absolutely incompatible in the theoretic reality of knowledge that demand an austere activity which involve a scientist investigation of the legislature activity.

660

3- ALDERETE, PATRICIA

This article is a partial report of a research project carried out on income taxation in Mercosur member countries, in which a description on basic aspects of the taxation technical structure is being made.

It also, analyses measures to avoid double international taxation, starting from the world income criteria assumption or from the application of the territoriality of the source principle.

4- ASPELL, MARCELA

The beginning of the twentieth century requires a deep renovation in academic life in the National University of Cordoba. The group of students questioned the cathedras traditions and their less renovation. The University needs the participation of the students in the government, the democratization of teacher's system selection, the periodicity of the cathedras, the extension of the university work in the society, etc. But the proposals of the reform it have extended to other argentinian and american universities, reaching a continental projection.

5- AUDRITO, MARIA DANIELA, BEAS, VERONICA MARCELA Y ROSTAGNO, VICTOR CARLOS

The feasibility of filing a complaint within the provincial and federal jurisdictions against a law conflicting with some articles of the constitution is being analyzed. This step is taken in defense of the so called «Collective Rights Incidence» focusing on those subjects who would fall within the sphere of provincial and national laws and judicial precedents.

6- AVENDAÑO, MARÍA C. C.

This work investigates the prospective of the hermeneutic ontology in which comprehension constitutes the original character of human life. This point of view supposes an intent of superation of the diltheyana distinction between natural empiric science and human interpretatives science, which have colapsed in its traditional formulation. To this aim is necessary to analyze the concept of praxis, that apunt to make clear the ontologic structure of the cognition. This proposals suposse to transcend dicotomies as subject/object and man/nature, categories that have a rebuild character and show a conception of the cognition, that is evaluated by the hermeneutic ontology, as a purpose and reduction of th knowledge, and the agency because our existence meets with and between entities and the cognition is accompany, as Gadamer points of communal character. In

ABSTRACTS

661

connection with the concept of praxis, it analyzes the central idea of application, as an understanding moment, in the "paradigmatic" case of the

juridical hermeneutic, it is related with the *praxis* of the *humaniora*.

7- AVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA ANGÉLICA

The procedures warranties: “*debido proceso*” and “*defensa en juicio*” with its derivatives warranties tutelary the own jurisdictional function of judge and defense (for natural or artificial, public or private people), without which there is not legal proceeding.

The existence of a Public Order in the judicial function is irreplaceable. Since the Constitution reform of 1994, new analysis of the provincial and national juridical ordinances, like the Centre Area of Argentina and Mercosur, are introduced. In this, the aforementioned warranties are totally valid.

To this end, the legislative armonization is based on valid provincial, regional and mercosureña normatives.

As there is not regional judicial function on the Center Region, we consider fundamentally this procedures warranties.

We provide bases and propositions to construct and strengthen the “*regionalism judicial*” -based on the Public Regional Order- to institute interjurisdictional regional independent and impartial preferably judicial or at least by arbitration, that has legal proceeding, with effective access to public or private persons.

The judicial regionalism of the Centre Region is based on the aforesaid constitutional warranties (art. 18 CN). Supporting this by university programs within everybody’s reach.

8- BARBARÁ, JORGE EDMUNDO

Keeping social and political stability in a State entails the ability to fulfill and to enforce basic social contracts or consensus.

In Argentine Republic, the *Convertibility Law* meant a general assert on the chosen way to overcome the tension and social unevenness generated by decades of chronic inflation, which ended in the late eighties’ hyperinflationary peak. That contract is broken.

Formal democracy brought a virtually unanimous agreement to overcome the tensions caused by decades of successive military and democratic governments. Even though there still is consensus on democracy,

ABSTRACTS

662

there is not consensus on the representative character of the rulers, only way to practice formal democracy. That contract is broken, too.

The essence of Positive Law is its stability and permanence, which secures beforehand the predictability of an order of stable and permanent conducts. That contract, of juridical nature, is broken too, because of the withdrawal of the norms, particularly the constitutional norms, and the instability of the juridical order, which is closer to the contingent character of a succession of facts than to that order’s stability.

