

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

CENTRO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS Y SOCIALES

ANUARIO XI

2008

ABRIL, Celia; ABRIL, Ernesto; ASPELL, Marcela; AVALLE, Gerardo;
ÁVILA PAZ DE ROBLEDO, Rosa Angélica; BARBARÁ, Jorge Edmundo;
BERGOGLIO, María Inés; BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia;
BISIG, Elinor; BONAVITTA, Paola; BONETTO, María Susana;
BORGARELLO, Esther Susana; CIUFFOLINI, María Alejandra;
CORTÉS DE ARABIA, Ana María; DIAZ DE LANDA, Martha;
DRNAS DE CLÉMENT, Zlata; FATAUROS, Cristian Augusto; FORTETE, César;
GASTIAZORO, María Eugenia; JUÁREZ CENTENO, Carlos A.; JULIÁ, Marta Susana;
LAJE, María Inés; LISTA, Carlos Alberto; LLOVERAS, Nora;
MONTENEGRO, María Cristina; NALLINO, María Alejandra;
ORTIZ DE GALLARDO, María Inés del C.; PARMIGIANI DE BARBARÁ, Myriam Consuelo;
PASTOR DE PEIROTTI, Irma; PEREYRA, Luis Cruz; PICCARDO, Ivana;
RICHARD, Efraín Hugo; SALAS, Graciela R.; SÁNCHEZ, Mariana;
SCHAPIRA, Leopoldo; SHAW, Enrique; STEIN, Patricia D.; STICCA, María Alejandra;
TAGLE, Matilde; TORRES, Félix A.; URIONDO DE MARTINOLI, Amalia;
URQUIZA, María Isabel; VASSALLO, Jaqueline; VOCOS, María Teresa;
YANZI FERREIRA, Ramón Pedro; ZAMZEM, Verónica

Anuario XI 2008 / coordinado por Myriam Consuelo Parmigiani de Bárbara.
1a ed. - Buenos Aires : La Ley, 2009.
864 p. ; 22x16 cm.

ISBN 978-987-03-1584-1

1. Derecho. 2. Ciencias Sociales. I. Parmigiani de Bárbara, Myriam Consuelo, coord.
CDD 340

Fecha de catalogación: 01/12/2009

Copyright © 2009 by La Ley S.A.E. e I.
Tucumán 1471 (C1050AACC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
Impreso en la Argentina

Printed in Argentina

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y del autor

All rights reserved
No part of this work may be reproduced or transmitted
in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the publisher and the author

Tirada: 400 ejemplares.

I.S.B.N. 978-987-03-1584-1

AUTORIDADES
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA

RECTORA

S. Carolina SCOTTO

VICERRECTOR

Gerardo D. FIDELIO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

Ramón Pedro YANZI FERREIRA

VICEDECANO

Manuel CORNET

CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES

DIRECTORA

Myriam Consuelo PARMIGIANI DE BARBARÁ

VICEDIRECTORA

María Teresa MOUGHTY

COORDINADORA ACADÉMICA POR ABOGACÍA

María Alejandra STICCA

COORDINADORA DE EXTENSIÓN POR ABOGACÍA

Isabel Lucía ALEM DE MUTTONI

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

Olga PÁEZ

COMITÉ EDITORIAL DEL ANUARIO XI DEL CIJS

Marcela ASPELL
Liliana IANNACCONE
Myriam Consuelo PARMIGIANI DE BARBARÁ
Patricia SCARPONETTI
Alberto ZARZA MENSAQUE

María Alejandra STICCA (Secretaria)

MIEMBROS DEL COMITÉ EVALUADOR DE PUBLICACIONES DE ESTE ANUARIO

Ernesto ABRIL
Alejandro AGÜERO
Julio ALTAMIRA GIGENA
Marcela ASPELL
María Cristina BARBERÁ DE RISSO
Guillermo BARRERA BUTELER
María Inés BERGOGLIO
Jorge DE LA RÚA
Martha DIAZ DE LANDA
Zlata DRNAS DE CLÉMENT
Carlos ECHEGARAY DE MAUSSION
Carlos FERRER
Sergio GUESTRIN
Edmundo HEREDIA
Antonio María HERNÁNDEZ
Liliana IANNACCONE
María Inés LAJE
Carlos LASCANO
Nora LLOVERAS
Hilda MARCHIORI
Eduardo MARTIRÉ
Alicia MORALES LAMBERTI
Arturo PAGLIARI
José Ignacio ROMERO
Ernesto J. REY CARO
Andrés ROSSETTI
Graciela SALAS
Patricia SCARPONETTI
Domingo SESIN
Juan Marco VAGGIONE
Alberto ZARZA MENSAQUE
Jorge H. ZINNY

REGLAMENTO DEL ANUARIO - NORMAS EDITORIALES

1. Características del Anuario

El *Anuario* es una publicación científica, arbitrada (sin posibilidad de interposición de recurso), periódica (anual), cuyo propósito es difundir las tareas llevadas a cabo en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho. Intenta presentar a la comunidad académica jurídica los resultados de las investigaciones que tienen sede en el Centro, con el propósito de estimular el diálogo interdisciplinario, sin privilegiar perspectivas, sin poseer orientación particular. Sólo admite trabajos inéditos, no propuestos simultáneamente a otras publicaciones periódicas.

El *Anuario* no se hace responsable por los contenidos de los artículos publicados, ni por las opiniones emitidas por los autores.

2. Contenido del Anuario

En cada número se publican resúmenes de distintas investigaciones realizadas en el CIJS, agrupadas en bloques de temas afines.

3. Extensión de los originales

Los originales de los artículos de investigadores y docentes-investigadores sobre temas específicos no deberán sobrepasar la cantidad de 15 páginas, tamaño A4, a simple espacio y los resúmenes de investigación de los becarios no deberán sobrepasar la cantidad de 3 páginas, tamaño A4, a simple espacio. En esta extensión quedan comprendidas notas y referencias. Se admite un solo artículo por autor.

4. Lineamientos del manuscrito

El manuscrito deberá seguir los siguientes lineamientos:

4.1. Forma del escrito

- El escrito debe estar impreso en hojas blancas, en papel tamaño A4, escrito de un solo lado y sin enmiendas, en 2 copias y

en una disquette, letra Times New Roman, tamaño 12, a un solo espacio. La disquette deberá estar etiquetada consignando claramente el nombre del autor y el nombre del archivo. El Centro de Investigaciones trabaja en Word para Windows.

- La Portada deberá contener: a) Título en español e inglés; b) Nombre del Autor o Autores acompañándose al pie con asterisco las referencias del o de los mismos (en no más de cinco renglones) relativas a la máxima titulación, función laboral y lugar donde trabaja, correo electrónico y toda otra referencia que considere útil siempre que respete la extensión señalada; c) Resumen en español e inglés con un máximo de 100 palabras; d) Palabras-clave y key words en número no mayor a cinco expresiones;

4.2. *Abreviaturas y otros signos*

Todas las abreviaturas que se empleen deben ser explicadas la primera vez que se las utilice. Los símbolos estadísticos o algebraicos utilizados se colocan en *itálica*, salvo que se empleen letras griegas.

4.3. *Tablas y figuras*

Todas las abreviaturas empleadas en tablas y figuras estarán explicadas al pie de la tabla. Todas las tablas y figuras serán mencionadas en el texto y están numeradas en el orden en que sean mencionadas. Cada tabla y figura llevará una indicación de la fuente de los datos.

4.4. *Notas*

Cuando se pongan, las notas de pie de página deben indicar:

- el apellido y nombre del autor con versalita;
- el título del trabajo en *bastardilla* sin comillas, si se trata de título de libro;
- el título del trabajo entre comillas y en letra de imprenta si éste corresponde a una publicación periódica u obra conjunta. Cuando se trate de publicación periódica se indicará en *bastardilla* el nombre de la publicación, completándose con letra de imprenta los datos de volumen, número, año de edición, página/páginas. Cuando se trata de obra conjunta, se indicará con *letras versalita* el nombre del responsable de la obra y en *bastardilla* el título de la obra conjunta.

Toda aclaración respecto al trabajo (colaboradores, agradecimientos, etc.) debe ponerse en una nota al pie, señalada con un asterisco y no con un número.

5. Material a presentar con el libro

Deberá entregarse el material completo en la Secretaría del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Caseros 301, 1º piso, Córdoba, en el horario de 9 a 19 hs, adjuntando:

- Nota dirigida a la Dirección del CIJS, solicitando la publicación del trabajo, acompañada de declaración jurada en la que el autor haga presente que ha respetado las normas vigentes en materia de propiedad intelectual y se hace responsable de cualquier violación a las mismas.
- Breve *curriculum vitae*.

6. Corrección de pruebas

El Anuario habitualmente da a los autores la corrección de las pruebas de sus artículos. Las correcciones han de ser devueltas dentro de un plazo de cinco días hábiles a partir de su recepción.

7. Entrega de la publicación al Autor

Cada autor de trabajo publicado recibirá o tendrá puesto a disposición un ejemplar del Anuario y, en la medida de lo posible, 10 separatas del artículo sin cargo.

PALABRAS PRELIMINARES

La publicación de este *Anuario XI* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, es motivo de una especial satisfacción institucional en tanto da cuenta de una ya significativa continuidad.

Esta continuidad constituye, en sí misma, un valioso aporte para la consecución del objetivo de promover, apoyar y difundir la producción del conocimiento científico en el campo jurídico y social.

Varias razones han hecho posible llegar a la undécima publicación anual, con perspectivas ciertas de prosecución en los años venideros.

Una de dichas razones es el constante crecimiento del perfil de docente-investigador en nuestra Facultad, bajo distintas modalidades y estadios de formalización. En ese contexto, el CIJS constituye para los profesores un espacio ya de trabajo, ya de asesoramiento y, en todo caso, de referencia, permitiendo construir una relación en el quehacer investigativo que estimula luego las presentaciones a las sucesivas convocatorias de publicación.

Simultáneamente, muchos alumnos manifiestan la necesidad de profundizar su formación y adquirir las herramientas metodológicas para ello. Semillero de nuevos recursos humanos, diversos programas y actividades del CIJS encauzan estas inquietudes. En esta línea de política de promoción y formación de jóvenes investigadores y por la pujanza y seriedad manifestada, el Anuario ofrece la oportunidad de participación, aunque acotada en su extensión, a becarios de investigación de grado y posgrado.

La apertura a todas las temáticas de interés para el derecho y las ciencias sociales y un total pluralismo en cuanto a enfoques teóricos y metodológicos para su abordaje, han sido una característica constante

que, conjuntamente con una evaluación cuidadosa y objetiva de calidad, confieren también fortaleza a la publicación. Ciertamente que la diversidad de temas obliga a agrupamientos en secciones que a veces resultan un tanto forzados, atento a la impronta interdisciplinaria de las contribuciones. Pero más allá de este inconveniente de tipo meramente formal, es precisamente en la variedad y diversidad donde se refleja al menos un fragmento de la rica tarea intelectual de la Facultad.

Hay que destacar, finalmente, la contribución que la publicación regular del Anuario presta a la circulación del conocimiento y a la conformación de comunidades de diálogo científico-académicas, tanto al interior de la propia Facultad cuanto con otras instituciones nacionales y extranjeras.

Agradecemos el apoyo de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación y a todos quienes, de múltiples maneras, han sumado esfuerzos para la edición del Anuario XI del CIJS.

Myriam Consuelo Parmigiani de Barbará
DIRECTORA

CRÓNICA DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

- Año 2008 -

El Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (CIJS), creado en 1985, tiene como objetivos: a) la promoción de la investigación en el ámbito de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba; b) la formación y perfeccionamiento de investigadores en el ámbito de la Facultad de Derecho; c) la investigación de problemas vinculados con la realidad nacional, provincial y municipal tanto en lo jurídico como en lo social que sean considerados prioritarios.

El CIJS cuenta con un plantel de investigadores permanente y tiene radicados numerosos proyectos de docentes-investigadores de la Facultad e investigadores y becarios subsidiados por otros entes.

El CIJS implementa anualmente distintos Programas que tienen como objetivo despertar el interés por la investigación científica y apoyar-acompañar la formación de futuros investigadores. Dichos Programas están dirigidos a alumnos y docentes de la Facultad; entre ellos podemos mencionar:

Programa de Tutorías de Investigación: Dirigido a alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, presenta como objetivo que el tutorando se introduzca en el proceso de investigación científica.

Becas de Pregrado: Dirigido a alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, tiene por objeto apoyar el proceso de formación en investigación de los alumnos de pre-grado.

Sistema de Ayudantía de Alumnos en Investigación: Dirigido a alumnos de la Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho y Cien-

cias Sociales, a fin de que tengan la oportunidad de ir formándose en investigación mediante la incorporación a un proyecto de investigación en curso radicado en el CIJS.

Sistema de Formación en Investigación para Graduados: Dirigido a adscriptos y docentes de la Facultad, que buscan formarse en investigación, bajo la dirección de un docente-investigador o investigador formado.

En el marco de las actividades de difusión, el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales organizó la **IX Jornada sobre Experiencias en Investigación**, la que se llevó a cabo los días 15 y 16 de octubre del 2008.

En dicha Jornada, expusieron sus proyectos de investigación Profesores, Docentes, Investigadores y Becarios de la casa.

Los Objetivos de la Jornada son:

- * Constituir un espacio para el intercambio y la difusión de las experiencias en investigación desarrolladas en la Facultad (Docentes, Investigadores, Docentes-Investigadores, Becarios, Tutorandos, Doctorandos, Mastrandos).
- * Incentivar, a través de sucesivas *Jornadas* anuales, al fortalecimiento de un nexo permanente entre el CIJS y quienes desarrollan labores de investigación en diversos ámbitos de la Facultad.
- * Contribuir a la construcción del perfil del Docente-Investigador.
- * Promover la formación de los estudiantes en investigación.
- * Obtener de las *Jornadas* material de retroalimentación a los fines de adecuar de modo permanente las labores del CIJS a las necesidades de la Facultad.
- * Difundir entre los docentes, investigadores y alumnos, la oferta de apoyo a la investigación existente a través de becas y subsidios.

El trabajo se organizó en tres comisiones: Comisión de Derecho Privado; Comisión de Derecho Público; Comisión de Cs. Sociales y Humanas.

Como en años anteriores y con la colaboración de la Secretaría de Extensión y Relaciones Internacionales, los días 15 y 16 de octubre se presentó la **“Quinta Feria de Información sobre Becas y Subsidios para Investigación”**, que contó con la participación de instituciones tales como DAAD, IICANA, Agencia Córdoba Ciencia, Prosecretaría de Relaciones Internacionales, SECyT, Secretaría de Extensión y RRII y Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales.

Por otra parte y continuando con las actividades de formación, se realizaron diversos **Seminarios, Cursos y Conferencias** en el marco del “Ciclo de Seminarios, Talleres y Conferencias del CIJS”.

Como en años anteriores, se llevó a cabo con el *Departamento de Gobierno y Política de la Universidad de Maryland (U.S.A.)* en el marco del “PROYECTO ICONS”, el X Seminario sobre “Simulación Internacional de Relaciones Exteriores Vía Internet”.

Entre las **Publicaciones permanentes del CIJS** se cuentan: *el **Boletín Informativo Mensual**, instrumento de difusión de actividades del CIJS en el ámbito de la Facultad; y *el **Anuario del CIJS**, en el que investigadores, docentes-investigadores y becarios del CIJS, difunden los resultados de las investigaciones desarrolladas en cada año académico en la Facultad. El *Anuario* se publica en versión impresa y digital, pudiendo consultarse en la página web: www.derecho.unc.edu.ar (Institucional/Centro de Investig.).

SECCIÓN I
DERECHO PÚBLICO

ARGENTINA: ENTES REGULADORES INDEPENDIENTES A CARGO DE EXPERTOS: ¿ANACRONISMO O DEUDA INSTITUCIONAL PENDIENTE?

Jorge Edmundo Barbará¹

Resumen: La debilidad institucional que se observa en Argentina, se profundiza si nos detenemos en una mirada más profunda de los entes reguladores y de control de los servicios públicos.

A partir de los resultados de una auditoría efectuada sobre tales entes por la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) y a partir de la información que brinda el Presupuesto anual de gastos y recursos de los entes, es posible obtener un cuadro de situación que nos permita efectuar valoraciones sobre el funcionamiento real de tales entes, particularmente en relación al efectivo aseguramiento de los marcos regulatorios por cuya observancia debieran velar.

La trascendencia política, jurídica y social de los entes aparece comprometida si se defecciona en aquel efectivo aseguramiento.

La mirada hacia la debilidad institucional de los entes exige la pregunta sobre si ha existido la necesaria voluntad política tendiente a un fortalecimiento institucional.

Las conclusiones a que podemos arribar a través de la valoración de los indicadores expuestos, no nos permiten, en manera alguna, ser pesimistas en cuanto a su justificación institucional. Se trata de una deuda institucional pendiente, pero de cumplimiento necesario.

Palabras claves: debilidad institucional - entes reguladores y de control - auditoría - voluntad política

*“¡Dios qué buen vassallo, -si oviesse buen señor”
Poema del Cid (3,20)*

1- Introducción.

Para justificar las previsiones presupuestarias para el año 2008, la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC) inaugura la enuncia-

¹ Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina, Facultad de la que actualmente es Profesor Titular por concurso de la cátedra de “Derecho Político”. 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 (1988-2003) y actualmente 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, de la cual es Profesor de Posgrado. Asimismo, es Profesor de Posgrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Vice-Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Político (AADP).

ción de los fundamentos referidos a aquella justificación a través de la descripción de la finalidad o “*misión*” de ese organismo, en los siguientes términos:

*“La **misión** de la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC) es ejercer las funciones de control, sancionatoria y jurisdiccional y de normalización administrativa y técnica en materia de servicios de telecomunicaciones, radioeléctricos y postales, **velando por el cumplimiento efectivo de la normativa vigente** y asegurando el acceso de la población a los servicios universales”* (sic, resaltado nuestro).

En verdad, esa expresión, básica y hasta sobreentendida, en relación a la finalidad de un ente regulador y de control, puede ser aplicable, en lo sustancial, a todos ellos, dejando a salvo las particularidades y especificidad de cada uno de ellos.

Ello porque, en definitiva, cada ente tiene por “*misión*” o finalidad primaria “*velar por el cumplimiento efectivo de la normativa vigente*” para el respectivo sector de prestación de servicios públicos de que se trate.

Veamos, entonces, si esa finalidad tan manifiesta, justificatoria del gasto en que se incurre para financiar su existencia misma, se encuentra corroborada por la manera en que el ente “*vela por el **efectivo cumplimiento de la normativa vigente***”.

Y, para el supuesto que constatemos que los entes defeccionen respecto de su finalidad, o “*misión*” básica, veamos, asimismo, cuál sería la consecuencia o trascendencia de esa defección.

2- Los entes reguladores y de control de servicios públicos nacionales ¿velan por el efectivo cumplimiento de la normativa vigente en su respectiva área?

La Sindicatura General de la Nación de la República Argentina —SIGEN— ha dado ha conocer, en 2008, un informe en el marco de la denominada “Auditoría Transversal sobre Aplicación de Sanciones y Multas”, practicada sobre diversos entes reguladores y de control de los servicios públicos a nivel nacional.

El objetivo de la auditoría fue el de “evaluar la efectividad de las sanciones aplicadas y la razonabilidad de los plazos insumidos en el proceso sancionatorio por parte de los entes con competencia en la regulación y control de los servicios públicos en sus diversas instancias” (2008:3).

La denominación “Auditoría Transversal” obedece a que el proyecto de auditoría desarrollado tuvo un abordaje “horizontal” en los diferentes entes que fueron objeto de estudio y un abordaje “transversal” a partir de la inclusión de algunas Secretarías y Subsecretarías dependientes del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, con

competencia en la resolución de recursos de alzada respecto de las resoluciones de los entes auditados.

La auditoría recayó sobre los siguientes organismos, a saber:

- Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC)
- Comisión Nacional de Regulación del Transporte (CNRT)
- Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE)
- Ex Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ex ETOSS)²
- Órgano de Control de Concesiones Viales (OCCOVI)
- Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (ORSNA)
- Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios (MPFIPyS)

Bajo el rubro “Hallazgos”, la auditoría determinó que *“se observan deficiencias en las tramitaciones de las sanciones por parte de los distintos organismos”* (2008:8) y, a continuación, señaló las diversas deficiencias que afectaban los respectivos organismos auditados.

En razón de que los diversos organismos auditados revelaron deficiencias comunes, en términos generales, a todos ellos, el informe nos dice que *“se destaca en varios organismos la inexistencia de bases de datos integradas, lo que no permite conocer, de manera simple y confiable, el universo de sanciones aplicadas y el estado de trámite de los expedientes, ni tampoco relacionar el efectivo cobro de las que quedaron firmes, a efectos de impedir la duplicidad de procedimientos sancionatorios y/o la iniciación de causas judiciales innecesarias”*.

“Por otra parte, se observa que la mayoría de las penalidades y multas aplicadas a los licenciatarios y/o concesionarios no son de cumplimiento efectivo, lo que contribuye en buena medida al resultado final percibido de que las sanciones no propenden a modificar los contratos de los prestadores”.

“Por último, se constatan significativas demoras en las diversas etapas del proceso sancionatorio, incluida la resolución de los recursos de re-

² El Ente tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS) fue creado por la ley nro. 23.696/89 denominada “Ley de Reforma del Estado”, en Anexo I, punto III, la cual dispuso *“créase un ente tripartito entre la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, Gobierno de la Provincia de Buenos Aires y Obras Sanitarias de la Nación”*. El diseño de dicho ente fue dispuesto por el decreto del Poder Ejecutivo Nacional nro. 999/92. La reestatización de los servicios que fueran privatizados en cabeza de la concesionaria Aguas Argentinas SA y que fueran regulados por el ETOSS, tuvo por consecuencia la creación de la empresa Agua y Saneamientos Argentinos (AySA), como nueva prestadora de esos servicios, y, en sustitución del ETOSS, se creó el Ente Regulador de Agua y Saneamientos (ERAS).

consideración y de alzada, lo que también contribuye a restar efectividad al mismo” (2008:11).

Esta última evaluación que llega, como se dijo, a la generalidad de los organismos auditados, es resultado de los informes que produjeron las respectivas Unidades de Auditoría Interna (UAIs) que tuvieron a su cargo la inspección de los mismos.

A los efectos de tener una visión más concreta del comportamiento de aquellos organismos a partir de la perspectiva de análisis que motivara la auditoría —aplicación de sanciones y multas—, nos parece pertinente señalar algunas de las observaciones concretas formuladas por el informe, particularmente en relación a la **efectividad de las sanciones aplicadas**.

A este último respecto, seleccionamos sólo algunos de los entes respecto de los cuales se han practicado observaciones, a título ejemplificativo, no significando esa selección que respecto de los entes u organismos omitidos, los mismos carezcan de advertencias en ese sentido por parte del mencionado informe. Y así tenemos que el mismo nos revela:

- Respecto de la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC): Aquí se observan déficits tanto en el área referida a Servicios de Telecomunicaciones cuanto en el área de Servicios Postales, esto es, en los respectivos ámbitos de competencia de dicho ente.

En relación a los *“Servicios de Telecomunicaciones: surge del informe de la UAI que la aplicación de sanciones que se venía realizando sistemáticamente en años anteriores no produjo la efectividad deseada, entendiéndose que principalmente por dos motivos: En primer lugar, las Licenciatarias, desde el inicio, utilizaron sistemáticamente las distintas vías recursivas **dilatando excesivamente** los tiempos de tramitación, ya que las mismas poseen efectos suspensivos; en segundo lugar, surge de las actuaciones por las cuales tramitan las sanciones que las Licenciatarias en general, **demoran significativamente** en contestar los requerimientos de la CNC y no responden adecuadamente lo que se les solicita, dando lugar a nuevos requerimientos, lo que provoca consecuentes atrasos.*

A ello debe sumarse que tampoco se hace efectivo el pago de dichas sanciones, observándose que del total de multas aplicadas desde 1993 hasta 2006, sólo se ha abonado el 2,1%”.

En relación a los *“Servicios Postales: Considera la UAI que la demora en la tramitación de las sanciones hace perder, en gran medida, su efectividad. **En cuanto al pago de multas, del total aplicado en el período 1999/2006 sólo se ha abonado el 9,1% de ellas”** (sic, 2008:17-18, resaltado nuestro).*

- Respecto de la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (CNRT):

Tanto en lo referido al área “Transporte Automotor de Pasajeros de Jurisdicción Nacional” cuanto respecto al área “Ferrocarriles Metropolitanos”, ambas, naturalmente, de competencia de la CNRT, el informe formula observaciones.

En efecto, en relación a la primera de las áreas —Transporte Automotor de Pasajeros—, se determina que el pago de las sanciones aplicadas no modifica las conductas, y ello porque *“no se aplican las normas de reincidencia que prevén desde un incremento en el monto de las multas hasta la facultad de suspender o caducar el permiso”* (sic 2008:18).

En relación a la segunda de las áreas —Ferrocarriles Metropolitanos—, del informe se infiere la carencia de efectividad de sanciones que se aplican por incumplimiento de los operadores en ámbitos tan sensibles como incumplimientos referidos a la calidad del servicio, al material rodante (presentación y limpieza de los coches), al estado de higiene de las estaciones, en razón del simple expediente utilizado por los prestadores del servicio, de impugnar tales sanciones en sede administrativa, a través de los respectivos recursos de reconsideración y alzada.

Entre los incumplimientos contractuales por parte de los operadores, la Gerencia de Seguridad en el Transporte de la CNRT ha informado sobre incumplimientos referidos a cuestiones vinculadas a la seguridad y/o el mantenimiento de elementos esenciales del material rodante e infraestructura, incumplimientos que, según refiere la auditoría, han sido elevados al conocimiento y consideración de la Subsecretaría de Transporte Ferroviario.

La auditoría revela que ni la Subsecretaría mencionada ni la Secretaría de Transporte de la Nación se han expedido al respecto.

El informe de auditoría concluye señalando que, ***“de lo expuesto, se infiere falta de efectividad en la aplicación de sanciones, tanto en el transporte automotor como en el ferroviario”*** (2008:19, resaltado nuestro).

- Respecto del ex Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ex ETOSS):

La auditoría revela que el total de sanciones aplicadas por el ente a la ex prestataria ascendió a quinientos cuarenta y seis (546), de las cuales quedaron firmes aproximadamente el veinticinco por ciento (25%).

La ex prestataria sólo abonó el diez por ciento (10%) de las sanciones aplicadas, revelando el informe, en cuanto a la efectividad de las sanciones, que las mismas no tuvieron eficacia en cuanto cambio de conductas de la ex concesionaria.

Pues bien, de los indicadores arriba expuestos y que fueron revelados por el informe de auditoría de la SIGEN, se advierte claramente que existen infracciones graves —por ejemplo, en materia de transporte ferro-

viario de personas, incumplimientos contractuales vinculados a la seguridad y/o al mantenimiento de elementos esenciales de material rodante e infraestructura—, infracciones cuya envergadura tornan imperioso el efecto aleccionador del régimen sancionatorio y que, por el contrario, la auditoría establece literalmente, como ya se vio, que *“de lo expuesto, se infiere falta de efectividad en la aplicación de sanciones, tanto en el transporte automotor como en el ferroviario”* (2008:19).

La circunstancia consistente en que, frente a un acto ilícito del —o de los— operadores, la constatación del mismo por parte del órgano específico al cual se le ha delegado el aseguramiento de la normativa legal que aquel acto contradice, no sea ejecutado, reviste no poca trascendencia.

En efecto, tiene trascendencia en el escenario político, en el escenario jurídico y en el escenario social.

Veamos, pues, tal trascendencia.

3- Trascendencia de la ausencia o defecto de ejecución de las normas.

Trascendencia política.

El defecto en la ejecución del marco regulatorio tiene trascendencia en el escenario político porque la existencia de un ente regulador y de control no se restringe a la mera vigilancia acerca de quién —o de quiénes— son responsables de la prestación de determinados servicios públicos, no se agota en el control de una eventual conducta antijurídica de aquel —o de aquellos— prestadores ni, inclusive, de la también eventual conducta antijurídica de algún o algunos usuarios de tales servicios.

Esto es, la función de un ente regulador no se restringe a la vigilancia de un correcto relacionamiento contractual bilateral entre el prestador y el usuario, aunque ésta constituya su función primaria.

Por tanto, cuando un ente aplica defectuosamente una norma regulatoria por defecto en su ejecución, no sólo vulnera el valor político consagrado en esa norma en el carácter de una prescripción jurídica para cuya contradicción exige una sanción coactiva, sino que vulnera o incumple el rol político que le es asignado al ente como custodio de ese valor político que es tal en cuanto se extiende más allá de un mero cuidado de una relación contractual bilateral, toda vez que es tal en cuanto se supone encarna un interés colectivo que el ente también representa.

Y ello así porque, como se dijo, la prestación de un servicio público excede el marco restringido de una relación contractual bilateral entre un prestador de un servicio y un usuario del mismo. Excede del interés privado que ese prestador y ese usuario persiguen obtener en una relación contractual propia de un *do ut des*.

La naturaleza pública del servicio exige advertir que se está en presencia de genuinos intereses colectivos, de intereses generales, para velar por los cuales existe, precisamente, un ente regulador y de control estatal.

La existencia misma de un ente estatal regulador y de control especializado para un mercado específico de prestadores y usuarios parte del presupuesto que el mercado, por sí solo, no puede asumir un rol organizador de las relaciones existentes entre un usuario que paga por un servicio y un operador que los presta.

Y ello porque los intereses a satisfacer no resultan de sumatorias de intereses privados.

Por el contrario, estamos en presencia, como ya se dijo, de intereses colectivos.

Precisamente corresponde al ente regulador y de control un rol protagónico sustancial en cuanto organizador de estos intereses colectivos.

La función de regulación y control del mercado en el sector de servicios de que se trata y, con ello, de la economía, desde un ámbito extraeconómico, asumiendo lo estatal un papel dirimente como criterio de organización y convivencia social (Barbará 2003:34), habla a las claras de la trascendencia política que le asiste a los entes, sin embargo de su carácter técnico o experticio.

Por tanto, si el ente u organismo regulador se revela incapaz de organizar armónicamente los intereses contradictorios existentes en la prestación de servicios, porque su existencia se muestra estéril al momento de recomponer el —o los— intereses o derechos de quienes han sido vulnerados —por ejemplo los intereses o derechos de los usuarios—, olvidando que su sentido de control y regulación de carácter técnico y experticio suponen *también* delegación del poder de policía estatal en relación a genuinos intereses colectivos, aquello que se vulnera es precisamente la trascendencia política de un organismo paradójicamente de carácter técnico.

Dicho más sencillamente: si no se terminan de ejecutar las normas regulatorias porque frente al incumplimiento en que se incurre no existe sanción efectivizada, el rol *también* político que conlleva aquella ejecución de las normas, contribuye a deslegitimar a tales entes.

Y es que al ente también le asiste un rol de representación de todos los sectores sociales, no obstante su carácter especializado y técnico en una determinada área de prestación de servicios públicos.

Trascendencia jurídica.

Tiene asimismo un ente regulador y de control de servicios públicos trascendencia jurídica.

En efecto, a dichos entes les asiste, simultáneamente, facultades de legislación, de jurisdicción y de administración. Precisamente

el carácter regulador importa la posibilidad de reglamentar conductas referidas al ámbito de sus incumbencias. La facultad de juzgamiento se vincula con el ejercicio de la jurisdicción primaria que se justifica cuando la resolución de la controversia presuponga la familiaridad con hechos cuyo conocimiento haya sido confiado por la ley a cuerpos expertos, debido a que su dilucidación depende de la experticia técnica de dichos cuerpos (Barbará 2006:17). Por último, el ente cumple funciones administrativas inherentes a una estructura especializada perteneciente a la Administración Pública, con un deseable grado de autarquía, constriéndose al principio de legalidad.

A partir, entonces, de sus funciones de regulación y control, al ente le asiste la atribución y el deber de que se cumplan estrictamente las normas jurídicas que gobiernan su accionar.

Entonces, el marco regulatorio, por cuya observancia debe velar el ente, contiene los elementos propios de toda prescripción jurídica, certeza de sentido y certeza de ejecución.

Ello supone la previsión de un orden de conductas de cumplimiento obligatorio, bajo amenaza de coacción para el supuesto de incumplimiento de aquel orden de conductas.

En otras palabras, la seguridad jurídica consiste en la certeza de antemano existente y conocida acerca de que si la conducta normativamente exigida no se cumple, la misma se ejecuta a través del ejercicio de una coacción irresistible contra el incumplidor. La estabilidad de un orden normativo conlleva previsibilidad de conductas y seguridad de su cumplimiento.

En ello consiste la seguridad jurídica.

El ente es, pues, depositario y garante de la seguridad jurídica, en su carácter de organismo de aseguramiento del marco regulatorio de un sector de la prestación de servicios públicos.

Por tanto, si el plexo de normas por cuya observancia debe velar no se cumple, y las conductas antijurídicas o ilícitas no se reparan a través de una sanción de cumplimiento efectivo, el orden jurídico se vacía de contenido por ausencia de la certeza de ejecución.

La norma jurídica podrá haber mutado hacia una norma moral o de la intención, pero ha dejado de constituir derecho positivo o norma jurídica.

La importancia, pues, que revisten los indicadores resultantes de la auditoría de la Sindicatura General de la Nación, particularmente cuando se detienen en ponderar que las sanciones sólo se cumplen en ínfimo grado, esto es, virtualmente no se cumplen, consiste en que las normas regulatorias y de control carecen de certeza de ejecución.

Hacer conciente a quien tiene que cumplir una norma que, si no la cumple, su conducta ilícita en una probabilidad superior al noventa por ciento (90%), quedará sin sanción, equivale a una autorización tácita a comportarse sin más criterio que la autodeterminación, esto es, autorizarlo al ejercicio de una libertad sin más límite que su decisión personal. Más simplemente, autoriza hacer lo que se quiera, sin temor a sanción alguna.

Si se incumplen las normas referidas, por ejemplo, a la seguridad en el transporte de personas, o en el mantenimiento de elementos esenciales del material rodante y de la infraestructura, y de ello no se irroga consecuencia punitiva alguna, como surge del informe ya referido, el único beneficiado es aquel para quien las reglas no significan límites.

No es que aquí el marco regulatorio sea funcional para los prestadores comprendidos en las áreas de servicios públicos sobre cuya regulación y control versa el informe, aunque así puedan haber sido elaborados.

El informe no se detiene a ponderar las normas regulatorias. Sólo pondera la actividad de las autoridades que debieran asegurar dichas normas, a partir de la aplicación de sanciones y multas.

Y aquello que se desprende de esa ponderación, nos permite concluir advirtiendo que el derecho positivo pierde su condición de tal precisamente a partir de la actividad de la autoridad —o de las autoridades— públicas cuya existencia sólo cobra legitimidad, paradójicamente, en la medida que asegure el cumplimiento eficaz de ese derecho positivo que les da vida.

La crítica apunta, entonces, a los organismos públicos —Entes Reguladores y de Control y Ministerios o Secretarías involucradas—, cuyos comportamientos coadyuvan a privar a las normas de su certeza de ejecución, privando a las normas jurídicas de uno de sus elementos esenciales.

La implícita autorización que esa actividad estatal conlleva hacia los prestadores, sean estos privados o públicos, a comportarse sin más límite que su propio criterio y su propia consecuencia.

Resulta, pues, razonable advertir que la permisividad que supone la ausencia de sanciones opera en un prestador en el sentido de favorecer su consecuencia económica.

Y ello porque si no se mantiene adecuadamente un determinado material rodante advirtiéndose que el mismo se encuentra en estado deplorable, ello supone ausencia de inversión por parte del prestador, favoreciendo a una rentabilidad malsana, bajo riesgo, inclusive, de pérdidas de vidas humanas por existencia de un transporte en estado deplorable, convirtiéndose el regulador, aún cuando fuera de manera no intencional, en un partner del prestador.

La trascendencia jurídica del informe, consistente en la ruptura del derecho por los órganos encargados de su cumplimiento, adquiere rostro humano al advertir a quien beneficia y a quien perjudica esa ruptura.

Trascendencia social.

Los déficits que surgen de la auditoría que nos ocupa en relación a la “Aplicación de Sanciones y Multas” tienen también trascendencia social.

Una sociedad que observa que los incumplimientos de los prestadores de servicios públicos no encuentran condigno castigo, no requiere conocimiento alguno sobre la teoría de la captura del regulador para darse cuenta que el actuar de tales organismos resultan funcionales a los intereses de aquellos prestadores.

En este último sentido, la población tiene frecuente acceso a medios de comunicación que no sólo informan acerca de la inidoneidad de los entes reguladores para cumplir sus funciones de control y regulación, sino que le suministran la valoración negativa de esa información a través de editoriales o notas que encierran una crítica, por lo demás, bien ganada³.

A esta descalificación que, merced a su defectuoso accionar, van mereciendo los entes reguladores y de control, se suma el escaso conocimiento que en la población de ellos se tiene.

Ello significa que, en general, la población percibe a dichos entes como un todo indiferenciado del Estado, haciendo recaer sobre éste los defectos de aquél, al cual observa como aliado de las poderosas empresas prestatarias de servicios públicos desprotegiendo al débil estructural, esto es, al usuario o consumidor.

Tal situación se manifiesta gráficamente a partir de una encuesta que ya refiriéramos en nuestro trabajo sobre el control judicial de los entes reguladores (Barbará 2006:4).

³ Precisamente en su nota editorial del día miércoles 4 de junio de 2008, el diario “La Voz del Interior” de la Provincia de Córdoba, en referencia a la auditoría de la SIGEN que nos ocupa, bajo el título “Escandaloso Descontrol”, nos dice: “...La Sindicatura General de la Nación (SIGEN) difundió la semana anterior un informe que confirma la deplorable percepción colectiva de que las reparticiones de contralor del Estado no cumplen con los objetivos para los cuales fueron creados. En realidad, cumplen con uno solo, el más importante: incorporar a la burocracia a familiares, amigos y correligionarios de quienes gobiernan. Eso es todo...”.

A su vez, y en relación a ese mismo informe de auditoría de la SIGEN, la publicación “Crítica de Argentina - Edición Impresa” correspondiente también al 4 de junio de 2008, en un artículo suscripto con fecha 31 de mayo de 2008 por Damián Glanz, entre otros conceptos, nos dice: “...No controlan, ni regulan, ni multan. Los organismos del Estado que deberían acreditar el funcionamiento de las empresas de servicios públicos no cumplen con los objetivos para los que fueron creados. Así lo determina un informe de la Sindicatura General de la Nación, la principal oficina de control interno del Poder Ejecutivo...”.

También en el sentido del incumplimiento de sus funciones básicas, el diario “La Nación” del día domingo 11 de marzo de 2007, en la sección “Enfoques”, en nota suscripta por Laura Zommer, en un encabezado destacado, nos dice: “Los organismos de control que tiene el país elevan pocas denuncias, menos aún llegan a la Justicia y casi no hay condenas. Jueces y funcionarios, incluso aquellos que están a cargo de la lucha contra la corrupción, lo dicen sin eufemismos: el diseño y funcionamiento de los organismos de control está hecho a medida de los poderosos...”.

Dicha encuesta, efectuada para Capital Federal y Buenos Aires, elaborada por el equipo de reforma política Compromiso para el Cambio (CPC), y cuyos datos son coincidentes con la percepción de distintas asociaciones de consumidores —tales como la Liga de Acción del Consumidor (ADELCO) y la Asociación de Defensa de Consumidores y Usuarios de la Argentina (ADECUA)—, revelaba, para el año 2006, un alto desconocimiento de los entes reguladores de los respectivos servicios del agua, de la telefonía, del gas y de la electricidad, a la vez que de la misma se constataba que la gente consideraba que el Estado no controlaba adecuadamente favoreciendo los intereses empresariales.

En efecto, a través de dicha encuesta podemos advertir que: un 94,4% no conoce cuál es el ente regulador del servicio del agua; un 87,1% desconoce al encargado de controlar la telefonía; un 65,1% desconoce el ente referido al gas y un 41% desconoce el de la electricidad. Asimismo, el 72% de los encuestados considera que el Estado no controla lo suficiente a las empresas prestatarias de servicios públicos y las favorece en las negociaciones y el 48% se siente desprotegido como consumidor.

Ahora bien, a poco que se repare que los dos caracteres esenciales que hacen a la existencia misma de los entes consisten en independencia funcional y experticia en su configuración personal, se advertirá la devastadora deslegitimación en que se incurre cuando esos dos caracteres se han vulnerado y esa vulneración es percibida socialmente.

Ello así porque la delegación de las responsabilidades de tomar ciertas decisiones en determinadas áreas en cuerpos independientes compuestos por expertos, no significa otra cosa sino restringir la discrecionalidad del gobierno para tomar decisiones en tales áreas.

Precisamente los argumentos que sustentan esta independencia y esta experticia aluden a la **desconfianza** en el proceso político democrático, conforme la lúcida advertencia de Joseph Stiglitz (Barbará 2004:49).

La circunstancia, entonces, de que la sociedad no observe ninguna diferencia entre el accionar de las instancias políticas estatales que se han hecho merecedoras de aquel descrédito que supone la desconfianza que Stiglitz refiere y el accionar de los entes, y la circunstancia que se perciba descontrol en organismos para cuya tarea de control se exige experticia, no advirtiendo aquí tampoco la sociedad diferencia alguna entre la aplicación de un conocimiento experto y el accionar burocrático de la Administración general, operan en favor de la deslegitimación social de tales entes precisamente por inobservancia institucional de sus caracteres básicos.

Pues bien, a este efecto social le debemos sumar el efecto disvalioso consistente en que esa misma sociedad observa que las normas legales no se ejecutan contra determinadas personas por la responsabilidad de los di-

ferentes organismos estatales encargados de llevar a buen término aquella ejecución. Este último efecto significa que se resiente la ejemplaridad que la aplicación eficaz del derecho reclama como condición de su vigencia.

Ello contribuye, pues, a la instalación de una sociedad anómica.

Y naturalmente que una sociedad sin reglas, o con reglas de débil observancia, es destructiva de la necesaria cohesión social sobre la que edifica la organización estatal.

El debilitamiento del Estado viene, entonces, por la vía de la inobservancia del derecho.

Veamos, ahora, el gasto que afronta la sociedad argentina para que los entes existan.

4- Los entes vistos a través de un presupuesto para un ejercicio anual.

De conformidad a la información brindada por la Oficina Nacional de Presupuesto, en la respectiva página web, es posible observar los Presupuestos de gastos y recursos de los diversos entes reguladores.

Nos circunscribiremos a reparar en algunos de los entes vigentes que fueron objeto de la auditoría que arriba nos ocupara. De suyo queda claro que, en el caso de un organismo hoy inexistente, en su carácter de ente específico, como el ex Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ex ETOSS), para el mismo no figura imputación presupuestaria.

A los efectos de advertir la distancia que media entre aquello que, de acuerdo a la propia definición que, en cuanto a su objeto específico, el ente brinda de sí mismo y aquello que, de acuerdo a la auditoría de la SIGEN se constata respecto de ese mismo objeto específico, nos concentraremos en el análisis de la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC) y de la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (CNCT).

Se trata, en ambos casos, de información surgida de las previsiones presupuestarias para el año 2008.

Pues bien, para la CNC se prevé un presupuesto de \$ 437.038.777,00. Ello supone, aproximadamente en dólares estadounidenses billetes, U\$S 143.291.400,00, a un valor de cambio U\$S 1 = \$ 3,05.

Sin embargo, de aquel presupuesto es menester deducir la categoría presupuestaria "Contribuciones Figurativas" referidas al monto de recaudación que es transferido en favor del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, del Ministerio de Economía y Producción y del Tesoro Nacional.

Dicho monto asciende a \$ 337.328.000,00, razón por la cual el presupuesto genuino del ente para el ejercicio 2008 asciende a \$ 99.710.777,00, esto es, en dólares estadounidenses billetes U\$S 32.692.058,00, a idéntica relación de cambio que arriba se ha referido.

Es menester tener presente que la fuente de financiamiento de la totalidad del presupuesto —\$ 437.038.777,00— proviene de recursos propios provenientes del propio sector a regular y controlar, esto es, de la percepción de las respectivas tasas, derechos y aranceles en materia de comunicaciones.

De aquellos \$ 99.710.777,00 a que asciende el presupuesto genuino, los **Gastos en Personal** ascienden a \$ 62.775.331,00.

No deja de llamar la atención que, en concepto de “**Pasajes y Viáticos**” se prevean los siguientes gastos, a saber: Para la denominada “Categoría 01 - Actividades Centrales” (Conducción y Administración): \$ 1.526.593,00; para el “Programa 16 - Control de los Servicios de Telecomunicaciones”: \$ 944.092,00; para el “Programa 17 - Control de los Servicios Postales”: \$ 580.000,00; para el “Programa 18 - Administración del Espectro Radioeléctrico”: \$ 733.400,00.

En concepto de “Pasajes y Viáticos”, el gasto asciende, pues, a “3.784.085,00, esto es, U\$S 1.240.684,00.

Tampoco deja de llamar la atención que, para el rubro “**Mantenimiento, Reparación y Limpieza**”, ciertamente para todos los Programas y Categorías, se presupueste un gasto de \$ 5.076.147,00, equivalentes a U\$S 1.664.310,00.

Por tanto, los tres rubros antes referidos, esto es, “Gastos en Personal”, “Pasajes y Viáticos” y “Mantenimiento, Reparación y Limpieza”, alcanzan a una previsión presupuestaria de \$ 71.635.563,00.

Esta última cifra representa, en relación al presupuesto genuino total de la CNC —\$ 99.710.777—, el 71,84%.

Adviértase que no se computan aquí otras previsiones presupuestarias tales como “Servicios Técnicos y Profesionales” o “Impuestos, Derechos, Tasas y Juicios”.

La situación que debiera inferirse de los datos presupuestarios arriba mencionados permiten, al menos, efectuar dos reflexiones:

La primera, a partir de la información que emerge de un presupuesto aparentemente holgado en términos de satisfacción de las necesidades del funcionariado y del personal del ente, cuyos ingresos no debieran ser precisamente modestos si se toma por referencia, por ejemplo, los de un docente a nivel inicial, primario, secundario o universitario de cualquier establecimiento educativo público de la República Argentina o los de cualquier profesional de la salud en una institución de salud pública, ni que estarían inhibidos de satisfacer cuantos viajes fueran menester, al interior o al extranjero, con los correlativos viáticos, ni que las condiciones de trabajo carezcan de una infraestructura de seguridad, higiene y confort para cumplir adecuadamente las tareas, según surge de los respectivos rubros presupuestarios arriba señalados.

A partir de la representación de satisfacción que permite la información presupuestaria, debiera derivarse una eficaz prestación de los servicios regulatorios y de control del ente, que son los que precisamente justifican su existencia.

Ya hemos advertido que en su justificación liminar, la CNC, en ese mismo Presupuesto, enuncia como “Política Presupuestaria de la Entidad” *“velar por el cumplimiento **efectivo** de la normativa vigente”* (sic, 115-2, resaltado nuestro).

La primera reflexión, entonces, tiene que ver con la confrontación entre aquello que permite razonablemente representar la información presupuestaria y los resultados de la “Auditoría Transversal” de la SIGEN.

Basta sólo aquí tener presente que, según dicho informe de auditoría, en el área de “Servicios de Telecomunicaciones” de la CNC, del total de multas aplicadas desde 1993 hasta 2006, sólo se abonó el 2,1% y, en el área de “Servicios Postales” del total de multas aplicadas para el período 1999/2006 sólo se abonó el 9,1% de las mismas.

Esa realidad torna claramente declamatoria la invocación consistente en que la “misión” de la CNC consistiría, como ya se dijo, en *“velar por el cumplimiento **efectivo** de la normativa vigente”*, “misión” que, para que no quede lugar a dudas reitera, a continuación, en los siguientes términos:

*“Como organismo de control de las comunicaciones **ejerce el poder de policía** en materia postal, de telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico, **velando por el cumplimiento de las normas vigentes** a fin de promover la calidad en la prestación de los servicios de comunicaciones, y **aplicando las sanciones previstas en los respectivos marcos regulatorios”*** (sic, 115-2, resaltado nuestro).

La distancia que media entre esa definición descriptiva enunciada por el propio organismo regulador destacando aquello que entiende es de su esencia, y la realidad que se comprueba de la auditoría ya varias veces referida, equivale a deslegitimación de un organismo para cuya existencia se paga un alto costo.

Veamos, ahora, el caso de la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (CNRT).

La CNRT justifica la imputación presupuestaria para el ejercicio 2008 a partir del enunciado del sentido de su existencia y de los objetivos que pretende llevar a cabo para el ejercicio de que se trata.

Y así nos dice que la CNRT *“es un ente autárquico creado por el decreto Nro. 1.388/96 con el objeto de ejercer la fiscalización y control público de las actividades desarrolladas por los operadores del sistema de transporte automotor y ferroviario de pasajeros y de carga sujetos a la jurisdicción nacional, asegurando la adecuada prestación de los servicios y protegiendo los intereses de la comuni-*

dad. Asimismo, asume la responsabilidad del control y fiscalización de la Estación Terminal de Ómnibus Retiro de la Ciudad de Buenos Aires” (sic, 661-2).

Como se advierte en este enunciado, la trascendencia del control que debe ejercer este organismo no es precisamente menor: se vincula, nada más y nada menos, prioritariamente, con el control de condiciones de prestación de servicios del transporte automotor y ferroviario de jurisdicción nacional, referidas a la seguridad del universo de personas transportadas por esos medios, en un país que muestra uno de los índices más altos —si no el mayor— en materia de inseguridad vial.

Pues bien, para cumplir con aquella misión, la CNRT inaugura la expresión de los principales objetivos de su política presupuestaria de la siguiente manera:

“Los principales objetivos que se pretenden llevar a cabo en el año 2008 son:

- Realizar adecuadamente el control integral de las concesiones con el objeto de determinar en tiempo los cumplimientos contractuales, para garantizar la calidad del servicio y la seguridad de los usuarios, y aplicar, en caso de incumplimientos, las sanciones correspondientes y su inmediata efectivización”.

- Consolidar el sistema sancionatorio aplicable a los concesionarios con causas en los incumplimientos de las obligaciones contractualmente fijadas, complementado con un staff calificado de inspectores que permita lograr mayor eficiencia en los procedimientos de control” (sic, 661-2, resaltado nuestro).

Como se ve, los primeros objetivos de la política presupuestaria se refieren a la eficacia del sistema sancionatorio.

Ciertamente que se podría suponer que, en esos enunciados, habría una suerte de saludable respuesta a los resultados de la auditoría de la SIGEN, toda vez que habrían sido elaborados ex post.

Sin embargo, nos inclinamos a sostener que tales enunciados son independientes de la realización de aquella auditoría.

Tal presunción de nuestra parte se fundamenta en que tales objetivos constituyen pautas de acción rutinarias y permanentes de un órgano de control autárquico al cual se le han reconocido facultades sancionatorias. Hacen, pues, a la naturaleza administrativa propia del ente sostener que sus facultades van a ser bien ejercidas, ya que no otra cosa dicen los enunciados arriba transcriptos.

Asimismo, es menester señalar que entre las observaciones que, en cuanto efectivización del régimen sancionatorio de la CNRT, aquella auditoría señala, se encuentran las siguientes, a saber:

- *Carencia de un sistema informático.*
- *No se aplican las normas de reincidencia previstas en la Normativa del Transporte Automotor de Pasajeros (incremento de las multas hasta la suspensión o caducidad del permiso).*

▪ *El régimen sancionatorio vigente para el transporte ferroviario permite la utilización sistemática por parte de las concesionarias de las distintas vías recursivas —que tienen efectos suspensivos— dilatando excesivamente los tiempos de tramitación.*

▪ *Falta de coordinación entre las áreas de la Comisión, y demoras en todas las etapas del proceso sancionatorio.*

▪ *Carencia de un Reglamento General de Penalidades para el transporte ferroviario de pasajeros del área metropolitana (SIGEN, 2008:3)*

Frente a tan serias y graves observaciones, no se observa en el Presupuesto, por parte de los enunciados de objetivos de la CNRT, ninguno referido a dar respuesta a las mismas. No se observa, por ejemplo, las previsiones tendientes a producir los cambios o reformas administrativas para subsanar los déficits señalados ni, también por ejemplo, la formación o contratación de expertos en materia jurídica destinados a corregir el obstáculo que presentan las vías recursivas para la efectivización razonablemente temporánea del régimen sancionatorio.

Además, creemos que los objetivos de la política presupuestaria han sido formulados por la CNRT de manera independiente de los resultados de la auditoría de la SIGEN, en razón de que el previsible conocimiento que de ésta obtuvo la CNRT se produjo cuando aquellos objetivos ya fueron elaborados y tramitados conforme a la ley general de presupuesto.

Ahora bien, aún para la hipótesis improbable que aquellos objetivos hubiesen sido elaborados teniendo a la vista los resultados de la auditoría, nada impide medir el justificativo de existencia institucional que el cumplimiento de tales objetivos significa a la luz del cartabón de medida que la auditoría supone. Ello, al menos, nos permite constatar cómo justifica la actividad de la CNRT en cuanto al régimen sancionatorio a lo largo de 11 años, esto es, el período que media entre su creación por decreto nro. 1388 del año 1996 y la fecha de la realización de la auditoría, el año 2007.

Pues bien, el presupuesto de gastos y recursos para el año 2008 asciende a pesos veintinueve millones ciento ochenta y tres mil (\$ 29.183.000,00), que equivalen a U\$S 9.568.197,00, al mismo valor de cambio antes considerado para el organismo arriba considerado, esto es, U\$S 1 = \$ 3,05.

De ese presupuesto es menester desagregar la suma de \$ 2.023.214,00, monto éste de recaudación que bajo el concepto “Contribuciones Figurativas” se transfiere, en este caso, al Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y al Tesoro Nacional.

Por tanto, el presupuesto genuino de la CNRT asciende a \$ 27.159.786,00.

Es menester aquí también tener presente que la totalidad del presupuesto de la CNRT —\$ 29.183.000,00— es financiado con recursos pro-

pios provenientes del área específica de regulación y control, es decir, de la tasa nacional de fiscalización del transporte automotor, derechos y aranceles y multas.

Consultando idénticas categorías que en el caso de la CNC, observamos en la CNRT que el concepto “Gastos en Personal” asciende a \$ 19.018.000,00, el concepto “Pasajes y Viáticos” a \$ 890.997,00 y el concepto “Mantenimiento, Reparación y Limpieza” a \$ 1.004.570,00.

Estas tres categorías presupuestarias ascienden, en conjunto, a \$ 20.913.567,00.

Esta última previsión presupuestaria asciende, en relación al presupuesto genuino de la CNRT (\$ 27.159.786,00), al 77,0019%.

Semejante porcentaje teóricamente imputable a la satisfacción de los recursos humanos que componen ese organismo, recursos humanos que suponen el grado de conocimiento experto inherente a la existencia misma del ente, no sólo en relación a la naturaleza propia de los servicios a regular y controlar sino en relación a las implicancias, al menos, económicas y jurídicas del área de transporte automotor y ferroviario de pasajeros y de carga, confrontado con el resultado de la auditoría de la SIGEN, torna merecedora a la CNRT a un severo reproche.

Adviértase aquí también el carácter declamatorio de las funciones de un ente que, de acuerdo a la auditoría referida, se abstiene de aplicar normas de reincidencia cuyo efecto consiste en no incrementar las multas o no suspender o hacer caducar los permisos de los prestadores frente a incumplimientos reiterados de éstos, incumplimientos, por lo demás, no precisamente de poca monta, toda vez que esa misma auditoría revela que afectan a la seguridad misma de los pasajeros y carga ya que hacen al mantenimiento de elementos esenciales del material rodante y de la infraestructura, según ya se vio.

Es bueno tener en cuenta que la circunstancia consistente en que a la CNRT —al igual que a otros entes— se los financie a través de tasas que abonan los operadores privados, prohibiéndoseles eventualmente a éstos trasladar ese costo a las respectivas tarifas, no por ello la sociedad argentina debe soportar menos peso para mantener aquellos entes, toda vez que la rentabilidad de aquellos operadores, de donde se supone provienen aquellas tasas, *también* provienen de los esfuerzos económicos de esa misma sociedad.

Por lo demás, del análisis de las variables presupuestarias de otros entes previsiblemente podríamos llegar a conclusiones parecidas en cuanto cuestionamiento al efectivo cumplimiento de sus fines, medido ese *efectivo* cumplimiento en relación a esos fines que, precisamente, son constitutivos y legitimadores de su existencia.

Ciertamente que nuestro estudio nos lleva a una valoración pesimista respecto del cumplimiento de las funciones básicas por parte de los entes, parti-

cularmente si se advierte que esos defectos resultan funcionales a intereses particulares y en detrimento de los intereses generales por los que deben velar.

Nuestra percepción no difiere, pues, con la percepción social que los medios reiteradamente reflejan, aún cuando no se parta de un adecuado conocimiento acerca del para qué existen estos organismos.

Pues bien, hasta aquí nos hemos limitado a efectuar reflexiones críticas a partir de la consulta de dos extremos de carácter rigurosamente institucional: Los resultados de una auditoría de la SIGEN y la información emergente del Presupuesto de gastos y recursos para el año 2008.

Corresponde, ahora, efectuar una mirada a otros aspectos de los entes en la República Argentina.

5- La ausencia de voluntad política para respetar la institucionalidad de los entes reguladores y de control.

En la República Argentina no se ha observado que haya existido la necesaria voluntad política para configurar entes reguladores y de control en cumplimiento de aquello que consideramos dos requisitos fundamentales de su institucionalidad: independencia y experticia.

Ello así no sólo porque la mayoría de los entes han sido creados por decretos y no por leyes, contrariando una de las pautas básicas de su diseño (Barbará 2000:157-174; 2006:2-3), sino que su composición personal, a nivel directivo, tampoco se ha ajustado a pautas de designación también aconsejadas por la doctrina específica.

Ello ha dado lugar a permanentes críticas por parte de los medios que siguen el funcionamiento de estos entes.

En efecto, los medios han advertido no sólo que no se observan las normas que establecen la realización de concursos para proveer los cargos directivos sino que en algunos casos los directorios de diversos entes han sido sustituidos, en pleno, por interventores dotados de las facultades de aquellos directorios⁴.

⁴ La edición del día 19 de febrero de 2007 del diario "La Nación", en la sección "Economía y Negocios", págs. 1 y 2, en un artículo suscripto por Diego Cabot, bajo el título "Sin control en los entes reguladores", dice, entre otros conceptos, que: "Desde hace ya varios años cuatro de los cinco entes públicos que deberían regular y controlar a las empresas privatizadas que prestan servicios públicos, y que deberían ser el vínculo entre las compañías y los usuarios, no respetan siquiera las normas que los obligan a concursar los cargos directivos... No sólo no se respeta el concurso de antecedentes para nombrar funcionarios, sino que dos de los entes están intervenidos por el Poder Ejecutivo. Otro dato: los entes reguladores dependen formalmente del Ministerio de Planificación Federal... La Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC), que tiene a su cargo el control de los servicios telefónicos, postales y del espectro radioeléctrico, y la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (CNRT) están intervenidas desde 2002, cuando se decretó la emergencia nacional... El Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) debería estar dirigido por un directorio de cinco miembros elegidos en un proceso de selección de antecedentes. Hoy nada de eso sucede...".

Asimismo, las escandalosas revelaciones sobre corrupción que involucran a quienes integraran los directorios de diversos entes reguladores, designados por el Poder Ejecutivo Nacional, ponen de manifiesto la falta de cuidado en la selección de actores institucionales cuya configuración personal y técnica debieran permitir a los entes cumplir los fines para los que han sido creados⁵.

La conversión de los entes reguladores en virtuales apéndices del poder político de turno, ya sea porque su diseño institucional se ha producido a través de un decreto que aumenta la dependencia hacia tal poder, ya sea porque la ocupación de cargos se discierne en quienes se confía en su lealtad hacia tal poder político con descuido de su competencia experticia, revela que dicho poder no ha alcanzado, hasta el presente, a comprender la real significación de los entes reguladores y de control.

Y esta falta de comprensión no se debe, precisamente, a ausencia de aptitud intelectual.

Y después de advertir que todos los integrantes del directorio del ENARGAS fueron designados discrecionalmente por el Poder Ejecutivo, el autor de la nota continúa diciendo “... Por su parte, el Ente Nacional de Regulación de la Electricidad (ENRE) “está dirigido y administrado por un directorio que está constituido por cinco miembros”, dice la página de Internet del organismo. Pero más allá de la declamación, el ENRE no tiene presidente desde hace varios años y funciona con un vicepresidente como máxima autoridad, el que también fue nombrado por el Poder Ejecutivo...”.

⁵ Ciertamente que el principio constitucional de inocencia —art. 18 de la Constitución Nacional— obliga a ser prudentes al momento de establecer condenas previo a una sentencia firme en tal sentido.

Però ello no significa ignorar la realidad existente a partir de la frecuencia con que diversos actores institucionales aparecen afectados por hechos susceptibles de configurar comportamientos ilícitos, particularmente si se vinculan a entes reguladores, y al significado que esa recurrencia significa a la hora de evaluar la preocupación que al poder político le merece la institucionalidad de tales entes.

Pues bien, hechos estridentes en cuanto corrupción, en el último tramo de la institucionalidad pública argentina, han afectado directamente a los entes reguladores.

En efecto, el escándalo por la tentativa de introducción ilegal de una valija con U\$S 790.550,00, que se intentara ingresar al territorio argentino sorteando los controles aduaneros omitiéndose efectuar la previa declaración exigida para tales casos, afectó a uno de los directores del Órgano de Control de Concesiones Viales (UCCOVI), designado por el Poder Ejecutivo, y a quien ese mismo Poder Ejecutivo solicitara su renuncia. Dicho apartamiento del ente regulador se habría debido al haber aceptado dicho director que en el avión contratado por la empresa de energía estatal ENARSA, viajara, desde Venezuela, la persona portadora de ese dinero.

Asimismo, el Poder Ejecutivo Nacional dispuso, por decreto nro. 539/07, el cese del Presidente del Directorio del ente regulador ENARGAS, reconociendo en los considerandos de aquel decreto que dicho cese se debía a un eventual involucramiento en un hecho de corrupción conocido como “caso Skanska”. Ciertamente que es menester aclarar que la técnica aconsejable para la elaboración de normas legales no pareció ser observada a partir de la curiosa manera con que se formularon los fundamentos o considerandos de aquel decreto.

Joaquín Morales Solá, prestigioso periodista ciertamente crítico de la administración Kirchner, sostuvo en una nota aparecida en el diario “La Nación” del día 10 de agosto de 2007, pág. 8, que “... sea como fuere, sobresale otra extrañeza: los que van cayendo, uno a uno, son los interventores de los organismos reguladores de servicios públicos...”.

Se debe, simplemente, a la ausencia de voluntad política de respetar un imperativo de la división de trabajo en la Administración, el cual exige delegación de funciones en órganos independientes gestionados por expertos, los cuales *también* cumplen un rol de representación de los intereses colectivos.

Los entes no son sino consecuencias del principio de racionalidad, al que no escapa la Administración.

La ausencia de respeto al principio de racionalidad supone, pues, incurrir en excesos voluntaristas ajenos a la institucionalidad derivada de aquel principio.

Por último, cabe preguntarnos si el hecho consistente en que determinados entes, de sus recursos propios, contribuyan a financiar los gastos generales de la Administración —según se ha visto en los casos de la CNC y de la CNRT—, no significaría que, para el poder político, un buen significado de los mismos se vincularía a conformar una caja recaudadora, en todo caso superavitaria, toda vez que no sólo se autofinanciaría sino que contribuiría a financiar otros emprendimientos estatales que nada tienen que ver con aquellos entes, antes que el riguroso cumplimiento de la función institucional por parte de los entes, función que justifica, precisamente, la percepción de tales recursos.

6- Entes reguladores independientes a cargo de expertos: Una deuda institucional de cumplimiento necesario.

Las reflexiones hasta aquí expuestas nos llevan a una valoración negativa en relación al efectivo funcionamiento de los entes reguladores y de control, a partir de los casos analizados.

Se observa que ni siquiera cumplen eficazmente las normas regulatorias que les dan existencia y por cuyo respeto ellos mismos manifiestan que han de velar.

También se observa que el poder político en cuyo ámbito administrativo se ha concebido su respectiva inserción, no ha dado señales de reconocer la trascendencia institucional de los entes sino que, antes bien, los ha desvirtuado.

Cabe, entonces, preguntarnos si se justifica el mantenimiento de estos entes después de haber recorrido —aquellos más emblemáticos— más de una década de existencia institucional.

Se trata de saber si se han convertido en un anacronismo o en una deuda institucional de cumplimiento necesario y pendiente.

Creemos que sería de una ignorancia infantil que del desprestigio en que ha caído una institución, particularmente cuando en ese desprestigio han cooperado decisivamente prominentes actores públicos, deba irrogarse un cuestionamiento hacia la propia institución.

También el Poder Legislativo y el Poder Judicial han caído en un desprestigio notorio⁶, y no resulta sensato suponer que de ello deba seguirse la eliminación de la propia división de poderes⁷.

Es que los organismos de control y regulación constituyen instituciones necesarias para el ejercicio del poder de policía especializado, precisamente por la especialización que requiere la intervención que el ejercicio del poder de policía supone, en cada ámbito de prestación de servicios públicos.

⁶ En una nota editorial cuyo título reza “*Desconfianza en la Justicia*”, el diario “La Nación”, en su edición del día 20 de abril de 2007, expresa los resultados de una encuesta sobre la confianza que el Poder Judicial merece a la población argentina, en los siguientes términos: “*Según la última medición del índice de confianza en la justicia (ICJ), realizada el mes último en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el conurbano bonaerense, Córdoba, Rosario, Mendoza y Tucumán, sólo el 13% de los encuestados percibe a la Justicia como confiable en su imparcialidad, mientras que el 83% considera el sistema judicial poco o nada confiable*” - Fuente: Foro de Estudio sobre la Administración de Justicia (Fores), Fundación Libertad y Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella.

A su vez, el diario “La Voz del Interior”, en su edición del día 14 de junio de 2008, también en nota editorial, pero en este caso refiriéndose al Congreso Nacional, bajo el título “*Un poder virtual*”, sostiene: “*El Congreso Nacional está escribiendo una de las páginas más sombrías y lamentable de la historia parlamentaria argentina. Esta vez no se trata de utilizar al Parlamento como “aguantadero” de ex gobernantes que se valen de sus aparatos partidarios para conquistar una banca y su correspondiente inmunidad, a la espera de que las causas incoadas en su contra por corrupción se extravíen en los laberintos procesales de la Justicia y prescriban. Tampoco se trata de un escándalo por cobro de coimas para sancionar u obstruir la aprobación de una ley pedida o impedida por el Poder Ejecutivo. Menos aún, de una gresca entre legisladores enardecidos por un debate. De lo que se trata es, precisamente, de la ausencia de debate, en un momento crítico para el desarrollo de la economía y, sobre todo, para la calidad de las instituciones de la República...*”.

Esta última nota editorial, que enumera una serie de situaciones irregulares que han sucedido realmente afectando al Congreso Nacional, tuvo lugar en ocasión de la protesta de los productores rurales contra un aumento de la alícuota impositiva que afectaba a la soja, que conmocionó a todo el país y que, en los primeros tres meses de conflicto, tuvo nula respuesta por parte del órgano legislativo. En verdad, el involucramiento posterior del Congreso Nacional en el tratamiento de esa temática, fue sólo consecuencia de la fuerza demostrada por “el campo”, que se reveló como un poder social con fuerza real de envergadura suficiente para paralizar el tráfico de bienes y mercancías y el transporte de personas, con el consecuente efecto de desabastecimiento, a lo largo y ancho del país. No fue, pues, de suyo, el deseable juego institucional reclamado por la nota editorial citada aquello que motivó el involucramiento del Congreso en ese problema. Para ello, tuvo que “pararse el país”. Sin perjuicio de ello, la sociedad tuvo oportunidad de valorar, a través del funcionamiento del Congreso, la importancia que reviste para un país el funcionamiento de las instituciones. En el caso, la institución emblemática de una democracia.

Por lo demás, para una visión crítica del accionar del Poder Legislativo Nacional, véase nuestro trabajo “*El contexto de una democracia delegativa y la cuestión de entes reguladores y de control independientes ejercidos por expertos. Sus facultades, extensión y límites*” en Anuario VIII (2004-2005), Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2005.

⁷ No ignoramos que autores de prestigio internacional reconocido, como Kart Loewenstein, han considerado anticuada la teoría de separación de poderes, proponiendo “*otro análisis de la dinámica del poder más de acuerdo con la sociedad pluralista de masas de nuestro siglo*” (1964:62). Sin embargo, no participamos de su opinión por las razones que expresáramos en nuestra tesis doctoral hace ya ca. 28 años, la cual versara, precisamente, sobre el principio de división de poderes.

Creemos que los entes se asientan sobre dos fundamentos básicos: independencia funcional y experticia personal.

El respeto de esos dos pilares fundamentales es bastante para proteger el interés colectivo por sobre los intereses privados.

Es claro que para ello se requiere comprender qué son y para qué sirven las instituciones.... y actuar en consecuencia.

Bibliografía:

SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN, Consulta: junio de 2008, Informe de Auditoría - Auditoría Transversal - Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios - Entes Reguladores de Servicios Públicos - Aplicación de Sanciones y Multas, en: http://www.sigen.gov.ar/Result_informes.asp

OFICINA NACIONAL DE PRESUPUESTO/COMISIÓN NACIONAL DE PRESUPUESTO, Consulta: junio de 2008, en <http://www.mecon.gov.ar/onp/html/presutexto/ley2008/jurent/pdf/D08E115.pdf> (Comisión Nacional de Comunicaciones); en <http://www.mecon.gov.ar/onp/html/presutexto/ley2008/jurent/pdf/D08E661.pdf> (Comisión Nacional de Regulación del Transporte).

BARBARÁ, JORGE EDMUNDO: "Criterios constitucionales para el control social de la regulación", Anuario VI (2001-2002), Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2003.

"El control judicial de entes reguladores y de control: luces y sombras en la evaluación de los entes", XI Congreso Internacional del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Ciudad de Guatemala, Guatemala, 7/10 de noviembre de 2006: <http://www.clad.org.ve/docume.html>.

"República Argentina: Ruptura de contratos sociales y la cuestión de entes reguladores independientes", Anuario VII (2002-2003), Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2004.

"Privatización y participación: diseño institucional y control horizontal en entes reguladores", en "Contribuciones 4/2000", Publicación trimestral de la Honrad Adenauer Stiftung A.C., CIEDLA, Año XVII, Nro. 4 (68), octubre-diciembre 2000, Buenos Aires.

"Entes reguladores en la era de las desregulaciones", Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Año LVIII, N° 246, 1994.

LOEWENSTEIN, KARL: "Teoría de la Constitución", Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.

Documentos:

Diario "La Voz del Interior", edición del día miércoles 4 de junio de 2008, Córdoba, República Argentina.

Diario "Crítica de Argentina - Edición Impresa", edición del día miércoles 4 de junio de 2008, Buenos Aires, República Argentina.

Diario "La Nación", sección "Enfoques", edición del día domingo 11 de marzo de 2007, Buenos Aires, República Argentina.

Diario "La Nación", sección "Economía y Negocios", págs. 1 y 2, edición del día domingo 19 de febrero de 2007, Buenos Aires, República Argentina.

Diario "La Nación", edición del día 10 de agosto de 2007, pág. 8, Buenos Aires, República Argentina.

Diario "La Nación", edición del día 20 de abril de 2007, Buenos Aires, República Argentina.

Diario "La Voz del Interior", edición del día 14 de junio de 2008, Córdoba, República Argentina.



LA CLÁUSULA DE CONCIENCIA Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

CONTEXTO HISTÓRICO-JURÍDICO: NUEVA MIRADA

*Esther Susana Borgarello*¹

Resumen: El derecho a la información se realiza en gran medida gracias a la labor del periodista profesional quien trabaja la mayoría de las veces en relación de dependencia. Un aspecto que hace a la garantía de éste en la relación de dependencia es la cláusula de conciencia. ¿Es un derecho sólo del periodista y de los trabajadores de prensa o del sujeto universal de la información? Hoy pueden distinguirse —dentro de la cláusula de conciencia— dos aspectos: uno *pasivo*, para los periodistas, y otro de *carácter activo*, por cuanto otorga el derecho de tomar iniciativas voluntarias destinadas a alertar sobre los peligros potenciales o a denunciar algunas prácticas que atentan contra la salud o la ecología.

Palabras claves: cláusula de conciencia- derecho a la información.

Derecho a la Información y Cláusula de conciencia

El derecho de información comprende tres tareas conforme el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, a la cual nuestro país incorpora como parte de nuestro ordenamiento jurídico en 1984 por ley 23054 y diez años más tarde toma jerarquía constitucional con la reforma de nuestra carta magna en 1994 a través del artículo 75 inc. 22. Estas actividades son:

- de *buscar*, asignada principalmente al sujeto profesional —llamado comunicador social, o periodista—,
- la de *difundir* asignada al sujeto empresario, y
- la de *recibir*, propia del público en general

Esta última tiene un componente prioritariamente pasivo en contraposición de las dos anteriores que son activas.

Este derecho a la información se realiza en gran medida gracias a la labor del periodista profesional quien trabaja la mayoría de las veces en relación de dependencia.

¹ Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora titular por concurso de Derecho de la Información en la Escuela de Ciencias de la Información Facultad de Derecho y Cs Ss. UNC. Directora del Proyecto “Entre realidad y ficción: el derecho humano a la información” del que forma parte este tema y cuyos integrantes son García Lucero, Dafne (co-directora); Cipolla, Francisco; Mare, Ivana; Roldán, Alejandro y Ponce, Jorge.

El comunicador social o periodista cuando se halla en relación de dependencia se incorpora a una organización ajena y se le exige guardar el deber de fidelidad con todas las consecuencias que esa situación trae aparejada.

La prestación subordinada de trabajo y la necesidad de la conservación del empleo son dos elementos importantes en esta actividad desarrollada por el sujeto profesional de la comunicación.

La libertad de información, al igual que la contraprestación del trabajador, queda supeditada a quien tiene el poder y la disposición del dinero con el que se pagan todos los servicios. Un aspecto que hace a la garantía del comunicador en relación de dependencia es la cláusula de conciencia; si bien no está en nuestro ordenamiento constitucional, la encontramos implícitamente en la ley nacional 12908², también conocida como Estatuto del Periodista Profesional, en el artículo 5: "La libertad de prensa y la libertad de pensamiento son derechos inalienables, y no podrá negarse el carnet profesional, o ser retirado, o cancelado, como consecuencia de las opiniones expresadas por el periodista."

Conforme el Diccionario Jurídico de Medios de Comunicación³ la cláusula de conciencia es definida como el mecanismo legal que les permite a los periodistas negarse al cumplimiento de tareas que implique una claudicación de sus principios éticos.⁴

No hay duda que todo empresario tiene el derecho a vender, ceder o cambiar la orientación ideológica de su empresa lo cual puede suscitar conflictos con sus periodistas asalariados con cuyos principios ideológicos o éticos posiblemente se identificaban, o se sentían cómodos. A éstos últimos no se les puede exigir que se identifiquen con los nuevos propietarios.

Para estas situaciones se ha implementado la cláusula de conciencia que sería el medio legal por el que el comunicador⁵ puede en forma voluntaria dejar la empresa, con derecho a percibir una indemnización asimilable al despido incausado. Es fundamental para garantizar la inde-

² Ley 12908 aprueba el Estatuto del Periodista Profesional al ratificar el Decreto Ley 7618/44. Cfr. www.gob.gba.gov.ar/legislacion/.../l-12908.html

³ Schiffer & Porto, (1997) *Diccionario Jurídico de Medios de Comunicación* Ed. Asociación de Graduados en Derecho y Ss Ss. Bs

⁴ Ver - Borgarello Esther Susana y García Lucero Dafne *Libertad, comunicación y cláusula de conciencia. proceso histórico y nuevas perspectivas para nuestro ordenamiento jurídico* QUESTION N° 18 EDICIÓN OTOÑO 2008 ISBN 16696581 Revista electrónica. Universidad Nacional de La Plata <http://www.perio.unlp.edu.ar/question/>

⁵ Se utiliza indistintamente periodista o comunicador, esta última acepción tiene un contenido más amplio por cuanto comprende los distintos medios de comunicación y es el término que se está imponiendo en la moderna concepción del Derecho a la Información.

pendencia y libertad de criterio, para seleccionar y tratar la noticia por parte del comunicador conforme sus principios éticos e ideológicos.

Debemos destacar el carácter ético de la cláusula de conciencia.

Fundamentos de la cláusula de conciencia

La cláusula de conciencia tiene dos aspectos. Uno genérico referido a la libertad de conciencia y que se relaciona con el Art 19 de nuestra Constitución Nacional y el 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Y otro específico relacionado con el derecho a la información vinculado a su actividad profesional y por tanto relacionado con sus principios deontológicos.⁶

Toda empresa de medios de comunicación tiene una línea ideológica sea explícita o implícita. El comunicador puede —en algún momento por alguna cuestión— no sentirse identificado con la “línea editorial” del medio; esta experiencia ha llevado a periodistas y empresarios a crear el mecanismo de la cláusula de conciencia que permita mantener una relación de lealtad y respeto entre las partes en cuestión.

La cláusula se pone en funcionamiento cuando el profesional de la información decide alejarse del medio informativo en razón de que el mismo cambia de orientación ideológica o se vende a otro empresario con una ideología repulsiva para el profesional.

La cláusula de conciencia es un mecanismo que garantiza la realización efectiva del derecho fundamental a comunicar y recibir información, que tiene por titular a la persona individual, pero con repercusión en el conjunto del cuerpo social.

Origen de la cláusula de conciencia

Históricamente, esta cláusula responde al interés de brindar a los profesionales —en el ejercicio de su actividad— el respeto a sus opiniones, sean políticas, religiosas, morales, etc.

Los orígenes de este instituto se pueden ubicar en Italia en el año 1901. En dicho país, la Corte de Casación ratifica dos sentencias de un tribunal de Roma que obligaban a indemnizar a periodistas que se vieron forzados a abandonar sus puestos de trabajo, a raíz de una modificación brusca y radical de la línea del periódico. En base a esta sentencia, el convenio colectivo entre periodistas y editores que firman en 1911, incorpora expresamente la cláusula de conciencia, con las mismas características como es entendida contemporáneamente; esto es, como el derecho del

⁶ La deontología es la ética profesional.

profesional a la rescisión del contrato e indemnización en caso de que la empresa modificara significativamente su línea editorial de tal forma que afectara los principios éticos del comunicador. Este convenio va a ser ampliado en 1928 extendiendo la cláusula de conciencia a cualquier trabajador del periódico y no sólo a los periodistas.

En Austria, por ley de 1910 ampliada en 1920, se establece que la dirección del diario tiene obligación de preavisar con un mes de anticipación de los cambios a ocurrir en la dirección del diario, en su defecto el redactor tiene derecho a rescindir el contrato y a recibir indemnización. En caso de que el redactor utilizara la cláusula de conciencia tendrá derecho a tres meses de sueldo como preaviso y a un año de salario en caso de tener más de cinco años de antigüedad, más seis meses de salario por períodos suplementarios de cinco años. En 1914 la ley húngara prevé implícitamente esta cláusula, ya que autoriza al redactor a rescindir el contrato con derecho a indemnización en el caso de que el editor le exija un artículo contrario a las estipulaciones del contrato original.

En Alemania, la República de Weimar lo incorpora en 1926, y un año más tarde Checoslovaquia. Francia la incorpora en el Estatuto del Periodista en 1935, basado en el proyecto redactado en 1933 por Georges Bourdan, secretario general del Sindicato de periodistas franceses, y que fue presentado en el Parlamento por el diputado Emile Brachard, éste — conocido como el *Informe Brachard*— es el que posibilita la inclusión de la cláusula de conciencia en el estatuto, disponiéndose la posibilidad de que los empleados de una empresa periodística puedan denunciar su contrato de trabajo —con la correlativa indemnización por despido incausado— en caso de cesión de la empresa, cese de la publicación por cualquier causa, o cambio notable en el carácter u orientación del medio de comunicación, si éste supone en la persona empleada una situación que atente a sus intereses morales o su honor.

Se debe aclarar que Italia fue el país que más inspiró a las legislaciones de la época en razón de su completitud.⁷

España ha incorporado este instituto en su Constitución de 1978, lo que implica su plena exigibilidad jurídica. Así en su Título I, artículo 20 dispone

1. Se reconocen y protegen los derechos: ...d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

⁷ Desantes, Nieto, Urabayen (1978) *La cláusula de conciencia*. Ed. Universidad de Navarra. Pamplona.

Por dicha disposición se regula posteriormente por ley 2/1997, del 19 de junio de 1997⁸ la cláusula de conciencia de los profesionales de la información estableciendo en su artículo 1º que “la cláusula de conciencia es un derecho constitucional de los profesionales de la información que tiene por objeto garantizar la independencia en el desempeño de su función profesional.”

El artículo 2 estatuye que: “1—En virtud de la cláusula de conciencia los profesionales de la información tienen derecho a solicitar la rescisión de su relación jurídica con la empresa de comunicación en que trabajen:

- a. Cuando en el medio de comunicación con el que estén vinculados laboralmente se produzca un cambio sustancial de orientación informativa o línea ideológica.
- b. Cuando la empresa les traslade a otro medio del mismo grupo que por su género o línea suponga una ruptura patente con la orientación profesional del informador.

2. El ejercicio de este derecho dará lugar a una indemnización, que no será inferior a la pactada contractualmente o, en su defecto, a la establecida por la Ley para el despido improcedente.”

Por el artículo 3 se dispone que “Los profesionales de la información podrán negarse, motivadamente, a participar en la elaboración de informaciones contrarias a los principios éticos de la comunicación, sin que ello pueda suponer sanción o perjuicio”.

Cláusula de conciencia y objeción de conciencia

La cláusula de conciencia —como se ha indicado supra— es un derecho que se le otorga al profesional de la comunicación en relación de dependencia, de rescindir el contrato con la empresa o medio de comunicación y ser indemnizado como si constituyera un despido incausado —conforme la legislación laboral común— en los casos en que se produzca un cambio sustancial de orientación informativa o línea ideológica, o se produzca un cambio de dueños en la misma que impliquen la situación descripta.

Lo que se desea proteger es al profesional frente a cambios ideológicos de la empresa, que atenten contra su integridad ética buscando proteger la libertad de expresión y el derecho a la información de la sociedad, que tiene derecho a conocer la verdad sin condicionamientos de ninguna especie. Es decir que tiene una dimensión subjetiva —como derecho indi-

⁸ <http://www.fesp.org/docs/ClausulaConciencia.pdf>. (consultada el 15 de noviembre de 2008)

vidual— y otra objetiva supra- individual que alcanza al conjunto de la sociedad contribuyendo a fortalecer una opinión pública libre e informada.

No se debe confundir ambas cláusulas ya que la primera está imbricada en el derecho a la información —tanto a darla de parte de los que manejan información sensible como a recibirla por parte de los consumidores, mientras que la objeción de conciencia hace a un derecho subjetivo, individual personalísimo pudiendo definirse como toda reacción de la conciencia moral contra el cumplimiento de un acto impuesto al individuo por la autoridad pública, o las costumbres sociales, en menoscabo de sus convicciones personales. El derecho a la objeción de conciencia, más que un derecho activo, es la exención a un deber.

Una nueva mirada a la cláusula de conciencia

Afirmábamos supra que la cláusula de conciencia forma parte de las garantías que tiene el profesional de la comunicación a la hora de ejercer su profesión. Ahora bien ¿es un derecho sólo del periodista y de los trabajadores de prensa o del sujeto universal de la información? Creemos que hoy en día se ha venido ampliando, y por ello traemos a colación, un seminario internacional en septiembre de 2003, en Ginebra organizado por la Asociación por una actitud científica responsable (APSAB, Association for the Promotion of Scientific Accountable Behaviour) y la Fundación Ciencia y Conciencia del hombre (FSC) cuyo temario se centraba en la necesidad de conceder una verdadera red de protección jurídica que garantice el derecho a la expresión y la ausencia de represalias solapadas para quienes, por su actividad profesional, están llevados a “dar la alarma” (llamados *whistleblowers*) frente a ciertas investigaciones y avances.⁹

Distinguen —dentro de la cláusula de conciencia— dos aspectos: uno *pasivo*, que es el que venimos analizando para los periodistas, en el que se rechaza la imposición de una ideología o posición contraria a su ética pudiendo optar por su alejamiento de la empresa en la que desempeña su actividad en forma dependiente; y otro de *carácter activo*, este último que han dado en llamar “cláusula de conciencia activa” por cuanto, sostienen, otorga “el derecho de tomar iniciativas voluntarias destinadas a alertar sobre los peligros potenciales o a denunciar algunas prácticas”¹⁰.

⁹ Ver - Borgarello Esther Susana y García Lucero Dafne *Libertad, comunicación y cláusula de conciencia. proceso histórico y nuevas perspectivas para nuestro ordenamiento jurídico* QUESTION N° 18 EDICIÓN OTOÑO 2008 ISBN 16696581 Revista electrónica. Universidad Nacional de La Plata <http://www.perio.unlp.edu.ar/question/>

¹⁰ http://ec.europa.eu/research/rtdinfo/40/article_485_es.html (consulta el 22 setiembre de 2008)

En estos casos entrarían todos los científicos o personas¹¹ que tienen información crítica que hace a la salud humana o a la ecología —sea contaminación, manipulación científica u otros proyectos que implican riesgo potencial— en donde se hallan en juego enormes intereses económicos por lo que se ven sujetos a actos discriminatorios y coercitivos.

Se puede citar los casos del biofísico británico de origen húngaro Arpad Putzai, suspendido de sus funciones en el Rowett Research Institute (Escocia), en 1998 porque había expresado en medios televisivos sus dudas respecto de la inocuidad de las papas genéticamente modificadas; del especialista en éteres de glicol —André Cicoella,— que advierte de los riesgos para la salud de estos solventes, a raíz de lo cual es despedido del Instituto Nacional de investigación y Seguridad (INRS, Francia) en 1994 y del argentino Guillermo Eguiazu, eco-toxicólogo, que al advertir sobre el impacto de los pesticidas y de otros compuestos químicos en la agricultura sobre la salud humana fue objeto de represiones en su lugar de trabajo — la Universidad Nacional de Rosario—, le es acotado el presupuesto y personas anónimas destruyeron su laboratorio¹².

Entre los organismos internacionales que se han ocupado de este tema debemos mencionar a la UNESCO que en 1974 adoptó una recomendación sobre el estatus de los científicos estipulando que: “Los Estados miembros deben intentar favorecer las condiciones idóneas para que los investigadores, con el apoyo de los poderes públicos, tengan la responsabilidad y el derecho de expresarse libremente sobre el valor humano, social y ecológico de ciertos proyectos, y en última instancia de retirarse de estos si su conciencia les incita a ello”. También, la Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología (COMEST) de la UNESCO, que nace en 1997. Tiene por objeto dar la alarma en caso de necesidad.

Entre los países que prevén un sistema de protección figura el Reino Unido, con la *Public Interest Disclosure Act* que se aplica a todos los empleados —asalariados o no— del sector público o privado. En Estados Unidos se encuentra la *Whistleblower Protection Act* que se refiere exclusivamente a la investigación pública aun cuando vaya en contra de otras reglas, como la de confidencialidad.¹³

Nuestro país carece de normas específicas.

Respecto a las agrupaciones de científicos que luchan por la libertad de expresión e información a nivel internacional debemos mencionar

¹¹ Las circunscriben a científicos e ingenieros.

¹² Cfr. Revista de la Investigación Europea http://ec.europa.eu/research/rtdinfo/40/article_485_es.html (consulta el 22 setiembre de 2008)

¹³ Cfr. Revista de la Investigación Europea http://ec.europa.eu/research/rtdinfo/40/article_485_es.html (consulta el 22 setiembre de 2008)

al Movimiento Pugwash —cuyo nombre oficial es Conferencias Pugwash sobre Ciencia y Asuntos Mundiales— el cual nació en 1955 por iniciativa de Bertrand Russell acordando con Einstein convocar a los científicos más destacados para discutir la problemática nuclear y exigir a los gobiernos que busquen caminos pacíficos para la solución de los conflictos, reunión que se llevó a cabo en Pugwash (Nueva Escocia: Canadá) convertido en la actualidad en un importante movimiento preocupado por la paz y la ecología¹⁴.

Finalmente, debemos destacar que entre el 20 y 22 de mayo de 2006, un grupo de biólogos se reunieron en Berkeley, California, con el objetivo de redactar un código voluntario de conducta que autorregule su trabajo y firman una carta abierta por la que llaman a los que trabajan en biología sintética a que se comprometan en un proceso incluyente de debate social global sobre las implicaciones de su trabajo. “Los científicos deben asumir el hecho de que la ciencia ya no puede afirmar que vive en un reino abstracto desconectado del resto de la sociedad”¹⁵

Consideraciones finales

En un Estado democrático se debe garantizar en forma efectiva a los profesionales de la información en relación de dependencia y a aquellos científicos que tengan información crítica —que ponga en riesgo la salud humana o el sistema ecológico— el derecho a la libre expresión y a la información. Una de las formas de garantía de este derecho es la cláusula de conciencia, este instituto puede ser visto desde su aspecto pasivo en el caso de los periodistas— pudiendo rescindir su contrato laboral recibiendo una indemnización congrua— o desde el rol activo para los científicos que trabajan con información crítica, ya que la información no es propiedad de los que tienen los medios económicos sino de todos los que componen el cuerpo social.

No se debe olvidar que el titular de la información —conforme el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos — “es toda persona ... sin consideración de fronteras”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶ destaca la relevancia política de la libertad de expresión definiéndola en su dimensión social como un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el

¹⁴ <http://www.smf.mx/boletin/Oct-95/cetto.html> (consulta el 22 setiembre de 2008)

¹⁵ *Alarma sobre biología sintética: coalición global demanda debate público y supervisión inmediata*. PDF. http://www.etcgroup.org/es/materiales/publicaciones.html?pub_id=6 (consulta el 22 setiembre de 2008).

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva -5/85 -

derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros, como el derecho a difundir la propia.

Consideramos que por la relevancia que tiene el Derecho a la información se deben implementar todas las garantías posibles, y una de ellas es la cláusula de conciencia.

Toda persona tiene derecho a expresar sus ideas sin censura previa y podrá negarse, motivadamente, a participar en la elaboración de investigaciones, noticias o cualquier clase de informaciones contrarias a los principios deontológicos, sin que ello pueda suponer sanción, discriminación o perjuicio de ninguna naturaleza.