At last, the social homogeneity related to objective and subjective, cultural and natural bonds, which constitute a Nation, shows clearly fractures in its tendency of evolution. This not only because the dissociating effects of the globalized culture, and the migratory conduct of an important proportion of qualified people, but because the institutional involution and institutional regression, which turns Argentina into a situation closer to a State in formation than to a established State.

Facing this rupture of social contracts, the problem of public services’

Control Agencies as independent agencies is stated. That is, the problem of delegating regulation and control responsibilities, as a possibility to substract those agencies of the instability which comes with that rupture, and to cooperate in order to increase trust in reaching macro-stability, although it is at the expense of lesser democratic responsibility.

9- BERGOGLIO, MARÍA INÉS - VILANOVA, JOSÉ LUCAS

In the debates surrounding the Judicial Reform in Argentina, alternative resolution 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. In this sense, they emerge as resorts to both reduce the judicial congestion and to expand access to Justice. Recently, however, some doubts have surfaced concerning the efficiency of these mechanisms in achieving those ends. These doubts seem more serious when concurrence to mediation is compulsory only for the poor, or in small claims, as it is the case in Córdoba, Argentina. This issue is dealt with in this paper from the point of view of the actors, describing the meaning that the experience of mediation had for the parties. The data were obtained during interviews to 206 parties attending to the *Centro Judicial de Mediación* in Córdoba, Argentina. Perceptions on barriers to access (time, costs) are described. Employing a Procedural Justice approach (Lind and Tyler), views on legitimacy of mediation are discussed.

ABSTRACTS

663

10- BINCHIOTI, RICARDO

The ten years of our constitutional reform have been review, that repected the Habeas Data, from the legislative, doctrine and jurisprudence prospective, defining the right of an informative autodetermination, the action, its etymology, its characteristics, its limits, the legislation for the exercise and its procedure.

11- BISIG, ELINOR

The Children's Rights International Convention embodies and recognizes all the economic, social and cultural rights, up to the maximum of the resources, which is available for the party states, to improve progressively its complete effectiveness. This essay's aim is to relate the importance of the law dimension in the educative field, in all the states part of the Center Region and at the same time, trying to establish its effectiveness in the most vulnerable sectors, in terms of guarantees of access to these rights.

For this analysis of the childhood situation in the educative field, it has been taken into consideration PNUD's Human Development statement, which states that "individuals' freedom of choosing is conceived as a collective right, only socially sustentable if the development creates a propitious environment for everyone to show their potentiality, in a coherent way with their needs and interests".

Based on these considerations an analysis is made as regards the educational situation of childhood and adolescence, referred to the strengthen of the coverage and the decreased of the educational inequalities, with the purpose of contributing in the design of the public policies required for the resolution of the problems, that affect this population.

12- BONETTO, MARÍA SUSANA - PIÑERO, MARÍA TERESA

In this work we deal with the subject matter of citizenship and its rights, as well as the persistent tension between both. With the selection of

relevant theoretical frames as the starting point of our research, we focus our attention on the possibilities of reconstructing “the space public”, with the final aim of giving an answer to the issue. Finally, we analyze the new demands of public participation in Latin America, especially in Argentina, stating that the recovery of social rights is an essential requirement for its effective development .

13- BORGARELLO, E. S. - CIPOLLA, F. - JUÁREZ CENTENO, C.

The Pact of San Jose of Costa Rica makes use of the words “respond” and “rectification” in the article no 14, making no difference with regards

ABSTRACTS

664

as to their meaning. This is a right and guarantee at the same time which has the power to impose itself over the main party responsible of fulfilling the obligation as well as overruling any resistance put up by the latter. Therefore, it should not be mistaken by the wrongly called graceful right granted to readers for example, and not least with an advertisement published in a daily where the interested party publishes it at his expense to avoid any personal reference to his party. Unless there exists a party which has suffered a real damage, no subjective right arises from it, whereupon the latter is defined as a direct, personal and exclusive interest from the party who suffered the damage. The right to answer is to ensure the victim’s own account of the facts which has an individual nature. Its mediate effect is to contribute to the attainment of a true, objective and timely information, whereas the immediate effect comprises the defense of the personal and human right which is invested to the individual in order to control the information which is published, but limited to his own interests which are engaged by such published information. Hence, the right to respond is part of the right of information.

14- CORTÉS DE ARABIA, ANA MARÍA

As the social, economic or political reality changes, disagreements between the new situations and the positive law can appear. Therefore, it is necessary to adjust the legislation to the society’s needs. Even though law reforms have taken place, they have not always been incorporated in a harmonious way to the group of norms. This is why an appropriate and rational interpretative work is vital in order to maintain the system’s validity.

15- DIAZ DE LANDA, MARTHA – PARMIGIANI DE BARBARÁ, M. CONSUELO

The “The Economic, Financial and Fiscal Agreement among Local Governments and State Government of Córdoba, for the sustainability of the municipal and communal system”, sanctioned by Provincial Law 8.864, states the obligation for Municipalities and Communes of less than 30.000 inhabitants to organize regional entities to increase fiscal resources and to manage local-regional development. The reluctance of several municipalities and communes to formalize and to implement the Provincial Government’s proposal outlines the necessity to observe the process and evolution that its implementation has followed. This article exposes the research results obtained during the constitutional period of the regional entities (years 2000 to 2002). Its observation show that the process of entities integration and

ABSTRACTS

665

the institutional frame developed under it is very much affected by the

qualities (cohesion and regional identification) of the local governments' networks supporting their implementation structures. Two contrasting cases were analyzed applying qualitative and quantitative techniques.

16- DORADO, CLAUDIA ROXANA

In this paper was analysed the political participation in the crisis of Argentina. Also examined the relations between types of democracies and political participation.

17- DRNAS DE CLÉMENT, ZLATA

The United States and the European Union propose to the developing States the elimination of tariffs as the first step of the liberalization. The second step would have to be the removal of non-tariff barriers (i.a. administrative barriers, subsidies and related governmental supports, technical measures, trade defense measures, environmental measure). The tariff barriers are used by the less developed States to protect their products. On the other hand the non-tariff restrictions are common in the industrialized countries. The agricultural subsidies of the developed countries cause serious problems to the poor States to accede to the international markets. Our proposal is to use de non-tariff barriers to protect national agricultural products and manufactures on the base of environmental restrictions, ensuring that trade and development are sustainable, by addressing the relationship between trade and environment policies, trough NTBs.

18- DUBROWSKY, SERGIO

This paper is part of our research intituled "**Religious freedom in the Constitutional Law among MERCOSUR countries**" The aim of the paper is the exposition of legal prevision about the human right of religious freedom in the Constitutions of Argentina, Uruguay, Brazil and Paraguay.

Our research programs are intituled "**Religious freedom in the Constitutional Law among MERCOSUR countries**" and "**Religious element in the Argentina's Constitution**".

The aim of the first task is the exposition of the *status* of religious freedom in Argentina, Uruguay, Brazil and Paraguay.

The aim of the second research is the exposition of statute law in the part of South America where since 1810 is established Argentina. The first part offers an abstract of Church and State matter during the Spanish periord. The second, de summary of what we call patriot law refering religious

ABSTRACTS

666

freedom, in the different constitutional stages, till the Constitution of 1826. We shall try to finish the research, ending with de Constitution reformed in 1994, during 2002.

19- FORTETE, CÉSAR

This work intends to analyze the legal regulations regarding witness protection and confront them with the right of defense of the accused in light of the new frame of constitutional guarantees. In this way we will try to establish the possible tensions existing between each other to determine if the State, in its eagerness to guarantee its punitive aspirations, is not invading over the accused's right of defense, and therefore, violating its duty to protect with fairness the different rights guaranteed by the Constitution.

20- HATHAZY, PAUL C.