La cláusula de conciencia cobra una doble dimensión como garantía individual de carácter ético y una dimensión objetiva supra-individual que alcanza a la sociedad íntegra ya que tiene el derecho a ser informada y más aún cuando está en riesgo la propia existencia del ser humano.



EL ABORDAJE JURÍDICO DE PROBLEMAS AMBIENTALES

Marta Susana Juliá¹

Resumen: El presente artículo profundiza sobre la definición de los problemas ambientales como problemas complejos desde una perspectiva jurídica, las implicancias de los mismos y sus características en el análisis de las situaciones jurídicas ambientales. Si bien existen limitaciones teóricas y metodológicas es necesario iniciar una aproximación de los requisitos básicos a tener en cuenta para abordar los problemas teniendo en cuenta esta situación.

Palabras claves: derecho ambiental, problemas ambientales, investigación jurídica ambiental

Introducción

Los problemas ambientales generaron en el derecho un importante impacto tanto en su estructura como en el espacio para receptor este nuevo saber emergente, que según Leff², viene a complejizar las diversas disciplinas que se ocupan del tema.

Las temáticas ambientales invadieron todas las áreas del conocimiento incluso el derecho, instalando la preocupación por resolver los problemas ambientales en cada ámbito de la disciplina jurídica. Generaron el lugar para el cuestionamiento ambiental y la demanda de dar respuesta a los graves problemas que aparecen asociados a “lo ambiental”.

El espacio del saber jurídico ambiental se encuentra en permanente construcción y requiere el aporte del estudio, análisis y profundización de esta temática que ya es parte del sistema jurídico con cada vez mayor trascendencia.

El presente artículo tiene como objetivo plantear la importancia de abordar los problemas ambientales teniendo en cuenta los aspectos que lo caracterizan, su definición como problema complejo y la necesidad de

¹ Dra. Marta Susana Juliá, Abogada, Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Investigadora del CIJS, Miembro del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y docente en distintas Maestrías sobre temáticas ambientales en Córdoba y Catamarca.

² LEFF, E. (coord.) *La complejidad ambiental*, Siglo XXI PNUMA, 2000.

empezar a construir nuevas metodologías de análisis ajustadas a la problemática.

Para enfrentar situaciones jurídicas vinculadas al ambiente es necesario conocer la problemática a enfrentar, los conceptos desde los cuales partir y empezar a observar algunos problemas conceptuales y metodológicos para intentar trabajar y profundizar de manera adecuada las situaciones objeto de estudio³.

A partir de las tareas de investigación desarrolladas, nos planteamos un pequeño aporte al intento de aproximación a la complejidad en el tratamiento de los problemas ambientales, que nos permita tener en cuenta numerosos aspectos que debemos aprender a incluir en el análisis jurídico ambiental.

En la primera parte realizamos algunas consideraciones sobre la característica de la problemática ambiental a tener en cuenta para trabajar en el tema, en segundo lugar algunos de los problemas teóricos y metodológicos que son habituales, en tercer término la importancia del contexto en el abordaje de los problemas ambientales y el nuevo orden jurídico ambiental actual, para finalizar con algunas reflexiones.

1- Características de la problemática

La propia caracterización que se realiza de la problemática es un aspecto a tener en cuenta en la temática ambiental. Los autores destacan particularidades que observan, sobre el ambiente, en cada área de conocimiento y los enfoques que deben realizarse cuando se trabaja en el tema.

Así “el ambiente como campo de articulación de ciencias es una totalidad objetiva da curso a una articulación de saberes, prácticas y estrategias discursivas en un campo antagónico de intereses opuestos, de identidades diferenciadas, de relaciones de alteridad”⁴.

La mayoría de los autores que trabajan en el tema ambiental definen y caracterizan a los problemas ambientales bajo la denominación de problemas complejos. Ello supone un nuevo enfoque de la ciencia o desde el paradigma de análisis desde el cual se enfrentan estos problemas.

Al respecto Morin nos ilustra: “*Nos encontramos por consiguiente en presencia de una ciencia de nuevo tipo, una ciencia que estudia un sistema complejo y lo analiza remitiéndose simultáneamente a las interacciones particulares y al conjunto global, una ciencia que además rescita el diálogo*”

³ Planteamos un aporte en “Las investigaciones jurídicas en materia ambiental: reflexiones metodológicas” en el marco de las Jornadas de Reflexión sobre Derecho Ambiental en el Instituto de Derecho Ambiental de la Academia Nacional de Derecho, octubre, 2008.

⁴ LEFF, 1986, Pág. 27.

y la confrontación entre los hombres y la naturaleza, y que permite intervenciones mutuamente provechosas para éstos y aquellas”⁵.

Si los problemas ambientales se definen como problemas “complejos” y requieren por lo tanto de una observación diferente de otros problemas, no podemos dejar de tener en cuenta este aspecto incluso en su observación desde el derecho. Por lo tanto también debemos indagar sobre ¿que es la complejidad?

Para Morin a primera vista la complejidad es un tejido. “Al mirar con mas atención, la complejidad es, efectivamente, el tejido de eventos, acciones, interacciones, retroacciones, determinaciones, azares que constituyen nuestro mundo fenoménico. Así es que la complejidad se presenta con los rasgos inquietantes de lo enredado, de lo inextricable, del desorden, la ambigüedad, la incertidumbre.”⁶.

La referencia a un tejido que realiza este autor nos identifica con la observación que en numerosas ocasiones hemos realizado de las situaciones ambientales desde lo jurídico, insertas en una red de regulaciones, una especie de sensación de tejido normativo en el cual se ven envueltas estas situaciones objeto de análisis.

Un requisito indispensable para el análisis de problemas complejos es contar con una mirada interdisciplinaria, se plantea la necesidad para Leff “de profundizar e internalizar un saber emergente: el saber ambiental”⁷.

Se bosqueja la necesidad de construir un conocimiento capaz de de captar la multicausalidad y las relaciones de interdependencia e interrelación de los procesos provenientes tanto del orden natural como del social. Para Leff “la complejidad ambiental es una nueva comprensión del mundo, incorporando el límite de conocimiento y la incompletitud del ser”⁸.

Al idearse la construcción de un conocimiento que capte estos procesos es vital, que en un primer paso, la tarea sea definir los conceptos desde los cuales partir: qué entendemos por ambiente, ya que nos va delimitar el ámbito de trabajo en el que vamos a profundizar nuestros estudios.

Distintos autores destacan la difícil situación de definir el ambiente, dado el carácter polisémico del término⁹ y contar con un concepto claro, preciso y acotado, lo que se traduce en el siguiente esquema:

⁵ MORIN. E., *Introducción a una política del hombre*. Gedisa, Barcelona, 2002, p. 137.

⁶ MORIN, E., *Introducción al pensamiento complejo*. Gedisa, 6ª edición, Barcelona, 2003, p. 32.

⁷ LEFF E. (Comp), *Ciencias sociales y formación ambiental*. Gedisa, Barcelona, 1994.

⁸ LEFF E. (Coord), *Op. Cit.*, 2000, p 13.

⁹ SERRANO MORENO J. L. *Ecología y Derecho: principios de derecho ambiental y ecología jurídica*, Granada, 1992, MARTÍN MATEO, *Tratado de Derecho Ambiental*, 1992 T.1, p. 81 y DRNAS DE CLÉMENT, Z DRNAS DE CLÉMENT, Z. “Conceptos y elementos jurídicos del De-

Ambiente= medio ambiente, biosfera, entorno, ecosistema, entre otros.

Ante el carácter polisémico del término se referencia no siempre con igual significado es por ello que podrá designarse con igual forma medio ambiente, entorno, biosfera, ecosistemas y otros significados.

Para Serrano Moreno la polisemia del concepto ambiente “*irá en aumento a medida que aumente el grado de complejidad, la variedad de modos de vida, y la multiplicidad de lugares físicos y de ritmos temporales de una sociedad determinada*”¹⁰.

El problema puede observarse claramente porque la definición de ambiente ha sido elaborada y discutida desde diversas disciplinas (Ecología, Biología, Ciencias Sociales, etc), las que hacen referencia a un fenómeno complejo, donde ambiente representará un concepto diferente de acuerdo a quien lo defina y desde donde lo defina.

Si preguntamos ¿Qué elementos componen el ambiente? “*Esta pregunta admite varias respuestas. Dependerá de quien la responda. Si habla un biólogo dirá que lo integran todos los elementos bióticos y abióticos del ecosistema, con sus interacciones, funciones y elementos y acciones de la cultura del hombre. Un economista distinguirá entre elementos útiles o susceptibles de ser aprovechados por la actividad humana....*”¹¹

Podemos ejemplificar una definición de ambiente desde una postura sistémica como: “*el producto de la interrelación de los subsistemas natural y social que crea un sistema mayor: el ambiental. Se supone un gran sistema eco social*”¹²

El derecho cuando aborda los problemas ambientales requiere de una definición de ambiente, establecer que es ambiente, cuales son sus elementos o componentes, que se considera ambiental. Se debe construir un concepto jurídico de ambiente.

Al respecto “la cuestión del concepto de ambiente divide a los juristas ambientalistas de manera tan particularmente intensa que se ha convertido, por su misma virtualidad delimitadora, en el centro de la elaboración dogmática del Derecho Ambiental”¹³.

sarrollo Sostenible”. *Anuario Argentino de Derecho Internacional* 1998, Córdoba: Lerner, 1999, pp. 163-173.

¹⁰ SERRANO MORENO, *Op. Cit.*, p. 26.

¹¹ ZEBALLOS DE SISTO, M. C. (comp), *Sociedades Humanas y equilibrio ecológico*. Letrabuena, Buenos Aires, 1992, p. 40.

¹² ZEBALLOS DE SISTO, M. C., *Dos décadas de legislación ambiental en Argentina. A-Z*, Buenos Aires, 1994, p. 18.

¹³ SERRANO MORENO, *Op. Cit.* p. 24.

El área ambiental se presenta ante el derecho como una nueva área de conocimiento para conocer y profundizar, generándose un espacio que se transforma para enfrentar las demandas que le impone este conocimiento.

Para qué nos sirve precisar el concepto de ambiente en el ámbito del derecho, lo podemos remarcar de la siguiente forma:

El concepto de ambiente que sea utilizado define un contexto de análisis que tendrá trascendencia jurídica.

El concepto de ambiente, amplio o restringido, va a determinar, en el marco jurídico que se trate, el recorte de la materia que va a formar parte o no de lo ambiental y de ésta forma, va a limitar o no, lo que comprendemos por derecho ambiental, legislación ambiental, administración ambiental, etc.¹⁴.

El término "ambiente" lo destacamos como polisémico y se lo refiere utilizando expresiones asociadas como medio ambiente, entorno, biosfera, ecosistema, entre otros. *"Es que definir ambiente no es cosa sencilla. La polémica es interdisciplinaria. La voz ambiente representará conceptualmente distintas cosas según quien la define"*¹⁵.

Utilizando un concepto amplio de ambiente, que no se reduzca a lo ecológico o natural, se destaca una de las vinculaciones más importantes que es la que se produce entre lo natural y lo social o lo que algunos autores refieren como la relación sociedad-naturaleza¹⁶.

Cada sociedad, de acuerdo a su organización interna, a su marco jurídico político, va a accionar a través de diversos actores o agentes, los que actúan en forma diferenciada. Responden a un concepto de ambiente el que podrá ser amplio o restrictivo y va a condicionar toda la estructura del sistema.

El contenido del ambiente como sistema eco-social es tan amplio que se verá condicionado por aspectos naturales, culturales, sociales, económicos, políticos, etc., de un momento histórico determinado, dentro de un espacio y tiempo y en el marco jurídico político en el que se desarrollen.

En este contexto es cuando se plantea como tarea relevante **construir el concepto jurídico de ambiente** desde el cual se trabaja.

Tarea que no es menor, los autores en muchos casos trabajan dando por supuesto este concepto y en realidad van a requerir de la construc-

¹⁴ Así distintos autores usan distintos conceptos puede observarse en MARTIN MATEO, VALLS, PIGRETTI, CANO, JAQUENOD, entre otros.

¹⁵ ZEBALLOS DE SISTO, *op.cit.* p.18.

¹⁶ La CEPAL cuenta con abundante bibliografía en la temática.

ción de su propio concepto o tendrán delimitado el contexto de análisis por el concepto que seleccionen.

2- Algunos problemas conceptuales y metodológicos de la Problemática Ambiental en el derecho

La problemática ambiental se incorpora al derecho demandando respuestas jurídicas a las situaciones objeto de análisis. Como toda disciplina en la que ingresa un nuevo saber se crea un nuevo espacio a conocer y profundizar generándose un nuevo campo de construcción del emergente.

Todo ello trae aparejado un conjunto de problemas a abordar y resolver en el área de estudio que se traduce en distintos aspectos teóricos y metodológicos propios de la problemática y otros propios del derecho.

El derecho frente a la incorporación de la problemática ambiental se encuentra frente a un primer desafío que constituye una definición de lo ambiental como objeto cuestión que no se había planteado hasta entonces.

La necesaria conceptualización que debe hacer el derecho del ambiente tiene una gran trascendencia porque esta definición delimita el campo para la disciplina y la percepción de la problemática desde la disciplina.

En el desarrollo histórico del derecho de problemas que hoy son definidos como ambientales existe una producción normativa con un enfoque sectorial, de tipo recursista y que responde a objetivos diversos de acuerdo a la época en que fueron dictados.

Por lo tanto en la conceptualización que realice el derecho no podrá obviar una de las características del derecho ambiental definido por Jaquenod, que es "*la mixtura de lo nuevo con lo viejo*"¹⁷.

Esto nos lleva a tomar la primera decisión si vamos a hablar de derecho ambiental y trabajaremos en la conformación de esta nueva rama del derecho o si vamos a desarrollar una nueva perspectiva ambiental del derecho como análisis de las situaciones jurídicas ambientales teniendo en cuenta una nueva forma de leer el derecho desde lo ambiental.

Los pioneros en mirar el ambiente con anteojos ambientales fueron Prier, en Francia, la referencia en Gei en Córdoba iniciando una línea de trabajo en este sentido y muchos autores que participan en la construcción de una perspectiva de análisis.

¹⁷ JAQUENOD, S., *El Derecho Ambiental y sus principios rectores*. Madrid: Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, 1989.

Lo ambiental como objeto también deberá precisarse y avanzar en la estructuración de definiciones que permitan su utilización en este marco de análisis.

Sea cual fuere nuestra elección de nuestro punto de partida considerando el derecho ambiental o la perspectiva ambiental del derecho se nos van a plantear un conjunto de desafíos iniciales que describimos a continuación:

Desafíos que se presentan al derecho ante la nueva problemática

- a) Necesidad de un conocimiento pluridisciplinario para comprender los fenómenos socio-ambientales a enfrentar

El derecho debe actualizarse, profundizar y conocer los conceptos básicos en materia ambiental. Debe comprender qué es el ambiente, cuáles son sus principales elementos, qué características tienen, cuáles son los principales problemas que hoy enfrenta el ambiente, los procesos que producen su degradación y las principales actividades que hoy producen efectos sobre el ambiente, sus componentes y afectan la calidad de vida de la población.

Se debe conocer qué es la contaminación, la desertificación, la pérdida de biodiversidad, el calentamiento global, el agujero de la capa de ozono, comprender que significa y en qué escala se producen estos fenómenos y de qué manera afectan a nivel global, regional o local y qué elementos del ambiente o qué impacto se producen sobre qué actividades.

También comprender la contaminación por ejemplo, qué se produce, cómo, en que grado, cuáles son los elementos contaminantes, qué diferencia hay entre cadmio o mercurio, qué significación tienen ciertos productos, su peligrosidad, entre otras múltiples situaciones.

Es por ello que se requiere una introducción a la temática ambiental, que implica el aporte de conocimientos de otras disciplinas, para comprender los aspectos básicos que forman parte de los problemas que se han definido como habituales en esta problemática sobre los que se irá profundizando de acuerdo al área de interés.

Si bien el jurista no se convierte en un experto en otras áreas requiere del conocimiento de los conceptos, relaciones, elementos de la problemática que aborda.

En realidad todos los operadores jurídicos que trabajen con situaciones ambientales van a necesitar el auxilio de otras disciplinas y el conocimiento básico en la problemática.

- b) Comprensión de problemas complejos, observar y percibir desde el derecho las necesidades y los requerimientos de estos problemas

Las distintas disciplinas se han habituado a atender problemas y dar respuesta (frente a tal situación la respuesta es la siguiente) esta temática nos enfrenta a los denominados problemas complejos donde observarlos implica entender las relaciones, interrelaciones, interconexiones y aspectos que deben considerarse ya que cualquier cambio o efectos se traducen a todo el problema.

Se considera que los problemas ambientales deben observarse en el marco del sistema del cual forman parte y con todas sus vinculaciones y efectos, se requiere una mirada holística y sistémica de estos problemas.

El derecho como disciplina social debe integrar no solo en su ámbito sino también con el ámbito natural, incorporando la visión del nexo sociedad naturaleza en la comprensión de los fenómenos socio-naturales y todas sus implicancias.

Se plantea la necesidad de una consideración integral de los problemas, que tenga en cuenta las múltiples causas que los producen y las relaciones e interrelaciones que cada aspecto produce y genera con los impactos en los distintos sistemas de análisis.

Cada disciplina ya ha desarrollado un conjunto de información al respecto y debemos desarrollar por tanto aspectos teóricos y metodológicos para ello.

Debemos definir en las situaciones jurídicas objeto de análisis el tejido en el que se encuentran, al decir de Morin, para comprender y resolver de manera ambiental y jurídicamente adecuada sobre las mismas.

- c) Incorporación de los principales conceptos de las distintas áreas de conocimientos involucradas

En la formación de quienes provenimos de áreas sociales debemos aproximarnos a todas las áreas que tienen vinculación con temáticas ambientales (químicas, físicas, biológicas, aspectos arquitectónicos, de ingeniería, entre otros) a sus conceptos centrales, contar con el significado que se otorga a los mismos.

Es necesario contar con un lenguaje común que nos permita conectarnos de manera adecuada con las distintas áreas de conocimiento y utilizar los conceptos apropiados, con el alcance y el significado que tienen.

Es una problemática netamente interdisciplinaria y cada disciplina deberá establecer los puentes de conocimiento que permitan entender

y aportar los conceptos que forma parte de la temática en cada visión disciplinar.

En las situaciones jurídicas se enfrentan problemas que requieren tratamiento y utilización de conceptos adecuados de otras áreas no jurídicas y por tanto deberá receptor los conceptos correspondientes. A su vez aportar a las otras áreas de conocimiento los aspectos jurídicos que se requieran.

d) Actualización en: avances tecnológicos, técnicos y desarrollos científicos de las temáticas objeto de regulación

Además de los aspectos conceptuales que deben conocerse y utilizarse existen un conjunto de datos técnicos, modificaciones o innovaciones tecnológicas y desarrollos que inciden directamente en las actividades que se llevan a cabo.

Las normas técnicas van ajustándose en forma permanente y las actividades de acuerdo a los distintos rubros van incorporando nuevas tecnologías y exigencias por múltiples motivos (disminución de consumos, ahorro, mejora y eficiencia de la actividad, etc.).

Las normas de calidad y los sistemas voluntarios colaboran en la incorporación de mejoras en el funcionamiento y en la gestión de las empresas e inciden fuertemente en el cumplimiento de los marcos normativos ambientales de los países.

Por lo tanto, integran la información de base que debe contar quien adquiere formación en materia ambiental, los sectores productivos no pueden observarse sin profundizar en estos aspectos técnicos como en los normativos específicos de cada actividad.

e) Nuevas relaciones jurídicas

La temática ambiental ha generado un nuevo campo de conocimiento en el ámbito jurídico, un espacio que va integrándose por las distintas áreas del derecho con los diversos sectores de la sociedad y el ambiente en que interactúa.

Las situaciones jurídicas ambientales han dado lugar a nuevas relaciones jurídicas a tener en cuenta, con modalidades y principios propios, actores, conflictos diversos que van a demandar a nuestra disciplina un esfuerzo en la atención y abordaje de esta problemática.

El acceso a la información, a la participación y a la justicia ambiental es un pilar en la construcción de las nuevas relaciones y los principios que informan el derecho ambiental, como los objetivos de políticas y los instrumentos de gestión van a interactuar en la formulación y análisis de estas nuevas relaciones.

A partir de la convención Aarhus¹⁸ se refuerzan las visiones antes mencionadas donde las organizaciones gubernamentales han realizado una labor de difusión, concientización y también en la utilización de estos mecanismos¹⁹.

Podemos esbozar una síntesis en los aspectos que venimos desarrollando y que plantea un conjunto de nuevas relaciones jurídicas a partir de la relación del derecho y el ambiente.

Si bien los problemas conceptuales van a tener que considerarse en los trabajos que se desarrollen repasamos algunos de los aspectos a tener en cuenta:

- El derecho cuando aborda los problemas ambientales requiere de una definición de ambiente, establecer qué es ambiente, cuáles son sus elementos o componentes, qué se considera ambiental.

- El área ambiental se presenta como una nueva área de conocimiento para conocer y profundizar, generándose un espacio que se transforma para enfrentar las demandas que le impone este conocimiento.

- El concepto de ambiente, amplio o restringido, va a determinar en el marco jurídico que se trate el recorte de la materia va a formar parte o no de lo ambiental y de ésta forma va a limitar o no lo que comprendemos por derecho ambiental, legislación ambiental, administración ambiental, etc.

- El término ambiente es polisémico y se lo refiere utilizando expresiones asociadas como medio ambiente, entorno, biosfera, ecosistema, entre otros.

- Dónde empieza y termina el ambiente es un tema a estudiar por parte del derecho, cuáles son los elementos a tener en cuenta por parte del derecho, sus categorías, dimensiones, etc.

Existen a partir de estas consideraciones una serie de aspectos sobre los cuales se deberá trabajar en dilucidar su alcance y significado, debatir y sustentar desde otros supuestos teóricos, los contenidos y las construcciones teóricas que se realicen y además de estos aspectos creemos importante resaltar a continuación otras consideraciones acerca del abordaje de los problemas en materia ambiental desde el Derecho.

3- La importancia del contexto en el abordaje de los problemas jurídicos ambientales

En el análisis de los problemas ambientales, se destaca la trascendencia de considerar los contextos, ello surge si compartimos que “el conocimiento pertinente debe enfrentar la complejidad. *Complexus* significa lo

¹⁸ Convención adoptada en Aarhus, Dinamarca el 25 de junio de 1998.

¹⁹ La Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN) cuenta con trabajos sobre el tema.

que está tejido junto; en efecto, hay complejidad cuando son inseparables los elementos diferentes que constituyen un todo (como el económico, el político, el sociológico, el psicológico, el afectivo, el mitológico) y que existe un tejido interdependiente, interactivo e ínter-retroactivo entre el objeto de conocimiento y su contexto, las partes y el todo, el todo y las partes, las partes entre ellas"²⁰.

Cualquier tema que seleccionemos como objeto de estudio en materia jurídico ambiental en primer término lo debemos ubicar en un tiempo y un espacio, o en un período de análisis determinado como por ejemplo una gestión de gobierno o varias gestiones, dado la relevancia que imprima la gestión ambiental gubernamental al tema.

También puede ser objeto de estudio la gestión no gubernamental, las empresas, asociaciones, entidades, etc.

Puede ser un período de tiempo como una década por ejemplo, estimaciones que permitan realizar comparaciones o situaciones que solo pueden observarse en ciertos lapsos, u otras que puedan permitir comparaciones con otros lugares con situaciones similares como un municipio, una jurisdicción provincial, un área, etc.

Es importante entender el contexto en el que abordamos un problema ambiental que puede ser importante delimitarlo desde el punto de vista de la gestión en los ejemplos de los párrafos anteriores pero podríamos limitarlos en otro tipo de espacios o ámbitos como por ejemplo una ciudad, una región, provincia, país, si nos referimos a límites jurisdiccionales con trascendencia jurídica, pero también lo puede constituir una cuenca, un ecosistema, una región fitogeográfica, entre otras (límites con trascendencia natural).

El tipo de problemas nos puede establecer contextos propios ya sea relacionados a un ecosistema determinado, a elementos del ambiente (agua, aire, suelo) a recursos naturales (flora, fauna, minerales) a ciertas actividades humanas, a los efectos de algunas actividades como la contaminación, desertificación, pérdida de biodiversidad, entre otros.

Lo importante es que cualquier elección y acento puesto en los contextos o los límites que establecemos para nuestro recorte del objeto de estudio no excluye la existencia de otros problemas ni sus relaciones, situación que debe quedar clara en la delimitación realizada.

En algunos casos los límites los pondrá el investigador por su propia perspectiva de análisis, el aspecto o problemática que quiere observar desde su visión jurídico ambiental pero en otros casos estará fuertemente condicionada por el propio problema o la situación jurídica que generó.

²⁰ MORIN, E., *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*. Nueva Visión, Buenos Aires, 2001, p.38.

A continuación consideramos la importancia de tener en cuenta distintos tipos de contextos de análisis en el abordaje de los problemas desde las perspectiva, el nivel o escala de análisis a realizar. Lo que remarca un aspecto que ya no podemos dejar de lado que es la conciencia de la complejidad.

Contexto socio político

Los interesados en el desarrollo de investigaciones jurídico ambientales no pueden dejar de ubicarse en el sistema jurídico político e institucional en el cual se encuentra inmerso el investigador.

El marco institucional explica la ubicación y jerarquía asignada a la temática ambiental en el sistema con la posibilidad de establecer el escenario en que se encuentra y las perspectivas a futuro de la temática.

El marco legal nos ubica en la regulación aplicable a los problemas objeto de estudios en un momento determinado, los cambios operados y las tendencias que se observan en el escenario institucional y político que van a demandar los cambios normativos en el sistema o la consolidación de las políticas formuladas.

El marco administrativo implica conocer la operativización de las políticas y la implementación de las normas en el sistema de la administración ambiental. Los actores gubernamentales relevantes, el desarrollo de la administración en el marco de la gestión.

La legislación ambiental, por sus características de provenir de diversas épocas, formuladas con diversos objetivos, donde nos encontramos con la mixtura de lo nuevo y lo viejo, con normas propiamente ambientales, de relevancia ambiental o de relevancia casual tal como las clasifica Brañes²¹, no pueden analizarse de manera individual o aislada del propio sistema jurídico.

Contexto socio-ambiental

Es necesario conocer la percepción que tiene la comunidad sobre los problemas existentes, el área de estudio o la selección espacial que realizamos nos condiciona y es la comunidad que vive en el lugar la que tiene su propia percepción acerca de cuales son los problemas y el orden de importancia de los mismos.

El acceso a la información, el desarrollo que tiene y las vías de acceso a las mismas nos permitirán observar y entender las preocupaciones sociales en el lugar.

²¹ BRAÑES, R., *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*. Fundación Mexicana para la Educación Ambiental. Fondo de Cultura Económica, México, 2ª ed. 2000.

La participación social es un elemento importante en el análisis de las situaciones ambientales actuales y el grado de participación de la comunidad en los temas ambientales y las formas de participación que se utilizan forman parte de la modalidad de actuación ante los problemas ambientales a tener en cuenta.

El acceso a la justicia en materia ambiental es otra forma de observar el contexto socio-ambiental, la existencia de conflictos judicializados, la intervención de la justicia en problemas ambientales, la demanda de la comunidad frente a los problemas ambientales.

Contexto económico

El contexto económico de los problemas ambientales tiene una importancia innegable y puede observarse las manifestaciones macroeconómicas y el impacto que producen las medidas en el ámbito del ambiente del sector de estudio. Es un aspecto que va a formar parte de los trabajos generales sobre la región o zona de estudio.

Podemos observar distintos estudios sobre el desarrollo económico y la sostenibilidad como por ejemplo trabajos del Banco Mundial, los análisis económicos de tipo regional como los que realiza la CEPAL²² hasta los estudios económicos de cada país o zona donde se conjuga economía y ambiente.

Es importante considerar las miradas críticas a los enfoques macro económicos y el análisis que se realiza de la problemática ambiental²³.

Esto nos va a permitir ubicar las actividades en el territorio y en el contexto económico del país y a su vez considerar la incidencia de la economía en las principales actividades y las vinculaciones con el ambiente en el área de desarrollo de las mismas.

Nos interesa destacar los aspectos económicos que hacen a la gestión ambiental desde el presupuesto asignado al área ambiental en nuestra área de trabajo, la utilización de instrumentos económicos por parte de la gestión, los tipos y modalidades que se usan.

Contexto cultural

Las consideraciones acerca de nuestro acervo cultural son sumamente importantes a la hora de realizar el análisis de las situaciones ambientales en un área o región determinada.

²² Comisión Económica para América Latina (CEPAL) tiene una producción de gran relevancia en la temática.

²³ NAREDO, J. M., *Raíces económicas del deterioro ecológico y social. Más allá de los dogmas*. Siglo XXI., Madrid, 2006.

La diversidad cultural y las prácticas ambientales en las diversas áreas nos van a presentar una relación que no siempre se tiene en cuenta que es la de la cultura y el ambiente.

Probablemente se asocia más la preservación ambiental y el respeto por la preservación de las culturas, las reservas arqueológicas y al respecto existen un conjunto de regulaciones que hoy son parte del marco normativo ambiental.

Un aspecto central para entender los problemas ambientales son el uso y las costumbres de los lugares, las modalidades no escritas y desprotegidas de nuestra cultura y los conflictos que se desatan a partir de su relación con otras manifestaciones culturales en la inserción de nuevas actividades o la realización de acciones u obras en las zonas de influencias de las mismas.

Si bien hemos descripto superficialmente algunos de los aspectos que deben tenerse en cuenta y que no pueden dejar de observarse en el estudio de los problemas ambientales representan una manera de aproximarnos a la complejidad. Tomar conciencia del tejido en el que está incorporado nuestro problema

4- El nuevo orden jurídico

En el análisis jurídico también nos ubicamos en el sistema jurídico, en un tiempo y un lugar donde seleccionamos el material normativo de acuerdo a los conceptos, niveles y escala de análisis.

Cuando hablamos del material normativo aplicable a una situación jurídica estamos refiriéndonos a una red de regulaciones solo planteando el entramado jurídico. Este tejido jurídico lo debemos integrar en el contexto de las situaciones objeto de análisis.

Además de los distintos contextos en que nos encontramos inmersos nos ubicamos siempre en un sistema jurídico determinado en nuestro caso el sistema jurídico Argentino que tiene sus particularidades y características propias.

En la consideración del sistema jurídico argentino existió un hecho que determinó un momento trascendente para la inserción de la dimensión ambiental en el sistema el cual fue la reforma de la Constitución en 1994 con la incorporación de la cláusula ambiental.

El artículo 41, las nuevas leyes de presupuestos mínimos, como la legislación nacional, provincial y municipal vigente y aplicable a las situaciones jurídicas ambientales constituye un nuevo orden ambiental que se debe conocer y profundizar.

Este nuevo orden surge de la conceptualización de ambiente que incorpora la Constitución Nacional, de las consideraciones que realiza so-

bre el ambiente en el marco de un desarrollo sustentable, de las formulaciones de este derecho deber ambiental, de las obligaciones impuestas a los poderes del estado de proveer en materia ambiental, entre otras.

Todo ello se traduce en un enorme impacto en el sistema jurídico generando nuevas categorías de normas (las leyes de presupuestos mínimos), nuevas jerarquías normativas (leyes ambientales vs. códigos de fondo), nuevas responsabilidades (responsabilidad ambiental) solo para citar algunos de los aspectos que hoy son parte de la discusión doctrinaria y la consideración jurisprudencial en el país.

Este impacto en el sistema jurídico va generando importantes modificaciones, interpretaciones, implementaciones de las nuevas normas que ingresan al sistema impactando en el derecho vigente y en sus criterios existentes con esta nueva dimensión que ha incorporado principios propios.

En forma simultánea se va construyendo a partir del nuevo orden jurídico ambiental una perspectiva de análisis jurídico de las situaciones ambientales congruente con las características de la problemática.

Asimismo debemos tener en cuenta las normas vigentes en las distintas materias que directa o indirectamente regulan la situación objeto de estudio lo que permitirá considerar los aspectos ambientales y los aspectos jurídicos desde una perspectiva ambiental que tengan utilidad en la problemática.

Se debe ubicar la situación, el nuevo orden jurídico ambiental y considerar el sistema en los contextos descriptos ya que esto nos acerca a una mirada más completa e integral de los problemas que analizamos.

Reflexiones finales

La pregunta actual para quienes trabajamos la temática jurídica ambiental y que empieza a ser central es ¿Cómo aproximarnos a la complejidad? De que manera podemos detectar, describir, analizar o profundizar en materia ambiental sin perder de vista lo integral, lo holístico, lo interdisciplinar?

Todo análisis jurídico ambiental no puede obviar la complejidad de la problemática por lo cual deberá en la selección de su objeto de estudio tenerla en cuenta y seleccionar los niveles, sectores, escalas en las que va a indagar su problema.

No podemos desconocer el nuevo orden ambiental establecido en el sistema jurídico argentino y es necesario dilucidar todos los efectos que se producen a partir de su incorporación al sistema. Los que se irán presentando en las distintas situaciones objeto de estudio y en numerosas temáticas.

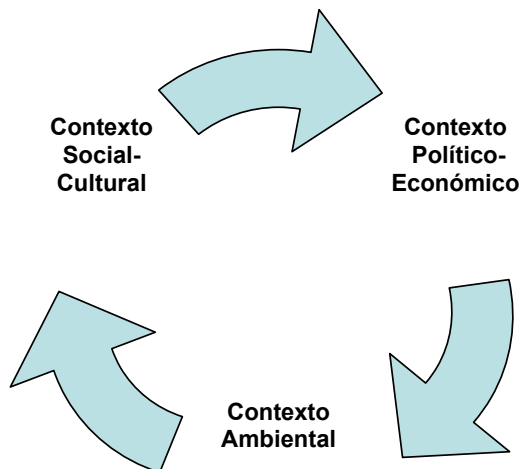
Es necesario describir, detectar, profundizar y analizar la complejidad generada en el propio sistema jurídico para insertarlo en un área mayor que constituyen los contextos de los que forma parte el sistema.

Reconocer desde el abordaje mismo de un problema seleccionado que está inmerso en este nuevo orden y en la complejidad de la problemática ambiental y lidiar con su presencia. “La complejidad afecta sobre todo a nuestros esquemas lógicos de reflexión y obliga a una redefinición del papel de la epistemología”²⁴.

Las formas de aproximarnos, elementales y limitadas, a la complejidad nos permiten mejorar el análisis de los problemas. Si bien no podemos abordar la complejidad con las metodologías e instrumentos que hoy tenemos podemos intentar, con la referencia limitada a los contextos que realizamos, aproximarnos a una mirada más amplia.

El desafío es avanzar hacia lo complejo de esta problemática, teniendo en cuenta en cualquier abordaje de problema, construyendo instrumentos teóricos y metodológicos que nos permitan un conocimiento más integral y adecuado de los problemas.

No podemos alejarnos de este elemental esquema:



²⁴ MORIN, E. et. All. *Educación en la era planetaria*. Gedisa, Barcelona, 2003, p. 63.

ALCANCES Y LÍMITES DE LA COORDINACIÓN HORIZONTAL MEDIANTE REDES: EL CASO DE LA AGENCIALIZACIÓN EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA-ARGENTINA

*María Alejandra Nallino*¹

Resumen: El artículo caracteriza y sitúa la coordinación horizontal mediante redes de actores públicos y privados en el contexto actual y plantea los alcances y límites de la misma en el caso de la agencialización en el ámbito de la Administración Pública en la Provincia de Córdoba, a partir del año 1999, en el marco de la reforma del Estado.

Palabras clave: Coordinación horizontal - Redes - Agencialización - Reforma del Estado - Administración Pública.

Introducción

Un mundo cada vez más complejo e interdependiente, constituye el nuevo escenario de producción del orden nacional y subnacional. Las sociedades se enfrentan a problemas que, tal vez, no contribuyeron a generar y cuyas soluciones se encuentran probablemente fuera de su alcance y corresponden a una instancia —nacional, internacional— diferente de aquella en la que se manifiestan —local, subnacional— fenómeno denominado “globalización”, que establece limitados alcances al Estado nacional y violenta la exigencia de una causalidad inequívoca, simple y directa (García Delgado, 1998; Mayntz, 2001). Los rasgos que caracterizan el nuevo escenario, en el que se produce el orden doméstico, están dados por el alto número de actores, la posesión de recursos de poder de volumen y composición variable, un número creciente de relaciones, la presencia de cambios cada vez más acelerados y la interdependencia, que pone un límite al encapsulamiento y aislamiento como alternativa

Lo global y lo local —nacional, subnacional— entran en relación, haciendo que en la formulación y operacionalización de cualquier política,

¹ Abogada, Magíster en Administración Pública. Docente por concurso de la asignatura Derecho Político de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora Adjunta de Introducción a la Ciencia Política y Relaciones Internacionales; Profesora Adjunta de Historia del Pensamiento Político, ambas asignaturas de la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba. Docente Investigadora.

se produzca un aumento tanto del número de variables, cuanto de las relaciones entre éstas a ser tenidas en cuenta.

También en la dimensión de las relaciones intergubernamentales en el ámbito interno, entre idénticos y diversos niveles jurisdiccionales, se registra una limitada capacidad de coordinación (Zlata Drnas de Clement, 2000; Díaz de Landa y Parmigiani, 1996, 2004; Cingolani, 2006); sin embargo, ello sucede mientras en todos los Estados se manifiesta una creciente necesidad de coordinación interjurisdiccional.

La interdependencia, por sobre la dependencia o la simple indiferencia, constituye en la actualidad, en efecto, una nota distintiva de los procesos de políticas públicas (Parri, 1990), debido a que la complejidad de los problemas incluye frecuentemente la transversalidad de los mismos en relación a distintas instancias jurisdiccionales (Parmigiani, 2005b; Jordana Casajuana, 2002).

Desde la década del cuarenta, el Estado fue el eje de todos los proyectos políticos y económicos que se pusieron en marcha en la mayor parte del mundo, en correspondencia con modelos de desarrollo estatistas o de matriz Estado céntrica y cuya crisis se manifiesta en la década del setenta.

A partir de la década del ochenta la *reforma del Estado* se ha convertido en un fenómeno ubicuo —en orden a su amplia extensión—, isomorfo —dada su impronta emulativa— y diacrónico —en virtud del ritmo dispar de su implementación.

Los años ochenta en los países centrales y noventa en los países periféricos, corresponden, al apogeo y subsecuente declinación de las reformas del Estado de corte neoliberal, signadas por políticas de privatización, desregulación y descentralización. En 1993 el Banco Mundial presenta su informe exhibiendo los logros alcanzados por los países del este asiático con la aplicación de las fórmulas económicas neoliberales. Cuatro años más tarde, el mismo organismo, en su informe (1997), redefine su posición destacando el papel que desempeña la política en los países en vía de desarrollo.

La revisión de los antecedentes y cuestiones centrales en las experiencias de reforma del Estado desde los años ochenta, remiten a un tratamiento y resolución de la problemática desde dos ángulos posibles, aunque conexos.

Por una parte, las reformas que abordan la cuestión relativa al trazado de límites entre el Estado y la sociedad y el grado de permeabilidad de esos límites, siendo su núcleo el problema de la coordinación social (Lechner, 1997; Messner, 1999). La problemática se concentra en-

tonces en el contenido de la acción pública, redefiniendo su finalidad y objetivos (Echevarría Ariznabarreta, 2000). Da lugar a los modelos centrados en el Estado, en el mercado y en redes, que son descritos y prescritos por los enfoques doctrinarios respectivos como satisfactorios para responder a la exigencia de coordinación social (Weber, 1996; Lechner, 1997; Messner, 1999; Martínez Nogueira, 2000; Bresser Pereira, 1997; Ayala Espino, 1996; Mayntz, 2000, 2001; Sharpf, 1997; Alvarez Díaz, 1992; Peters, 2005)

En este punto el debate en los últimos años ha girado en torno a la definición de lo que ha de entenderse por “mejor Estado” y el consecuente privilegio de una noción de carácter cuantitativo, idea afín a las denominadas reformas de primera generación (donde mejor es sinónimo de menos, pequeño, reducido) o cualitativo, más vinculado a las reformas de segunda generación (Oszlak, 1997).

Por otra parte, las reformas que encaran la cuestión del diseño y funcionamiento de las instituciones por medio de las cuales el Estado se relaciona con la sociedad en la formulación e implementación de las políticas públicas. Esta segunda problemática conduce al estudio de las características de los modelos burocrático, gerencial y participativo (Weber, 1996; Echevarría Ariznabarreta, 2000, Lechner, 1997; Messner, 1999; Martínez Nogueira, 2000; Prats Catalá, 2001; Aguilar, 1999; Peters, 1999, 2003b; Crozier, 1997; Echevarría y Mendoza, 1999; Bresser Pereira, 1997; Sheperd, 1999; Restrepo, 2003).

Las discusiones aquí tienen por eje la viabilidad del modelo burocrático de gestión de la administración y la posibilidad de su sustitución total o parcial, ya por el modelo gerencial, ya por el modelo participativo.

A la vez, una y otra cuestión son atravesadas por una preocupación común a ambas sobre el déficit de democracia frecuentemente apreciable en los procesos de toma de decisiones, referidas tanto a la definición de lo que debe hacer el Estado, como a la forma en que debe gestionar aquello que se ha definido como sus roles.

De algún modo, la máxima institucional “el pueblo no delibera ni gobierna, sino a través de sus representantes”, presente en la mayoría de las constituciones de corte democrático liberal, ha supuesto la instauración de una línea divisoria entre Estado y sociedad. Por esta vía, asentada sobre la idea de representación, los ciudadanos son marginados de la discusión y ejecución de las políticas que les tienen por destinatarios.

Históricamente, esta máxima ha cumplido la función de contener las pretensiones de libertad o participación democrática de los individuos en los órganos deliberativos y ejecutivos, mediante la ficción de la representación,

según la cual los individuos eligiendo a los encargados de crear y ejecutar las normas que deberán obedecer, se autodeterminan (Kelsen, 1977).

Hoy nadie desconoce el déficit de crédito que padecen las instituciones representativas. El mismo se debe en parte a lo manifiesta que es la ficción de la representación y la pretendida coincidencia de voluntad de electores y elegidos. Pero es, sin embargo, fundamentalmente consecuencia de una creciente expectativa y demanda por parte de la ciudadanía de una acción pública que responda a las necesidades de la gente y no sea auto referida.

Con ello, en apariencia, estarían dadas las condiciones para la implementación de reformas en el Estado, orientadas a generar canales de participación de la ciudadanía en la formulación e implementación de políticas públicas. No obstante, si bien las carencias señaladas actúan como estímulos para la participación de la ciudadanía, también es cierto que la participación necesita vencer algunos obstáculos que la limitan o bien le restan incentivos.

La fuerza de una historia de delegación de la responsabilidad de decisión y acción en los hacedores profesionales de políticas y la resistencia de éstos a incorporar efectivamente a la gente en la formulación e implementación de las políticas públicas ha sido recogido en doctrina conceptualmente como "*democracia delegativa, ciudadanía de baja intensidad y un Estado que combina elementos democráticos y autoritarios*" (O'Donnell, 2000: 64), con especial referencia a América Latina.

Bajo condiciones sociales, económicas, políticas y culturales, caracterizadas por la complejidad e interdependencia de los actores, se tornan inadecuadas las formas de coordinación jerárquicas o "Estado céntricas" e insuficientes aquellas regidas por el mercado.

En este escenario, la *coordinación intersectorial*, entre el sector público y el sector privado, e *intergubernamental*, constituye uno de los problemas fundamentales a los que deben dar hoy una respuesta satisfactoria el Estado y la sociedad civil, atento la incapacidad de ambas esferas para proveer una solución autónoma.

Frente a este cuadro de situación la gobernabilidad necesita apelar a otras formulas y valerse de un utillaje si no enteramente nuevo, si al menos novedoso en su forma de aplicación. La *gobernanza* a través de *redes* asume entonces un papel protagónico.

Desde un punto de vista normativo la *gobernanza* tiene por objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía (Real Academia, 2002). En el año 1990 la CEPAL en un trabajo denominado "Transformación productiva con Equidad" ya había

puntualizado la exigencia de encontrar propuestas alternativas a aquellas con eje en el Estado o en el mercado.

Desde un punto de vista instrumental, es lo que Scharpf (1997) denomina “*coordinación negociada bajo la sombra de la jerarquía*” y Mayntz (2000, 2001) llama “*gobernanza moderna*”, una forma de gobernar menos jerárquica y más cooperativa, caracterizada por el hecho de que las instituciones estatales y no estatales, los actores públicos y privados, intervienen y frecuentemente colaboran en la formulación e implementación de políticas públicas a través de redes. En este sentido, la gobernabilidad democrática o gobernanza moderna encuentra en la formación de redes de actores del sector público y el sector privado una forma de realización, combinando el objetivo de eficiencia con el de participación.

“Las formas no jerárquicas de toma de decisión pueden ofrecer soluciones más efectivas, incluso que una dictadura benevolente, o que la dominación paternalista: permiten procesar mayor información y tomar en cuenta una mayor cantidad de valores y ofrecen mayor flexibilidad y adaptabilidad.” (Scharpf, citado por Mayntz, 2001:7).

“Una red facilita no sólo la articulación de diferentes actores, a veces antagónicos, y sus respectivos recursos estratégicos, sino también la ejecución efectiva de las decisiones tomadas. Esta corresponsabilidad en la ejecución de las medidas acordadas es de particular relevancia, dado el debilitamiento de las capacidades estatales de regulación” (Lechner; 1997: 15).