In the present article we intend to consider the relationship between

the experience of police instruction and its influence in what certain sociologists have called "police culture". We sustain that such experience is central, not so much because of the imposition of an authoritarian orthodoxy, as it is in the inculcation or acquisition of certain principles that structure police agent's schemes of perception. We analyze this problem resorting to Bourdieu's concepts of habitus and ethos. In our view, police agents habitus are structured in a specific manner within an instruction experience characterized by intense sacrifice and rigorous discipline. These two aspects seem to structure police agents habitus, which in turn structure the schemes of perception with which they categorize and value citizens and in general the civil world, which has been left behind when they became part of the police forces. Intending to grasp the instruction experience from the native point of view we base our work in a series of interviews held with members of a provincial police force and with the analysis of certain study material from a local police academy.

21- IANNACONE, LILIANA

In this paper we dispute that the philosophical argumentations that make reference to «common linguistic ascription» or «clear intuitions» about knowledge.

The expectation to resolve theoretical disputes through those references is based on the assumption a «court of appeals» that validates epistemic perspectives.

ABSTRACTS

667

22- JULIÁ, MARTA SUSANA

This article refers to the importance of the right of access to information and the citizen participation, the necessity of establishing the reach and meaning of this concepts in environmental subjects, the normative development succeeded in the juridical argentinian system and its impact in the legislation of the Province of Cordoba.

23- LAJE, MARÍA INÉS

We are interested in the article to bring some specific elements that allows us to be aware of the processes in which they are structure in Correctional Institutions at daily life in Cordoba City, in where adolescents and young people transgressors are border. This has been possible since maintaining the dialogues with the several involucrate individuals that are inside of each institutions, this allowed us to understand this phenomenon from the participants' point of view.

In daily life, two logical interventions are express that underlie in the Correctional System, which answer to anagogic forms of understanding the childhood's reality.

We know the Correctional Institutions are « whole organisation» in which the prevention of the liberty's situation imposes the processes of socialisation. Also the interaction that is impress on them in particular characteristics, that are expressed during the boarding system; also, they are expand outside, at the very moment of their expense or in going inside consequently in boundaries lines of adults' institutions.

24- LISTA, CARLOS A. - BRIGIDO, ANA MARÍA

The aim of the article is to analyze the pedagogical discourse of the Law School career at the National University of Córdoba taking into account its instructional and regulatory aspects according to the distinctions made

by Basil Bernstein. Educational contents are viewed as problematic and considered to be a social object, a message built up by multiple social relations and which developed both inside and outside the classrooms. Quantitative and qualitative data provided by ethnographic observations, interviews, focus groups, documental analyses and surveys of professors and students are used in an attempt to detect everyday pedagogical practices. Special emphasis is put on the description of the main characteristics of the instructional discourse (the one which is considered as valid knowledge) and also on the regulatory discourse (the privileged communicational style). The chief competencies which result from the educational message are then pointed out as well as its socializing impact on the shaping of a certain type

ABSTRACTS

668

of legal consciousness. Some final conclusions are drawn on the conditions and possibilities of change, in addition to the pedagogical discourse analyzed in this paper.

25- MERCADO DE SALA, MARÍA CRISTINA

Argentine Law Efficiency organizing Small and Medium Businesses organizations. Reciprocal Warranty corporations. Financement. Fund rising needs. Small and Medium Businesses Regulations. Argentina's economical crisis. Development needs. Organizing Small/Medium corporations in Córdoba City, Argentina.

26- RICHARD, EFRAÍN HUGO

Continuing the studies on the efficiency of the Argentine bankruptcy system, the author points out different effects of either tempestive or late presentation under corporate bankruptcy preventive processes law.

27- RODRÍGUEZ BRIZUELA, MARTÍN

The events of politic class, that started to produce it at the end of the eighties, have invaded the totality of the activities, as internal and external relations of the State. The world with this universe of phenomenons have been designed, globalization, lack until of own shape that represented it. Although is possible to identify important and essential aspects of the phenomenon that affected the government of the States, while the speed of sovereignty have been stayed incomplete in mythical topics, so they have to operate in its real value. Then, the expansion of Occidente as a desire and activity center, in this story stage, show cost which consequences have affected the own actors as it have been demonstrated through a lot of centuries experience.

28- RODRÍGUEZ, MARÍA CRISTINA

In the essay that follows the author looks at how the traditional laws and customs of indigenous people would raise a variety of interesting legal issues under the international and national laws. Also, she looks at how different courts have recognized and protected their rights and interests by reference to the customary law, but only in certain areas because juridic pluralism models are not really systems that unify laws or authorize them to operate as independent legal regimes. The customary law could be applied by indigenous tribunals or ordinary justice if it is not incompatible with national and international laws.

ABSTRACTS

669

29- ROSSETTI, ANDRÉS

The article presents an analysis related with the universality of human rights in relation with international law. It begins with a theoretical introduction of the topic. Then the article describes the main problems international law faces regarding the universality of human rights. Afterwards, the text considers the different strategies developed to try to improve the situation of the rights. Finally, there are some particular solutions from the author's prospective to reach the aim of a broader universality of human rights. In the last part, there are some conclusions on the questions treated, underscoring the importance of an effective implementation of human rights, without taking into consideration the classification of them as universal or non-universal.

30- SÁNCHEZ, MARIANA NOEMÍ

The article presents the main results of the project of investigation «Gender and Crime», work that constituted the final thesis of the Magíster in Methods and Technical of Investigation in Social Sciences, title granted by the Blas Pascal University. This work integrated methodologically the qualitative and quantitative approach of gathering and data analysis. It proposes different interpretations of the relations between the increasing of the feminine population's criminals behaviors and the social differences or social inequalities (for gender) that can be observed in the society, especially those derived from the labor and economic contexts. From the macro approach, the study of the proposed feminine crime rate was carried out in the province of Córdoba during the period 1975 - 1996. Regarding the qualitative analysis, the deviating feminine population with firm sentence, incarcerated in the Buen Pastor prison of the city of Córdoba, was analyzed. This population conformed and intentional sample of 11 internal women judged by different crimes. The results show the strong impact of the conditions of poverty on the most frequent criminal behaviors for the women. In addition, these surveys help to explain the most serious feminine criminal behaviors in relation to the strong controls of the social contest where those women are involved.

31- SCHAPIRA, LEOPOLDO

The Faculty of Law and Social Sciences implements, in the new Curriculum, a Professional Practice Experience Workshop. The workshop will complement the student's vocational training to give them a better understanding of the professional activities specific

ABSTRACTS

670

demand in real world. Trials Role playing simulations are being carried out in the workshop.

The paper introduces a proposal for the development of a Criminal Law Trial Simulation Game which could be helpful for teaching in the specialization of this branch of Law.

Simulation Games generate a protected environment where requirements and alternative of real life are present without the risk of actions consequences on society and on individuals.

This proposal leans on teaching qualities of Simulation Games.

A detailed description of the Game with its timetable and its theoretical aspects are presented.

32- SHAW, ENRIQUE

During the first fifteen years of the XX century, two of the problematic

issues for the Argentinian ruling class were immigration and citizenship, which in a process of masive immigration, were very much related. One of the consequences of this process was a slow and continuous contention of the means and aims of the oligarchic domination, which in turn lead to several forms in which the elite reacted. One of them was through articles which appeared in specialized periodical publications. We have analized the articles which were published in one of them, the “Revista de Derecho, Historia y Letras”, between the years of 1898 and 1914, all related to immigration and citizenship issues. We have also reviewed the Law doctoral thesis which were approved during the same period by the Law Faculty of the Universidad Nacional de Cordoba. This was done with the aim of setting up the points in common and differences between the ruling class of the capital and those of the provinces within the give period with regards to the aforementioned issue.

33- TORRES, FELIX

The article rebuilds two important stages of life of Joaquín V. González. His earliest letters in La Rioja and his passage by the National School of Monserrat. The curriculum, the qualification system of that time, his treatment with the teachers and finally the powerful influence that the school exerted on the intellectual trajectory of González, are analyzed by an unpublished documents.