Conceptualmente, las *redes* consisten en la creación y/o activación de una trama de actores del sector público y del sector privado, interesados en un asunto común, con la finalidad de definir líneas de acción mediante la negociación horizontal e implementar decisiones consensuadas por todos los actores intervinientes y relativas a las políticas públicas.

Un importante número de investigaciones revelan cómo, de modo creciente, se desarrollan mecanismos de articulación, orientados a la cooperación entre el Estado y los actores del sector privado a través de redes.

La coordinación social mediante redes se distingue por ser (Messner, 1999:117):

- Descentralizada: las redes corresponden a sociedades policéntricas compuestas por múltiples actores y sectores;
- Horizontal: el modo predominante de relación lo constituyen las relaciones horizontales entre actores autónomos, si bien interdependientes;
- Público-privada: la coordinación refiere a la satisfacción de intereses colectivos e individuales;

- Intencional: responde a criterios y propósitos fijados con intencionalidad política.

No se trataría propiamente de una retirada del Estado, que resignado por su incapacidad de promover el bienestar general delegue en terceros particulares la satisfacción del interés público, como ha sido denunciado por quienes afirman que la negociación entre actores políticos y sociales, en las redes, pone de manifiesto un “Estado débil”, “semi-soberano”, por la pérdida de su capacidad de conducción autónoma.

Contra el argumento de la debilidad del Estado se sostiene que nos encontraríamos frente a un cambio en la forma, antes que a una pérdida de control estatal. En este sentido, no se puede desconocer que la coordinación horizontal se desenvuelve en un marco institucional reconocido y legitimado por el Estado. Este, al estar dotado de recursos diferenciales y exclusivos, como es su potestad de imposición unilateral, dispone de un *status* especial frente a los otros actores.

Sin embargo, hay que admitir asimismo, que no todos los Estados se encuentran en idénticas condiciones de fortaleza, frente a las pretensiones de colonización de intereses particulares. Esto hace que sea necesario ser especialmente cauto a la hora de juzgar las bondades y defectos de este tipo de formas de construcción del orden social.

Así, para Estados Unidos no constituyen en realidad una novedad, pues forman parte de su tradición de autonomía y autogobierno; para Europa continental occidental (aunque la generalización sea impropia) en cambio, de cuya tradición es heredera Latinoamérica, el paso del control jerárquico a esta modalidad de coordinación comienza a darse en la década del setenta con la declinación del Estado intervencionista y como parte del rechazo a toda forma de autoridad jerárquica. Europa continental occidental, aunque no ha contado con una tradición semejante a la anglosajona, ha recorrido en estos años el camino de fortalecimiento del Estado y de la sociedad. Para Latinoamérica constituye más un objetivo que una realidad. En este sentido señala Alvarez Díaz:

“.. los gobiernos latinoamericanos... en la actualidad, obligados a desplegar estrategias para la reducción del tamaño del Estado, encaran la necesidad de conciliar: a) la democratización de la gestión pública, entendiendo esto como el incremento de los niveles y las modalidades de participación de los diferentes sectores de la sociedad civil en los procesos políticos decisivos, b) en la reforma política para el fortalecimiento del Estado de Derecho, mediante el aumento de la capacidad de decisión autónoma de los entes gubernamentales y la disminución de su colonización por intereses

corporativos de la sociedad, c) la responsabilidad del gobierno en la generación del bienestar social... La armonización de los tres valores mencionados es, en todo caso, un tema clave de la agenda de los problemas normativos de los países latinoamericanos en esta década.” (Alvarez Díaz; 1992:21-22)

Por otra parte, la vinculación y articulación de actores del sector público y sector privado en redes de políticas (*policy networks*) no sustituye los mecanismos institucionales de legitimación democrática a través de la denominada representación política y la eventual y esporádica aplicación de formas semi-directas de gobierno; en ellas juegan un rol fundamental los partidos políticos y se encuentran asentadas sobre un criterio de representación territorial y no funcional. No los sustituye, pero sí puede complementarlos.

Para que las redes funcionen con una orientación democrática pluralista es necesario un Estado fuerte y una sociedad fuerte, siempre bajo el presupuesto de una relación virtuosa entre ambos términos. Estado fuerte no quiere decir omnipotente, es un Estado que asume para sí la función de coordinador de relaciones entre los actores del sector público y privado, estableciendo con su presencia una lógica compensadora del interés particular que persiguen los actores del sector privado y el interés colectivo que debe garantizar el Estado y que normativamente justifica su propia existencia. En tal sentido es necesario que el Estado esté democráticamente legitimado y que cuente con los recursos necesarios para ejecutar las decisiones que se adopten. Como correlato se necesita una sociedad fuerte, funcionalmente diferenciada en subsistemas, organizada y con la autonomía suficiente que le permita, por un lado, no ser controlada políticamente y por el otro, tener capacidad de negociación.

Ni lógica de mercado por la cual se presume que cada uno procurando la satisfacción de su interés particular satisface simultáneamente el interés colectivo, ni puro intervencionismo estatal por el que el Estado se atribuya, como sujeto omnisciente, la capacidad de definición y resolución de los problemas de la sociedad.

Sin embargo, no es de modo necesario la concreción de un ideal democrático de autodeterminación de todos, especialmente porque se caracterizan por estar constituidas por un número limitado de participantes que persiguen intereses sectoriales, particularmente empresariales. Este aspecto ha sido destacado por autores neopluralistas como Charles Lindblom (1991) quien reconoce que los grupos empresariales suelen ocupar una posición privilegiada frente a otros grupos, lo que obedece a que el gobierno, por razones que hacen a su propia existencia, necesita y depende del progreso económico, de manera tal que se ve compelido a incentivar al

empresariado y otorgarle ventajas de diverso tipo, entre las que se cuentan las ventajas económicas, pero también la influencia y participación en el proceso de formulación de políticas públicas.

“Un gobierno elegido democráticamente no puede esperar sobrevivir ante un desorden amplio y prolongado.... Consecuentemente los responsables de la política gubernamental muestran una preocupación constante sobre la actuación de la empresa privada. ... [los empresarios] actuarán sólo si son inducidos por los beneficios, ganancias o ventajas que se les ofrece. ... La formulación de las políticas públicas consecuentemente están especialmente controladas por las empresas privadas: los cargos públicos deben escuchar a los empresarios con sumo cuidado; deben descubrir las necesidades de los empresarios, incluso aunque éstos no se preocupen de manifestarse o hablar por sí mismos; deben dar a los empresarios lo que necesitan para motivar la producción, los puestos de trabajo y el crecimiento y deben de esta manera darles el derecho especial de consulta y participación real en el proceso de formulación de políticas.” (Lindblom; 1991: 95-96)

Precisamente, las limitaciones del modelo de redes devienen de la posibilidad de la presencia de varios y significativos riesgos. Uno de ellos es la externalización de los costos a terceros, que deliberadamente son marginados de la red, mediante la aplicación de un criterio restrictivo de acceso y participación, que hace que las redes sufran así una merma en su componente de participación pluralista y un incremento de su perfil elitista.

Otro es el despliegue de acciones orientadas a llevar a cabo la “captura de la red”, es decir, orientar la misma hacia la satisfacción de intereses particulares, en detrimento de los intereses colectivos.

La agencialización en la Provincia de Córdoba como instancia de coordinación horizontal en redes

En Argentina, el proceso de reforma del Estado recién se materializa a fines de la década del ochenta y a nivel subnacional, en concreto en el caso de la Provincia de Córdoba, sólo avanzó en lo que hace a medidas de descentralización, posponiéndose incluso la discusión de medidas de privatización y desregulación ya implementadas a nivel nacional, hasta que se produjo un recambio de autoridades, con distinto signo político, en el año 1999, al asumir la conducción del Poder Ejecutivo Provincial el Gobernador José Manuel de la Sota.

Desde entonces inicia en la Provincia de Córdoba un proceso de reforma del Estado que, entre otras medidas, se plasma en el ámbito de la administración pública a través de la “agencialización” de varias áreas

de políticas públicas, mediante la creación de sociedades del Estado y sociedades de economía mixta (Ley Orgánica de Ministerios 8779/99), en espacios tradicionalmente organizados bajo la forma de Ministerios o Secretarías. En un trabajo anterior (Nallino, 2007) se ha efectuado una descripción detallada del diseño institucional formal de las agencias, destacando que las mismas constituyen una *innovación institucional*, tanto estructural como ideológica, en el ámbito de la Administración Pública de la Provincia de Córdoba; innovación que puede ser observada en cuatro dimensiones:

- a) Estructura: Sociedades del Estado y sociedades de economía mixta;
- b) Régimen jurídico: Derecho Privado
- c) Sujetos: Sector público y sector privado
- d) Tipo de relaciones que promueve: coordinación horizontal.

La agencialización replantea de este modo el patrón de relaciones entre actores gubernamentales (relaciones intergubernamentales) y entre el sector público y la sociedad civil (relaciones intersectoriales) integrando elementos de los alternativos modelos de reforma del Estado, tanto en lo referido a la coordinación social (Estado, mercado y redes) como en lo relativo a la gestión de las políticas públicas (burocrático, gerencial y participativo).

En esta combinación se advierte, no obstante, un particular énfasis, desde el punto de vista de la institucionalidad formal, en la coordinación horizontal y cooperativa de actores públicos y privados, a través de la constitución de *redes*. Estaría orientada, por una parte, por la pretensión de amalgamar la participación del sector privado y del sector público, en determinadas áreas de políticas públicas, en una relación equilibrada de poder, que permita la satisfacción del interés sectorial de los actores del sector privado y el interés colectivo, cuya tutela es asignada como responsabilidad al Estado. Por otra parte, estaría orientada por la aspiración de promover una dinámica de actuación que responda a la lógica de la participación democrática y a la exigencia de eficiencia, la que ejerce presión sobre las administraciones bajo condiciones donde la sola legitimidad formal no resulta suficiente.

Llegados a este punto resulta pertinente la pregunta por la efectiva actualización de la institucionalidad formal de las agencias, en cuanto modalidad de coordinación cooperativa horizontal de actores del sector público y privado en redes de políticas públicas. Con ello accedemos al meollo de nuestro problema de investigación: En el proceso de agencia-

lización llevado a cabo en la Provincia de Córdoba a partir del año 1999, *¿influye la institucionalidad formal —legal y de ser así, cómo lo hace— en la orientación de acción e interacción de los actores?; y también, reformulan los actores —y en su caso, cómo lo hacen— en su concreta situación de acción, la institucionalidad formal - legal?*

La propuesta reviste relevancia por su potencial capacidad de contribuir al esclarecimiento del tema de las transformaciones del Estado y la forma que adquieren sus relaciones con la sociedad civil.

En nuestro país y en América Latina en general, la doctrina advierte sobre un predominio de las relaciones jerárquicas, tanto en la dimensión intersectorial (Estado-sociedad civil), cuanto en la dimensión intergubernamental (Provincia-municipios). La debilidad de la sociedad civil, asociada a un sistema político cruzado por una cultura política autoritaria y prácticas oportunistas y clientelares (Parmigiani, 2006; Díaz de Landa, 2005; Méndez, 1999; Jordana Casajuana, 2002; O'Donnell, 2000; Mols, 1987; Nallino, 2006), no aparece como condición favorable para el éxito de emprendimientos de reforma que procuren articular actores no gubernamentales en la producción de bienes colectivos; simultáneamente, “un estado fuerte por fuera pero débil por dentro ...”, (Méndez, 1999) tampoco propicia la coordinación cooperativa eficaz, toda vez que resulta permeable a la cooptación por parte de grupos e intereses particulares.

En consonancia con los antecedentes expuestos y nuestros propios estudios en la materia (Nallino, 2006), se formula la siguiente hipótesis: *La institucionalización del proceso de agencialización en la Provincia de Córdoba a partir del año 1999 se manifiesta a través de relaciones intersectoriales e intergubernamentales de carácter jerárquico y centralista y limitada a una participación simbólica y procedimental de los actores, a la vez que proclive a la informalidad.*

Un tratamiento adecuado de la cuestión remite a la perspectiva de análisis sugerida desde hace ya algunos años por autores neoinstitucionalistas, en particular la línea de trabajo que proponen Mayntz y Scharpf (1995), denominada “neoinstitucionalismo centrado en actores”. Esta perspectiva, aunque rescata la institucionalidad formal, (enfoque “top down”), se interesa por la efectiva actualización de ésta (enfoque “bottom up”), desde una perspectiva dinámica, donde no sólo cuenta la adopción de la decisión óptima formalizada jurídicamente, sino también la reformulación a la que normalmente está expuesta una política, por la acción u omisión de la “red” o constelación de actores involucrados en ella. Éstos actúan con la habilitación o el constreñimiento de las normas jurídicas y en un contexto socio-político determinado, según una orientación a la acción (nivel cognitivo: diagnóstico de la situación y nivel motivacional: intereses y va-

lores) y también según una orientación de intereses consecuente (hostil/altruista, conflictiva /cooperativa).

Presentación del caso seleccionado: la agencialización en las áreas de turismo y ciencia

A continuación expondremos resultados de la primera etapa de investigación del proceso de agencialización en la Provincia de Córdoba, circunscribiéndonos a las agencias de las áreas de turismo y ciencia² como exponentes de dos modelos institucionales de agencias, sociedad de economía mixta la primera y sociedad del Estado la segunda y a la exposición de la orientación de interacción de los actores exclusivamente.

La red de turismo

Diseño institucional y características de las relaciones. Orientación de interacción

En la red de turismo es posible apreciar la formación de tres subconjuntos de actores, diferenciados por su situación institucional y en un sentido coherente con esta distinción, por las características de sus relaciones.

Desde el punto de vista institucional, el primer grupo³ está integrado por aquellos actores que participan de modo directo o inmediato en el Directorio de la sociedad dado que revisten la condición de directores.

El segundo grupo⁴ lo conforman actores cuya participación en el Directorio de la sociedad es indirecta. Se trata de un grupo de entidades afines (asociaciones hoteleras y gastronómicas) representadas indirectamente en el Directorio por una de ellas, que es elegida a tales efectos mediante acuerdo.

El tercer grupo⁵ está constituido, de modo casi general, por actores que carecen de participación (directa o indirecta) en el Directorio de la so-

² Los datos y conclusiones aquí vertidos corresponden al relevamiento de datos mediante entrevistas semiestructuradas a los actores de las redes de turismo y ciencia, efectuado en el año 2004. Actualmente se encuentra en curso un nuevo relevamiento.

³ Asociación de Agentes de Viajes, Cámara de Turismo de la Provincia de Córdoba, Asociación Empresaria Hotelera y Gastronómica de Villa Carlos Paz.

⁴ Asociaciones Empresarias Hoteleras y Gastronómicas de Córdoba, de Calamuchita y Río Cuarto.

⁵ Asociación Empresaria Hotelera y Gastronómica de La Falda (aun cuando institucionalmente es representada por su par de Villa Carlos Paz), Centro de Comercio y Turismo de Mina Clavero, Centro Comercial Industrial y Turístico de Río Ceballos, Centro Comercial y Turístico de la Cumbre y Cámara de Turismo de Embalse.

ciudad. La excepción la constituye una asociación hotelera y gastronómica que, pese a contar con participación indirecta (como las otras asociaciones hoteleras), describe sus relaciones de modo coincidente con aquellos que carecen de participación. Una explicación plausible de este corrimiento del patrón institucional puede ser la discrepancia de intereses existente entre la entidad que es representada y aquella que ejerce la representación⁶.

Las diferencias entre los grupos en la orientación de interacción, de modo coherente con la situación institucional de los mismos, es difusa entre los dos primeros y se acentúa entre estos dos y el tercero.

La Tabla N° 1 muestra las características que asumen las relaciones según la situación institucional de los actores de los tres grupos.

Tabla N° 1 *Características de las relaciones discriminadas por grupos y situación institucional*

Grupo	Primero	Segundo	Tercero
Característica Institucional	Participación directa en el Directorio	Participación indirecta en el Directorio	Sin participación en el Directorio
Características de las relaciones	Bidireccional Frecuencia de contacto alta Horizonte temporal: largo plazo Formal Continua Cooperativa Horizontal Sustantiva	Bidireccional Frecuencia de contacto alta Horizonte temporal: largo plazo Formal Continua Cooperativa Jerárquica Sustantiva	Iniciativa de la Agencia Frecuencia de contacto baja a nula Horizonte temporal: corto plazo Formal- Informal Accidental Cooperativa-Conflicta Jerárquica Procedimental

Entre los actores del primer y segundo grupo, diferenciados institucionalmente por su participación directa o indirecta en el Directorio de la sociedad, se aprecia una importante coincidencia en las características que asumen para ellos las relaciones. Ambos grupos señalan que las relaciones son bidireccionales, formales, cooperativas y sustantivas; los contactos son frecuentes y continuos y el horizonte temporal es el largo plazo. Estas coincidencias pueden explicarse a partir de la condición de miembros del Directorio, común a los dos grupos, bajo condiciones de hecho que hacen que las decisiones importantes pasen por el Directorio —si es que no pasan por la Secretaría General de la Gobernación— antes que por

⁶ En efecto, al ser consultado el actor del tercer grupo representado indirectamente en el Directorio de la Sociedad, expresa: SP06 “Se ha beneficiado permanentemente a Carlos Paz como destino turístico en Córdoba, casi con exclusividad. No se a qué se debe, pero a nosotros nos perjudican, a pesar de ser el segundo destino turístico de la Provincia”.

la Asamblea de la sociedad. La única diferencia observada entre estos dos grupos, es decir, el carácter horizontal que tienen las relaciones para el primer grupo, mientras que jerárquico para el segundo, se asocia a su vez con la situación institucional diferenciada de los mismos, ya que los primeros tienen una participación directa y los segundos indirecta. Esto nos permite sostener que en la medida que los actores según su dotación de recursos institucionales se acercan o distancian del centro de toma de decisiones, su percepción de las relaciones varía, de modo que son horizontales para aquellos más inmediatos y jerárquica para aquellos situados en la periferia de la red.

De manera congruente con esta interpretación, los actores del segundo y tercer grupo describen sus relaciones con la agencia como jerárquica o vertical. La excepción la constituye una entidad del segundo grupo (una asociación hotelera) que manifiesta que para ella las relaciones son horizontales⁷, aun cuando su participación es indirecta. En este caso, el desplazamiento del modelo institucional obedecería a la existencia de mecanismos de articulación de actores del sector público y privado de carácter informal⁸. Tales mecanismos refuerzan la impronta jerárquica de la red, toda vez que los actores del sector privado dependen de los actores del sector público y de los recursos (ajenos a los que provee la agencia) de los que puedan disponer para acceder a ellos. Obsérvese sin embargo, que pese a esta coincidencia entre el segundo y tercer grupo en orden a caracterizar las relaciones como jerárquicas, se diferencian —además de todas las otras diferencias— por el carácter sustantivo que le atribuyen los actores del segundo grupo y por el carácter procedimental que le asignan los del tercero, constatándose así que a mayor marginalidad en la red, mayor es la percepción de las relaciones como puramente procedimentales y simbólicas.

Para el tercer grupo, en marcada diferencia con los otros dos y vinculado al carácter jerárquico y procedimental de su actuación, que prima por sobre una participación sustantiva y efectiva, las relaciones se caracterizan por ser promovidas por la agencia, por un escaso contacto —incluso accidental—, por una proyección en el tiempo limitada al corto plazo y en algunos casos por ser conflictivas e informales.

Para ilustrar lo afirmado se acompaña un registro de enunciados de los actores entrevistados del sector privado (Tabla N° 2).

⁷ Coincide en esto con los actores del primer grupo.

⁸ Para el actor del sector privado reviste importancia, según sus expresiones, el hecho de que el Director por el Sector Público del área de Turismo sea un “*empresario de su misma localidad*” (SP04). Esta circunstancia, a pesar de tener un carácter meramente coyuntural, circunstancial, obra no obstante como un habilitante no institucional de relaciones horizontales.

Tabla N° 2 *Carácter de las relaciones con la agencia en el área de turismo discriminados por grupos de actores del sector privado*

Grupo	Actor	Descriptor	Enunciado
Primero	SP01	Horizontal Sustantiva	<i>"Las agencias han hecho más inmediata la relación, más directa. Ahora somos nosotros quienes desde adentro motorizamos nuestra iniciativa."</i>
		Formal	<i>"Se ha dejado de lado el amiguismo y se ha avanzado en la relación institucional. Antes uno tenía que andar buscando un contacto, una relación que le acercara a quien decidía, era muy difícil llegar a las cabezas del sector."</i>
		Cooperativa	<i>"Hay interés por las propuestas de nuestro sector."</i>
		Horizonte: Largo plazo	<i>"Esto tendría que convertirse en política de Estado, no de un gobierno; sirve si tiene continuidad en el tiempo; si se pretendiera volver atrás el sector privado presionaría muy fuerte."</i>
	SP07	Horizontal/ Sustantiva	<i>"Podemos hacernos escuchar y la mayoría de las veces tomamos las decisiones. Lo importante es participar con voz y voto."</i>
Segundo	SP02	Jerárquica	<i>"La administración la tiene el Estado. El poder lo tienen ellos. Nosotros participamos en sugerir, contribuir con nuestro conocimiento en lo que respecta a nuestra actividad."</i>
	SP03	Jerárquica	<i>"El director del sector público entiende, pero no se si no tiene, no puede o no le permiten tomar decisiones más rápidas."</i>
	SP04	Informal	<i>"Nuestro caso es especial, porque el Director del sector público es de nuestra ciudad."</i>
Tercero	SP06	Jerárquica	<i>"No se toman decisiones, las toma el sector público."</i>
	SP08	Procedimental	<i>"Nunca tomamos una decisión. Damos quórum y votamos lo que está hecho. Fueron los hoteleros un par de veces y era como que no valía la opinión, estaba todo resuelto."</i>
		Informal	<i>"Nos hemos manejado solos. Nos manejamos buscando los canales políticos que podemos, algún legislador, algún intendente. La relación es con turismo del municipio; el secretario de turismo convive con nosotros en el pueblo. A través de la Secretaría de Turismo de acá hemos conseguido algunas cosas en Córdoba; el intendente es peronista."</i>
	SP09	Procedimental	<i>"Nos llaman para las Asambleas, nos piden que llevemos los sellos. Estamos de figurita."</i>
		Jerárquica	<i>"Nos llevan como chicos al colegio de la manito."</i>
	SP10	Informal	<i>"Hemos vuelto a la época donde si tenía la tarjeta del director de turismo lo llamabas por teléfono y eso no sirve."</i>
SP11	Jerárquica	<i>"Hay una participación del sector privado, pero las decisiones las toma el sector público."</i>	

Referencia: SP: Sector Privado

La red de ciencia

Diseño institucional y características de las relaciones. Orientación de interacción

En el área de ciencia el diseño institucional propone la articulación del sector público y el sector privado a través de un Consejo Asesor Empresario en el seno de la Agencia Sociedad del Estado. Forman parte del Consejo Asesor Empresario veintidós⁹ entidades representativas del ámbito empresario, industrial, agropecuario y de servicios por el sector privado¹⁰ y el Ministerio de la Producción, por el sector público.

La dimensión privados-privados pone en relación a actores con intereses potencial o efectivamente en conflicto. En algunos casos puede tratarse de una diferencia intersectorial, como por ejemplo agro e industria, o bien tratarse de una diferencia intrasectorial, en tanto involucra a actores de un mismo sector, pero de diferentes eslabones en una cadena de producción. Sin embargo, no es la potencial conflictividad privados-privados la que se manifiesta como el principal obstáculo para la concreción de la red de actores del sector privado y público en el área de ciencia, sino que obstaría la activación de la red en sentido horizontal y cooperativo, razones asociadas por una parte a la dimensión institucional y por la otra, a la orientación de interacción.

Corroborar lo señalado en primer término la existencia de un importante entramado de relaciones de actores del sector privado, más allá del espacio institucional que proporciona la agencia. Más de la mitad de los actores (asociaciones, cámaras) que forman parte de la agencia, integran la Unión Industrial de Córdoba y mantienen relaciones recíprocas en torno a temas que son de interés común. A su vez, la Unión Industrial se articula en la Agencia para el Desarrollo Económico de Córdoba (ADEC) con

⁹ Recuérdese que son veintidós los actores que integran el Consejo Asesor Empresario por el sector privado, a los que se suman como integrantes de la red de ciencia otras tres entidades del sector privado mencionadas e incorporadas por el criterio reputacional.

¹⁰ Cámara del Plástico, Asociación Frigorífica e Industria de la Carne, Cámara de la Madera, Cámara Empresaria Minera de Córdoba, Cámara de Industria del Calzado de Córdoba, Cámara de Cerámica Roja, Cámara de Productores de Cemento Pórtland, Asociación de Productores de la Industria Láctea, Cámara Industrial Premoldeado de Cemento Pórtland, Cámara de Artes Gráficas de Córdoba, Sociedad Rural, Bolsa de Comercio, Cámara de Industriales Metalúrgicos, Asociación Industrial de la Alimentación de Córdoba, Cámara de la Construcción, Fundación para la Incubación de Empresas, Fundación de Empresas, Asamblea de Pequeños y Medianos Empresarios, Federación Agraria Argentina Delegación Córdoba, Asociación de Empresarios de la Región Centro Argentino, Parque Industrial Río Cuarto, Centro Industrial y de la Propiedad (Ciudad de San Francisco), Ministerio de la Producción (por el sector público)

otros integrantes del Consejo Asesor Empresarial. Asimismo, hay actores del Consejo Asesor Empresarial que dan cuenta de su vinculación y relación con otros actores del sector privado en una organización no formal¹¹.

Las razones asociadas al diseño institucional dan cuenta de las limitaciones del modelo adoptado para la constitución de la red por cuanto el mismo no ofrece a los actores del sector privado los incentivos adecuados para instar su participación con vistas a realizar los objetivos de coordinación horizontal y cooperativa entre actores del sector público y del sector privado y de estos entre sí. El Gobierno al hacer al sector público el depositario exclusivo del poder de decisión a través de los órganos societarios, no obedeció sino a la exigencia política de preservar ante la ciudadanía la imagen de control del Estado sobre un área que la sociedad percibe como inerme frente al accionar del sector privado. Con ello el Gobierno preservó su legitimidad, pero despojó de atractivo a la red que pretendía impulsar.

El Consejo Asesor Empresarial forma parte de una Sociedad del Estado y en el seno de ella no es sino un órgano asesor. De este modo, la participación del sector privado en la agencia debe desarrollarse en el marco de un órgano de carácter consultivo, provisto del poder de expresar opinión, pero desprovisto del poder de tomar decisiones obligatorias, ya que por imperio del régimen institucional adoptado, el sector privado no tiene acceso a los órganos de gobierno, administración y control de la sociedad (Asamblea, Directorio, Sindicatura), reservados a los representantes del sector público. La sola posibilidad de expresar opinión no satisface las expectativas de actores que aspiran a contar con la disponibilidad de recursos institucionales aptos para materializar de modo concreto, a través de la formulación e implementación de políticas públicas, sus valores e intereses.

Sin embargo, se cometería un error de juicio si se pensara que sólo se trata del problema de la cantidad de poder de decisión a conferir al sector privado, con vistas a incentivar su participación; cuando lo real es que la posibilidad de participar no se actualiza por la ausencia de contenido sustantivo.

Congruente con esta dimensión la orientación de interacción muestra que la iniciativa de la relación corresponde generalmente a la agencia, la frecuencia de contacto es baja¹² y el horizonte temporal es el corto plazo. Las relaciones se caracterizan, asimismo, por ser formales, procedimentales, accidentales y verticales.

¹¹ Integran esta organización: Cámara de Industriales Metalúrgicos, Cartez, Cámara Inmobiliaria, Cámara de Supermercadistas, Unión Industrial de Córdoba, Asociación de Industrias de la Alimentación de Córdoba, Cámara de Comercio, Cámara de Comercio Exterior, Cámara de Expendedores de Combustible.

¹² De modo general los actores que integran el Consejo manifiestan no haber participado más que de una o dos reuniones en un término de cuatro años, que media desde la creación del Consejo hasta la fecha de realización de las entrevistas.

Es de destacar que ninguno de los actores califica las relaciones como conflictivas, a pesar de asumir una forma poco apta para constituir un entramado de relaciones orientado a la coordinación horizontal. El vacío en el dominio de políticas (*policy domainis*) constituiría una explicación plausible de la percepción de ausencia de conflicto.

La Tabla N° 3 expone algunos de los enunciados que ilustran las características mencionadas.

Tabla N° 3 *Características de las relaciones con la agencia en el área de ciencia*

Actor	Descriptor	Enunciado
SP20	Unilateral	<i>“Nuestra entidad no tiene posición tomada acerca de participar en la agencia Ciencia. No es motivo de una discusión entre nosotros. La agencia nos informa por mail algunas actividades que hace.”</i>
SP21	Jerárquica	<i>“Si bien es una estructura independiente hay una especie de cordón umbilical con el poder político gobernante. Hacemos tal cosa si el gobierno o la Señora está de acuerdo. Hay un poder de veto implícito. No hay independencia. Si pierde el justicialismo se descabeza todo y eso significa un parate de seis meses como mínimo.”</i>
SP25	Formal/ Procedimental	<i>“Nuestra Cámara fue nominada para integrar el Consejo Asesor de Ciencia, pero luego nunca nos llamaron.”</i>
SP26	Jerárquica	<i>“No tuvimos nunca una relación directa con la agencia, de haber recibido una idea o haber hecho una propuesta. Nos dirigimos al Ministerio de Producción. Se cae todo en la Secretaría General.”</i>
SP32	Jerárquica	<i>“No hay independencia en cuanto a las decisiones y definición de las políticas. No te invitan a participar de las verdaderas decisiones, del diseño de una política de Estado.”</i>
	Formal Procedimental	<i>“Una cosa es que te pongan como relleno y otra cosa es que tengas injerencia en las decisiones. Si se es espectador, se es nada. Se está para la foto.”</i>
SP33	Formal	<i>“Figuramos porque somos parte de la Unión Industrial de Córdoba. No fuimos invitados de modo particular.”</i>
SP34	Procedimental	<i>“Fuimos nominados para estar porque formamos parte del protocolo de la Provincia.”</i>
SP37	Informal	<i>“Uno no tendría que manejarse viendo a quien conoce para pedirle algo.”</i>
	Jerárquica	<i>“Me molestó la dependencia de la Secretaría General. Responde a esquemas personalistas. En este caso tenemos una conducción dual de un matrimonio.”</i>

Referencia:

SP: Sector Privado

Se destaca la configuración jerárquica de la estatalidad que manifiesta la agencia en la red del proceso de política a nivel del Consejo Asesor Empresarial, favorecida por el diseño institucional del Consejo como órgano meramente consultivo.

Sin embargo, su fuerte componente jerárquico no logra articular efectivamente a los actores del sector público con los del sector privado, así como a estos entre sí, en torno a políticas del área científica y tecnológica. La iniciativa dominante de la agencia para establecer relaciones, la baja frecuencia de estas, su horizonte temporal limitado, su discontinuidad y verticalidad, son todas características expresamente atribuidas por los actores privados a las relaciones de la red que indican su déficit de integración.

Pero la impronta jerárquica y centralista de la estatalidad —ya conjeturada al comienzo del presente estudio— se asocia asimismo con prácticas políticas personalistas de construcción de poder político que socavan la institucionalidad formal. Obsérvese que a tenor de los enunciados transcritos, la conducción del proceso de política pública se desplaza desde las instancias previstas (la propia agencia y, en su caso, el Ministerio de la Producción como nivel político-administrativo supraordenado en esa etapa), hacia la Secretaría General de la Gobernación.

Finalmente merece resaltarse la característica fuertemente procedimental y simbólica, que asumen las relaciones con el sector público¹³.

Reflexión Final

En su espíritu y en su letra, la agencialización debía significar un estímulo para la interacción entre los actores del sector público y del sector privado y promover la horizontalización del proceso de formulación e implementación de políticas públicas.

Sin embargo la lectura del proceso de institucionalización de las agencias revela, en sentido contrario al de la previsión del diseño institucional, la configuración jerárquica de las redes. Y esto por varias razones. Fundamentalmente porque la creación, fusión, escisión, disolución y liquidación de las agencias es formal y materialmente una iniciativa y producto del Poder Ejecutivo.

Su protagonismo se materializa en la definición del diseño institucional y de los actores llamados a formar parte de las redes.

El diseño institucional de las agencias, en concordancia con las prescripciones doctrinarias de los modelos de coordinación social y de gestión de

¹³ El enunciado *“Estamos porque formamos parte de la lista de protocolo del Gobierno”* de uno de los entrevistados, resume son singular vigor expresivo esta situación.

políticas públicas en los que se inspira, privilegia la adopción de formas jurídicas propias del derecho privado antes que figuras de derecho público y establece en consecuencia, genéricamente como mecanismo de articulación de actores del sector público y privado la figura jurídica de la sociedad comercial y específicamente, la sociedad de economía mixta y la sociedad del Estado.

Las razones por las cuales se opta en algunos casos por la sociedad de economía mixta y en otros por la sociedad del Estado, no son estrictamente cuestiones de racionalidad jurídica, económica o administrativa, sino que responden a consideraciones de índole política.

Se advierte entonces, que si bien incentivos institucionales diferenciados (para lo cual en el caso aparecen formas jurídicas distintas —sociedad de economía mixta y sociedad del Estado—), tienen también diferente capacidad para estimular la participación, en último término todos pueden resultar neutralizados y concluir en intervenciones meramente procedimentales, que no avanzan sobre el fondo de las políticas, de la mano de actitudes y estilos políticos centralistas y jerárquicos. Simultáneamente, junto con la debilidad de la articulación objetiva e impersonal (como socio de la sociedad o miembro de consejo asesor consultivo), tienden a desarrollarse formas clientelares de relación, cuando se dispone de medios de acceso y contacto más eficaces (tal la relación con actores del sector público con los que se comparte la identidad político partidaria) que los canales formalmente previstos. Estas prácticas, si bien a nivel concreto suelen proveer una respuesta que satisface a los involucrados, a nivel del sistema político tienen por efecto promover el fenómeno de personalización del poder, con la correlativa reformulación de la institucionalidad formal.

En cuanto a la selección de los actores convocados a incorporarse a las redes, el proceso se lleva adelante sin que se haga explícito el criterio de incorporación y, consecuentemente, se justifique la inclusión de unos y la exclusión de otros.

En ausencia de un criterio objetivo y frente a la evidencia empírica, se puede sostener que la decisión política de inclusión selectiva de actores no ha intentado quebrar la estructura de poder preexistente por cuanto, en primer lugar, ha preferido a los actores con mayor poder social y en segundo lugar, a través del diseño institucional, ha concretado una distribución desigual de recursos que reproduce las asimetrías de poder preexistentes.

El protagonismo del Poder Ejecutivo no se circunscribe por cierto a la creación sino que dicho protagonismo se proyecta a lo largo del funcionamiento de las agencias.

De acuerdo a la manera en que el proceso se ha desarrollado, se le puede caracterizar como un proceso con un nítido carácter jerárquico, atravesado por el oportunismo político.

Resulta de tal suerte comprometido el racional normativo que preside el emprendimiento bajo examen: la horizontalización de las relaciones entre el Estado y la sociedad civil, en una combinación virtuosa de eficiencia y participación.

No sólo se obvió la participación de los actores con involucramiento directo —relegando con ello la pretendida horizontalización y consecuente eficiencia incrementada—, sino que también la preocupación por el éxito en la lucha por el poder generó oportunismo.

Es indudable entonces que no se han institucionalizado redes cooperativas horizontales, pero cabe preguntarse si, no obstante, no se han institucionalizado redes, aunque jerárquicas.

La permanencia de los actores, esto es, la continuidad de la aquiescencia a una participación que en la mayoría de los casos no es sino una mera presencia formal, permite una conclusión en sentido afirmativo. La razón es que, si bien no se materializa la articulación cooperativa y horizontal entre los actores del sector público y privado, sí se generan oportunidades para los participantes, las que no son desestimadas por los actores del sector privado aunque los incentivos selectivos para ello sean imprecisos y de concreción incierta.

En vez de redes horizontales y cooperativas, se han desarrollado redes jerárquicas, expectantes y oportunistas.

Finalmente, hay que recordar que en sociedades civiles débiles resulta dificultosa la formación de redes horizontales. Cuando los actores del sector privado evidencian escasa capacidad de auto coordinación y negociación, el Estado frecuentemente reivindica para sí este papel, como ha sucedido en el caso materia del presente estudio.

La debilidad de la sociedad civil incrementa también los riesgos que de por sí acechan al modelo de coordinación social y de gestión de políticas públicas a través de redes público-privadas. Tales riesgos pueden ensombrecer las bondades de estas redes desde el punto de vista del ideal democrático de la participación de todos los ciudadanos. Por una parte, aunque tenue, se dibuja una tendencia denunciada por algunos actores del área de turismo, a la captura de las redes, es decir, a la apropiación privada de los beneficios de las mismas.

Por la otra, es posible que la adopción de un criterio restrictivo de inclusión (agravado en el caso bajo examen por la ausencia de un criterio formal y público de selección) termine configurando un mecanismo de discriminación elitista, incompatible con sociedades pluralistas y democráticas.

Por ello, hay ausencias que debieran ser revisadas: en nuestro caso entre los ausentes se cuentan las organizaciones representativas de

los trabajadores, las entidades académicas (universidades, institutos) y los gobiernos locales, entre otros. Son ellos interlocutores válidos, desde el punto de vista normativo, y necesarios, desde el punto de vista pragmático, puesto que ignorarlos puede pagarse con el precio del fracaso. Y estos no son tiempos que consientan el fracaso. Estamos urgidos de políticas que satisfagan el triple objetivo de la gobernabilidad democrática, el desarrollo productivo y la equidad distributiva.

Para concluir, resulta significativo destacar que el análisis realizado de los procesos de articulación de actores y de sedimentación de una nueva institucionalidad, han mostrado claramente la potencialidad del estudio de caso en el análisis de políticas públicas para acceder a problemáticas teóricas más abstractas, cuales son las de la definición de la agenda de políticas públicas y de la relación Estado-sociedad.

No nos propusimos en este trabajo abordar tales problemas. Sin embargo, el estudio de la política de agencialización en la Provincia de Córdoba (República Argentina) provee información no desdeñable sobre los mismos y que puede servir de aporte a futuras investigaciones. En tal sentido, particular interés presentan los datos aquí advertidos sobre la relación jerárquica Estado-sociedad, la debilidad de la sociedad civil —al menos en las áreas de actividades estudiadas—, el papel que el Estado juega en la reproducción del poder social cuando adopta criterios selectivos para la asignación de incentivos institucionales, la inestabilidad institucional que genera y es generada por el oportunismo político y las condiciones y estrategias mediante las cuales ciertos actores sociales y políticos instalan y activan ciertas cuestiones como prioritarias en la agenda de políticas públicas.

Bibliografía

AGUILAR VILLANUEVA, LUIS, 1999, "Coordinación social y administración pública" en *Reforma del Estado y coordinación social*, Editorial Plaza y Valdés, México.

ALVAREZ DÍAZ, ANGEL, 1992, *Análisis de políticas públicas*, mimeo, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), Caracas, Venezuela. .

AYALA ESPINO, JOSÉ, 1996, *Mercado, Elección pública e Instituciones. Una revisión de las teorías modernas del Estado*. Editorial Porrúa, UNAM, México.

BARBARÁ, J. y NALLINO, M., 1996, "El Estado post privatizado: De la decisión general a la decisión especializada", en *Diario La Ley*, 25 de Abril de 1996, Buenos Aires, Argentina.

BRESSER PEREYRA, LUIS, 1997, "Una reforma gerencial de la administración pública en Brasil", en *Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) Reforma y Democracia*, N° 9, Caracas, Venezuela.

CINGOLANI, MÓNICA, 2006, “Descentralización y relaciones intergubernamentales”, en *Gobiernos bajo presión. Relaciones intergubernamentales y reforma del Estado. El caso Córdoba*. Editado por Universidad católica de Córdoba

CROZIER, MICHEL, 1997, “La transición del paradigma burocrático a una cultura de gestión pública”, en *Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) Reforma y Democracia*, N°7, Caracas, Venezuela.

DÍAZ DE LANDA, MARTHA, 2005, “El derecho como instrumento de innovación institucional y transformación socio — territorial: Regionalización y gobiernos locales”; en *VI Congreso Nacional de Sociología Jurídica*. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 17 — 19 de Noviembre.

DÍAZ DE LANDA, MARTHA y PARMIGIANI, MYRIAM, 1996, *En lo pequeño y en lo pobre ... ¿qué pasa con la salud?. Un estudio sobre descentralización de salud en comunas de la Provincia de Córdoba*. Alveroni Ediciones, Córdoba.

1997, “Redes de influencia política, poder y desarrollo local”, en *Hacia un nuevo modelo de gestión local. Municipio y sociedad civil en Argentina*. Editado por FLACSO, Buenos Aires, Argentina.

2004, “Cooperación intermunicipal inducida para el desarrollo regional — local: el Pacto de saneamiento Fiscal en la Provincia de Córdoba”, en *Anuario VI del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba*.

ECHEVARRÍA, K. y MENDOZA X, 1999, “La especificidad de la Gestión Pública: El concepto de management público”, en *¿De burócratas a gerentes? Las ciencias de la gestión aplicadas a la administración del Estado*, Carlos Losada i Marrodán Editor, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C.

ECHEVARRÍA ARIZNABARRETA, K., 2000, “Reivindicación de la reforma administrativa: significado y modelos conceptuales”, en *Documentos del V Congreso del CLAD*, Santo Domingo, República Dominicana, [<http://www.clad.org.ve/anales5.html>]

GARCÍA DELAGADO, DANIEL, 1998, *Estado —nación y globalización. Fortalezas y debilidades en el umbral del tercer milenio*. Editorial Ariel

JORDANA, CASAJUANA , 2002, *Relaciones intergubernamentales y descentralización en América Latina —Casos de Argentina y Bolivia*” BID -UE - Serie Documentos de Trabajo. Washington.

LECHNER, NORBERT, 1997, “Tres formas de coordinación social”, en *Revista de la CEPAL* N° 61.

LINDBLOM, CHARLES, 1991, *El proceso de elaboración de las políticas públicas*. Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, España.

MARTÍNEZ NOGUEIRA, R., 2000, “La gestión pública: del diálogo crítico a la evaluación de la diversidad”, en *Revista Política y Gestión* N° 1, Noviembre, Homo Sapiens Ediciones.

MAYNTZ, RENATE, 1993, "Policy —Netzwerke und die Logia von Verhandlungssystemen" en *Sonderheft*, 21 Opladen, WVG

2000, "Nuevos desafíos de la teoría de la governance", en *Instituciones y desarrollo. Desarrollo institucional para una gobernabilidad democrática*, Instituto Internacional de Gobernabilidad.

[<http://www.iigov.org/revista/re07/mayntz.htm>], página consultada:1/3/2002.

2001, "El Estado y la sociedad civil en la gobernanza moderna", en *Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) Reforma y Democracia* N° 21, Caracas, Venezuela.

MAYNTZ, R. y SHARPE, F., 1995, "Der Ansatz des akteurzentrierten Institutionalismus", en *Gesellschaftliche Selbstregelung und politische Steuerung*, Frankfurt a.M/New York: Campus.

MÉNDEZ, JOSÉ, 1999, "¿Vieja o nueva administración pública? Una propuesta ante los dilemas de la modernización administrativa", en *Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) Reforma y Democracia* N°13, Caracas, Venezuela.

MESSNER, DIRK, 1999, "Del Estado céntrico a la sociedad de redes. Nuevas exigencias de la coordinación social", en *Reforma del Estado y coordinación social*, Editorial Plaza y Valdés, México.

MOLS, MANFRED, 1987, *La democracia en América Latina*, Editorial Alfa, España.

NALLINO, MARÍA ALEJANDRA, 2006, La articulación del sector público y del sector privado en la Reforma del Estado. El caso de las agencias en las áreas de turismo, deporte y ciencia en la Provincia de Córdoba. Tesis de Maestría, Universidad Nacional de Córdoba - Mimeo.

2007, La política de agencialización en el marco de la reforma del Estado en la Provincia de Córdoba. En *Anuario X del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba*.

O'DONNELL, GUILLERMO, 2000, "Estado, democratización y ciudadanía", en *Revista Nueva Sociedad*, N° 128, Noviembre - Diciembre, Caracas, Venezuela.

OSZLAK, OSCAR, 1997, "Estado y sociedad: ¿Nuevas reglas de juego?", en *Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) Reforma y Democracia* N° 9, Caracas, Venezuela.

PARMIGIANI DE BARBARÁ, M., 2005a, "Notas para el estudio de las relaciones intergubernamentales, con particular referencia a la República Argentina", en *Anuario VIII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba*.

2005b, "Aspectos jurídicos y políticos de la institucionalización de modelos innovadores de asociativismo municipal: una reflexión a partir de experiencias en Argentina", en *X Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Santiago de Chile, 18 - 21 de Octubre 2005. www.clad.org.ve

2006, "La (re)significación de la autonomía local en el marco de la construcción de las relaciones intergubernamentales bajo formas regionales", en *XI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Ciudad de Guatemala, 7-10 de Noviembre de 2006. www.clad.org.ve

PARRI, L., 1990, "Territorial politics and political exchange: American federalism and French unitarism reconsidered", en Marin, B. (Ed.) *Generalized Political Exchange*. Westview Press, Boulder, Colorado.

PETERS, GUY, 1999, *La política de la burocracia*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México.

2003a, *El nuevo institucionalismo. Teoría institucional en Ciencia Política*, Gedisa Editorial, Barcelona, España.