ABSTRACTS

671

34- VASSALLO, JAQUELINE

This article focuses on the analysis of the “standard” of woman, in the first argentine code of civil laws.

ABSTRACTS

672

673

INDICE GENERAL

Prólogo	9
CRONICA DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES	11
SECCIÓN I	
DERECHO NACIONAL PÚBLICO Y PRIVADO	
EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA LA INTERPOSICIÓN DE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD, EN DEFENSA DE LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA	
<i>Por Ab. María Daniela Audrito – Ab. Verónica Marcela Beas- Ab. Víctor Carlos Rostagno</i>	17
REPÚBLICA ARGENTINA: RUPTURA DE CONTRATOS SOCIALES Y LA CUESTIÓN DE ENTES REGULADORES INDEPENDIENTES	
<i>por Jorge Edmundo Barbará</i>	33
HABEAS DATA, UNA DECADA DE VIGENCIA CONSTITUCIONAL (1994 - 2004)	
<i>por Ricardo S. Bianciotti</i>	59
EL DERECHO DE RESPUESTA COMO DERECHO HUMANO; SU RECEPCIÓN EN EL PAÍS	
<i>por E. S. Borgarello - F. Cipolla - C. Juárez Centeno</i>	79
LA PROTECCIÓN DEL TESTIGO EN EL PROCESO PENAL Y EL DERECHO DE DEFENSA DEL IMPUTADO	
<i>por César Fortete</i>	93
674	
DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y A LA PARTICIPACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL	
<i>Por Marta Susana Juliá</i>	109

SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA, HERRAMIENTA JURÍDICA PARA EL DESARROLLO DE LAS PYMES EN CÓRDOBA	
<i>por María Cristina Mercado de Sala</i>	121
TÉCNICAS PARA LOGRAR LA EFICIENCIA DEL SISTEMA CONCURSAL	
<i>Por Efraín Hugo Richard</i>	153
SECCIÓN II	
DERECHO INTERNACIONAL E INTEGRACIÓN REGIONAL	
EL IMPUESTO A LA RENTA EN LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY CRITERIOS JURISDICCIONALES DE APLICACIÓN DEL IMPUESTO EN LOS PAÍSES DEL MERCOSUR	
<i>por Patricia Alderete</i>	165
ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA Y REGIÓN CENTRO EN EL MERCOSUR	
<i>Por Rosa Angélica Avila Paz de Robledo</i>	181
LAS RESTRICCIONES NO ARANCELARIAS COMO INSTRUMENTO DE PRESERVACIÓN AMBIENTAL Y COMO INSTRUMENTO COMERCIAL EN EL MARCO DEL SISTEMA MULTILATERAL DE COMERCIO	
<i>por Zlata Drnas de Clément</i>	201
EL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA EN LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES DEL MERCOSUR	
<i>por Sergio Dubrowsky</i>	219
LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL	
<i>por Andrés Rossetti</i>	235
EL DERECHO CONSUETUDINARIO INDÍGENA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL	
<i>por María Cristina Rodríguez</i>	255
SECCIÓN III	
HISTORIA, FILOSOFÍA, SOCIOLOGÍA Y POLÍTICA	
NORMATIVIDAD Y DERECHO	
<i>por Celia Abril de Castellanos</i>	281
675	
CONSTITUCIÓN Y REALIDAD	
<i>por Ernesto Abril</i>	293
LOS VIDRIOS ROTOS - Reforma y Planes de Estudio en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba 1918-2000.	
<i>por Marcela Aspell - Ramón Pedro Yanzi Ferreira.</i>	315
NOTAS SOBRE UNA ONTOLOGÍA HERMENÉUTICA: HERMENÉUTICA JURÍDICA Y “APLICACIÓN”	
<i>por María C. C. Avendaño</i>	349
LA CONTRIBUCIÓN DE LA MEDIACIÓN A LA ACCESIBILIDAD DE LA JUSTICIA : LA VISION DE LOS ACTORES	
<i>por María Inés Bergoglio - José Lucas Vilanova</i>	363
INFANCIA Y DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LA REGIÓN CENTRO	
<i>por Elinor Bisig</i>	381
LA DISPUTA POR EL ESPACIO PÚBLICO EN AMÉRICA LATINA	
<i>por María Susana Bonetto - María Teresa Piñero</i>	399
LA ENSEÑANZA JURÍDICA: UN ANÁLISIS SOCIOLÓGICO DEL DISCURSO PEDAGÓGICO	
<i>por Carlos A. Lista - Ana María Brigido</i>	417
EL MÉTODO DOGMÁTICO DE INTERPRETACIÓN COMO FORMA DE SOLUCIONAR LAS INCONGRUENCIAS DE CIERTAS DISPOSICIONES PENALES (Significado y función de las palabras de la norma)	
<i>por Ana María Cortés de Arabia</i>	435
COOPERACIÓN INTERMUNICIPAL INDUCIDA PARA EL DESARROLLO REGIONAL -LOCAL: El Pacto de Saneamiento Fiscal en la Provincia de Córdoba	
<i>por Martha Díaz de Landa – M. Consuelo Parmigiani de Barbará</i>	453
LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA CIUDADANA EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS EN ARGENTINA	
<i>por Claudia Roxana Dorado</i>	475
DISCIPLINAR Y CASTIGAR - La instrucción inicial y la constitución del ethos	