2003b, "La capacidad para gobernar: ¿retrocediendo hacia el centro", en *Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) Reforma y Democracia* N° 27, Caracas, Venezuela.

2005, "Concept and theories of horizontal policy management", en *X Congreso Internacional del CLA sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública*, Santiago, Chile. www.clad.org.ve

PRATS I CATALÁ, JOAN, 2001, "La rehabilitación del Estado en la teoría y la práctica del desarrollo. Planteamientos neoinstitucionales", en *Instituto Internacional de Gobernabilidad, Biblioteca de Ideas, Colección de documentos*, [<http://www.iigov.pnud/bibliote/documentos/taller/docu3>], consulta 21/3/2001.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 2002, *Diccionario de la Lengua Española*, Argentina.

RESTREPO, DARÍO, 2003, "Las prácticas participativas: entre la socialización y la privatización de las políticas públicas", en *Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) Reforma y Democracia* N° 25, Caracas, Venezuela.

SCHARPF, FRITZ, 1993, "Positive und negative Koodination in Verhandlungssystemen", en *Sonderheft 24*, Opladen, WVG.

1997, *Games real Actors Play/Actor-Centered Institutionalism in Policy Reserch*, Wetview Press, US/UK.

SHEPHERD, GEOFFREY, 1999, "Administración pública en América Latina y el Caribe: En busca de un paradigma de reforma", en *¿De burócratas a gerentes? Las ciencias de la gestión aplicadas a la administración del Estado*, Carlos Losada i Marrodán Editor, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C.

SULBRANDT, J. LIRA, R. et al., 2001, "Redes interorganizacionales en la administración pública", en *Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) Reforma y Democracia* N°21, Caracas, Venezuela.

WEBER, MAX, 1996, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México.

WRIGHT, DEIL, 1997, *Para entender las relaciones intergubernamentales*. Editorial Fondo de Cultura Económica, México.

ZLATA DRNAS DE CLEMENT, 2000, *Ordenamiento Legal en materia ambiental en la Provincia de Córdoba (Provincial- Municipal)*. Marcos Lerner Editora Córdoba.

ZURBRIGGEN, CRISTINA, 2004, "Redes, actores e instituciones", en Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) Reforma y Democracia N° 30, Caracas, Venezuela.



LA PROBLEMÁTICA DE LA CALIDAD INSTITUCIONAL DE LAS ARTICULACIONES INTERMUNICIPALES EN ARGENTINA

*Myriam Consuelo Parmigiani de Barbará*¹

Resumen: El artículo presenta un panorama de las articulaciones intermunicipales en Argentina, a fin de evaluar la calidad lograda por las mismas. Luego de precisar el sentido y alcance de la expresión “calidad institucional”, se describe el contexto de las articulaciones y se las analiza desde dos dimensiones: la de las reglas y la de los actores de la acción colectiva. Las conclusiones registran las fortalezas y debilidades más significativas encontradas.

Palabras claves: articulación intermunicipal - regionalización subnacional - calidad institucional

Introducción

La cuestión de la calidad de las instituciones gubernamentales en todos sus niveles y funciones, ha constituido una preocupación constante de académicos y organismos técnicos desde hace holgadamente más de una década.

Las diversas propuestas —no necesariamente coincidentes— se han materializado con fortuna diversa en la praxis política, integrando en su último tramo una aún incompleta y vacilante “segunda generación” de reformas del Estado. Se trata de procesos de políticas públicas de innovación institucional, que apuntan fundamentalmente a fortalecer al Estado a través del mejoramiento de sus “capacidades”.

En el marco de dichos procesos innovadores, este artículo se interroga sobre la calidad lograda por las articulaciones intermunicipales en Argentina, iniciativas incluidas en la agenda de reformas a nivel de los gobiernos locales de modo paralelo a la continuidad de procesos descentralizadores y a las preocupaciones por una efectiva autonomía municipal y una mayor participación política y social.

¹ Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Titular Ordinaria de Derecho Político y Docente-Investigadora Categoría I- Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación. Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Ciertamente, deberán tenerse presente las dificultades para responder al interrogante aquí planteado, derivadas en primer lugar de la naturaleza misma de las relaciones intergubernamentales: como reconoce la doctrina, la diversidad de situaciones de coordinación posibles en materia de relaciones intergubernamentales se resiste a diseños estandarizados y ello se torna aún más evidente cuando se trata de relaciones de coordinación negociada o autocoordinación en la cual los arreglos institucionales se flexibilizan para el logro del acuerdo conjunto cooperativo.

A la característica indicada se agrega la carencia de trabajos sistematizadores integrales de las experiencias de nuestro país —situación que con las lógicas variabilidades se reitera a nivel internacional—, lo que reduce la información disponible². Se toma como base del presente trabajo la descripción de las relaciones intergubernamentales realizada por la literatura argentina especializada³, junto a los resultados de investigaciones propias⁴ y otras fuentes secundarias⁵. En este material predomina la información sobre los emprendimientos de las provincias de Buenos Aires y Córdoba, explicable entre otras razones porque ellas se ubican en la zona del país de mayor activación de las relaciones intermunicipales y, además, han adquirido una mayor visibilidad por la participación de los líderes locales en foros de difusión, así como por la atención prestada por los estudiosos de la temática. Se excluye la consideración de las relaciones propias de las áreas metropolitanas atento la especificidad que poseen.

¿De qué se habla cuando se alude a “calidad institucional”?

Como lo expresáramos en un trabajo anterior (Parmigiani de Barbará, 2003), para una visión suficientemente compresiva de los procesos reales conviene adoptar un concepto amplio de institución, como el for-

² Sobre éste, entre otros aspectos, se espera obtener un caudal relevante de datos de los resultados del Proyecto Internacional en Red (quince universidades) cofinanciado con la Agencia Española de Cooperación Internacional, denominado “Nueva gobernanza local en Iberoamérica en perspectiva comparada: sistemas de gobierno local y estrategias municipales” 2008/2010; en el mismo participa la autora, junto a otros académicos latinoamericanos y españoles.

³ Entre otros, particularmente Barrera Buteler, 2007; Cravacuore, 2007; Diaz de Landa, 2007; Cingolani, 2001; Tecco C. y Bressan J., 2000.

⁴ Proyecto “Incentivos y conflictos para la regionalización de políticas locales” (direc. M. C. Parmigiani de Barbará y co-direc. M. Diaz de Landa, con subs. SeCyT UNC, 2001/03); “Los municipios entre la fragmentación y la regionalización frente a la modernización del Estado provincial y la necesidad del desarrollo sustentable” (direc. M. Diaz de Landa y co-direc. M. C. Parmigiani de Barbará, con subs. Agencia Córdoba Ciencia S.E., 2001/04); “La nueva política de regionalización en la Provincia de Córdoba: consensos y disensos en torno a la validez jurídica y viabilidad política de la ley nº 9206/04” (direc. Parmigiani de Barbará, M.C. y co-direc. Diaz de Landa, M.; con subs. SeCyT UNC 2005/07).

⁵ Legislación, documentos oficiales y reportes periodísticos.

mulado por Hall (1986:19): “Las instituciones son las reglas formales, los procedimientos de acuerdo (*compliance*) y las prácticas standard operantes que estructuran la relación entre individuos en diversas unidades de la comunidad política y económica”.

Con relación ahora a la denominada “calidad institucional”, si bien en la literatura especializada y en los documentos oficiales preocupados por los temas del cambio, persistencia y evaluación de las instituciones, se encuentra en la actualidad una recurrente referencia a la misma, no ocurre igual en cuanto a dar su concepto. No asumiremos aquí esa tarea, pero sí la de puntualizar algunos acuerdos tácitos que subyacen a su uso y proponer las dimensiones a nuestro juicio fértiles para analizar la calidad del fenómeno de las articulaciones intermunicipales.

La expresión calidad institucional lleva ínsita, a nuestro entender, una valorización ética en dos sentidos sucesivos: a) que la existencia de instituciones es importante para la vida social y b) que puede haber buenas o malas instituciones.

Estas afirmaciones no resultan para nada irrelevantes, si se tiene en cuenta la reacción provocada a mediados del siglo pasado en las ciencias sociales por lo que se estimaba un énfasis exagerado en el papel de las estructuras sociales colectivas para modelar la conducta de los individuos, abogando por “devolver su papel al hombre” (Homans, 1964) y superar la “sobresocialización” (Wrong, 1961). No se tratan éstas sólo de posturas teóricas, sino que las mismas conllevan también un desmerecimiento de la previsibilidad y el orden que las instituciones sociales facilitan, frente a la libertad de elección individual y sus potenciales actitudes transformadoras y liberadoras. La “reacción a la reacción” vino de la mano del denominado “nuevo institucionalismo” en sus diversas vertientes, desde fines de la década del 70⁶. Excede la posibilidades del presente artículo avanzar sobre los desarrollos del mismo, de modo que sólo recalcaremos que la recuperación de la dimensión institucional implica hacerse cargo que ella condiciona de modo importante la acción colectiva, aunque no la determina; al condicionar las percepciones, motivaciones y estrategias de los actores que con su actividad van haciendo a las instituciones, reproduciendo o cambiándolas, de tal forma la vida social adquiere un orden y una previsibilidad valiosas para el desarrollo humano, se generan lealtades a ciertas normas (función preceptora de las instituciones que sean eficaces) y se evita el oportunismo. Por cierto, ya las instituciones concretas pueden ser “buenas” o “malas”, conforme a los valores a cuya realización sirven y dependiendo de las concepciones éticas o ideológicas de quien las evalúa.

⁶ Una revisión clara de este proceso en las diversas ciencias, de mano de corrientes distintas e incluso antitéticas, se encuentra en Goodin (2003).

Pero la calidad institucional refiere asimismo a un aspecto técnico, según el cual las instituciones serán buenas o malas según su aptitud para producir la acción colectiva esperada para la obtención de ciertos objetivos —no siempre intencionales y racionalizados, o al menos no totalmente—. Son relevantes desde esta óptica las notas de *eficacia* (con los componentes de adecuación a las necesidades, disponibilidad de recursos y desarrollo de incentivos) y *solidez*. La solidez significa que las instituciones no deben ser rígidas sino tener la capacidad de adaptarse a situaciones nuevas. Dado que el límite de esta adaptación lo marca la pertinencia o ajuste a sus características fundamentales objetivas (y también valorativas), más allá de lo cual no habrá ya adaptación sino cambio, se abre un espacio de indeterminación pues será la controversia política y social la que definirá lo que se considera “adecuado” y “pertinente” (Goodin, 2003).

En síntesis, toda institución tiene una dimensión cultural y una dimensión instrumental o estratégica deliberada⁷; es decir, su emergencia y persistencia (o fracaso) debe ser entendida tanto desde valores y cogniciones histórica y socialmente condicionadas (una suerte de “lógica de lo apropiado” en el lenguaje del neoinstitucionalismo histórico), cuanto desde la aptitud que manifiesta para cumplir con su función o misión proyectada, más o menos detallada o definida (“lógica consecuencialista”). Como dice Offe (2003: 252-253), para probar su calidad las instituciones “.. no sólo deben cumplir una tarea que podemos denominar de “socialización congruente”, sino que también deben *funcionar* adecuadamente”.

Esta naturaleza dual de las instituciones, que relaciona en un todo inescindible las percepciones y motivaciones de los actores con las reglas formales e informales, la agencia humana con la estructuración (en términos de Giddens), la institución con el actor que la actualiza en sus prácticas efectivas, marca la necesidad de analizar dos dimensiones para abordar la calidad de las articulaciones intermunicipales: a) las reglas ya disponibles y las creadas y b) los actores y sus relaciones.

Antes de avanzar sobre dichas dimensiones, conviene desagregar uno de los elementos incorporado más arriba a la nota de eficiencia: el

⁷ Ciertamente, no desconocemos que el cambio social puede darse también por accidente y por evolución. Pero como se advertido en la introducción, el interés del presente texto se focaliza en los procesos de innovación institucional en el contexto de reforma del Estado y en ellos las nociones de intencionalidad, diseño, estrategia, etc. resultan claves. Sólo a manera de ejemplo específico del campo de interés, valga lo expresado por el Banco Mundial, que luego de referirse a que la intervención estatal debe adecuarse a las capacidades existentes para favorecer la gobernabilidad (lo que ya importa acción intencional estratégica), agrega que también es cierto que “la capacidad no es una realidad inmutable. Por eso, el segundo elemento de la estrategia consiste en *augmentar la capacidad del Estado mediante la revitalización de las instituciones públicas*” (Banco Mundial, 1997).

de la *necesidad* de una institución. Su tratamiento diferenciado permitirá advertir mejor, a nuestro entender, la relevancia de la cuestión que nos ocupa.

La necesidad de una institucionalización de la cooperación intermunicipal de calidad

Al igual que en otros países latinoamericanos y aunque con sus naturales características propias —derivadas, entre otros aspectos, de su forma federal de gobierno—, también en la República Argentina tuvo lugar desde fines de los años ochenta y durante los noventa, un importante proceso de descentralización de competencias y funciones hacia los gobiernos locales.

Este proceso se asoció, por una parte, a la restauración del régimen democrático, en tanto el mismo activó electorados locales con demandas sobre las políticas que los afectaran de modo directo y particularizado. Lo acompañó un ideario legitimador de la descentralización que enfatizó la necesidad de una mayor participación del vecino en las cuestiones públicas propias de su localidad. La existencia de poderes políticos relativamente autónomos, que no son responsables frente al gobierno central sino frente a sus electores, fue introduciendo así progresivamente, como en muchos Estados latinoamericanos, una nueva dinámica política con una nueva distribución del poder, más territorializada, que permite hablar ya de la emergencia de un gobierno de niveles múltiples en la región (PNUD, 1997).⁸

Pero concomitantemente con esta asociación entre descentralización y democratización, se daba la urgencia de encarar una reforma del Estado surgida a raíz de la severa crisis fiscal desatada en los ochenta. Si bien la misma fue de alcance mundial, con cambios en los modelos tanto de intervención cuanto de gestión estatal (Bresser Pereira, 1997), estos cambios adquirieron en América Latina particular profundidad y celeridad. Entre

⁸ No está demás advertir que la vinculación estrecha entre los conceptos de descentralización y democratización es frecuente en la literatura con enfoque normativo-político sobre la descentralización, especialmente en los autores latinoamericanos de esas décadas, en el sentido de que al darse una redistribución del poder se estarían ampliando los ámbitos de participación ciudadana lo cual se reflejaría en la constitución de nuevos actores políticos y en una multiplicación de los centros decisorios, así como de las competencias de los mismos. Si bien es cierto que tal vinculación es deseable, resulta difícil determinar en qué medida en la práctica uno implica o es supuesto básico del otro. Aunque sea expectable que en la medida en que los gobiernos centrales/provinciales deleguen y amplíen las facultades decisorias de los niveles regionales/locales, se producirá en la práctica un avance de los procesos democráticos en el ámbito de éstos, evidencias empíricas en las experiencias descentralizadoras pueden relativizar el optimismo institucionalista de que las instituciones normativamente definidas por los reformadores modelen la dinámica política (Putnam, 1993).

otros, "...la descentralización se propuso como una panacea para muchos de los problemas económicos, sociales y políticos de la región. Como dato interesante, ésta fue adoptada como política pública en un número significativo de países. ..." (Grinddle, 2000: 9). Esta "situación de acción" —al decir del neoinstitucionalismo histórico— que fue propicia para el cambio, favoreció a su vez en muchos casos la transferencia impuesta, no consensuada, de la prestación de servicios y ejecución de obras a los niveles inferiores sin prever simultáneamente el financiamiento y los recursos humanos y de gestión necesarios para un desempeño eficiente, solapándose contradictoriamente en un discurso sobre la participación como instrumento para la eficiencia, en razón de la cercanía con las necesidades y el control ciudadano.

Resultó así la situación paradójica de que el empoderamiento jurídico de los gobiernos locales vía descentralización, en lugar de traducirse en una efectiva mayor autonomía política y de gestión, debilitó en muchos casos institucionalmente a los gobiernos locales al exceder sus capacidades reales. A ello hay que agregar que el ensanchamiento de responsabilidades no se ha producido sólo en materia de política sociales, sino que en la era de la globalización se extiende hasta incluir el desarrollo sustentable (que integra el desarrollo económico con la equidad social y el respeto al medio ambiente)⁹. Dado que en sus aspectos económicos el desarrollo se halla cada vez más determinado exógenamente, las capacidades endógenas de iniciativa e innovación están llamadas a ser importantes direccionadoras hacia la equidad social y el respeto al medio ambiente, es decir, hacia el desarrollo sustentable.

Hay dos fenómenos que se entrecruzan e incrementan la necesidad de coordinar entre sí las acciones de los gobiernos locales (municipios y restantes unidades locales de menor población¹⁰); estos fenómenos son la transversalidad de las políticas públicas y el inframunicipalismo.

⁹ En la etapa bienestarista, los niveles subnacionales correspondían a espacios de despliegue de producción, empleo y crédito organizados desde el nivel central. Con la crisis de la matriz estadocéntrica y de la economía fordista, "... las actividades económicas locales dan mayor énfasis a la regeneración económica y a la competitividad. ... Hay un creciente interés en las políticas del mercado de trabajo regional, la educación y el entrenamiento, la transferencia de tecnología, el capital de riesgo local, los centros de innovación, los parques científicos y similares. Esto llevó a que Van Hoogstraten sugiera que el Estado, "aunque maltrecho a nivel nacional debido a su compromiso fordista con el manejo de la crisis, parece resurgido de las cenizas a los niveles regional y local" (Van Hoogstraten, 1983, 17)" (Jessop, 1999:82)

¹⁰ El nombre de estos gobiernos locales de menor base demográfica —y a veces geográfica— varía según las provincias argentinas: comunas, comisiones de fomento, comisiones municipales, comisiones rurales de fomento, juntas rurales, juntas de gobierno, etc. y varían también los requisitos y modalidades para su constitución, así como las facultades acordadas (Cravacuore, 2007), aunque es posible detectar siempre algún grado de autonomía, es decir,

La transversalidad refiere al involucramiento de distintas instancias organizacionales o segmentos de ellas en la producción de un resultado de políticas, ya sea “por actuar sobre la misma realidad externa (un sector de la población), porque intercambien recursos... o porque compartan objetivos generales...” (Echebarría Ariznabarreta, 1998: 4). Da cuenta hoy de una acrecentada interdependencia en la producción de bienes públicos entre instancias jurisdiccionales¹¹, impulsado tal crecimiento por las transformaciones que el desarrollo tecnológico ha traído en la vida de las sociedades, con activos flujos de información, personas, capitales y bienes y servicios, así como con amenazas para el medio ambiente natural y cultural. Presente siempre en todo sistema de gobierno multinivel, la transversalidad ha adquirido por esta concreta realidad social modificada una intensidad sin precedentes, reforzada por los procesos de descentralización. Se refleja por eso no sólo en las relaciones intergubernamentales verticales (nación/provincia, nación/municipio, provincia/municipio), sino que también multiplica las relaciones horizontales locales de coordinación.

La necesidad de coordinación de los gobiernos locales es aún mayor en países como la República Argentina, donde aparece el problema de la sustentabilidad por el déficit de escala técnica y financiera de numerosas localidades, en razón de una escasa población, conocido como “inframunicipalismo” (Iturburu, 2001). Al respecto, informa Cravacuore (2007:27) que “La Argentina tiene, de acuerdo con los últimos datos existentes, un total de 2.252 gobiernos locales, de los cuales 1.151 son municipios y 1.101 son gobiernos locales sin jerarquía municipal. ... En términos globales, el 80% de los gobiernos locales argentinos tienen menos de 10.000 habitantes y contienen el 13% de la población total del país; y el 38,3% de los gobiernos locales argentinos tienen menos de 1.000 habitantes, lo que muestra un fenómeno claro de *inframunicipalismo*”. Puede citarse como ejemplo evidente de esta situación la Provincia de Córdoba, una de las veintitrés provincias argentinas, en la que con una histórica valorización del municipalismo se ha producido una distorsión particularmente marcada: con 165.321 km² y una población de 3.061.611 habitantes, cuenta con 427 unidades locales (249 municipios y 178 comunas). Participa de tal modo con el alto porcentaje de 18,8% en el total de gobiernos locales del país, mientras su participación en el total poblacional es del 8,4%. Tiene un promedio de 7.170 habitantes por unidad local, pero si se tiene presente que su ciudad capital concentra 1.267.774 habitantes y que hay siete ciudades con

reconocer su naturaleza de unidades (las más pequeñas) de descentralización *político-administrativa* territorial del poder estatal.

¹¹ Las políticas sociales, las medioambientales y las de desarrollo económico sustentable constituyen ejemplos paradigmáticos de esta transformación.

más de 30.000 habitantes que totalizan en conjunto el número de 450.463 y estos valores se restan del total poblacional, el promedio baja sensiblemente a 3206 habitantes por localidad. Los guarismos adquieren mayor significación advirtiendo que existe además una cantidad importante de gobiernos locales con menos de 1.000 habitantes. Por otra parte, hay muchas poblaciones con menos de 2.000 habitantes que revisten el carácter de municipios y no de comunas, contrariando las previsiones constitucionales provinciales e incrementando la debilidad institucional.

La ausencia de una coordinación adecuada con relación a problemáticas compartidas allí donde ellas se presenten (en la preparación de la política, en su decisión, implementación, control o evaluación), conduce a la fragmentación, con los consiguientes perjuicios en la producción de los bienes públicos por omisiones, obstrucciones o superposiciones innecesarias y costosas y el agravamiento del inframunicipalismo.

Ciertamente, la problemática de la coordinación, esto es, el conjunto de acciones intencionadas ordenadas a la armonización de expectativas eventualmente divergentes y acciones contingentes en un sistema de relaciones interdependientes (Scharpf, 1993), es central en todas las organizaciones y particularmente para la estatal. Según su direccionalidad y recursos empleados, las acciones pueden estructurarse ya jerárquicamente en base a la imposición legal y recursos financieros y de control aplicados por la instancia supraordenada a la que gestiona la política pública, ya horizontalmente en base a negociaciones e intercambios de recursos técnicos, de información y de gestión, ya combinando ambos diseños: se tratará, respectivamente, de las denominadas coordinación "jerárquica", "negociada" y "negociada bajo la sombra de la jerarquía" (Scharpf, 1997). No cabe definir a priori la conveniencia de una de ellas en relación a las otras¹²; mucho tiene que ver el contenido de la política pública, presentando por caso y en general, los servicios públicos descentralizados y la gestión descentralizada de políticas sociales un campo más propicio para la instrumentación con impronta jerárquica, en tanto la promoción del desarrollo económico reclama mayores componentes de autocoordinación (Parmigiani de Barbará, 2003). Sin embargo, tratándose de la coordinación entre unidades locales del mismo nivel político-administrativo, se tratará en general de una coordinación negociada o autocoordinación, salvo dos situaciones: a) cuando el emprendimiento intergubernamental cooperati-

¹² La coordinación jerárquica es proclive a déficits de legitimación, información y control. Por su parte, en la coordinación negociada, voluntaria, los costos de transacción tienden a incrementarse con el número de participantes ("problema del gran número"), así como la información incompleta favorece también comportamientos oportunistas subóptimos ("dilema de la negociación").

vo permita por su diseño u otras circunstancias la captura del mismo por algún/os del/los intervinientes, generándose asimetrías de poder significativas; b) cuando se trate de un emprendimiento formalmente inducido por la instancia estatal supraordenada (gobierno provincial o nacional), con lo cual se dará una “coordinación bajo la sombra de la jerarquía”.

La efectivización de la coordinación local-local para aumentar las capacidades estatales, exige procesos de modernización e innovación institucional. En ese sentido, la última década (si bien el impulso es ya anterior), registra en Argentina diversas experiencias de “asociativismo” o articulación bajo diversos nombres y modalidades: entes intermunicipales, organismos intermunicipales, corredores productivos, consorcios, microregiones, comunidades regionales, etc. Su número y complejidad ha ido en progresivo aumento: en la Provincia de Córdoba, por ejemplo, de cuarenta y siete (47) entes intermunicipales activos en 1995 (con 244 localidades involucradas), pasaron a sesenta (60) en el año 1997, para ascender inmediatamente, en 1998, a sesenta y cinco (65). Pero a su vez Cravacuore y Clemente (2006) estiman —y ya con un alcance nacional— que el mayor incremento no se ha dado en el quinquenio anterior al 2000 sino con posterioridad a este año, asociado a la severa crisis económica, social, fiscal y política que ocurrió en Argentina y que impactó duramente sobre las ya de por sí menguadas finanzas locales, a la vez que acrecentó las demandas en torno a políticas sociales dirigidas a los gobiernos locales y acentuó la percepción de éstos en punto a la interdependencia existente entre localidades y los potenciales beneficios de la articulación¹³. Además, la construcción territorial del poder político llegó en esos momentos a una expresión máxima que, aunque pendularmente menguada luego a favor del centro político nacional, se mantiene como una alternativa importante en el contexto del frágil sistema de partidos argentino.

La dimensión institucional de las reglas

a) Las reglas disponibles

Las primeras reglas a considerar en un Estado constitucional de derecho son las normas constitucionales. Y dado que el Estado argentino

¹³ Escribíamos en su oportunidad que “La crisis económica y financiera que afecta a la República Argentina desde hace ya algunos años y que llegó a un punto extremo de visibilidad con las vertiginosas sucesiones presidenciales a fines del año 2001, no ha resentido la idea fuerza de la necesidad de vigorizar los gobierno locales ni detenido iniciativas en ese sentido, que se inscriben dentro de las medidas propugnadas por la segunda generación de reformas del Estado. Hasta cierto punto *puede decirse que la crisis ha jugado como un contexto de oportunidad para la innovación*, sin perjuicio naturalmente que la misma incida luego negativamente lentificando los procesos o modificando sus objetivos originarios.” (Parmigiani de Barbará, 2002)

es federal, interesa la constitución nacional pero también las normas de las constituciones provinciales que, si bien no pueden oponerse a aquélla, sí pueden ampliarla en uso de sus facultades no delegadas y concurrentes. En tal sentido, corresponde afirmar que el plexo constitucional aparece habilitando el establecimiento de relaciones intergubernamentales de modo claro.

La Constitución Nacional argentina en su texto histórico ya hacía referencia a los tratados internacionales e interprovinciales, pero la reforma de 1994 asume ampliamente las transformaciones que se han producido en la estructura y dinámica de la estatalidad en un mundo crecientemente relacionado. De ahí que en su art. 74 inc.24 incorpora los tratados internacionales de integración y en el plano interno, refuerza a través del art. 124 la regulación preexistente en materia de cooperación entre las provincias haciendo expresa referencia a regiones interprovinciales para el desarrollo económico y social

La misma tendencia a hacerse cargo del entrelazamiento del mundo globalizado se observa en las constituciones provinciales (Barrera Buteler, 2007), puesto que las más nuevas aluden expresamente a “tratados con la Nación y otras Provincias” y la mayoría a tratados o acuerdos “con el gobierno federal, las demás provincias, los municipios y entes públicos ajenos a la provincia” y agregan como la Constitución Nacional (art.124) los convenios internacionales .

Incluso hay constituciones provinciales que son más explícitas y contundentes en cuanto a la cooperación intermunicipal otorgando rango constitucional a los emprendimientos respectivos: es el caso de las Constituciones de Córdoba, que en su art. 190, bajo el acápite de “Convenios intermunicipales”, prevé la creación de “organismos intermunicipales”, denominación corrientemente sustituida por la de “entes intermunicipales”, de Chubut, que en sus arts. 235 y 237 habilita la creación de “subregiones” y de Corrientes que habilita la creación de “microrregiones” (art.227). Otras constituciones efectúan precisiones menores, como la de la provincia de Buenos Aires cuyo art. 192 expresa “Son atribuciones inherentes al régimen municipal, la siguientes: ...8) constituir consorcios de municipalidades”; o bien se refieren a la facultad de realizar convenios. Pero aún cuando no existiera tal previsión, las iniciativas de coordinación intermunicipal en cualquiera de las provincias argentinas son constitucionalmente válidas en razón de la autonomía municipal, consagrada por el art. 5 ya existente y el nuevo art. 123¹⁴ incorporado a la Constitución Nacional en la reforma de

¹⁴ “Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto en el art. 5 asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero” (art. 123 CN)

1994. Lo cual significa para las formaciones intermunicipales de cooperación (cualesquiera sean sus denominaciones: entes intermunicipales, entes regionales, corredores productivos, etc.), que las mismas no pueden ser impedidas o desconocidas, en tanto se ordenen a la consecución de fines propios de los gobiernos locales participantes. Su estatus es el de personas jurídicas de derecho público, de naturaleza administrativa —toda vez que la determinación de sus fines, organización y subsistencia depende de los gobiernos locales— y pueden como tales realizar todos los actos que se ordenen a sus objetivos (contratar empleados, realizar compras, presentarse a licitaciones, etc.), si bien sujetos naturalmente al régimen de procedimiento y contralor previsto para la administración pública.

Es preciso decir que a pesar de la claridad de la normativa constitucional, en más de una oportunidad la inercia (o como la llama Offe —2003— “la reproducción idéntica”) de las burocracias provinciales ha obstaculizado el accionar de organismos intermunicipales. Pero también hay que agregar que es un comportamiento que ha tendido a revertirse a medida que aquéllos han aumentado en número y actividad¹⁵. Por un lado, se manifiesta en este proceso de reiteración de rutinas organizacionales no sólo la “path dependence” (o dependencia de la conducta pasada), en tanto los actores socializados normativa y cognitivamente en ciertas pautas tienden a reproducirlas por razones de legitimación interna y externa, sino también por los costos organizacionales de su modificación. La adecuación a nuevos arreglos institucionales es un proceso de construcción social que puede ser impulsado de distintas maneras; con respecto a la situación que nos ocupa, hemos detectado principalmente dos fuentes: resoluciones autoritativas (o equivalentes dictámenes técnicos de instancias jerárquicas) y procesos interactivos de discusión.

¹⁵ Sobre la cuestión, Barrera Buteler (2007) informa como ejemplos para la provincia de Córdoba el caso del Ente Intermunicipal Aguas de Traslasierra que debió superar largas tramitaciones y negativas de la Caja de Jubilaciones de la Provincia para lograr afiliarse a su personal como un empleador distinto de los municipios miembros hasta finalmente lograrlo; asimismo, sólo previo dictamen de la Fiscalía de Estado de la Provincia dicho Ente pudo incorporar a su personal como afiliado al sistema de seguro de vida colectivo e incapacidad permanente previsto por la ley n° 5501. Agrega el autor, en el mismo sentido apuntado en el texto, que “Con el correr del tiempo la cuestión va adquiriendo una aceptación más pacífica, a punto tal que actualmente existen casos de concesiones de obra pública otorgada por el Estado provincial a organismos intermunicipales” (ib.: 81) —lo cual sucede con en Ente Intermunicipal de RP6, concesionario para la conservación de la ruta provincial n°6 por el sistema de peaje, previo dictamen de la Fiscalía de Estado—. Esteban y Rossi (2003) informan sobre dificultades análogas en el período de desarrollo de los consorcios o corredores productivos en la provincia de Buenos Aires, específicamente con el tribunal de Cuentas de la provincia, indicando como fuente del dato las entrevistas con los coordinadores de tres de los consorcios (COPRODER, COPROSAL Y COPRONE)

b) Creación de reglas

En el marco expuesto de reglas de jerarquía constitucional, progresivamente afianzadas, se han ido produciendo experiencias coordinación intermunicipal informales y formales.

En primer lugar, unas palabras en relación a las primeras, cuya importancia no debe ser desconocida pues no sólo contribuyen a la dinámica flexible propia del modelo de la gobernanza y realizan con ello un aporte para un “buen gobierno”, sino que también facilitan las innovaciones institucionales formales¹⁶ (o eventualmente, generan resistencias).

En punto ya a la institucionalización formal —en general deseable para dar un grado mayor de legitimación racional y eficiencia y con ello certeza, previsibilidad y estabilidad a las relaciones de cooperación intermunicipal, esto es, para mejorar la calidad institucional—, los arreglos son de alcance y objetivos muy variados: desde acuerdos entre dos localidades o apenas un número mayor, hasta el involucramiento de un gran número (como es el caso de las regiones), que puede quedar abierto o no a nuevos participantes; y desde objetivos particulares, sean transitorios o permanentes (construcción de una obra pública y/o su mantenimiento —por ejp., un camino, un canal de desagüe, etc.—, organización de un servicio —por ejp. compra de medicamentos, tratamiento de residuos, etc.—) o mejoramiento de la gestión administrativa y jurisdiccional (por ejp. recaudación de impuestos y tasas, cursos de capacitación del personal, justicia municipal de faltas, expedición de carnés de conductor, etc.), hasta el ob-

¹⁶ Tuvimos posibilidad de confirmar esta afirmación en una investigación sobre los denominados “entes regionales de recaudación fiscal y gestión” en la Provincia de Córdoba (Proyecto “Incentivos y conflictos para la regionalización de políticas locales”; direc. M. C. Parmigiani de Barbará y co-direc. M. Díaz de Landa, con subs. SeCyT UNC, 2001/03). Los funcionarios entrevistados manifestaron que sus localidades habían mantenido o mantenían relaciones de cooperación intergubernamental no sólo formales sino también informales con otras localidades, tanto pertenecientes al ente cuanto no pertenecientes a él. Por la materia, dichas relaciones referían a tres áreas: obras de infraestructura (caminos, instalaciones para la distribución de energía, etc.), gestión (gestión de consorcios camineros, de servicios administrativos, etc.) y servicios públicos (salud, seguridad, saneamiento, etc.), con una marcada tendencia a una mayor formalización en las dos primeras áreas. Asimismo, los entrevistados dieron importancia a la existencia de experiencias anteriores de cooperación para la conformación de entes, con el agregado que en el ente que llegó a alcanzar mayor institucionalización, se percibía de modo bastante fuerte una base de sustentación en relaciones precedentes (42%), mientras tal percepción se desdibuja (27.3%) en otro ente que, precisamente, contrasta con el anterior por un menor grado de cohesión en las relaciones entre los gobiernos locales participantes, por una estructura asimétrica, por una mayor renuencia a implementar las acciones previstas y por un grado de conflictividad mayor en su interior y en sus relaciones con el gobierno provincial.

jetivo general, integral, del desarrollo sustentable, que incluye un paquete de políticas públicas.

Por cierto, a través de acuerdos sobre objetivos particulares se va materializando un tejido reticular que a la vez que cumple con la lógica instrumental, construye la lógica de la socialización normativa y cognitiva. Pero sin perjuicio de sus beneficios y continuidad, se observa la percepción tanto en la doctrina cuanto en las instancias gubernamentales, que se requieren coordinaciones cooperativas amplias y estables para neutralizar más eficazmente la fragmentación y la falta de escala financiera y técnica en la producción de bienes públicos. Se manifiesta por ende la necesidad de construcciones de tipo regional, cualquiera sea la denominación adoptada, pues siempre hay una referencia necesaria a un territorio y al desarrollo conjunto de las poblaciones asentadas en el mismo. En ese sentido, conviene recordar que la región es un constructo relacional que porta intencionalidad política, es decir, no es simplemente espacio histórico, geográfico, etc, sino “un sistema de relaciones sociales altamente interdependientes, diferenciadas y/o complementarias y territorialmente organizadas cuyo vigor, en términos de desarrollo de potencialidades y capacidad de persistencia, se asocia a su aptitud para interrelacionarse a otros sistemas sin afectar negativamente su capital sinérgico” (Parmigiani de Barbará, 2001:33).

En esta línea de diagnóstico y expectativas, se han producido en el país experiencias de innovación diversas, tendientes a cubrir ampliamente el territorio provincial, avanzando hacia una regionalización intraprovincial.

Entre las experiencias que han sido objeto de seguimiento por la doctrina, hay que recordar los consorcios productivos de la provincia de Buenos Aires creados en el marco de la institucionalización previsto por el art. 43 de la Ley Orgánica de las Municipalidades, hoy derogado por la ley 13.580¹⁷ (lo cual no significa por cierto que no puedan existir articulacio-

¹⁷ El excesivo reglamentarismo legal dio lugar a desinteligencias y fricciones especialmente con las instancias provinciales de control financiero y administrativo. Se transcribe a continuación porque denota con claridad una **coordinación bajo la sombra de la jerarquía**: Ley Orgánica de las Municipalidades de la Prov. de BS. AS. Dec.-ley 6769/58/ Art. 43° (art. derogado por ley 13580)(texto ley 12.288): “Podrán formarse consorcios entre varios municipios, o entre una o más Municipalidades con la Nación o la Provincia u otras Provincias para la concreción y/o promoción de emprendimientos de interés común. En dichos consorcios podrán participar personas de carácter privado, físicas o de existencia ideal, que pertenezcan al ámbito territorial del o de los entes estatales que los integren. Los consorcios tendrán personalidad propia y plena capacidad jurídica. Se regirán por las disposiciones de esta Ley, sus estatutos orgánicos, la normativa local y general, y los principios específicos de la actividad que constituya su objeto. Para la creación del consorcio, cada integrante deberá contar con la autorización pertinente, conforme a las normas vigentes en cada jurisdicción. El régimen contractual de los consorcios será el establecido en sus estatutos orgánicos y sus respectivos

nes intermunicipales análogas en dicha provincia en base al fundamento constitucional más arriba explicitado). Con respecto a ellos, dicen Cravacuore et alt. (2004:59) que “La articulación intermunicipal en la provincia de Buenos Aires reconoce como su principal antecedente a los Corredores Productivos que se propagaron durante la década de los ‘90”. Los Corredores o Consorcios Productivos nacieron en la provincia de Buenos Aires a partir de 1993, en parte por iniciativas de las localidades y en parte por el estímulo financiero nacional y provincial; llegaron a conformarse 13 Corredores, aunque ya en 2003 manifestaban una importante disminución de actividad que se fue acentuando, terminando en algunos casos por disolverse formalmente y en otros, por mantener una supervivencia sólo formal. Uno de los objetivos que impulsó la creación de los Corredores fue el de aunar criterios para la elaboración de proyectos conjuntos que permitieran dar una mejor y mayor explotación a las actividades productivas de cada región. La mayoría de los proyectos de desarrollo sostenidos por los Corredores florecieron entre 1999 y 2000 con aportes realizados por la Provincia y si bien algunos de ellos continuaron, en general se paralizaron por la crisis de 2001-2002¹⁸.

A pesar de que no lograron alcanzar las expectativas puestas en ellos, los Corredores han sido utilizados como el marco institucional de otras iniciativas posteriores; tal es, efectivamente, el caso de las cinco seleccionadas por su relevancia en la presentación de la experiencia más reciente de articulación intermunicipal en la Provincia de Buenos Aires por Cravacuore et alt. (2004): el caso Compras Conjuntas entre municipios del oeste provincial, el plan estratégico intermunicipal Tuyú Mar & Campo, la creación de la Universidad Provincial del Sudoeste Bonaerense (UPSO), la creación de la Región Metropolitana Norte en el conurbano bonaerense y la creación de una gerenciadora pública para jubilados y pensionados en

reglamentos, sin perjuicio del poder fiscalizador que corresponda a las autoridades administrativas competentes en los casos en que el ordenamiento jurídico lo disponga. Los estatutos precisarán el objeto del consorcio, que podrá consistir en una o más actividades, la participación que corresponde a cada integrante, la forma en que habrán de ser reinvertidas las utilidades y el destino de los bienes en caso de disolución. En el acto de constitución cada partícipe deberá integrar su cuota, debiendo preverse, en su caso, la correspondiente autorización presupuestaria. No obstante, el consorcio podrá generar sus propios recursos y administrarlos de conformidad a sus estatutos. Los gastos de funcionamiento no podrán exceder del diez (10) por ciento del presupuesto total por cada ejercicio. A los fines de la constitución del consorcio, los municipios podrán aplicar un gravamen destinado a ese solo y único objeto. El mismo podrá consistir en un gravamen nuevo o en un adicional sobre los existentes. Cada municipalidad sancionará la creación del gravamen, efectuará su percepción e ingresará lo recaudado en una cuenta especial de su contabilidad para transferir el crédito y los montos resultantes al presupuesto del consorcio.”

¹⁸ Ver Informe “Alianzas Productivas”, Mecom-Prensa Clave, La Plata, 7-2-2003).

el marco del Consorcio del Centro de la Provincia de Buenos Aires¹⁹. Sin embargo, sólo en uno de estos casos se los reconoce a los Corredores como antecedente, invocándose por el contrario en los otros sólo experiencias de cooperación intermunicipal anteriores y al margen de ellos. Esta percepción del proceso debe ser interpretada desde la lógica dual de las instituciones. Por una parte, la valorización de experiencias previas de cooperación, así como el haber innovado “rediseñando” dentro de pautas preexistente, responden a la “lógica de lo apropiado”: las instituciones dadas constriñen valores y percepciones; pero por otra parte, la “lógica instrumental” necesita la legitimación de la eficacia y entonces busca desprenderse de anteriores procesos cruzados por tensiones políticas y desajustes financieros y de gestión.

En la Provincia de Córdoba se detectan varias experiencias de intraregionalización autocordinadas de interés y que iniciadas en su mayoría en la década del noventa²⁰ han logrado continuidad, como son el Ente Intercomunal del Norte Cordobés (EINCOR), la Asociación para el Desarrollo Regional del Centro-Sur de Córdoba (ADESUR), el Ente Intercomunal para el Desarrollo Regional (ENINDER), el Ente Calamuchitano, el Ente Regional de Estados Municipales del Nor-Este Cordobés (EREM-NEC). Integran cantidades importantes de Municipios y Comunas (120, 47, 48, 24 y 20 respectivamente) que, si bien con contigüidad espacial, no pertenecen a un único departamento²¹ y con el objetivo general del desarrollo económico-social a través de la implementación de distintos proyectos. Aunque la actividad de coordinación de los mencionados entes y otros, no haya sido desdeñable, se han sucedido a partir del año 2000 en la provincia dos iniciativas de una reingeniería institucional más profunda, procurando estandarizar los agrupamientos regionales de municipios y comunas bajo criterios y con funciones diseñadas por el gobierno central por ley, a la cual luego (para preservar la autonomía municipal) debían adherirse los Municipios y Comunas. Son procesos de “coordinación bajo la sombra de la jerarquía” que dan lugar a una regionalización de “tipo inducida”. La primera iniciativa fue el “Acuerdo económico, financiero y fiscal entre la Provincia de Córdoba con Municipios y Comunas para el fortalecimiento

¹⁹ Hay que advertir que, técnicamente, de las cinco experiencias mencionadas solamente dos (el plan estratégico intermunicipal Tuyú Mar & Campo y la Región Metropolitana Norte) configuran estrictamente una región, por sus objetivos más integrales de desarrollo.

²⁰ Salvo los casos del EREM-NEC y del ENINDER, surgidos respectivamente en el 2000 y el 2001, con la crisis del 2000/01; reconocen como antecedente el Pacto de Saneamiento a que haremos referencia más abajo.

²¹ Debe tenerse presente que la Provincia de Córdoba tiene el sistema de “municipio isla” y no el de “municipio partido”, por los que los ejidos municipales no incluyen las zonas rurales. Los departamentos son divisiones administrativas y circunscripciones electorales de la Provincia.

sustentable del régimen municipal y comunal” —también llamado “Pacto de Saneamiento Fiscal”—, luego ley 8869/00, que a la vez que hizo posible la renegociación de la abultada deuda que los gobiernos locales tenían con la Provincia, estableció como contrapartida que aquellos con menos de 30.000 habitantes (y los de mayor tamaño que lo quisieran) debían conformar “Entes regionales de recaudación y gestión” para la gestión conjunta del pago de los tributos municipales; se preveían, simultáneamente, objetivos más ambiciosos de reforma político-administrativa de los gobiernos locales y acciones para el desarrollo regional. Su implementación fue resistida, lográndose sólo el refinanciamiento de la deuda y la permanencia de la denominada Unidad de Trabajo Provincia-Municipios²² como un rico espacio de contactos y negociaciones.

Pero a este fracasado intento de regionalización sucedió muy pronto otro, apoyado por la mencionada Unidad, mucho más ambicioso, plasmado en la ley 9206/04. Todo el territorio provincial se organiza en las denominadas “Comunidades Regionales”, tomando como base los departamentos en que se divide la provincia y previendo los órganos, competencias y funciones de las mismas. Aunque la primera función de las Comunidades refiere al ejercicio de las competencias del poder de policía que les delega la Provincia sobre las zonas entre los ejidos municipales, pueden también ejercer competencias que les deleguen los municipios dentro del radio de éstos²³ y básicamente, han sido creadas para llevar adelante políticas de interés regional, disponiéndose una partida presupuestaria en el proyecto trianual para financiar proyectos regionales propuestos por las propias Comunidades. Finalmente, hay que añadir que coexisten con otros organismos intermunicipales creados o a crearse, con los que también pueden articularse: la perspectiva reticular de la gobernanza deja aquí su impronta. A más de tres años de creadas, su actividad ha si escasa.²⁴

Offe (2003: 270) señala agudamente que “Las reformas institucionales demasiado rápidas y demasiado amplias pueden con facilidad exigir un apoyo excesivo por parte de aquellos que se ven afectados por ellas, o frustrar las expectativas generadas por el proceso de reforma mismo, en el sentido de que una rápida transformación signifique también un éxito rápido”, y habla de una “hiperactividad diseñadora” que lleva a reformas

²² Más conocida como Mesa Provincia-Municipios

²³ En trabajos anteriores hemos cuestionado la constitucionalidad del diseño (Parmigiani de Barbará, 2006)

²⁴ Luego de algunas dificultades se han constituido las 26 Comunidades Regionales y terminando el proceso de delimitación precisa de los ejidos urbanos. La actividad mayor ha sido de diagnóstico y capacitación. Las únicas obras tienen que ver con la gestión de un programa de reparación y construcción de edificios escolares, inducido por la propia provincia en base a la disponibilidad de fondos derivada de un préstamo internacional.

cada vez más frecuentes. Las experiencias en materia de relaciones intermunicipales en Argentina verifican esto, pues las innovaciones mayores no han logrado consolidarse²⁵. De modo coincidente, con respecto al primer intento de regionalización reseñado en la provincia de Córdoba, escribíamos en su momento que "... conviene advertir sobre el planteamiento de objetivos excesivamente ambiciosos, especialmente para ser logrados en un corto período de tiempo. Esta característica —propia de las reformas de la Nueva Gerencia Pública en los países anglosajones— resulta difícilmente compatible con nuestro contexto y prácticas" (Parmigiani de Barbará, 2002: 19). En un contexto de crisis, se impuso pues un hiperracionalismo innovador, que unilateralizó el proceso a favor de la lógica consecucionalista e instrumental. El interrogante es si la actual etapa institucional de la regionalización adolece de una falla semejante, que conspire contra su consolidación. Por el momento, advertimos sobre: a) su cuestionable validez constitucional, que puede obstaculizar la resolución de futuras situaciones problemáticas de modo funcional a su supervivencia; b) su componente jerárquico; c) la percepción de resultados escasos hasta la fecha por parte de muchos de los propios actores involucrados, lo que puede deslegitimizar el proceso; d) la circunstancia que la Unidad de Trabajo Provincia-Municipios, con presencia de los distintos sectores políticos, apoyara el proyecto, no debe hacer olvidar que dicho organismo es una estructura de oportunidad no sólo para negociaciones y reclamos financieros y administrativos, sino también para negociaciones y acuerdos políticos y, a la época de sanción de la ley 9206/04, adecuada para mantener una distribución territorial del poder satisfactoria entre el oficialismo y la primera fuerza de oposición en el interior provincial, impidiendo el avance de una tercera fuerza dominante en la capital, en un período preelectoral; e) existe en varios gobiernos locales la percepción de que la innovación ha interferido en el trabajo de entes de cooperación ya existentes (caso del Ente Calamuchitano) o trabado el proceso de constitución de otros nuevos (caso del Corredor Agroalimentario de la Ruta 138); f) su emergencia de la mano de un activo promotor del asociativismo municipal²⁶, realineado

²⁵ Lo demuestran los Consorcios o Corredores Productivos bonaerenses de la década de los '90 antes referidos y los ensayos cordobeses desarrollados en esta parte del texto. Al respecto y en relación a procesos de innovación en general, dicen Cravacuore et al. "La casuística acumulada en la Argentina durante los últimos años permite sostener que la innovación mayor ha sido irrelevante en los gobiernos locales, con pocos procesos de cambio cualitativamente relevantes en la organización municipal o en la calidad de las prestaciones. Por el contrario, se han realizado numerosísimas innovaciones menores y procesos de mejora continua que permitieron optimizar la calidad de los servicios, dando cumplimiento a las nuevas funciones municipales y respuestas a las nuevas y crecientes demandas ciudadanas" (2004: 28).

²⁶ Primer Presidente de la Federación Argentina de Municipios (FAMU) y luego Ministro de Gobierno de la Provincia.

luego con el sector del peronismo gobernante a nivel nacional y enfrentado con el sector gobernante en la provincia.

2. Actores y relaciones

En la consideración de la coordinación intermunicipal debemos incluir no sólo los gobiernos locales —de participación indispensable, naturalmente—, sino también a los otros niveles gubernamentales supraordenados (provincia, nación), así como a actores no gubernamentales y a los ciudadanos de las localidades involucradas en una articulación.

El número de gobiernos locales intervinientes depende del tipo de emprendimiento, según los objetivos de los mismos y de la potencialidad de la convocatoria. En cuanto a esto último, no es fácil detectar los motivos por los que no están “los que podrían estar”, ya que usualmente los estudios se ocupan de los actores efectivos de los emprendimientos²⁷. De todos modos, puede suponerse consistentemente de que no se participa porque no existe confianza en los Intendentes y/o funcionarios responsables de la iniciativa (por razones de disputas políticas, solvencia ética o técnica y/o simple desconocimiento personal) y/o porque no llegan a visualizarse las ventajas de la misma. A la inversa, si se van generado redes de confianza y se observan resultados, cuando el diseño institucional de la formación de cooperación permita la incorporación de nuevos actores²⁸, ella se irá produciendo²⁹.

En la modalidad de auto coordinación, se registran tanto casos en que la idea asociativa y su promoción ha sido obra de un Municipio, cuanto casos en que ha habido una tarea mancomunada. A ello hay que agregar casos de iniciación por actores no gubernamentales (como por ejemplo ADESUR), los que incluso pueden mantener una posición de liderazgo en el proceso posterior³⁰.

²⁷ Así por ejemplo Cravacuore et al. refieren que en ocasión del proyecto de COCEBA se “... inició una ronda de conversaciones con los titulares de los departamentos ejecutivos de ocho partidos vecinos, de los cuales sólo tres aceptaron participar” (2004: 175), pero no explicitan las motivaciones.

²⁸ Por la estrecha relación de los emprendimientos con una zona territorial bien delimitada, no pueden darse incorporaciones en los casos del plan estratégico intermunicipal Tuyú Mar & Campo y de la Región Metropolitana Norte.

²⁹ En todos los emprendimientos referidos en el presente trabajo se observa una dinámica de incorporación, si bien de envergadura distinta. Exceptúanse las indicadas en la nota anterior —y, por supuesto, atento al escaso desarrollo de la innovación, las Comunidades Regionales, cuyo diseño permite que una localidad pueda solicitar pertenecer a una Comunidad distinta de la prevista en el diseño originario o a más de una Comunidad.

Casos de especial dinamismo de incorporación lo constituyen ENINDER y EINCOR.

³⁰ ADESUR surge de un proceso de trabajo prolongado en el que la Universidad Nacional de Río Cuarto procuró insertarse en su región de influencia. El antecedente institucional más importante lo constituyeron seminarios de diagnóstico y discusión de las políticas necesarias

Los liderazgos personales de Intendentes y eventualmente de otros funcionarios (por ejemplo, coordinadores o gerentes de la organización intermunicipal) resultan en general funcionales para la activación de la coordinación y su persistencia³¹; la continuidad en la función con sucesivas ratificaciones de confianza electorales (con interrupciones asociadas al ascenso político o a límites para la reelección) suele ser un buen indicador de aptitud para liderar procesos de asociación. Por cierto, también hay liderazgos que si bien logran llevar adelante el proyecto asociativo, ello sucede en un clima competitivo y de oportunismo político desfavorable para la calidad de la institucionalidad creada, tanto en orden a su permanencia cuanto a los bienes públicos producidos³².

Las diferencias de partidos gobernantes en las distintas localidades no parece constituir una variable que interfiera en la cooperación a la luz de las experiencias analizadas, pues se encuentran en ellas tantas situaciones de homogeneidad cuanto de heterogeneidad político-partidaria.

Un punto delicado lo constituyen las asimetrías de recursos de poder de los gobiernos locales vinculados: diferencias en el tamaño de las poblaciones, en el nivel socio-económico de las mismas, en la capacidad de movilización política de los líderes locales y su peso a nivel nacional y provincial, en los recursos financieros, etc., introducen situaciones asimétricas que suelen abonar la desconfianza y/o el desinterés por la participación y conspiran contra el afianzamiento del proyecto cooperativo: comportamientos de “free rider”³³ y de obstrucción por inacción³⁴ son entonces

para el desarrollo de la región, organizadas por su Secretaría de Extensión en el marco de un Programa de Vinculación Universidad-Municipio (1991 a 1995). En 1995 se creó ADESUR, del que la Universidad forma parte como miembro.

Los órganos directivos son elegidos por el voto directo de todo los miembros en Asamblea cada dos años; hay además una Mesa Ejecutiva constituida por ocho Intendentes y la UNRC. Ésta, asimismo, cumple no sólo funciones de Secretaría Permanente sino también de *Unidad Técnica Permanente* y, como tal, *elaboró el Programa Director para el Desarrollo Regional*. Obsérvese que el mismo diseño institucional habilita una posición de liderazgo.

³¹ Diversos ejemplos lo atestiguan, como el liderazgo del Intendente de Olavarría en COCEBA, del Intendente de Villa María en el ENINDER o del Intendente de Embalse de Río Tercero en el Ente Calamuchitano.

³² El relato de los conflictos en el proceso de constitución del Consorcio del Corredor Productivo del Sudoeste de la Provincia de Buenos Aires, disuelto en el año 2002 y luego en el del proyecto universitario asociativo derivado de él que es la UPSO, contenido en Cravacuore et.al. (2004) ilustra claramente estas situaciones conflictivas.

³³ En relación al EINCOR -una formación regional con persistencia y varios proyectos conjuntos exitosos como compras de medicamentos, talleres textiles y capacitación técnica— su Tesorero advierte sobre esta posibilidad en una entrevista: “—¿Qué otras cosas debería hacer?— Se necesita un poco más de compromiso de algunos intendentes. Porque hoy es una época de bonanza, entonces todo el mundo está destinado a sacar plata para todo tipo de proyecto, pero hay que trabajar en la promoción.”

³⁴ Nótese la desconfianza que trasunta esta respuesta del Presidente Comunal de una pequeña localidad integrada a una de las Comunidades Regionales de la ley 9206/04 de la provincia

expectables. Simetrías o relaciones de complementariedad compensatorias favorecerán en cambio la coordinación cooperativa³⁵. Un capital social importante puede sin embargo obrar como neutralizador³⁶.

En la consideración de otros actores distintos a los gobiernos locales, se impone la referencia primera al gobierno provincial correspondiente y al gobierno nacional; ello conduce a la decisiva problemática del sistema financiero y del sistema político en que se insertan las articulaciones cooperativas entre gobiernos locales.

La política fiscal es central en un gobierno multinivel en tanto determina las competencias y mecanismos para la percepción y distribución de los recursos económicos y refleja claramente el entrecruzamiento de factores políticos y económicos. Y sucede, precisamente, que Argentina refleja la dependencia de los gobiernos provinciales con respecto a la Nación y de los municipales con respecto a ambos y *una progresiva centralización*. La ley 23.548 /88 estableció un Régimen de Coparticipación de Impuestos entre la Nación y las provincias,³⁷ pero el régimen original fue

de Córdoba: "¿Cuál es la importancia que tiene la Comunidad Regional para el desarrollo de su localidad? En principio, no estoy diciendo que no sirva. Pero *como nosotros estamos del otro lado de las sierras*, no vamos a ligar nunca nada, cuando les sobre a ellos. *Hasta ahora no es importante para mi localidad*, después, a lo mejor es buena" (Fuente: entrevista en el marco de la investigación "La nueva política de regionalización en la Provincia de Córdoba: consensos y disensos en torno a la validez jurídica y viabilidad política de la ley n° 9206/04", direc. Parmigiani de Barbará, M.C. y co-direc. Diaz de Landa, M.; con subs. SeCyT UNC 2005/07).

³⁵ Los hallazgos en la investigación a que refiere la nota 16 sobre los "entes regionales de recaudación fiscal y gestión" permiten ejemplificar lo afirmado, con dos casos contrastantes. En el Ente 5, las localidades que lo integraban eran casi todas pequeñas, con antecedentes de cooperación entre ellas, una común estructura productiva agrícola y una también común preocupación por preservar la identidad (La respuesta de uno de los entrevistados resume bien esta identidad defensiva. Dado que existen ciudades importantes relativamente próximas, al preguntarle por qué no se agruparon con ellas, respondió: "*Es preferible ser cabeza de ratón que cola de león*". Otro de los entes, el Ente 21, por el contrario, contaba con dos ciudades (Jesús María y Colonia Caroya) de ejidos continuos e importante dinamismo económico y cultural y dos localidades pequeñas (Sinsacate y Col. Vicente Agüero) que despliegan actividades complementarias a aquéllas, pero las restantes nueve que integraban el ente son beneficiarias de servicios (salud, educación, etc.) del núcleo antes descrito o bien sus relaciones con él son escasas. Aplicado el análisis sociométrico a las menciones contenidas en respuesta a la pregunta acerca de qué localidades componen o deberían componer el ente de recaudación y gestión, el resultado patentizó bien la cohesión del primer Ente y la fragmentación del segundo en agrupamientos que no se reconocían entre sí.

³⁶ Al respecto, sobre la Región Metropolitana Norte, de la que hacen un balance positivo en cuanto a su impronta regional y posibilidades futuras, Cravacuore et al. expresan: "Esta relativa heterogeneidad social se ve compensada por una identidad cultural y un sentido de pertenencia que cohesiona al entramado social y se constituye en el sustento cultural para el surgimiento de la Región. A esto contribuye el alto de índice de escolarización, ...y una rica actividad cultural alentada por centros culturales públicos y privados, bibliotecas populares, sociedades de fomento, ..." (2004: 151).

³⁷ Vale recordar que la Ley-convenio de coparticipación impositiva prevista por la reforma constitucional de 1994 no ha sido lograda, a casi quince años, en detrimento de un verdadero federalismo fiscal.

sucesivamente modificado restando fondos de la masa coparticipable de transferencia automática³⁸, para su adjudicación a programas especiales que importan transferencias a veces negociadas y a veces arbitrarias, por parte de la Nación tanto a las provincias como a los municipios; a ello hay que agregar los Aportes del Tesoro Nacional (ATN), de disponibilidad arbitraria, que tanto en períodos de estrechez cuanto de bonanza constituyen poderosos instrumentos de negociación y presión política. La crisis e inestabilidad económica que ha caracterizado a nuestro país en la última década ha impactado naturalmente también sobre la capacidad recaudatoria propia de las provincias —así como de los municipios—, haciendo más patente la dependencia de los niveles infraordenados. La participación de los Municipios en el gasto público total se estima en menos del 8%, con una tendencia a su reducción (lo cual constituye otro indicador de centralización), a pesar de que el rubro gastos sociales (educación básica, salud pública y promoción y asistencia social pública) representa el 62,30% en la composición total del gasto³⁹.

Si a la situación antes descripta agregamos la altísima labilidad del sistema de partidos políticos en Argentina, las dificultades financieras locales para concretar políticas públicas reclamadas por los electores tienden a resolverse a través de presiones, reclamos y negociaciones —con los intercambios políticos correspondientes— al gobierno provincial y nacional y en desmedro de las autonomías locales. Las noticias periodísticas registran de modo permanente este tipo de relación asimétrica, donde se observan contactos por problemas locales y regionales que deberían ser mediados o resueltos por la provincia en muchos casos, o encauzarse por programas administrativos regulados, pero que, a la vez, instalan a los entes intermunicipales como necesarias estructuras de articulación institucionalizadas con los niveles supraordenados y estructuras de oportunidad política.⁴⁰

³⁸ Creación de fondos especiales: fondo educativo, fondo nacional de energía eléctrica, fondo de emergencia social, etc.; Pacto Federal para la Producción, el Empleo y el Crecimiento, etc.

³⁹ Fuente: Dirección Nacional de Análisis de Gasto Público y Programas Sociales- Secretaría de Política Económica.

⁴⁰ Obsérvese esta función en la noticia que sigue, así como también el realce dado al acto por ocurrir en un período preelectoral “Pavimentación a través del ENINDER. El martes 16 de mayo de 2007 en el Salón Azul de la Casa Rosada se llevó a cabo la ceremonia de firma de convenio entre el Gobierno Nacional y un grupo de municipios que integran el Ente Intermunicipal para el Desarrollo Regional (ENINDER), para la obra de construcción de pavimento urbano. El acto fue encabezado por el presidente de la Nación Dr. Néstor Kirchner, quien estuvo acompañado por el vicepresidente Daniel Scioli, el gobernador José Manuel de la Sota y ministros del Gabinete Nacional. También estuvieron presentes senadores y diputados nacionales, ministros y funcionarios del gobierno de Córdoba, presidentes comunales, intendentes y otros funcionarios” (*Noticias de La Carlota*, 20 de mayo de 2007).

“Los intendentes de Pozo del Molle y Alicia analizan gestión en la Capital. POZO DEL MOLLE - ALICIA.- El intendente Carlos Salvático, de Pozo del Molle, participó de la reunión

De modo lineal con estos comportamientos políticos oportunistas y clientelares, propios de una cultura política de visión piramidal y centralizada, son escasos tanto a nivel nacional cuanto provincial los programas de promoción y apoyo a la articulación intermunicipal⁴¹.

Si el aspecto financiero se presenta como una debilidad, en cambio y en general, no se detectan problemas significativos de gestión ni una tendencia a la hipertrofia burocrática, en las organizaciones intermunicipales que han logrado institucionalizarse. Estimamos que no es desdeñable en este resultado la contribución a la capacitación realizada desde instituciones universitarias y terciarias, por sí o con el apoyo de organismos gubernamentales del país y/o internacionales, así como por fundaciones, empresas, etc.

Finalmente, digamos que cuando se dan articulaciones intermunicipales relevantes, aparece también la preocupación comunicacional y de articulación con la sociedad civil, si no lograda, al menos como aspiración clara: existe pues conciencia de que la región es un sistema de relaciones *a construir* con todos los actores del tejido social.

Conclusiones

Indudablemente es de gran valor para el desarrollo institucional de las articulaciones intermunicipales con calidad (es decir, en sus dos dimensio-

que mantuvieron 80 intendentes con autoridades del gobierno de la Nación donde se trataron distintos temas comunes: la presentación del Proyecto de autovía sobre ruta 19, el Gasoducto Centro - Norte y la reparación de la ruta 158 tramo San Francisco-Villa María, con la buena noticia de que según lo manifestado por el ministro De Vido en los próximos días se llamará a licitación para la obra de repavimentación de dicho tramo. En relación al tema viviendas, Salvático informó que está atrasado el Plan Hogar Clase Media debido a que la Nación no envió el dinero a la provincia y en relación a otro plan que beneficiará a 60 domicilios de Pozo del Molle en el marco del Plan Mejor Vivir, que permite en caso de viviendas precarias la construcción de baños instalados o de una habitación, le informaron que saldría este año. El intendente de Alicia Eduardo Bergoglio destacó los aspectos más importantes de la reunión que mantuvieron 80 intendentes del interior provincial con autoridades del gobierno nacional y del gobierno provincial. En dicho encuentro se especificó la metodología de trabajo que se va a desarrollar para la solicitud de planes para la concreción de las diferentes obras. Indicó que desde la Nación aclararon la necesidad de la conformación de Entes para la presentación de proyectos que en caso de ser del ámbito provincial y nacional, primero deben presentarse ante la gobernación de Córdoba y luego remitirse al ámbito nacional. Bergoglio explicó que Alicia puede participar de dos Entes, uno es el Eninder, que convoca a muchas municipalidades, cuya presidencia reside en el municipio de Villa María, y que tanto éxito obtuvo en relación a la obra de pavimentación. Al respecto expresó: "El Eninder para mí es lo mejor que nos podía haber ocurrido", destacando que su localidad obtuvo mediante la distribución equitativa del Ente 18 cuadras de pavimento" (Diario *LA Voz de San Justo*, 02/02/08).

⁴¹ Cravacuore y Clemente (2007) mencionan la realización de algunas acciones sólo por la Subsecretaría de Asuntos Municipales en el ámbito nacional y por las provincias de Buenos Aires, Córdoba y Chaco.

nes de reglas y prácticas operantes cuanto de legitimación de las mismas), la existencia en Argentina de una clara consagración constitucional de la posibilidad de tales emprendimientos. En cuanto a las relaciones cooperativas informales o formalizadas pero con objetivos limitados que se registran, también deben ser valoradas positivamente no sólo porque contribuyen a la dinámica flexible propia del modelo de la gobernanza y realizan con ello un aporte para un “buen gobierno”, sino porque además —en general— facilitan las innovaciones institucionales formales más amplias.

Sin embargo, aunque hay coincidencia en el diagnóstico sobre la necesidad de coordinaciones más abarcativas y estables para superar el problema de la fragmentación y avanzar hacia un ejercicio más eficaz de las competencias de los gobiernos locales, las iniciativas —particularmente las que responden al modelo de la coordinación bajo la sombra de la jerarquía, con soluciones estandarizadas que reordenen las relaciones en la totalidad del territorio provincial—, no se han manifestado hasta la fecha sustentables. Incluso han generado, como se remarca en el texto, una “hiperactividad diseñadora” perniciosa para el sistema institucional.

También se ha reflexionado sobre los actores de la cooperación intermunicipal y las características que pueden asumir las relaciones entre ellos. En ese nivel, interesa insistir sobre la seria debilidad que significa la dependencia excesiva de los gobiernos locales y sus emprendimientos cooperativos con respecto a los niveles supraordenados (nación y provincia), de mano de una cultura política centralista que distorsiona en los hechos los patrones de distribución espacial de recursos financieros y políticos. Las variables relativas al sistema político —fragmentación partidaria y cultura clientelar y oportunista—, conjuntamente con la dependencia financiera, son a nuestro entender las de mayor incidencia negativa: interfieren en iniciativas de los líderes locales o no las promueven cuando existe su posibilidad.

Frente a estas limitaciones estructurales y para evitar tanto la inercia cuanto el hiperactivismo reformador, hay que rescatar y respetar los elementos normativos e instrumentales contenidos en las reglas constitucionales y reforzar el aprendizaje de las enseñanzas dejadas por las articulaciones intermunicipales implementadas o proyectadas, recordando siempre que, como dice Offe, el camino para la innovación institucional es “paciencia y confianza”.

Bibliografía

BANCO MUNDIAL (1997) Informe sobre el desarrollo mundial 1997. Washington.

BARRERA BUTELER, GUILLERMO (2007) “Los entes intermunicipales”, en *Derecho Municipal Profundizado - Cuadernos de estudio*. Sima Editora, Córdoba, Argentina.

BRESSER PEREIRA, LUIZ C. (1997) "A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de control". Ponencia incorporada a la página permanente del Consejo Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD): <http://www.clad.org.ve/docume.html>; consulta: 07/10/08.

CINGOLANI, MÓNICA (2001) "La cooperación intermunicipal después de la descentralización en la Provincia de Córdoba: oportunidades y restricciones", en *Cooperación intermunicipal en Argentina*. INAP- Eudeba. Buenos Aires.

CRAVACUORE, DANIEL (2007) "Los municipios argentinos (1990-2005)" en *Procesos políticos comparados en los municipios de Argentina y Chile (1990-2005)*, Universidad Nacional de Quilmes/ Universidad Autónoma de Chile/ Hans Seidel Stiftung, Buenos Aires, Argentina.

CRAVACUORE D., ILARI S. y VILLAR A. (2004) *La articulación en la gestión municipal- Actores y políticas*. Universidad Nacional de Quilmas Editorial, Argentina.

CRAVACUORE, D. y CLEMENTE, A. (2006) "El proceso reciente de asociativismo intermunicipal en Argentina". Ponencia incorporada a la página permanente del Consejo Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD): <http://www.clad.org.ve/docume.html>; consulta: 20/10/08.

DIAZ DE LANDA, MARTHA (2007) "Las relaciones intergubernamentales desde los gobiernos locales" en *Procesos políticos comparados en los municipios de Argentina y Chile (1990-2005)*, Universidad Nacional de Quilmes/ Universidad Autónoma de Chile/ Hans Seidel Stiftung, Buenos Aires, Argentina.

DIAZ DE LANDA, M. y PARMIGIANI DE BARBARÁ, M. C. (1996) *En lo pequeño y lo pobre... ¿qué pasa con la salud?. Un estudio sobre descentralización de salud en comunas de la Provincia de Córdoba*. Alveroni Ediciones, Córdoba, Argentina.

ECHEBARRÍA ARIZNABARRETA, KOLDO (1998) "La gestión de la transversalidad", ESADE, Barcelona: <http://www.clad.org.ve/Siare>; consulta: 20/10/08.

ESTEBAN, R. y ROSSI D. (2003) "Aportes hacia una regionalización posible y necesaria para los municipios de la Provincia de Buenos Aires". Ponencia presentada al Vº Seminario Nacional de Red Muni, Mendoza. Mimeo.

GRINDDLE, MERILEE (2000) *Audacious Reforms: Institutional Invention and Democracy in Latin America*. The Johns Hopkins University Press, Baltimore.

GOODIN, ROBERT E. (2003) "Las instituciones y su diseño", en *Teoría del diseño institucional*. Gedisa Editorial, Barcelona, España.

HALL, PETER (1986) *Governing the Economy: The politics of state intervention in Britain and France*. Oxford University Press, Nueva York.

HALL, P. y TAYLOR, R. (1996) "Political Science and the Three New Institutionalisms", en *Political Studies*, XLIV.

HOMANS, GEORGE C. (1964) "Bringing men back in". En *American Sociological Review*, 29.

ITURBURU, MÓNICA (2001) "Nuevos acuerdos institucionales para afrontar el inframunicipalismo argentino", en *Cooperación intermunicipal en Argentina*. INAP- Eudeba. Buenos Aires, Argentina.

JESSOP, BOB (1999) *Crisis del Estado de Bienestar- Hacia una nueva Teoría del Estado y sus consecuencias sociales*. Siglo del Hombre Editores, Bogotá, Colombia.

OFFE, KLAUS (2003) "Los procesos de transición en Europa del Este", en *Teoría del diseño institucional*. Gedisa Editorial, Barcelona, España.

OSPINA, S. y PENFOLD, M. (eds) (2002) *Gerenciando las relaciones intergubernamentales. Experiencias en América Latina*. NASPA/Nueva Sociedad. Caracas, Venezuela.

PARMIGIANI DE BARBARÁ, M. CONSUELO (2001) *Estado, Sociedad y Región. Un análisis neoinstitucional de la Región Centro de la República Argentina*. Edit. Ciencia, Derecho y Sociedad/ UNC. Córdoba, Argentina.

— (2002) "La coordinación intergubernamental subnacional de cara a la crisis: posibilidades y límites". Ponencia incorporada a la página permanente del Consejo Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD): <http://www.clad.org.ve/docume.html>.

— (2003) "Instituciones jaqueadas: Reformas político-institucionales a nivel subnacional en el marco de la crisis en Argentina", en Anuario VI del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales -CIJS-2001/2002, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Córdoba, Argentina.

— (2006) "Modelos de regionalización subnacional en la Provincia de Córdoba", en Anuario IX del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales -CIJS-2001/2002, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Córdoba, Argentina.

PNUD (1997) *Gobernabilidad y desarrollo democrático en América Latina y el Caribe*. New York.

PUTNAM, ROBERT (1993) *Making democracy work: Civic traditions in modern Italy*. Princeton University Press.

SCHARPF, FRITZ (1993) "Positive und negative Koordination in Verhandlungssystemen". En Sonderheft 24, Opladen, WVG.

— (1997) *Games real actors play*. Westview Press, Boulder.

TECCO, C. y BRESSAN J. (2000) "La cooperación intermunicipal como estrategia de gestión metropolitana. Un desafío para el Área Metropolitana de Córdoba (AMC)". Ponencia incorporada a la página permanente del Consejo Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD): <http://www.clad.org.ve/docume.html>; consulta: 20/10/08.

WRONG, DENNIS (1961) "The oversocialized conception of man in modern sociology". En *American Sociological Review*, 26.

EL DEBIDO PROCESO ADJETIVO Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Irma Pastor de Peirotti - María Inés del C. Ortiz de Gallardo***

Resumen: El artículo analiza la garantía del debido proceso legal. Se trata de establecer el alcance de este principio y su recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba y de los Tribunales Internacionales, en el marco del denominado control de convencionalidad que los jueces nacionales deben efectuar en función de los tratados internacionales.

Palabras Clave: garantía - principio - vista - sumario - descargo - motivar - sancionatorio - potestad disciplinaria - cesantía - subsanación - control de convencionalidad - derechos humanos.

Introducción

La garantía del debido proceso legal surge como un derecho sustantivo no enumerado del art 33 de la Constitución Nacional y ha sido denominada por Linares para el procedimiento administrativo como la garantía del “debido proceso adjetivo” en el marco del art. 18 ib.

Sus antecedentes históricos se hallan en la Carta Magna de 1215 y en la V y XIV Enmiendas de la Constitución de Estados Unidos donde se alude a la expresión debido proceso legal (*due process of law*).

*Abogada Especialista en Derecho Público, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C.; PROFESORA ADJUNTA de las cátedras de Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. COORDINADORA de la CARRERA DE POSTGRADO DE ESPECIALISTA EN DERECHO PÚBLICO, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. PROFESORA INVITADA de la Carrera de Postgrado de Especialización en Derecho Público y Derecho Procesal (UNC). MIEMBRO del Instituto de Derecho Administrativo en la UNC.

**Abogada Especialista en Derecho Público, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. Auxiliar Docente de Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C., Profesora Adjunta de Derecho Administrativo en la Universidad Católica de Córdoba y en las Carreras de Contador Público y Licenciado en Administración del Instituto Universitario Aeronáutico. Docente de postgrado en la Universidad Empresarial Siglo 21 y en la Universidad Católica de Córdoba. Secretaria Técnica de la Carrera de Especialización en Derecho Público de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales, U.N.C.

Este principio tiene recepción expresa en la **Declaración Universal de los Derechos del Hombre**, suscrita el 10 de diciembre de **1948**, en la que el artículo 10 prescribe: *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”*.

La **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, **1948**, establece:

“Artículo XVIII. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

También ha sido receptado en el artículo 14 del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, aprobado por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de **1966**, con el siguiente contenido:

1. *Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.*
2. *Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.*
3. *Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

- a) *A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;*
 - b) *A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;*
 - c) *A ser juzgado sin dilaciones indebidas;*
 - d) *A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;*
 - e) *A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;*
 - f) *A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;*
 - g) *A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.*
4. *En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.*
 5. *Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.*
 6. *Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.*
 7. *Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país."*

La **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, suscrita en Costa Rica el 22 de noviembre de **1969**, lo recepta en los arts. 8 y 25, en el sentido que:

“Artículo 8. Garantías Judiciales:

1. *Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*
2. *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*
 - a) *derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;*
 - b) *comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;*
 - c) *concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;*
 - d) *derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;*
 - e) *derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;*
 - f) *derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;*
 - g) *derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.*
3. *La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.*
4. *El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.*

5. *El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.*
- “Artículo 25. Protección Judicial
1. *Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*
2. *Los Estados Partes se comprometen:*
- a) *a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;*
 - b) *a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y*
 - c) *a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.*

También consagran este principio otras convenciones del sistema europeo de derechos humanos como es la Convención Europea — artículo 13—; y del sistema africano, en el caso, la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos —art. 7—.

En nuestro ordenamiento jurídico interno, este principio está receptado en la **Ley Nacional de Procedimientos Administrativo N° 19.549** (en adelante L.N.P.A.), en su art. 1° inc. f) y en la **Ley de Procedimiento Administrativo de la Provincia de Córdoba N° 6.658**, en su art. 8.

La L.N.P.A. establece que **el debido proceso adjetivo comprende el derecho a ser oído, el derecho a ofrecer y producir pruebas y el derecho a una decisión fundada.**

El derecho a ser oído significa que el administrado pueda ejercer su derecho de defensa, en cada una de las etapas del procedimiento. De exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieran a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente. Cuando una norma expresa permita que la representación en sede administrativa se ejerza por quienes no sean profesionales del derecho, el patrocinio letrado será obligatorio en los casos en que planteen o debatan cuestiones jurídicas

Se relaciona con **la vista de las actuaciones administrativas** y que garantiza el acceso irrestricto a las mismas. La vista se encuentra receptada en los arts. 38 y 76 del **Reglamento Nacional de Procedimientos Administrativos Decreto 1759/72** (en adelante R.P.A.) y que integra el debido proceso legal adjetivo.

El art. 38 del Reglamento citado dice que puede tomar vista del expediente la parte interesada, su apoderado o su letrado patrocinante. El art. 76 del mismo establece que el pedido de vista suspende los plazos para recurrir.

El derecho a ser oído incluye la posibilidad de que el administrado afectado en sus derechos pueda interponer recursos administrativos para lograr la tutela administrativa de ellos.

El derecho a ofrecer y producir prueba también deriva de este principio. Significa que el interesado tendrá derecho a probar los hechos en que sustente su pretensión y la Administración tendrá la obligación de producirla.

Por consiguiente se afecta el derecho de defensa cuando los plazos para presentar pruebas son muy breves, porque aún cuando no corresponda la instrucción de un sumario, no se puede preparar el descargo en sólo 24 horas.

Sostiene ALTAMIRA GIGENA¹ que *“...la prueba tiene una gran importancia no sólo en el proceso judicial, sino también en el procedimiento administrativo, ya que es el medio más confiable para el descubrimiento de la verdad, y a la vez es la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones, sean estas judiciales o administrativas”*.

El derecho a una decisión fundada también opera como un subprincipio de la garantía del derecho de defensa.

El art. 1 inc. f) apart. 3) de la LNPA dice: *“Derecho a una decisión fundada: que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso”*.

Este derecho se vincula también con lo establecido en el art. 7 inc. e) de la L.N.P.A. que prescribe la obligación de motivar los actos administrativos.

La Administración no puede ampararse en el silencio, argumentando que equivale a una denegatoria.

GORDILLO² sostiene que el debido proceso adjetivo *“...supone el descargo y la prueba, la publicidad, la transparencia, la vista y el acceso irrestricto a las actuaciones, la motivación de los actos y el cumplimiento de los procedimientos especiales requeridos por la ley para determinados actos y decisiones. En cualquier caso, no resultan admisibles interpretaciones que proponen restringir o limitar indebidamente el alcance del debido proceso.*

¹ ALTAMIRA GIGENA, JULIO I., *Acto Administrativo*, Córdoba, Editorial Advocatus, 2008, p. 116.

² GORDILLO, AGUSTÍN, *Procedimiento Administrativo*, 1era Edic., Buenos Aires, Depalma, 2003, p. 43.

En ningún caso será legítimo prescindir de su observancia y cumplimiento...”.

El control de Convencionalidad y la Constitucionalización de los Tratados de Derechos Humanos

La jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba se ajustan a una interpretación garantista de los alcances del debido proceso ya que descalifican la juridicidad de los actos sancionatorios cuando al dictarse, el administrado no pudo ejercer por lo menos su más mínimo descargo.

De la reseña normativa precedente se puede inferir en coincidencia con la doctrina que *“Observamos una significativa evolutividad del derecho nacional e internacional en materia de debido proceso y garantías judiciales, sostenida, básicamente por un activismo judicial, designado por algunos doctrinarios como justicia transicional (concepción de justicia asociada a períodos de cambio político...”*³.

A ello se suma que los preceptos de los Tratados Internacionales transcritos, tienen jerarquía constitucional en virtud de la constitucionalización del derecho internacional de los Tratados sobre Derechos Humanos como consecuencia del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, a lo que se añade el deber de acudir a la doctrina elaborada por los órganos internacionales permanentes, de aplicación de dichos tratados como guía para la interpretación y aplicación del derecho interno.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante C.I.D.H.), en el **Caso Almonacid Arellano y Otros Vs. Chile** Sentencia de 26 de septiembre de 2006, declaró que *“...El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.*

124.La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposi-

³ DRNAS DE CLÉMENT, ZLATA, “Algunas consideraciones sobre el debido proceso y las garantías judiciales en los juicios por violaciones graves a los derechos humanos.¿Justicia transicional?, publicado en www.acaderc.org.ar.

ciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana...” (en análogo sentido **Caso La Cantuta Vs. Perú**, párrafo 173, Sent. del 29/11/2006; **Caso Boyce y otros Vs. Barbados**, párrafo 78, Sent. del 20/11/2007).

Más recientemente, en el **Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá**, Sentencia del 12 de Agosto de 2008, la C.I.D.H. ha enfatizado que *“...la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos...”* (párr. 180).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha admitido que la jurisprudencia de la C.I.D.H. debe servir de **guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica (Fallos 318:514** “Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación - causa n° 32/93” del 07/04/1995 considerando 11°; **321:3630** “Nápoli Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/ infracción art. 139 bis del C.P.” del 22/12/1998; **330:3640** “Acerbo, Néstor Horacio s/ contrabando -causa N° 51.221” del 21/08/2007; **330:1427** “Marchal, Juan s/ apelación”) y desde esta perspectiva ha previsto el **“control de convencionalidad”** expresamente en **Fallos 330:3248** “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad —Riveros—” del 13/07/2007.

ALBANESE define al control de convencionalidad como una garantía destinada a obtener la aplicación del derecho vigente, control que está enraizado en la efectiva vigencia de los derechos y garantías, donde confluyen el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad⁴.

⁴ ALBANESE, SUSANA, *El control de convencionalidad*, Coordinadora: Susana Albanese, 1era. Edición, Buenos Aires, Argentina, Ediar, 2008, p. 15.

El control de convencionalidad constituye así una función esencial de los órganos internacionales competentes que, no se erigen en funcionarios, legisladores o jueces nacionales, sino que interpretan los actos internos al amparo de la Convención, preservando de ese modo la supremacía del derecho internacional de los tratados, máxime cuando, como acontece en nuestro país, algunos de ellos tienen jerarquía constitucional.

Recepción del debido proceso en la Jurisprudencia

La Corte Interamericana de Derechos Humanos expresamente ha decidido que las garantías judiciales del artículo 8 de la Convención no se limitan a los recursos judiciales, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales (Caso “**Ivcher Bronstein**” del 06/02/2001).

El efecto útil hallado en la norma le permitió afirmar a la Corte Interamericana que los órganos jurisdiccionales, como los que ejercen funciones de naturaleza jurisdiccional, tienen el deber de “*adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso...*”⁵.

El contenido esencial de las garantías judiciales ha sido expresamente extendido por la C.I.D.H. al **procedimiento administrativo** en el caso “**Baena, Ricardo y Otros (270 Trabajadores vs. Panamá)**” de fecha dos de febrero de dos mil uno, al señalar que “*...Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal...*”.

En la observancia de estos principios se juega la efectividad de la tutela judicial efectiva y también de la tutela administrativa efectiva que supone la posibilidad de ocurrir ante los Tribunales de Justicia —a lo que cabe agregar, ante las autoridades administrativas competentes— y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes (Fallos 310:276 y 937; 311:208) y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino

⁵ ALBANESE, SUSANA, “El Sistema Regional Americano de Derechos Humanos” en ALBANESE, SUSANA y Otros, Derecho Constitucional, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, pág. 510

por medio de un **proceso —o procedimiento— conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia —o decisión— fundada** (Fallos 310:1819 y fallo de la C.S.J.N. de fecha 14 de octubre de 2004, en autos “A.937.XXXVI. Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER c Dcto. 310/98 s/ amparo Ley 16.986” y comentario de Canosa, Armando N., “Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva” en R.A.P., Nro. 323, pág. 75).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que “...*Las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio que la Constitución consagra se encuentran reglamentadas y puestas en efectiva vigencia a través de las disposiciones de jerarquía legal y naturaleza procesal que rigen el desarrollo de las causas*”⁶ y que “...*Las leyes que reglamentan el sistema de prescindibilidad no pueden ser invocadas como sustento normativo idóneo para fundar una medida disciplinaria de cesantía, omitiendo el sumario en que se acrediten los cargos respectivos y en el que medie oportunidad de ejercer el derecho de defensa; lo contrario importaría convalidar decisiones administrativas que proyectan sombras sobre la reputación de los funcionarios o empleados a quienes se les imputan hechos que no han sido demostrados en legal forma, vulnerándose por esa vía garantías consagradas por la Constitución Nacional*”⁷.

Asimismo la Corte ha declarado en el caso “**Dumit**” (Fallos: 284:150) que no cabe hablar de ‘juicio’ —y en particular de aquel que el art. 18 de la Constitución Nacional exige como requisito que legitime una condena— si el trámite ante el órgano administrativo no se integra con la instancia judicial correspondiente; ni de ‘juicio previo’ si esta instancia no ha concluido y la sanción, en consecuencia, no es un resultado de actuaciones producidas dentro de la misma” (doctrina reiterada en Fallos 321:1043 “Lapiduz, Enrique c/ DGI. s/ acción de amparo” del 28/04/1998).

En otro precedente, recaído en los autos “**Ferrer Deheza, Miguel Ángel**”⁸ el Alto Tribunal sostuvo que “...la Resolución fue dictada con menoscabo de su derecho de defensa. En efecto la naturaleza de la potestad disciplinaria exige que las sanciones de mayor gravedad sean aplicadas sobre la base del respeto a los principios del debido proceso, para lo cual es menester contar con una adecuada oportunidad de audiencia y prueba, extremos éstos que no satisface el exiguo plazo de veinticuatro horas acordado al recurrente, toda vez que no es dable pensar que éste pueda preparar en ese término el descargo y ofrecimiento de pruebas de que intentare valerse.” Y agregó que “...aún cuando en la instrucción del sumario pueda obrarse en ejercicio de facultades discrecionales, ello no autoriza al órgano

⁶ C.S.J.N. Fallos: 303:232 “Renell Emmet, David Alejandro y otro”, 1981.

⁷ C.S.J.N. Fallos: 305:628 “Loza, Rina María c/ Nación Argentina” 1983.

⁸ C.S.J.N. Fallos: 295:726 “Ferrer Deheza, Miguel Ángel” 02/09/1976.

respectivo a separar de su cargo al docente titular de una cátedra en una Universidad Nacional prescindiendo de las normas que hacen al debido proceso, pues la garantía de defensa no es exclusiva de una rama particular del derecho, sino un principio aplicable también a los supuestos en los que la administración pone sanciones...”

Ferrer Deheza había sido cesanteado por el Interventor de la Universidad Nacional de Córdoba, por “falta de rectitud universitaria” y sólo se le había otorgado 24 horas para hacer el descargo.

En “**Marra de Melincoff**”⁹, la Corte expresó “..*Que si bien es cierto que la atribución jurisdiccional no puede llegar a establecer el control de los jueces sobre cualquier sanción disciplinaria impuesta a los servidores del Estado, ya que es sin duda indispensable que el órgano administrativo cuente con una libre apreciación de las faltas, corresponde sin embargo admitir que procede la intervención de la justicia cuando se ciñe a investigar si en la imposición de las medidas que se adopten, se hizo uso legítimo o abusivo de las normas con arreglo a las cuales deben ejercerse las facultades otorgadas. En tal sentido el control de legalidad supone la debida aplicación por el órgano administrativo de las normas estatutarias, de manera que tanto la descripción como la clasificación de los hechos sean correctos. Y es de buena doctrina que el control de legitimidad se cumpla ponderando, entre otras cosas, el prudente y razonable ejercicio de las facultades regladas del Poder Administrador, porque no es admisible una actuación discrecional e irrevisable de aquellas potestades*”.

En este caso la actora había sido cesanteada con fecha 5 de julio de 1979 en atención a las faltas injustificadas, y se le computaron también las posteriores a su cesantía.

Sostiene SESIN¹⁰ “... *no hay sanciones irrecurribles, por cuanto es inconcebible que en el actual Estado de Derecho, que garantiza el acceso a la tutela judicial efectiva, existan reductos que impiden el control judicial del ejercicio de la potestad sancionadora, aún cuando la sanción sea menor...*”.

Aun cuando las correcciones disciplinarias no importen el ejercicio de la jurisdicción criminal propiamente dicha ni el poder ordinario de imponer penas, no cabe olvidar que las sanciones de esta índole requieren para su validez la observancia del principio de legalidad, de la defensa, y de la indispensable intervención de un tribunal judicial, y, que es ineludible la

⁹ C.S.J.N. “Marra de Melincoff, Alicia Leonor c/ Universidad de Buenos Aires” Fallos 306:820 del 10/07/1984, LA LEY 1984-D,429.

¹⁰ SESIN, Domingo, “El principio del formalismo atenuado y sus consecuencias prácticas” publicado en Libro Colectivo *Cuestiones de procedimiento administrativo*, pág. 67 y ss., con motivo de las Jornadas sobre Cuestiones de Procedimiento Administrativo, organizadas por la Universidad Austral, publicado por Ediciones RAP S.A., Buenos Aires, 2006.

existencia de un procedimiento en que se haya instruido el pertinente sumario con la debida intervención de la parte interesada (**Fallos: 315:2990** y disidencia de los Dres. Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Antonio Boggiano y Guillermo A. F. López en **Fallos 320:1411** "Franco, Ricardo Fernando y Alcira Lilian Vanegas c/ Poder Judicial de la Provincia del Chaco y/o Provincia del Chaco s/ demanda contenciosoadministrativa" del 15/07/1997, L.L. 17-10-97).

Estos conceptos han sido actualizados en el precedente de **Fallos 330:1989** "Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación" del 03-05-2007 en el que la Corte dijo que *"...la concepción de la estabilidad del empleado público introducida en el texto del artículo 14 bis de la Constitución Nacional no se compadece con la interpretación conforme a la cual no se habría establecido la garantía de estabilidad en sentido propio, que excluye, por principio, la cesantía sin causa justificada y debido proceso, y cuya violación trae consigo la nulidad de ésta y la consiguiente reincorporación..."*

El caso fallado por la Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación en los autos "**Maghini, Nicolás c/ Tribunal de Disciplina de Abogados**", en el voto del Doctor Domingo SESIN, se precisó que *"...atento el actual desarrollo del Estado de Derecho y la plena vigencia del "derecho a la tutela jurisdiccional" (art. 19 inc. 9 Const. Prov. y 18, 95 de la C.N.) es inconcebible la existencia de normas que consagren la irrevisibilidad judicial de actos administrativos susceptibles de agraviar la situación jurídica de los administrados"*.