policial	
<i>Por Paul C. Hathazy</i>	489
LA EXISTENCIA DE “TRIBUNALES DE APELACIÓN” EN LOS DEBATES EPISTÉMICOS	
<i>por Liliana Iannaccone</i>	507
676	
INTERNACIÓN Y VIDA COTIDIANA DE ADOLESCENTES Y JÓVENES INFRACTORES	
<i>por María Inés Laje</i>	519
GLOBALIZACIÓN Y GOBIERNO DEL ESTADO	
<i>por Martín Rodríguez Brizuela</i>	531
GÉNERO Y DELITO	
<i>por Mariana Noemí Sánchez</i>	543
UN EJERCICIO DE SIMULACIÓN DE JUICIO PENAL - Una contribución desde el CIJS	
<i>por Leopoldo Schapira - Carlos León</i>	563
INMIGRACIÓN Y CIUDADANÍA: UN PROBLEMA DEL '900: ESTUDIO COMPARADO ENTRE	
LA REVISTAS DE DERECHO, HISTORIA Y LETRAS Y LAS TESIS DOCTORALES	
PRESENTADAS A LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA	
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA	
<i>por Enrique E. Shaw</i>	577
JOAQUÍN V. GONZÁLEZ EN EL COLEGIO DE MONSERRAT	
<i>por Félix A. Torres</i>	593
GÉNERO Y DERECHO. LA CONSTRUCCIÓN DE LA FEMINIDAD EN LA ARGENTINA DE	
FINALES DEL SIGLO XIX.	
<i>por Jaqueline R. Vassallo</i>	607
SECCIÓN IV	
SÍNTESIS DE TRABAJOS APROBADOS DE BECARIOS DE PREGRADO DEL CIJS	
LAS REDUCCIONES SALARIALES DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO	
Y EL PRINCIPIO DE LA IRRENUNCIABILIDAD	
<i>Beatriz Calvimonte</i>	625
LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA DOGMÁTICA-JURÍDICO PENAL Y LA ACTIVIDAD MÉDICA	
PUNIBLE.	
<i>Pablo Damián Pupich</i>	629
677	
SECCIÓN V	
SÍNTESIS DE TRABAJOS PRESENTADOS EN LA COMISIÓN DE ESCUELAS DE LA CUARTA	
JORNADA SOBRE EXPERIENCIAS EN INVESTIGACIÓN	
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES	
CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES	
CUARTA JORNADA SOBRE EXPERIENCIAS EN INVESTIGACIÓN	
COMISION DE ESCUELAS	635
ABSTRACTS	659
678	