En la causa "**Esteban, Elsa**"¹¹, el Doctor SESIN, como presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, anuló el acto sancionatorio mediante el cual la Administración había ponderado que como se trataba de aplicar una sanción leve no hacía falta ni siquiera dar oportunidad a realizar el descargo, antes de aplicar la sanción.

A la docente Esteban Elsa se le aplicaron las siguientes medidas disciplinarias: a) Observación en privado y b) Apercibimiento por escrito con anotación en el legajo de actuación, por no cumplir con las sugerencias y guías dados por la dirección de la escuela. La sentencia del T.S.J. declaró que: *"...Nuestro orden jurídico no acepta la imposición de sanciones implícitas o solapadas. Sólo deben imponerse las que se encuentren taxativamente por la normativa estatutaria aplicable. En consecuencia, no pueden incorporarse en el legajo personal inconductas menores no aplicadas en forma legal, susceptibles de desmerecer la carrera administrativa del agente"*.

¹¹ T.S.J. Córdoba, Sala Contencioso Administrativa, Sentencia Nro. 12 del 04/07/1996 "Esteban, Elsa c/ Provincia de Córdoba - Plena Jurisdicción - Recurso de Apelación.

Y agregó: *“Las sanciones sólo pueden imponerse mediante un acto administrativo que así lo disponga, cumpliendo las formalidades impuestas por los requisitos legales y constitucionales.”*

En los autos **“Ardanaz”**¹² el T.S.J. de Córdoba juzgó que: *“...el ejercicio de las potestades sancionatorias por el Procurador del Tesoro, quien tiene la supervisión de los profesionales encargados de la defensa en juicio del Estado Provincial, no autoriza a sancionar aplicando de modo incorrecto las normas vigentes, lo que acontece en autos, donde la Administración demandada ha sancionado a una profesional invocando a ese fin el precepto atributivo de la potestad de sancionar con “apercibimiento por escrito” las faltas a las normas estatutarias. Pero cierto es que en la actuación in concreto de esa potestad ha omitido efectuar en forma previa una precisa imputación e individualización del específico deber transgredido sin brindarle la posibilidad de ejercitar su derecho de defensa ni ofrecer prueba en forma previa a la imposición de la sanción.*

No son estos los estándares mínimos que impone el principio del debido proceso adjetivo con relación a la formulación de la acusación por la Administración y el correlativo derecho al descargo a favor del agente imputado, como instrumentos jurídicos idóneos que garanticen sin cortapisas el pleno ejercicio del derecho de defensa (arts. 19.9, 39 y 40 de la Constitución Provincial) y la exclusión de toda hipótesis de arbitraria situación de indefensión...”.

Como puede apreciarse, la jurisprudencia que analizamos, no admite la posibilidad de la subsanación de los vicios esenciales del acto administrativo sancionatorio. Esta es la interpretación que ha asumido la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en la causa *“Caselli, Juan Carlos contra Provincia de Buenos Aires (Inst. de Loterías y Casinos). Demanda contencioso administrativa”*¹³.

En **“Aramburo”**¹⁴ el Tribunal dijo: *“...los actos de la Administración devienen arbitrarios cuando ésta prescinde de los elementos de convicción necesarios, impidiendo de ese modo la realización de un correcto proceso de razonabilidad que requiere la comprobación efectiva de los hechos y todas sus circunstancias y la consiguiente aplicación de la norma correspondiente. Ello a través de un juicio lógico en el que se relacionen todos los antecedentes en vinculación directa con el consecuente.*

¹² T.S.J. Córdoba, Sentencia Nro.37 de fecha 05/06/2007 “Ardanaz, Gabriela Irene c/ Provincia de Córdoba - Plena Jurisdicción - Recurso de Apelación”.

¹³ C.S.B.A., Acuerdo de fecha 16 de febrero de 2005.

¹⁴ T.S.-J. Córdoba Sentencia Nro. 14 del 29/05/1997 “Aramburo, Héctor c/ Provincia de Córdoba - Contencioso Administrativo”.

Tal orden de ideas halla su fundamento constitucional en el debido respeto al derecho de defensa consagrado en los arts. 19 inc. 9 y 23 inc. 13 de la Constitución Provincial y en el art. 18 de la Ley Fundamental de la Nación, el que impone el resguardo de los siguientes aspectos: derecho a ser oído, a ofrecer y producir prueba y a una decisión fundada (conf. art. 8 Ley 6658 t.o.)...".

En este caso se trataba de un cadete de la Escuela de Policía que había sido dado de baja por ineptitud física, y en el proceso judicial, el actor probó que la determinación de ese presupuesto fáctico por parte de la Administración había sido arbitraria por cuanto su incapacidad física era provisoria y reversible. Sin embargo, la nulidad del acto administrativo significó para el administrado la pérdida de la chance de terminar sus estudios en la esa escuela, pues al concluir el juicio, ya había superado la edad máxima para ser cadete.

En definitiva, toda acción u omisión, sea normativa o de otra especie, que de cualquier forma limite o restrinja el pleno ejercicio del derecho al debido proceso, sea en los trámites o procedimientos administrativos o en procesos judiciales, importa una violación a los principios esenciales que, además, se traduce en una vulneración del derecho de acceso a la Justicia, pues las personas, y en particular, los administrados, ven limitadas sus posibilidades de ejercer la defensa material de su posición jurídica, cuando son sometidos a restricciones inconciliables con los postulados del debido proceso.

Conclusión

Los pronunciamientos analizados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina y del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba son categóricos en juzgar que cuando no se cumple con el principio del debido proceso durante el procedimiento previo al dictado del acto administrativo procede la nulidad absoluta del acto administrativo.

Sin embargo no hay coincidencia plena en el tema referido a la posibilidad de subsanar los vicios del acto cuando la Administración resuelve los recursos o impugnaciones administrativas interpuestas contra el acto sancionatorio o durante el proceso judicial.

En la doctrina legal vigente del T.S.J. de Córdoba no hay ningún margen para la duda respecto al alcance de la garantía del debido proceso "previo", ya que se excluye la posibilidad de subsanar los vicios del acto después de su dictado, y, consecuentemente, ningún acto que omita los presupuestos mínimos del debido proceso puede ser considerado legítimo.

A ese fin el sumario previo cuando corresponda, o cuando menos el descargo, con tiempo suficiente para garantizar la defensa del administrado, son instancias esenciales y no subsanables del procedimiento sumarial.

En cambio en la Jurisprudencia de la Corte Suprema se admite la subsanación cuando durante el agotamiento de la vía administrativa previa o en el proceso judicial el afectado pudo ser oído y presentar pruebas que hacen a su derecho de defensa.

Para asegurar la efectiva vigencia de este principio sería loable que la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, sea la que marque el destino a seguir para la resolución de los conflictos entre el administrado y la Administración Pública y que todo aquel que ejerce prerrogativas de poder público, al igual que los jueces, también efectúen el **control de convencionalidad** cuando intervienen en el control de legalidad de la actuación administrativa.

Si queremos hablar de derechos humanos “*en serio*” estamos persuadidas de que ese es el camino a seguir.

Bibliografía

ALTAMIRA GIGENA, JULIO I., *Acto Administrativo*, 1era. Edición, Editorial Advocatus, Córdoba, Argentina, 2008.

COMADIRA, JULIO R., *Las Bases Constitucionales del Procedimiento Administrativo*, XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, Ediciones Rap, Buenos Aires, p.229 a 244.

COMADIRA, RODOLFO JULIO. *Procedimiento administrativo (Ley nacional de Procedimientos Administrativos anotada y comentada)* T. 1 (con la colaboración de Laura Monti)-Buenos Aires. L.L.2002. p.62

COUTURE, EDUARDO J., El “debido proceso” como tutela de los derechos humanos. L.L., v. 72, octubre-diciembre 1953.

COVIELLO, Pedro J. J. *El Debido Procedimiento Adjetivo y el Procedimiento Administrativo*. Cuestiones de Procedimiento Administrativo- Universidad Austral. Buenos Aires. Ediciones Rap. 2006

—*Actualidad Jurisprudencial en el Régimen Sancionatorio del Empleo Público*. Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo-Ediciones Rap.2008

GORDILO, AGUSTÍN. *-Procedimiento Administrativo-* 1º Edición Buenos Aires. Desalma 2003. p.3

GOZAFÍNI, OSVALDO ALFREDO, *El Debido Proceso*. - Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004

LINARES, FRANCISCO, *El “Debido Proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*. Razonabilidad de las leyes, Buenos Aires, Depalma, 1944,.

SESIN, DOMINGO J. *El principio del Formalismo atenuado y sus consecuencias prácticas*. Cuestiones de Procedimiento Administrativo- Universidad Austral. Buenos Aires. Ediciones Rap. 2006 p. 78.



EL ACCESO A LA JUSTICIA Y SU PROYECCIÓN SOBRE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. A PROPÓSITO DEL CASO *ITZCOVICH* *

*Ivana Piccardo***

Resumen: El artículo propone un *test* de compatibilidad entre los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre el acceso a la justicia como garantía para el goce de derechos económicos, sociales y culturales y la práctica constitucional de la Corte Suprema argentina. En primer término se repasan los elementos esenciales que vinculan a esta clase de derechos con los mecanismos para su adecuada exigibilidad, para luego profundizar en los lineamientos recientemente diseñados en el orden interamericano, poniendo énfasis en el principio de “igualdad de armas”. Por último, a partir del caso *Iztcovich*, se presentan algunas reflexiones finales.

Palabras claves: Constitución Nacional – Sistema Interamericano de Derechos Humanos- Acceso a la Justicia – Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Corte Suprema de Justicia argentina.

1. Introducción. Objetivos.

Con la reforma del año 1994, la Constitución argentina experimentó una saludable inflación normativa y axiológica por la decisión constituyente de incorporar nuevos derechos, nuevas garantías y nuevas reglas de juego a nuestro sistema jurídico. Este cambio normativo-institucional fue impactando gradual y progresivamente en las decisiones de los operadores jurídicos.

Dentro de este nuevo “bloque supremo”, se encuentra especialmente consagrado el llamado derecho de acceso a la justicia, sobre el que especialmente concentraré la atención en el presente trabajo.

*El presente trabajo fue presentado en el V Congreso Nacional de Derecho, organizado por el Centro de Estudiantes de Derecho de la UNC y realizado en la ciudad de Córdoba (Argentina) durante los días 2, 3 y 4 de octubre de 2008. En líneas generales he mantenido aquí el tenor y contenido de la exposición, de allí la austeridad en las citas, consignando sólo aquellas referencias indispensables y las que pudieren ser útiles para profundizar el tema abordado.

**Abogada (UNC). Doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Becaria de Doctorado S.E.C.Y.T. (UNC). Especialista en Argumentación Jurídica (Universidad de Alicante, España). Docente de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC). E.mail: ivanapiccardo@hotmail.com

Mi objetivo es intentar profundizar una relación que califico de necesaria entre un tipo especial de derechos, los llamados derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y el acceso a la justicia.

La razón principal de este análisis radica en una discusión que en la actualidad es muy intensa y que gira alrededor de lo que podríamos identificar como el punto más álgido y, quizás, el más controvertido que presentan en general los DESC: su exigibilidad; esto es, la posibilidad cierta y concreta de su pleno y efectivo goce.

El tópico sobre la exigibilidad de los DESC puede ser analizado desde múltiples puntos de vista, según se ponderen los diversos elementos que se encuentran necesariamente implicados. Mi objetivo específico se centrará aquí en realizar un análisis de compatibilidad entre algunos de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos respecto del acceso a la justicia como garantía de los DESC y la práctica constitucional en nuestro país, haciendo especial foco en las decisiones de la Corte Suprema y del Congreso Nacional, tomando a tal fin el caso *Itzcovich*¹, como un buen caso para el *test*.

2. Elementos relevantes para el *test* de compatibilidad.

Para comenzar, traeré a la discusión una serie de elementos que permitirán situarnos adecuadamente en el escenario de los DESC, y en especial, en los principios, reglas y pautas programados en clave de su pleno y efectivo goce.

2.1. Elementos normativos “fundamentales”.

a) Los “nuevos derechos”.

El primer elemento normativo emerge del propio contexto institucional argentino². Me refiero a las normas sobre DESC introducidas al sistema jurídico a través de la última reforma constitucional. En efecto, a partir de 1994 se incorporaron a la cúspide del ordenamiento normativo:

(i) una serie de Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional³ que consagran DESC (entre muchos otros ti-

¹ “Itzcovich, Mabel c/ ANSES s/ reajustes varios”. CS I. 349. XXXIX. 29/03/2005.

² La característica apuntada como “propio del contexto constitucional argentino” lo es en tanto producto de un proceso particular e interno. No obstante, el contenido de este primer elemento normativo es común y compartido por otros sistemas jurídicos.

³ Cfr. art. 75 inciso 22 de la CN. Allí se enumeran los tratados integrados al bloque de constitucionalidad con la reforma: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre

pos o clases de derechos). La cláusula constitucional que dota de jerarquía a estos tratados dispone asimismo que (a) sus normas deben entenderse complementarias de los derechos y garantías de la Constitución, y que (b) gozarán del *status* de supremacía en las condiciones de vigencia de dichos tratados. Estas condiciones suponen por un lado, que (a) los tratados ingresan al sistema interno tal como fueron aprobados y ratificados por nuestro país (esto es, con las reservas planteadas oportunamente); y, que (b) las decisiones de los organismos internacionales tienen fuerza normativa⁴ en nuestro ordenamiento jurídico interno⁵.

(ii) un nuevo capítulo de derechos y garantías “insertados” en la primera parte de la Constitución Nacional (CN) que consagra, (a) los derechos de los consumidores y usuarios como un subtipo de los llamados DESC por contenido y alcance⁶; (b) normas que regulan la “*utilización racional de los recursos naturales*”, la protección del ambiente destacando “*el derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano...*”⁸, y la regulación de las actividades productivas; (c) la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica⁹; y (d) el derecho a la información y educación ambientales¹⁰.

(iii) por último, aprovechando la generosa habilitación del Congreso en su función preconstituyente, la Convención agregó normas consagratorias de nuevos derechos y principios “colándolos” en la segunda parte de la CN, identificada tradicionalmente con la organización del poder. Así, entre las nuevas normas directamente vinculadas a los DESC, se destacan: (a) la segunda parte del art. 75 inciso 23, que pone en cabeza del Congreso

la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño. A estos debemos agregar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas que obtuvo jerarquía constitucional en el año 1997 a través del procedimiento previsto en el art. 75 inciso 22 *in fine* de la CN.

⁴ No obstante los diferentes efectos jurídicos de dichas decisiones según emanen de uno u otro órgano. Al respecto véanse los arts. 34 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁵ No obstante esta postura generalizada sobre la interpretación de la cláusula constitucional, algunos autores presentan reparos. Así, Gelli (2003, pp. 594) sostiene que “...interpretar que las condiciones de vigencia de los tratados de derechos humanos implican la interpretación que al respecto hagan de ellos los organismos internacionales, suscita el problema de las relaciones del orden jurídico interno con el derecho internacional y el mantenimiento o no de la supremacía de la Corte Suprema frente a la protección internacional de los derechos humanos y las competencias respectivas de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”

⁶ La protección de los consumidores y usuarios está consagrada en el art. 42 de la CN.

⁷ Cfr. primera parte del art. 41 de la CN.

⁸ Cfr. art. 41 de la CN.

⁹ Art. 41 de la CN.

¹⁰ Art. 41 de la CN.

la facultad de “...Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.”; (b) la cláusula de los pueblos indígenas que, tras reconocer su preexistencia étnica y cultural, consagra el derecho a su educación bilingüe e intercultural, reconoce la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras¹¹, entre otras dimensiones relevantes; y por último, (c) el inciso 19 del art. 75 que amplía notoriamente el alcance de la histórica “cláusula del progreso” articulada alrededor de cuatro ejes: el desarrollo humano y sus diversos componentes, el crecimiento igualitario y armónico de las provincias y regiones (de la Nación), los principios básicos de la educación, y la protección de la identidad y pluralidad cultural.

Como vemos, en este nuevo bloque constitucional, junto a los históricos derechos sociales que nuestra constitución consagraba ya antes de la reforma¹², se han acomodado al lado y en el mismo nivel¹³ todos los nuevos derechos capturados bajo la categoría de “derechos económicos, sociales y culturales”.

b) Las “nuevas garantías”.

El segundo elemento normativo también reconoce su origen en el proceso constituyente antes referido. Los instrumentos internacionales de Derechos Humanos se han ocupado también y especialmente de explicitar compromisos (de jerarquía superior) a fin de asegurar los medios, mecanismos y vías para garantizar en concreto el goce real y efectivo de los derechos humanos; de suerte tal que si el ejercicio de éstos estuviere garantizado, el compromiso debe entenderse en el sentido de mantener y mejorar (tanto como asegurar la continuidad de) las vías y mecanismos previstos a tal fin. De lo contrario los Estados Partes deberán:

“...adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresiva-

¹¹ Art. 75 inciso 17 de la CN.

¹² Art. 14 bis de la CN. Un repaso analítico de dicho artículo puede verse en Gelli (2003, pp.116 -133). Asimismo, puede verse Fayt (2008).

¹³ Repárese que el art. 75 inciso 22 al establecer el carácter jerárquico de los tratados advierte que sus normas “no derogan artículo alguno de la primera parte de la esta constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.” De esta norma se desprenden dos consecuencias relevantes; en primer lugar que, (a) la Convención Constituyente al discutir la incorporación y jerarquía de las normas internacionales realizó un *test* de compatibilidad entre las normas constitucionales ya existentes y las nuevas a incorporar, y (b) estableció una pauta de interpretación a fin de lograr la armonización de ambos tipos de normas en los conflictos concretos que se presenten; sin dudas una pauta dirigida a los operadores del sistema, en especial a los jueces.

mente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

La fórmula transcrita *supra* corresponde al art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que especialmente concentra su atención en los derechos cuya exigibilidad es —como hemos afirmado— una cuestión altamente controvertida en la dogmática y en la práctica.

Una cláusula que replica de manera más austera esta fórmula garantista es la contenida en el art. 2 del Pacto de San José de Costa Rica al disponer que los Estados:

“...se comprometen a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades...”

Asimismo, expresan este compromiso, el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los arts. 2 y 3 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y el art. 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros.

A estas normas-compromisos expresadas en términos genéricos debemos agregar —y aquí nos acercamos a lo que más interesa— aquellas que específicamente tienden a asegurar el acceso a la justicia, el derecho a contar con recursos rápidos y sencillos, y el derecho a la tutela judicial efectiva. Merecen especial resalto las normas de los arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁴.

Las normas que hemos referido, y que podríamos englobar bajo la locución “compromiso de garantía”, revisten a su vez una característica especial que permite (y obliga) a evaluar con alto grado de exigencia el comportamiento de los poderes del Estado. Me refiero a lo que denominaré “compromiso de progresividad”¹⁵, claramente reflejado en la cláusula antes transcrita del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, como también en el capítulo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dedicado especialmente a los DESC, al disponer que:

¹⁴ El art. 8 establece una serie de principios básicos de protección judicial (remitimos al texto de la Convención para su lectura íntegra), y el art. 25 consagra en especial el derecho de toda persona a contar con un “...recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales...”, y establece el compromiso de los Estados “...a desarrollar las posibilidades de recurso judicial...”, entre otras cuestiones.

¹⁵ Sobre el punto, puede verse Courtis (2006).

“...Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”¹⁶.

Este “compromiso de progresividad” enlazado al “compromiso de garantía” conforman una plataforma garantista que habilita genuinamente a elevar las expectativas al máximo en términos de mejores escenarios a futuro para los DESC.

El derecho de acceso a la justicia, capturado dentro de lo que llamamos “compromiso de garantía” constituye sin dudas el eje central para el aseguramiento y la concreción de los derechos humanos fundamentales. Esto explica el intenso desarrollo que registra este derecho en la jurisprudencia y la doctrina nacional e internacional en los últimos tiempos.

Este nuevo contexto jurídico fundamental ha impactado sin dudas en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico interno, agregando un cúmulo de nuevas reglas, principios y valores así como jurisprudencia y doctrina al sistema jurídico, en consecuencia —y en lo que aquí interesa— la reforma constitucional (y su inmediata consecuencia, el nuevo bloque supremo) ha ampliado las opciones argumentativas e interpretativas de los operadores internos. Esto repercute especialmente en el Congreso como órgano democrático de representación popular por excelencia y en la Corte Suprema por ser la principal y más relevante caja de resonancia y control del principio de supremacía constitucional en nuestro sistema.

Así, el nuevo bloque normativo institucional sumado a la fuerza normativa de las decisiones de los organismos internacionales en nuestro sistema jurídico interno, impone sin dudas una resignificación tanto del valor y alcance de la jurisprudencia en el esquema de fuentes del ordenamiento interno, cuanto del peso e impacto del producto de las deliberaciones del órgano legislativo.

2.2. La discusión teórica sobre la exigibilidad de los DESC.

Existe un dilatado debate doctrinario sobre la operatividad o no de los DESC, y en especial sobre la justiciabilidad de los reclamos que persiguen su respeto, protección y promoción¹⁷.

¹⁶ Cfr. art. 26 (desarrollo progresivo) del citado instrumento internacional.

¹⁷ Algunos autores fincan esta discusión en la existencia de prejuicios ideológicos más que en genuinas razones de dogmática jurídica. Al respecto, véase Abramovich-Courtis (2003, pp.55).

En efecto, la discusión sobre la exigibilidad¹⁸ (nivel y grado) queda atrapada sin dudas en los dilemas comunes y bien conocidos que atraviesa a esta categoría especial de derechos. Me refiero a los planteos recurrentes (especialmente en orden a las dificultades de judiciabilidad) bajo argumentos como, (a) la falta de especificación concreta del contenido de estos derechos (del nivel y tipo de prestaciones a cargo del Estado), (b) la inadecuación de los mecanismos procesales tradicionales para su tutela, y (c) en general aquellos que se inscriben en una fuerte tradición en contra del ejercicio del control de constitucionalidad en estas materias.

2.3. La efectividad de los DESC y el rol de los jueces.

Ahora bien, en nuestro país, como en general en aquellos con una fuerte tendencia a comportamientos anómicos de la sociedad y del propio Estado respecto del cumplimiento de los patrones normativos básicos sobre los derechos consagrados constitucionalmente, sumado a respuestas zigzagueantes —cuando no esquivas— del poder legislativo; la mirada atenta se ubica sin dudas sobre la actuación del poder judicial y la forma en que los jueces, en especial los máximos órganos de decisión, resuelven los casos concretos sobre DESC sentando precedentes que, en la teoría y en la práctica, revisten un valor fundamental.

Esta especial atención sobre el comportamiento de los jueces obedece asimismo al hecho que las decisiones judiciales recaídas en casos concretos, no sólo habilitan soluciones a reclamos puntuales; avanzan asimismo hacia contextos que permiten abandonar los planteos en orden a las dificultades de judiciabilidad que apuntábamos más arriba.

En este escenario, si bien la discusión actual aparece claramente dominada por enfoques consistentes inclinados a sostener y defender la justiciabilidad y autoejecutabilidad de estos derechos (aún cuando con matices); no lo es menos que en la práctica, las posiciones y decisiones de los poderes del Estado (y en especial de los jueces), o bien adoptan versiones débiles sobre este punto, o bien lisa y llanamente excusan el no reconocimiento al goce pleno de estos DESC en peculiares interpretaciones de las normas que integran el núcleo duro de los compromisos de garantía y progresividad antes aludidos.

Un punto central, especialmente conflictivo, lo constituye la discusión sobre el nivel de incumbencia del poder judicial en decisiones normativas e institucionales sobre políticas públicas que adoptan los otros poderes del Estado (por ejemplo la ley de presupuesto nacional). Este problema se enmarca en el esquema de organización de competencias del Estado,

¹⁸ Sobre esta discusión, puede verse Abramovich-Courtis (2002).

y se vincula especialmente con las reglas constitucionales que establecen que el contenido y alcance de aquellas decisiones son de resorte exclusivo y excluyente de los poderes legislativo y ejecutivo¹⁹. En efecto, la división de tareas por imperio de categorías competenciales de rango constitucional (en especial las atribuciones de los poderes eminentemente políticos del Estado) es frecuentemente utilizada como un elemento determinante para debilitar la legitimidad de las decisiones judiciales que hacen foco en los incumplimientos de las obligaciones a cargo de aquellos poderes.

Estas circunstancias han motivado especialmente la propuesta de ofrecer un *test* de compatibilidad a partir de un *leading case* fallado por la máxima instancia judicial de nuestro país.

3. Los estándares garantistas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Desde hace algunos años, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha reconocido la necesidad de comenzar a delinear principios y estándares sobre el alcance de los derechos de acceso a la justicia, al debido proceso judicial y a la tutela judicial efectiva, en casos que involucren la vulneración de derechos económicos, sociales y culturales.

Un resultado reciente de esta preocupación lo constituye el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) elaborado en el mes de septiembre de 2007 titulado "*El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*"²⁰.

Dicho informe da cuenta de un relevamiento y sistematización de los principales estándares fijados por la CIDH en sus informes sobre peticiones, informes de país e informes temáticos, así como jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), concentrándose en cuatro ejes prioritarios respecto de la protección judicial de los DESC: (a) la remoción de obstáculos económicos para garantizar el acceso a los tribunales; (b) los componentes del debido proceso en los procedimientos administrativos relativos a derechos sociales; (c) los componentes del debido proceso en los procedimientos jurisdiccionales; y (d) los componentes del derecho a la tutela judicial efectiva de derechos sociales individuales y colectivos.²¹

¹⁹ La cuestión planteada suele aparecer también como punto relevante en las pretensiones de diferenciación entre los derechos civiles y los derechos sociales en orden a devaluar las posibilidades de concreción y exigibilidad de estos últimos.

²⁰ OEA/Ser. L/V/II.129. Doc.4, 7 septiembre 2007. Original: Español.

²¹ Cfr. considerandos 43 y 45 del Informe citado.

Tal como explícitamente lo afirma la CIDH, la finalidad de este estudio es “...contribuir a mejorar la institucionalidad de las políticas y servicios sociales en los países americanos, fortalecimiento de los sistemas de fiscalización, transparencia y rendición de cuentas, así como mecanismos de participación y vigilancia social de las políticas públicas en esta materia”²². Advirtiendo que “...si bien los casos no pueden considerarse absolutamente representativos de los problemas sociales e institucionales de los países de la región...”, la reseña de la jurisprudencia del sistema interamericano puede contribuir a mejorar el diagnóstico de los principales problemas regionales en el acceso a los sistemas y mecanismos de justicia.

De acuerdo al objetivo propuesto, me concentraré en el tercero de los puntos sindicados como prioritarios por la CIDH, previo resaltar algunas advertencias iniciales del SIDH: (a) la vigencia y relevancia del debido proceso legal en todo proceso en que esté en juego la determinación del contenido de los derechos humanos, extendiendo el alcance de la intangibilidad del debido proceso y del elenco de garantías mínimas incluidas en este derecho, a todos los órdenes y fueros, no sólo al penal, y (b) la existencia de una relación directa entre la idoneidad de los recursos judiciales disponibles y la posibilidad real de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Veamos algunos de los estándares desarrollados en relación a la garantía del debido proceso legal en sede judicial a propósito del *leading case* propuesto para el *test*.

- 1) Los Estados tienen la obligación de diseñar y consagrar normativamente recursos efectivos para la cabal protección de los Derechos Humanos, como asimismo la obligación de asegurar la debida aplicación de dichos recursos por parte de sus autoridades judiciales, en procedimientos con las garantías adecuadas²³. Este es un principio básico que funciona —como se verá— como buen punto de partida para los lineamientos propuestos.
- 2) En este orden, el SIDH ha identificado en especial el “principio de igualdad de armas” como componente integrante de la garantía del debido proceso legal. La atención sobre este principio tiene su origen sin dudas —y tal como lo expresa la CIDH— en la desigual posición procesal que suele verificarse en litigios vinculados a derechos sociales frente al Estado, como resabio de las posiciones tradicionales del derecho ad-

²² Cfr. considerando 44 del Informe citado.

²³ Cfr. considerando 17 del Informe citado.

ministrativo que suelen conferir privilegios al Estado en su relación con los administrados.²⁴

- 3) En esta línea, la CIDH postula la obligación de los Estados de *“...adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses”*²⁵. Sobre este punto, es concluyente la opinión de la CIDH al considerar que la no adopción de estas medidas de compensación significaría en la práctica la imposibilidad de disfrutar de un verdadero acceso a la justicia en condiciones de igualdad por parte de quienes se encuentran en condiciones de claras desventajas iniciales respecto de quienes no afrontan tales desventajas.
- 4) Complementando el postulado anterior, la CIDH sostiene que en ocasiones, según las circunstancias particulares del caso, es necesario contar con (prever) garantías adicionales a las explícitamente prescriptas en los instrumentos de derechos humanos, para asegurar un juicio justo. La CIDH ha sostenido que esta estipulación atiende la necesidad de *“...reconocer y corregir toda desventaja real que las personas afectadas en los procedimientos puedan tener y observar en ello el principio de igualdad ante la ley y el corolario que prohíbe todo tipo de discriminación”*²⁶.

4. El acceso a la justicia como garantía de los DESC y el caso *Iztcovich*.

A la luz de los principios y estándares revisados, veamos el caso elegido para el *test* de compatibilidad. Se trata del fallo de la Corte del año 2005 en autos *“Iztcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios”*.

El caso se origina a partir de una demanda contra la ANSES²⁷ entablada por una beneficiaria del régimen previsional, Mabel Itzcovich, que

²⁴ Cfr. considerandos 185 y 186 del Informe citado. Sobre el particular, la CIDH resalta que a partir de la OC-16/99, la CorteIDH dejó sentado que *“...para que exista ‘debido proceso legal’ es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal (...) Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación...”* (párrafo 117).

²⁵ Cfr. considerando 188 del Informe citado.

²⁶ Cfr. considerando 189 del Informe citado.

²⁷ Administración Nacional de la Seguridad Social, organismo descentralizado, en jurisdicción del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, creado en el año 1991

cuestiona el monto del haber jubilatorio oportunamente otorgado, reclamando un reajuste en el mismo en virtud del régimen de movilidad de las prestaciones dispuesta por ley²⁸. Funda su petición en los arts. 14 bis, 16, 17, 18 y 28 de la CN (derecho a la seguridad social, principio de igualdad, derecho de propiedad, derecho al debido proceso y principio de razonabilidad) y solicita asimismo se declare la inconstitucionalidad del art. 19 de la ley 24463²⁹ de solidaridad previsional. Dicha disposición establecía que *“La sentencia definitiva de la Cámara Federal de la Seguridad Social será apelable ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por recurso ordinario, cualquiera fuere el monto del juicio. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación serán de obligatorio seguimiento por los jueces inferiores en las causas análogas”*. El Congreso había creado así una tercera instancia de revisión ordinaria para cuestiones derivadas del régimen previsional.

En primera instancia³⁰, la actora obtiene sentencia favorable a su pedido, y en consecuencia un recálculo de los montos que le correspondían. La ANSES apela dicho fallo, y la Cámara Federal de la Seguridad Social (Sala III) confirma aquella decisión.

Contra esta segunda decisión favorable a la actora, la ANSES ocurre ante la Corte Suprema echando mano, precisamente, del recurso ordinario excepcional previsto en el citado art. 19.

El caso es resuelto por la máxima instancia judicial en el año 2005, y constituye, tal como lo ha reconocido mayoritariamente la doctrina constitucional, uno de los cuatro precedentes jurisprudenciales de mayor impacto en la historia previsional argentina de los últimos quince años³¹.

El caso nos permite un buen ejercicio para nuestro *test* de compatibilidad por cuanto: (a) están comprometidos derechos sociales, en

por Decreto 2741/91 (B.O.08/01/92). Está facultado para administrar los fondos correspondientes a los regímenes nacionales de jubilaciones y pensiones, en relación de dependencia y autónomos, de subsidios y asignaciones familiares; y a partir del año 1992 también administra los ingresos del Fondo Nacional de Empleo.

²⁸ El art. 32 de la ley citada, establece que *“Las prestaciones del Régimen Previsional Público tendrán la movilidad que anualmente determine la Ley de presupuesto conforme al cálculo de recursos respectivo”*.

²⁹ El citado texto fue derogado por imperio de la Ley 26.025 del año 2005 que asimismo dispuso que dicha derogación lo era *“...sin perjuicio de la validez de los recursos interpuestos con arreglo a dicha norma hasta la fecha de publicación de la presente ley”*.

³⁰ Interviene el Juzgado Federal de la Seguridad Social N° 8.

³¹ Así, primero ubicamos el caso *Chocobar* (la mayoría resolutive denegó la actualización de un haber jubilatorio), a este le siguió *Sánchez* (el mismo tribunal, en su composición actual, revirtió aquella decisión), y luego de *Itzcovich*, cerrando el círculo problemático de reclamos de ajustes previsionales, aparece *Badaro* (la Corte aquí hizo lugar al derecho de recomposición de haberes transfiriendo al Congreso la responsabilidad de determinar la proporción de la misma a través de una sentencia exhortativa). Al respecto puede verse Bianchi (2008).

especial derechos derivados del sistema previsional, en una dimensión concreta: el derecho a gozar de la movilidad del haber jubilatorio conforme lo dispone la ley. En consecuencia, el caso impacta a nivel bloque de constitucionalidad del sistema jurídico fundamental integrando el “núcleo duro no negociable”; y (b) la *litis* se traba entre un particular y un organismo descentralizado del Estado Nacional, reflejando así la dupla de contendientes más paradigmática (y problemática) en los conflictos que sitúan a los DESC como protagonistas.

En *Itzcovich*, la Corte no se pronunció sobre el fondo de la cuestión (sobre la sustancia litigiosa) sino indirectamente, confirmando las sentencias de las instancias inferiores que oportunamente dieron razón a la demandante³². Así, el máximo órgano en su parte resolutoria dio por terminado el conflicto declarando la invalidez constitucional de una norma infraconstitucional emanada del Congreso Nacional. Y al resolver de esta manera, echó por tierra la nueva chance de revisión, la tercera instancia recursiva excepcional prevista especialmente para los casos en que estuviera en discusión el contenido y alcance de derechos previsionales. El citado art. 19 constituyó precisamente el núcleo normativo que habilitó que el conflicto, en su sustancia, llegara a conocimiento y decisión de la Corte, al tiempo que ésta, deliberadamente, lo ubicó como el eje del conflicto a dirimir.

En rigor, una rápida mirada sobre el fallo nos haría coincidir en la decisión final adoptada por la Corte, en razón de las consecuencias sobre los derechos reclamados por la jubilada involucrada, en tanto la misma implicó una respuesta favorable del poder judicial a un planteo que involucraba un reclamo individual sobre el goce de un derecho de seguridad social.

Sin embargo, si nos detenemos en los argumentos esgrimidos en los distintos votos que conformaron la mayoría, y nos permitimos una segunda lectura del fallo en clave prospectiva y asumiendo el valor y relevancia de la jurisprudencia de la Corte en el concierto de fuentes del derecho interno, adquiere visibilidad el punto que considero problemático en el fallo en cuestión.

Si nos detenemos en el análisis del *iter* argumentativo de los distintos votos que conforman la sentencia, veremos claramente que el único argumento genuinamente mayoritario (en términos argumentativos y no

³² En efecto, y tal como advierte Gelli (2005) “... la Corte Suprema evaluó la insuficiencia de los agravios articulados por la demandada *después* de examinar la constitucionalidad de la ley que establecía el recurso ordinario por ante ella, y luego de declarar inválida la disposición en crisis, considerándola violatoria de derechos y garantías emanados de la Ley Suprema y de los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional”(el énfasis me pertenece).

meramente resolutivos: lo sostienen ocho de los nueve jueces) gira alrededor del análisis sobre los límites en el ejercicio del control de constitucionalidad de la propia Corte, y no sobre la conveniencia o no de mantener la tercera instancia de revisión en miras al mejor resguardo de los derechos sociales en juego.

Así, el máximo órgano decidió acotar las posibilidades de revisión, disminuyendo las chances jurisdiccionales de defensa, persiguiendo como fin último reducir el acceso al máximo órgano de control, última instancia de tutela en materias tan álgidas como los derechos de las personas más vulnerables. Y si bien en el caso concreto, esta postura favoreció el reclamo puntual, no debemos perder de vista que estamos ante un fallo de la Corte Suprema, y en consecuencia vale aquí esta decisión no sólo por su efecto *inter partes*, sino en tanto precedente jurisprudencial.

En efecto, el caso *Itzcovich* fue deliberadamente elegido por la Corte para trazar los rasgos de su propio rol institucional, acotando el ámbito de su jurisdicción. Y esta decisión es adoptada no obstante reconocer que mediante el establecimiento de este recurso excepcional, el Estado perseguía instalar un sistema eficiente que permitiese cubrir mejor los riesgos de subsistencia de la población de mayor edad o incapacitada, estableciendo un modo de revisión judicial de los actos que otorguen o denieguen beneficios o reajustes.³³

Aquel argumento institucional, decisivo en la resolución del fallo, desplazó en forma concluyente del primer lugar de atención la cuestión de fondo y el análisis más profundo que merecía la cláusula del art. 19, a la luz de los principios y contenidos básicos del derecho de acceso a la justicia en los procedimientos judiciales que involucran derechos sociales.

Repasando los *iter* argumentativos de los jueces, se advierte claramente que el norte de la aplicación de las diferentes pautas de razonabilidad (orientadas por una visión consecuencialista) utilizadas por los jueces para justificar la decisión final, es —sin dudas— el efecto nocivo que la expansión de la competencia causaba al máximo tribunal, haciendo evidente la utilización del caso *Itzcovich* para advertir que en adelante la Corte concentrará y limitará el ejercicio del control de constitucionalidad, con independencia de los derechos que se encuentren en juego.

5. Reflexiones finales.

La preocupación inicial que me generó el caso, cambió de punto de anclaje —agravándose aún más— por cuanto a días de conocerse el fallo *Itzcovich*, el Congreso decide derogar el art. 19 en cuestión. Esto es, a

³³ Cfr. considerando 6° del voto de Maqueda y Zaffaroni.

la invalidez declarada por la Corte se sumó luego la derogación dispuesta por el Poder Legislativo. Esta decisión legislativa agrega un elemento más, que hace al caso especialmente relevante desde la perspectiva de análisis propuesta.

Retomando, no pierdo de vista que la solución mayoritaria en términos resolutivos fue favorable a Mabel Itzcovich. Lo problemático lo constituye la incerteza (en términos de resultado) respecto de futuros planteos que involucren reclamos sobre derecho a prestaciones previsionales, e incluso, si expandimos las hipótesis sobre otros derechos económicos, sociales y culturales.

En efecto, el caso sienta un precedente que puede resultar perjudicial para otros reclamos que no obtengan una resolución favorable en instancias inferiores a la Corte y que —de aplicarse la doctrina del caso en cuestión— quedarían sin chances de revisión, sin ese recurso extraordinario que había diseñado el Congreso para dotar a las partes (más aún a la parte más débil del proceso) de mayores posibilidades y herramientas de defensa.

Frente a la resolución de la Corte que hemos analizado y considerando el efecto inmediato y casi automático que la misma produjo en el Congreso Nacional, me pregunto en clave prospectiva, ¿qué valor debe asignársele a este fallo, en tanto precedente, considerando los compromisos de garantía y de progresividad consagrados para asegurar los medios, mecanismos y vías que garanticen el goce real y efectivo de los derechos humanos, y condicionar el comportamiento de los poderes públicos del Estado? El valor de este precedente decae aún más si analizamos la sentencia no sólo a la luz de estos umbrales mínimos (compromisos) sino también a la luz de los objetivos trazados por el SIDH, de dar plena efectividad al derecho de acceso a la justicia valorizando componentes esenciales del debido proceso judicial.

Sin dudas el caso no es un buen ejemplo a seguir considerando el bloque supremo de derechos y garantías constitucionales y los estándares fijados por el SIDH. Es de esperar que la Corte en adelante considere las pautas y criterios básicos construidos a partir de la práctica institucional de la CIDH y de la CorteIDH, así como los propios derechos y garantías fundamentales incorporados a nuestro sistema jurídico interno con el máximo rango.

La reciente decisión del Congreso de la Nación (a instancias del Poder Ejecutivo), de estatizar los fondos de las AFJP, introduce un nuevo esquema de reglas de juego con directo impacto en los aportes de los trabajadores y sus genuinas expectativas de obtener en un futuro —más o menos cercano—, una jubilación digna y justa. A poco de entrar en vigencia

el nuevo régimen, comenzaron a conocerse los reclamos judiciales cuestionando componentes esenciales del mismo. Me pregunto; ¿Tomarán los jueces en consideración los estándares fijados por el SIDH sobre acceso a la justicia en casos que comprometan el goce de derechos económicos, sociales y culturales?. Muy pronto podremos evaluar la actuación del poder judicial en este nuevo desafío institucional. Entonces, será una buena excusa para volver a discutir sobre este tema.

Bibliografía citada:

ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales", en *Derechos Sociales. Instrucciones de uso*, Abramovich, Víctor, María José Añón y Christian Courtis (compiladores), editorial DJC, México, 2003.

—*Los derechos sociales como derechos exigibles*, editorial Trotta, Madrid, 2002.

BIANCHI, ALBERTO B., "El derecho constitucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema entre 2003 y 2007", publicado por *Editorial La Ley (18/02/2008)*, Buenos Aires, 2008.

COURTIS, CHRISTIAN, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

FAYT, CARLOS, *Evolución de los derechos sociales del reconocimiento a la exigibilidad. El legado del Siglo XX y los desafíos del Siglo XXI*, editorial La Ley, Buenos Aires, 2008.

GELLI, MARÍA ANGÉLICA, "El caso 'Itzcovich' ¿un fallo institucional de la Corte Suprema?", publicado por *Editorial La Ley (B-1388)*, Buenos Aires, 2005.

—*Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, editorial La Ley, 2º edición actualizada, Buenos Aires, 2003.

Bibliografía general:

ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

ABREGÚ, MARTÍN y COURTIS, CHRISTIAN (compiladores) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, editorial del CELS, Buenos Aires, 1997.

AGUILO REGLA, JOSEP, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, editorial Ariel, Barcelona, 2000.

—"Sobre la constitución del estado constitucional", en Doxa, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 24, Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante, 2001.

AÑÓN, MARÍA JOSÉ y GARCÍA AÑÓN, JOSÉ (coordinadores), *Lecciones de derechos sociales*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

ATIENZA, MANUEL, *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, editorial Ariel, 1ª edición, Barcelona, 2006.

BARRERA BUTELER, GUILLERMO, “El caso ‘Itzcovich’: ¿una sentencia de necesidad y urgencia?”, publicada en el *Foro de Córdoba*, Año XVI, N° 99 (pp. 180), 2005.

BAZÁN, VÍCTOR, “El caso ‘Itzcovich’: protección de los derechos sociales y reivindicación del rol institucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *Debates de Actualidad*, publicación de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 2005.

COMANDUCCI, PAOLO, *Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo*, editorial Fontamara, 1ª reimpresión, México, 2004.

FAYT, CARLOS, *Evolución de los derechos sociales del reconocimiento a la exigibilidad. El legado del Siglo XX y los desafíos del Siglo XXI*, editorial La Ley, Buenos Aires, 2008.

FERRAJOLI, LUIGI, “El derecho como sistema de garantías” en *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, editorial Trotta, Madrid, 1999.

GELLI, MORDA ANGÉLICA, *Constitución Argentina. Comentada*. Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003.

GUIBOURG, RICARDO, “Fuentes del Derecho”, en *El derecho y la justicia* de Garzón Valdés y Francisco Laporta (compiladores), editorial Trotta, 2ª edición, Madrid, 2000.

HIRSCHMANN, PABLO G., “Síntesis de los principales fallos de la Corte Suprema de la Nación en materia constitucional del año 2005”, en *Debates de Actualidad* N° 197 (pp.112), publicación de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 2006.

MANILI, PABLO, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, edición La Ley, Serie de libros Universitarios, Buenos Aires, 2003.

PISARELLO, GERARDO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.



SECCIÓN II
DERECHO PENAL

LA JURISPRUDENCIA EN LOS ACCIDENTES DE TRÁNSITO

*Ana María Cortés de Arabia*¹

Resumen: El incremento de muertes, lesiones y daños producidos por la circulación en todo el país, son hechos conocidos por los integrantes de la sociedad aunque, salvo que nos afecte directamente, no se toma conciencia de la envergadura del problema. Se mencionan como causas que coadyuvan a la producción del accidente, el factor humano, los que se derivan del estado del vehículo, la situación de las rutas, el otorgamiento de licencias para conducir concedidas sin responsabilidad por ciertos municipios, los controles insuficientes, el descuido de la víctima, etcétera. El derecho penal abstracto cobra vida a través de la Jurisprudencia en los casos referidos a los accidentes de tránsito.

Palabras Claves: Accidentes de tránsito. Responsabilidad penal. Jurisprudencia.

Introducción

El Derecho Penal, considerado la forma más intensa de control social, constituye una unidad con las demás ramas del Derecho y se vincula con disciplinas jurídicas y no jurídicas, dividiéndose en: Derecho Penal común, Derecho Penal contravencional y Derecho Penal disciplinario, los tres poseen semejanzas, diferencias y principios comunes. Es así que las disposiciones sobre seguridad vial, son parte del Derecho penal sustantivo y, el Derecho Contravencional o de Faltas, al ser una de sus ramas, debe compartir sus bases constitucionales, aunque en diversas normas locales se observan algunas discrepancias.

Las infracciones contenidas en los Códigos de tránsito, sean nacionales, provinciales o municipales pertenecen al campo de las contravenciones o faltas y serán delitos si se adecuan a un tipo penal.

En un Estado liberal y democrático de Derecho es a los jueces a quienes les compete determinar, en el caso concreto, la responsabilidad

¹ Abogada. Profesora Adjunta de Derecho Penal. Parte General. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UNC. Profesora Titular de Derecho Penal I. Facultad de Abogacía. Universidad Blas Pascal. Categorizada Docente Investigadora. Directora del Departamento de Concursos Docentes y Co-directora del Programa de Enseñanza para la Práctica Jurídica.

del autor del ilícito aplicando la correspondiente sanción, allí observamos como se le da vida al Derecho penal abstracto.

1. Planteamiento del problema

El incremento de muertes, lesiones y daños producidos por la circulación en todo el país, son hechos conocidos por los integrantes de la sociedad aunque, salvo que nos afecte directamente, no se toma conciencia de la envergadura del problema. Los diarios, los medios televisivos y radiales se hacen eco de esta realidad y la muestran constantemente.

El 7 de abril del año 2004 se celebró el Día Mundial de la Salud y se lo dedicó a la seguridad vial bajo el lema “La seguridad vial no es accidental” con el objeto de concientizar a la población, dado el abultado número de víctimas y pérdidas materiales², en este sentido continúa la labor de las autoridades con poco éxito si consideramos el aumento en los datos estadísticos.

Se mencionan como causas que coadyuvan a la producción del accidente, no sólo el factor humano sino también los que se derivan del estado del automóvil que se conduce (como ausencia del cinturón de seguridad, airbag, control de estabilidad, etc.) así como la situación de las rutas que no a todas se las puede llamar “carreteras indulgentes”³. A ello se debe agregar el otorgamiento de licencias para conducir concedidas sin responsabilidad por ciertos municipios, los controles insuficientes, el descuido de la víctima.

Desde el Derecho, se trata de dar respuesta a esta problemática trabajando en la determinación legal del ilícito y en aumentos de la pena, lo cual ha llevado a sancionar distintas modificaciones de las normas, especialmente en la ley penal y en los códigos de tránsito, además de exhortar a los magistrados para que realicen una aplicación rigurosa de las mismas.

Pero, las amenazas de penas privativas de la libertad, de multas y de inhabilitación, el aumento de los controles de tránsito y la educación vial, no han cumplido con la función de motivación que posee la ley y poco han logrado en este fin preventivo de los tipos penales.

² Las estadísticas que se publicaron fueron: En los últimos 10 años: 76.564 muertos, más de 1.500.00 heridos, más de 150.000 discapacitados y U\$S 96.000 millones de pérdidas materiales. (Fuente: Luchemos por la vida - Asociación Civil)

³ Se denomina “carretera indulgente” a la vía que está diseñada de modo tal que perdona las fallas humanas como por ej. banquetas más anchas, trazados visibles de los márgenes del camino, etc. Es conocida la estadística que menciona los siguientes guarismos: el 90 % de los accidentes se atribuyen al factor humano, el 5% a defectos en el vehículo y el otro 5% a los problemas ambientales (tales como factores climáticos), estado de las rutas, etc.

2. Responsabilidad del autor del ilícito

Sabemos que de todo acto humano, comisivo u omisivo, deviene un resultado y dentro del campo legal, el mismo será lícito si el plexo normativo lo permite o derivará en una sanción, si el sujeto no cumple lo prohibido o exigido por la ley. Ese resultado, de daño o de peligro, puede llevarnos a una **responsabilidad penal** retributiva o a una **responsabilidad civil**, reparatoria.

En el primer aspecto nos encontramos con una responsabilidad severa (dolo) y una atenuada (culpa)⁴. Ahora bien, ¿Cómo relacionamos esta responsabilidad con la idea de accidente, ¿el accidente se identifica con el caso fortuito? Desde la legislación de faltas se lee:

“Se considera accidente de tránsito todo hecho que produzca daño en personas o cosas como consecuencia de la circulación”⁵ y,

“ACCIDENTE DE TRÁNSITO: Es un suceso o acontecimiento súbito, inesperado y no premeditado, causado, al menos, por un vehículo motorizado en movimiento, en la vía pública y a raíz del que se producen daños materiales, lesiones o muertes”⁶

Además, es preciso considerar que no todos los accidentes son imposibles de prever (caso fortuito), sino que pueden ser ocasionados por conductores que actúan con negligencia, imprudencia o temeridad, violando los reglamentos más elementales y, en muchos casos, alcoholizados o por efecto de la ingesta de drogas, lo que nos lleva a pensar en una atribución del hecho por culpa conciente o mas grave aún, por dolo eventual. Es decir, no todos los siniestros son inevitables, muchos de ellos, como por ej., las famosas “picadas”, se pueden eludir.

⁴ Analizando la responsabilidad del autor del injusto y su graduación para determinar el fundamento y la medida de la pena, podemos recordar el tipo subjetivo desde el grado más severo que es el dolo directo, luego el indirecto y el eventual, llegando a la culpa conciente o con representación y el umbral mínimo que es la culpa inconsciente, luego nos encontramos con el caso fortuito en el cual el sujeto no responde penalmente por el daño producido aunque, en ciertos casos deba reparar el perjuicio. La responsabilidad subjetiva asentada en el principio “no hay pena sin culpa” de la legislación penal (art. 34 inc. 1º) es concordante con lo dispuesto en el Código Civil, art. 1067 donde se afirma que “no habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia” y el art. 514 del mismo cuerpo legal es categórico: “Caso fortuito es el que no ha podido preverse o que previsto no puede evitarse”.

⁵ Tanto en el Código de Tránsito Nacional (Ley N° 24.449) como en el Código de Tránsito Provincial (Ley N° 8.560). Para la medicina: Enfermedad trauma. Médicamente se redefine el concepto de accidente y la Soc. argentina de terapia intensiva conjuntamente con la Soc. argentina de trauma y la Soc. de emergencia establecen que debe denominarse “*enfermedad trauma*” ya que estos hechos se pueden prevenir, en cambio el accidente no.

⁶ Ordenanza N° 9981 de la Municipalidad de Córdoba y su Decreto Reglamentario 511 “G”, en su Título I - Principios Básicos, Capítulo Único, Definiciones, en su art. 6º.

A los efectos de un abordaje sistemático del estado de la cuestión, recordaremos algunos conceptos y estructuras del Derecho penal que se estiman necesarios para la mejor inteligencia de la norma aplicable al caso concreto, observando lo dispuesto por la Jurisprudencia⁷.

3. Semejanzas y diferencias entre los delitos y las contravenciones

Para el análisis de las semejanzas y diferencia entre ambas infracciones, además de su naturaleza jurídica, es preciso recordar: la fuente de producción de la norma, la culpabilidad del autor, el resultado, la tentativa, la pena (clases de penas, personalidad de las mismas) y al doble orden jurisdiccional⁸.

En los siguientes resúmenes de fallos encontramos una excepción al principio de **la personalidad de la pena** pero, en otros, se excluye tanto la responsabilidad penal como civil del progenitor.

- Cám. Nac. Crim. y Corr. Sala I, 8 de mayo de 1989. "El padre de la menor es responsable del delito de lesiones culposas producidas en un accidente automovilístico mientras le enseñaba a su hija a conducir, estando ella al volante y efectuando él los cambios de marcha"⁹

- Puede mencionarse, también, el caso sucedido recientemente en la localidad de Elena, provincia de Córdoba, difundido por los medios de comunicación¹⁰, en el cual una madre que adquirió una motocicleta de baja cilindrada se la entregó a su hija de 13 años para su uso, quien cometió reiteradas infracciones por conducción peligrosa y un accidente de tránsito. Por Resolución de la Policía del lugar, la madre fue sancionada con trabajo comunitario y al no presentarse para que le asignaran las tareas, la sanción se convirtió en arresto de 5 días que debió cumplir en la Alcaldía de Río IV¹¹.

- Se excluye la responsabilidad penal del padre de un menor de diecinueve años de edad y con licencia para conducir automotores si el menor está habilitado reglamentariamente, además, nada hace suponer que los padres pudieran haber impedido la producción del perjuicio ocasionado (homicidio culposo), por lo que se excluye a sus progenitores de toda responsabilidad en los términos del art. 1114 del CC. Juz. Correccional N° 2. Córdoba. Sent. 14/03/05. Se cita, para mayor abundamiento, la Ju-

⁷ Si bien son cuantiosos los fallos que se pueden recopilar, sólo se analizarán algunos, pertinentes al tema a tratar.

⁸ Diversas provincias de nuestro país cuestionan la constitucionalidad de sus leyes sobre Contravenciones referidas, por ej. al debido proceso, a los medios probatorios, las atribuciones otorgadas al Jefe de Policía, etc.

⁹ LL, 1989 D p. 321.

¹⁰ Diario: La voz del interior: 14/9/08 y 18/9/08

¹¹ Aunque este caso tomó estado público a través de la prensa no es el único que encontramos en este campo.

risprudencia del Excmo. Tribunal Superior de Justicia, Sent. N° 92, de fecha 24/09/03 “Achával, María Virginia p.s.a. de homicidio culposo”¹²

4. La actividad de la víctima en el hecho

Nuestra legislación positiva, si bien es un Derecho Penal de hecho, se refiere al autor del delito y la víctima aparece tácitamente en los diferentes tipos delictivos como sujeto pasivo u ofendido, pero, para la concreción de algunas figuras es necesaria su cooperación, aunque no por ello deje de ser víctima¹³. En lo relativo a los accidentes en el tránsito vehicular, la víctima suele tener un rol importante ya que su conducta descuidada o temeraria puede contribuir a la producción del resultado¹⁴, así lo deciden los jueces.

- El TSJ, Sala Penal. Córdoba. Sent. 77 08/08/06. Trib. de origen: Cám 1 Crimen Río IV “Gotero, Anselmo p.s.a. de Homicidio culposo - Recurso de Casación” en uno de los párrafos del fallo sostiene que: “Si era el conductor del ómnibus quien circulaba por la derecha a menor velocidad y arribó al punto medio de la encrucijada, en donde es embestido por el conductor de la moto quien se desplazaba a una mayor, dejando rastros incluso en el ángulo lateral izquierdo, es ajustado a la lógica derivar como lo hizo la mayoría que el imputado tenía la prioridad de paso, la que no ganó en base a infracción alguna a los reglamentos de circulación.”¹⁵

- De manera semejante, el Fallo del TSJ Sala Penal Córdoba. Sent. 94 del 31/08/06. Trib. de origen: Juzg. 1ª. Correccional de Córdoba “Pinto, Jobino Bartolo”, sostiene que: “...en base a numerosa prueba coincidente se concluyó que la única causante de su propia desgracia fue la víctima, quien, en lugar de haber respetado la prioridad de paso que le correspondía al colectivo conducido por el encartado, que ya se le aparecía por su derecha en la trágica encrucijada y a escasa velocidad, intentó sobrepasarlo a gran velocidad, en contramano y sin el caso puesto...”¹⁶

- Un caso de Concurrencia de culpas se observa en el fallo de fecha 02/06/2003 del Tribunal C. Penal de Santa Fe, Sala 1ª, cuando en segunda Instancia se revoca el fallo por homicidio culposo en la persona de un neonato ya que, en opinión del Tribunal no constituye homicidio ni se dan los extremos del aborto. Además, de la prueba se deduce que ambos conduc-

¹² Lexis Nexis N° 70022425.

¹³ Por ej.: al rapto consensual, estupro, corrupción de menores, etc.

¹⁴ El peatón que cruza sin mirar, fuera de la senda peatonal, sale a la calle detrás de un automóvil estacionado, no respeta el semáforo, o el conductor de otro vehículo que no cumple las reglas de circulación, etc.

¹⁵ Actualidad Jurídica de Córdoba. Derecho Penal, pp. 5263 y ss

¹⁶ Actualidad Jurídica de Córdoba, Derecho Penal, pp. 5111 y ss.

tores actuaron con imprudencia al atravesar la encrucijada a una velocidad superior a la permitida y sin aplicar los frenos, en un arribo simultáneo a mitad de la bocacalle y sin respetar la prioridad de paso¹⁷.

- El Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires. Sala 3ª de fecha 15/09/2005, ratifica la sentencia apelada que el Juzgado en lo Correccional N° 1 de Morón que condena a Alejandro Sánchez a la pena de seis meses de prisión de ejecución condicional y cinco años de inhabilitación especial para conducir vehículos automotores. Se comprobó que el procesado circulaba a alta velocidad antes y en el instante en que el accidente se produjo en el día del estudiante, en horas del mediodía cuando había un sinfín de niños y jóvenes en los parques linderos de la autopista, perceptibles por todos y con entidad bastante para hacer ceder lo que en doctrina se conoce como “principio de confianza”¹⁸.

5. Relación de causalidad

La imputación objetiva de un resultado es de imprescindible estudio en la comisión del hecho, tanto para concluir en una responsabilidad penal como civil. El estudio del problema causal, con las teorías que tratan de solucionarlo, ha sido abordado partiendo de la enunciación de la más amplia de las teorías, denominada equivalencia de condiciones, pasando por la condición más adecuada, la casa más próxima, la de la relevancia jurídica, la causa típica, etc. arribando a la teoría de la imputación objetiva del resultado, en la cual es preciso determinar la confluencia de dos niveles: a) la creación de un peligro jurídicamente desaprobado y b) el resultado producido por la creación de ese peligro, ambos deducidos de la naturaleza de la norma y de su fin de protección de bienes jurídicos.

- En la Cámara 5ª del Crimen de Córdoba. A. 1. 3 el 15/03/05, en autos “Aimar, Guillermo Javier p.s.a. de Homicidio culposo” se confirma la sentencia de sobreseimiento apelada. El imputado, negligentemente, ingresó al carril de circulación, sin observar si por él se conducían otros vehículos, en el momento en el que por idéntica vía y sentido circulaba una motocicleta conducida por el occiso “a elevada velocidad” y carente de luces delanteras reglamentarias, quien al ver su mano invadida por el automóvil, le resultó imposible maniobrar a fin de evitar la colisión, resultando expulsada violentamente la motocicleta y despedido su ocupante, impactando su cuerpo contra un caño de alumbrado público y falleciendo de inmediato.¹⁹

¹⁷ Lexis Nexis N° 70013992

¹⁸ LNBA 2006 - 10 - 1137. En el mismo sentido LL, 2001 - C, p. 361.

¹⁹ Actualidad Jurídica de Córdoba. Derecho Penal, pp. 3095 y ss.

- También rechaza el recurso de casación interpuesto el Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala 3ª del 10/05/07 en un caso de lesiones culposas relacionando la infracción y el resultado en un caso de accidente de tránsito en La Plata, en el cual el sujeto activo infringe normas de circulación al manejar su camioneta y dar un giro indebido en "U" por la avenida en la que se desplazaba e invade el carril de circulación por el que lo hacía correctamente la moto conducida por la víctima, provocando la colisión del biciclo contra la primera a raíz de la cual la última es lesionada con doble fractura de mandíbula.²⁰

- Es interesante el fallo del 16/08/2007 del Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala 2ª, cuando se condena a B. J. S. por autor de lesiones leves y graves en la persona de su esposa e hijo en concurso ideal al ingresar intempestiva e imprudentemente para cruzar el camino General Belgrano ocasionando el choque a un automóvil blanco que se encontraba detenido. Se interpone recurso de casación mencionando agravios pero se mantiene la condena mencionando al reconocido penalista Enrique Bacigalupo²¹ al momento de individualizar la pena, haciendo referencia a que no puede soslayarse en el terreno de merecimiento de pena los efectos que como consecuencia misma del delito debió sufrir quien lo ha cometido²².

Si bien la vida en sociedad nos somete a **diferentes riesgos**²³, no todos ellos excluyen la responsabilidad del sujeto que concreta un resultado luctuoso.

- El Trib. Oral Crim N° 25 de Buenos Aires, el 1º de noviembre de 2004 manifiesta: "Quien en una amplia avenida conducía una motocicleta sin la provisión de casco propio y embistió un vehículo estacionado debidamente, provocando la muerte de su acompañante, queda incurso en el delito de homicidio culposo, pues obró con negligencia, imprudencia y lesionando el deber de cuidado al no circular teniendo en cuenta los riesgos propios"²⁴

- El Trib. de Casación Penal de Buenos Aires. Sala 2ª, en el fallo "Morel, Eduardo", hace referencia, entre otros considerandos, a que la ley de tránsito regula una actividad humana por sí misma riesgosa, cuyo riesgo si bien resulta socialmente permitido, lo es dentro de los límites que la

²⁰ Lexis Nexis N° 70038387

²¹ Voto particular del magistrado del Tribunal Supremo de España, en la sentencia 1033/1994, Enrique Bacigalupo Zapater, ver: STS - 1657/2002, rta. El 9/10/2002, citado en el fallo en análisis.

²² Lexis Nexis N° 70039602. Además ver: LL 12/03/07. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L y el artículo publicado en LL 2007 - B, 592. Responsabilidad Civil, sala L 23/11/06 titulado "Procedencia de la reparación de daños entre cónyuges".

²³ ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal. Parte General*. Edit. Civitas, 1997. pp. 362 y ss.

²⁴ LL, 2005 - A, p. 213.

mentada ley le impone al regular la actividad, de manera que toda violación a esos límites implica necesariamente aumentar ese riesgo permitido y posibilitar la producción de un resultado dañoso. En el tipo culposo, debe en primer lugar existir una relación de determinación entre la imprudencia o negligencia y el resultado, de modo tal que la supresión mental hipotética de la infracción al deber de cuidado debido, importe también la hipotética supresión del resultado. La falta de visualización de la motocicleta por parte del imputado cuando ésta estaba a unos 30 metros de distancia, resulta demostrativa de una desatención en el accionar conductivo del imputado violatoria del deber de cuidado y, entonces, aparece intrascendente la eventual imprudencia de la víctima.²⁵

6. Tipos dolosos y tipos culposos. Esquema de referencia.

En los tipos subjetivos pueden distinguirse los tipos dolosos y los tipos culposos, algunos autores mencionan también los tipos preterintencionales.

En **los tipos dolosos**, el sujeto conoce que con su actuar puede lesionar un bien jurídico y quiere afectarlo, quiere con diferente intensidad pero quiere o asiente el resultado conscientemente. Es **conocimiento y voluntad** de realización de un tipo penal. En **la culpa**, aún en la que implica un conocimiento (culpa con representación), el sujeto no asiente el resultado probable o posible constituyendo un tipo abierto en el cual la labor del juez será decisiva para la interpretación no sólo de la norma sino de los elementos del caso concreto sometido a su conocimiento y decisión²⁶.

El **tipo culposo** tiene como **elementos** a la: a) Infracción a un deber de cuidado contenido en el tipo, b) falta de previsión, c) posibilidad de prever, d) voluntad de acción no de resultado, e) resultado y f) creación de un riesgo innecesario o mayor que el permitido²⁷.

Respecto al grado de previsibilidad, los tribunales hacen referencia a:

Criterios objetivos y generales, determinantes del grado de previsibilidad exigible al sujeto, por ej.: lo que puede prever el hombre medio (comportamiento estándar). No existe culpa “si la previsibilidad del evento escapa a lo que una prudencia común puede apreciar” o, “cuando el re-

²⁵ Lexis Nexis. N° 70012704.

²⁶ Ambas conductas son estructuralmente diferentes, en *las dolosas* la voluntad está dirigida contra la norma que prohíbe o impone, en *cambio las culposas* infringen una norma de cuidado contenida en la ley, siendo los comportamientos de diferente gravedad, situación que se traduce en la intensidad de la pena, aunque las dos dañan el bien jurídico del que se trata.

²⁷ ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte General*. Edit. Civitas, 1997. Cap. La imprudencia, pp. 993 y ss.

sultado proviene de un acontecimiento insospechado o excepcional que no ha podido entrar en el cálculo humano”, etc. A *contrario sensu*: existirá culpa si “la eventualidad ocurrida no puede ser considerada como fortuita, sino que es previsible y ocurre normalmente”, o que le es imputable “a quien no prevé lo normal, lo razonable y no lo fuera de lo común lo extraordinario o imponderable aunque posible”, etcétera. Estos criterios objetivos prescinden de la posibilidad de previsión particular del autor que puede *tener conocimientos especiales*, llegando a la idea de que “a mayor posibilidad particular de previsión corresponde una mayor posibilidad de culpa y viceversa”.

Las **formas de la culpa** se pueden analizar según: a) su representación (consciente o inconsciente), b) su gravedad (grave, leve o levísima) c) su modalidad (imprudencia, negligencia, impericia en su propio arte o profesión e inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo), pero, en la reforma del art. 84 por la ley 25189 se lee: “si el hecho hubiere sido ocasionado por la conducción imprudente, negligente, ***inexperta o anti-reglamentaria*** de un vehículo automotor”.

Desde otro ángulo, el tipo culposo requiere, al igual que el doloso, una relación de causalidad entre *la contravención a un deber de cuidado exigible en el caso concreto* y el *efecto delictivo - resultado*. Es así que el solo incumplimiento de los reglamentos de tránsito (por ej. circulación con carnet vencido) si no es la causa del resultado, no concreta un tipo penal, quedando en una mera contravención.

El riesgo no permitido surge cuando existe una **infracción a los preceptos legales sobre la circulación** (que fueron enunciados para evitar el resultado dañoso producido) y ya es un indicio de la creación de un peligro prohibido, por ej.: si la lesión se produce por la violación del derecho de paso, la velocidad mayor de la permitida, el cruce de un semáforo en rojo, la maniobra riesgosa, etc.

- Cam. Nac. Crim. y Corr. Sala VI, 29 de abril de 1993. “La mera violación de las normas reglamentarias nada dice acerca de la calidad de la violación del deber de cuidado determinante del resultado dañoso por lesiones”²⁸, en cambio;

- Cam. Nac. del Crim. y Corr, Sala IV, 29 de abril de 1986. “Es constitutiva del delito de lesiones culposas por imprudencia e inobservancia de los reglamentos la conducta de quien, mediante una maniobra antirreglamentaria y conduciendo un camión de gran porte ocasiona lesiones a los ocupantes de otro vehículo”²⁹.

²⁸ ED, 157 - 170.

²⁹ JA, 1987 - II, p.283.

- Cam. Nac. del Crim. y Corr, Sala IV, 29 de abril de 1986. "Es procedente condenar por lesiones culposas al conductor de una ambulancia que al circular de contramano en una calle, embistió en dicho trayecto a un motociclista, pues aquél no sólo no acreditó el lugar al cual acudía por un llamado de urgencia, sino que además no hizo sonar ininterrumpidamente la sirena"³⁰.

- Cam. Nac. Crim. y Corr. Sala V. 22 de mayo 1990. "Debe entenderse como negligente la conducta del procesado conductor de un transporte público de pasajeros que debido al incumplimiento de los reglamentos de tránsito, provocó la caída de la víctima al reanudar la marcha del colectivo con la puerta abierta. Si se tiene en cuenta que conocía el defecto del mecanismo de cierre, resulta insuficiente que para evitar el desenlace intentara cerrar la puerta dado que para reanudar la marcha, debió esperar que se hallara totalmente cerrada"³¹.

7. Culpa consciente y dolo eventual

Distinguir la culpa consciente³² del dolo eventual³³ en el caso concreto, depende de las circunstancias que rodearon el hecho y que fueron debidamente probadas. Lo que la norma penal prohíbe, no es solamente la producción de resultados lesivos, sino la realización consciente y aceptada de conductas altamente peligrosas para los bienes jurídicos³⁴.

- Cám. Nac. Casación Penal Sala III, 2 de septiembre de 2005. "No resulta *per se* determinante de la existencia de dolo eventual la mera circunstancia de que el imputado circulara a una alta velocidad como conductor, ya que debe demostrarse que fue consciente del riesgo, que lo asumió y no tuvo una verdadera renuncia en la evitación del resultado"³⁵.

- Trib. Oral Crim. N° 5, 6 de marzo 2001. "El agravamiento del art. 84 por parte del legislador, mediante la sanción de la ley 25189 es un inequívoco mensaje a quienes aplican el derecho para que sancionen severamente las conductas de quienes violan las normas de tránsito con conocimiento del peligro que implica tal accionar y pudiendo prever, incluso, el resultado dañoso"³⁶.

³⁰ JA, 1987 - II, p. 284. ED, 121 - 118.

³¹ Bol. Jurisp. Cám. Nac. Crim y Corr. 1990, N° 2, p. 120.

³² Representación del resultado sin voluntad delictiva.

³³ Menosprecio de un resultado representado como probable o posible

³⁴ En el Derecho comparado encontramos proyectos de reforma en los cuales a estos ilícitos se los consideran realizados con dolo eventual, como por ej, el Proyecto de Reforma del Código Penal de Costa Rica del 15 de marzo de 2007, Área de Procesos Legislativos, Expte. N° 16.579.

³⁵ LL, 14/9/05, p. 10.

³⁶ LL, 2001 - C - p. 361.

- Cam. Nac. Del Crim y Corr., Sala II, 5 de julio de 1977. "El delito es solamente culposo, aún cuando el conductor del automóvil taxímetro conociese el mal estado de las cubiertas, la falta de frenos y marchase a velocidad excesiva, pues si bien tales circunstancias le permitieron prever la posibilidad del accidente, este no fue querido por aquél sin que su proceder se pueda considerar como incurso en un dolo eventual sino al error de creer en su pericia profesional"³⁷

- C. Nac. Casación Penal, Sala 3 de fecha 02/09/2005. "Cabello, Sebastián". Se condena en primera instancia al autor por dolo eventual y luego se modifica la calificación legal del hecho de Doble homicidio con pluralidad de víctima, a Homicidio culposo agravado por la comisión con vehículo automotor, al considerar que existió un error de subsunción y no demostrarse porque se descarta la imprudencia³⁸.

7.1. Infracción al deber objetivo de cuidado

Los reglamentos de tránsito han sido creados por el órgano legislativo y persiguen como objetivo la seguridad en el tráfico automotor, tanto para los conductores y pasajeros del vehículo como para terceros que *deben conducirse con el debido cuidado*.

Jeschek habla de la "Infracción del deber objetivo de cuidado"³⁹, haciendo referencia a las normas penales como directriz de comportamiento.

- Cam. Nac. Pen. Sala I, 24 de septiembre de 2001. "A los fines de apreciar la responsabilidad de un conductor en un homicidio culposo, acaecido por un accidente de tránsito, resulta ponderable y decisivo no sólo el acatamiento a las previsiones normativas de tránsito, sino el ajuste de su conducta al debido cuidado"⁴⁰.

-En el mismo fallo también se lee: "Para determinar la culpabilidad en un accidente de tránsito en que resultó la muerte del peatón, debe evaluarse si el autor observó el deber de cuidado, mandato generalizante que encierra, no sólo la atención al ordenamiento jurídico, sino un concepto mucho más amplio encuadrado en parámetros de normalidad social de las conductas observadas dentro de la actividad de que se trate"⁴¹.

- Cam. Nac. Crim y Corr., Sala VII, 15 de septiembre de 1993. "El conductor aunque circulaba por una avenida de tránsito rápido, debió

³⁷ Bol. Cam. Nac. Crim y Corr., 1977-IX-84.

³⁸ El fallo se publicó, además, en Actualidad Jurídica de Córdoba - Derecho Penal - pp. 3605 y ss. con nota de Mariano Brusa y Ana Pagliano (en un caso de "picada")

³⁹ JESCHECK, HANS - Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. IV Edición. Edit. Comares, Granada, 1993, pp. 524 y ss.

⁴⁰ LL, 2002 - B, p. 618.

⁴¹ Idem.

extremar el deber de cuidado y disminuir la velocidad en el cruce de calles, debe ser condenado por lesiones culposas, sin que quepa la responsabilidad del conductor del otro vehículo por el solo hecho de haber sido embistente”⁴².

- C. Apel. y Garantías Penal San Isidro, Sala 3ª. 28/11/2006. La Cámara de Apelaciones consideró: “Incorporar semejante máquina (grúa) a la vía pública por la que transitan vehículos y personas a pie o en bicis o motocicletas, implica una elevación no permitida y cuantiosa del riesgo estándar admitido...” Además: “Quienes ordenan que estos artefactos peligrosos para la vida, la seguridad de las personas y las cosas, salgan a la vía pública y circulen por la misma llevan a cabo un acto descuidado y grave que compromete su responsabilidad a nivel de autores o partícipes, por las consecuencias perniciosas que puedan suceder por la misma elevación no compensada del riesgo en forma tan exuberante sin exclusión de la responsabilidad del conductor...”⁴³

- La Cámara Penal de Rosario, Sala 1ª, en un fallo de fecha 18/08/2005, “Isabel Cartuccia”, confirma la sentencia de primera instancia y en uno de sus párrafos dice: “el cruzar una esquina no prioritaria, a una velocidad inadecuada para el lugar, implica una indiscutible violación a un deber de cuidado, ya que la prudencia conductiva, exige una transitabilidad de cruce en la esquina que debe disminuir sensiblemente la máxima permitida, precisamente para prever toda contingencia previsible en el complejo tránsito que se puede dar en una calle lateral de corto recorrido y con salida a una arteria compleja, generalmente recargada de tránsito como es Santa Fe”⁴⁴.

-El Trib. Casación Penal Buenos Aires, Sala 2ª de fecha 30/06/2005. “Copello, Alfredo”. Homicidio culposo - Violación al deber de cuidado - Negligencia (Omisión de precauciones)- Accidente de tránsito - Imputado que viola la prioridad de paso - Víctima que no utiliza casco protector -Incidencia de su conducta. Se condena a Copello en relación a las lesiones sufridas en la pierna izquierda por el conductor de la moto y por la lesión inflingida a Rojo en su cadera izquierda, sin responder por el resultado muerte producido respecto de esta última en virtud de entender el a quo que se constató una interrupción total del nexo causal entre el hecho y el daño producido en el cráneo de Agustina Rojo que le produjera el óbito, por derivar éste de la propia negligencia de la víctima al no portar casco protector, razón por la cual asumió el riesgo de su propia vida.⁴⁵

⁴² LL, 1994 - B, p. 263.

⁴³ Lexis Nexis. N° 70036535

⁴⁴ Lexis Nexis. N° 70020954.

⁴⁵ Lexis Nexis. N° 70034803.

- El mismo Tribunal en un fallo del 28/10/2004. “Salomone, Antonio”. Homicidio culposo - Valoración al deber de cuidado - Accidente de tránsito - Camión de transporte - Imprudencia, condena a Salomone, conductor del camión Mercedes Benz, tipo remolque, quien efectúa marcha atrás sin adoptar las medidas de prudencia y deberes de cuidado aconsejadas, con intención de descargar materiales en la calle e imprudentemente embistió al menor Paniagua quien circulaba por la calle Irupé, provocándole un traumatismo y aplastamiento de cráneo que le ocasionó la muerte. Aparece como intrascendente la eventual imprudencia del niño ya que subsiste el nexo entre la imprudencia del imputado y el resultado producido⁴⁶.

- Pero, el Juzgado Nac. Crim. Inst. N° 4, de fecha 20/02/2008, sobresee a Guidobono, Héctor, conductor de un rodado particular a la altura de la intersección de la Avda. Lugones con la calle La Pampa quien circulando aparentemente a una velocidad mayor a la permitida y no teniendo el pleno control de la unidad que conducía, embistió a quien aparentemente intentaba cruzar corriendo dicha arteria ocasionándole la muerte por destrucciones traumáticas múltiples. Otros seis automóviles más habían arrollado a la misma persona dado la cantidad de rodados que circulaban por el lugar.⁴⁷

Y así se podría continuar con relatos de fallos en primera o segunda instancia sobre la violación del deber de cuidado que es una de las bases sobre la cual se asienta la responsabilidad culposa del autor del hecho.

7.2. Principio de confianza

Y es el principio de confianza el que nos permite vivir en sociedad. Este consiste en que quien se comporte debidamente en la circulación puede confiar en que otros también lo harán, siempre y cuando no existan indicios evidentes para suponer lo contrario. Este principio ha sido captado y desarrollado por la jurisprudencia y hace hincapié en la responsabilidad propia y ajena en el tema.

- Trib. Oral Crim. N° 5, 6 de marzo de 2001, LL, 2001 - C p361. (Peatón que cruza antirreglamentariamente). “Es improcedente la defensa del conductor del colectivo acusado del delito de homicidio culposo agravado por la conducción imprudente de un vehículo basado en el “principio de confianza” según el cual resulta conforme al deber de cuidado la conducta de quien espera que el otro se ajuste a las reglas de la actividad mientras no tenga razón para dudar o creer lo contrario - en el caso, se condenó al acu-

⁴⁶ Lexis Nexis. N° 700118005.

⁴⁷ Lexis Nexis. N° 35020922

sado por el delito en mención – pues aún cuando el menor cruzara mal, si el acusado hubiere actuado con diligencia hubiera advertido su presencia y evitado el resultado fatal”⁴⁸

El principio no es aplicable en los casos en que la confianza en el comportamiento debido de otros, no está justificada como ser: respecto a niños pequeños, adultos mayores frágiles o desorientados y en otros casos en los cuales otro interviniente no se apega a las reglas. El conductor, debe actuar razonablemente al advertir la situación y no actuar sólo confiando en su derecho.

8. Hechos más frecuentes en los accidentes por el tráfico rodado

Los ilícitos más frecuentes resultantes por el tráfico vehicular son los homicidios y lesiones culposas, el abandono de personas y la omisión de auxilio. Los Delitos contra la propiedad, sea los daños ocasionados en una cosa mueble o inmueble o un animal, total o parcialmente ajeno, deben ser dolosos⁴⁹ ya que la figura culposa no está contenida en el Código Penal.

8.1. Homicidios culposos

La ley 25189 que reforma en su artículo 1 el art. 84 del Código Penal, fue consecuencia del incremento en las estadísticas sobre accidentes del tránsito vehicular que produce incertidumbre en la sociedad e indignación por la impunidad de sus autores, situación mostrada de manera relevante por la prensa. La mayor parte de los cambios de esta ley se traducen en: a) un aumento de la pena, b) el agravamiento por la pluralidad de víctimas y c) si el hecho hubiere sido ocasionado por la conducción de un vehículo automotor de manera imprudente, negligente, inexperta o antirreglamentaria (el término inexperiencia ha reemplazado a impericia).

En los casos de accidentes ya producidos y ante la existencia de esta ley penal posterior que conmina la conducta con un pena mayor, nos encontramos con un caso de **sucesión de leyes** que debe resolverse desde el tema de la aplicación de la ley penal en el tiempo y de los criterios de la ley más gravosa y más benigna, considerando la irretroactividad y la ultra actividad de la ley penal.

El principio de mayor benignidad está consagrado por la Constitución Nacional en su art. 75 inc. 22 y los arts. 9 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional sobre Derecho

⁴⁸ LL, 2001 - C, p.361.

⁴⁹ Código Penal, arts. 183 y 184.

Civiles y Políticos, además del ya existente art. 2 del Código Penal argentino.

- Sigue los principios de la sucesión de leyes atendiendo a la aplicación de la ley más benigna el dictamen de la Cam. Nac. Cas. Pen. Sala IV, del 14 de febrero de 2000, cuando dice: "La modificación operada en el monto de la sanción del tipo penal escogido, por vía de una ley posterior más gravosa (25189) no puede ni debe afectar la tramitación del proceso referido a un hecho ocurrido con anterioridad a la vigencia de dicha norma"⁵⁰.

- Cam. Nac. Cas. Penal, Sala II, 25 de febrero 2000. "El fuero Correccional es el competente y no el de instrucción para la tramitación de una causa por homicidio culposo ocurrido con anterioridad a la reforma introducida por la ley 26189, pues la norma vigente debe aplicarse sin la modificación mencionada atento el criterio de la ley más benigna establecido en el art. 2 del CP"⁵¹

8.2. Lesiones culposas

Así como en el homicidio se produce la destrucción del bien, en las lesiones, se lo menoscaba, afectando la integridad de las personas. El bien jurídico protegido⁵² es la incolumidad del cuerpo y la salud de las personas⁵³.

El artículo 94 del CP (lesiones culposas) no contiene diferencias esenciales con las previstas en el art. 84 sobre homicidio culposo.

- Cám. Crim. Cap., 30 de abril de 1943: "En los casos de homicidios o lesiones por culpa, causados por vehículos de tracción a sangre, corresponde imponer la pena complementaria de inhabilitación especial que señalan los arts. 84 y 94 del CP, puesto que la profesión de conductor de tales vehículos se encuentra reglamentada por la Municipalidad"⁵⁴.

⁵⁰ ED, Derecho Penal y Política Criminal, 30/6/00, p. 22.

⁵¹ LL, 2001 - C, p. 710.

⁵² Código Penal, Capítulo II (LESIONES) del Título I (DELITOS CONTRA LAS PERSONAS), L. II.

⁵³ En los arts. 89 al 94, se observa una clasificación de las lesiones en: 1. TIPOS BÁSICOS: a) Lesiones Dolosas: Leves, (art. 89) si producen un daño en el cuerpo (alteración de la característica corporal) o en la salud (detrimento funcional: físico o mental), Graves, (art. 90) si producen un debilitamiento permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro - una dificultad permanente de la palabra - si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro, Gravísimas (art. 91) si producen una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir. Pérdida de carácter definitivo. b) Lesiones culposas. 2. TIPOS ESPECIALES: Calificados (CP 92) y Atenuados (CP 93).

⁵⁴ LL, 30-509. Se menciona este fallo debido a que en la actualidad han proliferado en la ciudad de Córdoba estos vehículos a tracción a sangre.

- Cam. Nac. Crim y Corr. Sala I, 14 de agosto de 1992: "Debe condenarse al conductor de un vehículo de pasajeros que al ver a veinte metros encenderse la luz amarilla del semáforo de la bocacalle, en lugar de comenzar a frenar, imprimió mayor velocidad a un vehículo provocando una colisión con un automóvil y ocasionando lesiones con su obrar"⁵⁵.

- Cam. Nac. Crim. y Corr. Sala V, 6 de noviembre de 1991: "La compensación de culpas no exime ni excusa en el proceso penal, por lo cual si el vehículo conducido por el damnificado no observó los reglamentos de tránsito —exceso de velocidad en el cruce sin respetar la prioridad de paso— ello no exonera de responsabilidad al embistente, pues un cruce de bocacalles no señalizado es una contingencia que debe estar dentro de las previsiones de cualquier conductor prevenido y la prioridad de paso no autoriza a cruzar una bocacalle a una velocidad que duplique la permitida"⁵⁶.

- Cam. Nac. Crim. y Corr. Sala V, 19 de mayo de 1992: "Cabe reputar de negligente la conducta del conductor de un tren subterráneo que al desatender la señal luminosa que le indicaba peligro, no reduce su velocidad a "paso de hombre" —10 Km/h— como le era indicado, embistiendo así a otro convoy que se hallaba detenido por falta de corriente eléctrica, provocando lesiones a varios pasajeros"⁵⁷.

- Cam. Nac. Crim. y Corr. Sala I, 29 de mayo de 1992: "Tratándose del delito de lesiones, la prueba exigida por la ley no puede ser satisfecha sólo por la demostración del comportamiento cumplido en la conducción del automotor, pues el art. 94 del CP describe un tipo de resultado, lo que implica necesariamente que se tiene que acreditar legalmente y no caprichosamente, el daño en el cuerpo o en la salud de la persona afectada"⁵⁸.

- Trib. Sup. Neuquén, 6 de noviembre 1968: "No configura el delito de lesiones culposas y corresponde absolver al imputado si éste marchaba en el automóvil a una velocidad que no excedía de la reglamentaria, siendo culpable del accidente la víctima que marchaba en bicicleta sin luces y sin freno"⁵⁹.

8.3. Tipos de omisión. Su diferencia con los tipos de comisión⁶⁰

Los tipos de omisión pueden ser: de simple conducta y de resultado. En el primero, la ley sólo manda hacer algo y lo pena si no lo hace pero,

⁵⁵ LL 1991 - E, p. 437

⁵⁶ Bol. Jurisp. Cám. Nac. Crim y Corr., 1991, N° 5, p. 403.

⁵⁷ Bol. Jurisp. Cám. Nac. Crim y Corr., 1992, N° 2, p. 100.

⁵⁸ JA, 1993 - II, p. 382.

⁵⁹ JA. 1-1969, p. 941.

⁶⁰ Previo al estudio de los tipos de omisión en particular, es preciso recordar que: ontológicamente: la comisión implica un hacer y la omisión un no hacer; y normativamente, la comisión viola una norma prohibitiva y la omisión una norma preceptiva. Ambos deben ser el resultado de un acto voluntario ya que en ambos la voluntad no debe estar vencida.

en el segundo, ordena una conducta para evitar un resultado lesivo para el bien jurídico protegido.

Sobre **las fuentes el deber de obrar**, en la omisión simple la obligación se encuentra en el tipo y en la omisión impropia surge de la posición de garante y, al considerarla necesaria pero no suficiente, algunos autores se refieren a en la “teoría de las funciones” y a la imputación objetiva.

Mir Puig⁶¹ presenta, respecto a **la omisión impropia**, dos nociones centrales: a) la creación o aumento de un peligro atribuible al autor y b) que tal peligro lleve a una situación de dependencia personal del bien jurídico respecto de su causante.

En los hechos sometidos a examen, la posición de garante⁶² requiere que el agente haya contribuido eficazmente a la realización del hecho, por ej.: cuando la conducta precedente ha consistido en embestir culposamente al peatón que resulta herido de gravedad la relación de causalidad parece evidente; de igual manera en una colisión vehicular lesiva ocasionada por animales sueltos en la ruta, respecto del propietario de los vacunos que los dejó andar libremente, o si el encargado del taller de mantenimiento omite reparar el sistema de frenos del camión, *si esa fue la causa de la colisión de que se trata*.

En estos casos es claro que quien debe socorrerlos debe ser el autor del hecho, pero si existe otra persona que pueda hacerlo, sea más idóneamente o que en ese momento sea a quien le corresponda, se genera la expectativa social de confianza que ella lo protegerá. La regla de que quien haya generado una situación de riesgo, debe comprometerse a conjurarlo, es una condición necesaria pero no suficiente ya que debe considerarse el caso concreto.

Además existe un juicio hipotético de la posibilidad de evitar el resultado o disminuir el riesgo. Ese juicio hipotético de evitabilidad se relaciona con lo que el garante pudo hacer materialmente⁶³

⁶¹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Edit. PPU, SA, Barcelona, 1996. pp. 305 y ss.

⁶² Es de hacer notar que si bien en la doctrina tradicional la posición de garante se considera para los tipos de omisión impropia, desde la posición de Jakobs, también se utiliza para los tipos de comisión. (*Derecho Penal. Parte General*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1997, pp. 259 y ss)

⁶³ El caso del niño que cae en un pozo tan pequeño que el padre no puede ingresar para salvarlo. Resumiendo, la responsabilidad del agente con el bien jurídico lesionado aparece cuando: a) existe una relación jurídica determinante de una relación de resguardo (ya que el agente creó el peligro) y b) el agente tiene la posibilidad de evitar la lesión en el caso concreto.

8.3.1. Abandono de personas.

El abandono de personas lo encontramos tipificado en el Cap. VI del Título I del Libro 2º del Código Penal: DELITOS CONTRA LAS PERSONAS, en los arts. 106 y 107 y en al art. 108 al denominado omisión de auxilio. Este capítulo comprende tres delitos sustancialmente diferentes:

1. La exposición a peligro de una persona, colocándola e *situación de desamparo*⁶⁴.
2. La exposición a *peligro por abandono* a su suerte de una persona incapaz de valerse y a la que deba atender o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado⁶⁵ y
3. La *omisión de auxilio*.

- En el fallo de la Cam. Penal de Santa Fe, Sala I, 26 de septiembre de 1989 leemos: “En la conducta de quien embiste a una persona en lugar oscuro y solitario, de tráfico casi nulo, abandonándola a su suerte, aún cuando presume que puede estar en grave peligro, **existe dolo**, al menos eventual”⁶⁶.

Aunque no es preciso que se den las circunstancias de la sentencia ya que la persona se encontraba en una **posición de garante** respecto a la protección del bien vida y salud de la persona que él accidentó.

- Sup. Trib. Justicia Entre Ríos, Sala Civ. y Com. de fecha 03/04/2004. Se confirma el decisorio por el cual se condena a Martín Díaz por homicidio culposo —art. 84 del CP — y no por abandono seguido de muerte art.

⁶⁴ El primer párrafo del art. 106 trae la descripción de una conducta que configura un tipo de peligro efectivo pero que no exige resultado. El segundo y tercer párrafo agravan la figura básica sea por grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima (lesión) o si ocurriese la muerte. También se incrementan en un tercio el mínimo y el máximo cuando existe parentesco entre el autor y el ofendido en el art. 107. La conducta es poner en peligro la vida o la salud de otro colocándolo en situación de desamparo. El desamparo no es igual al abandono ya que en este último se requiere que el autor se aleje del lugar donde se encuentra a la víctima. Los sujetos activos y pasivos pueden ser cualquier persona y son tipos dolosos ya que el sujeto debe conocer y querer, aunque sea de manera eventual, realizar el abandono de la víctima.

⁶⁵ Los sujetos activos y pasivos del delito deben estar vinculados por un deber jurídico (posición de garante). La víctima debe ser incapaz de valerse por su edad, enfermedad, alcoholismo, etc. y el autor la abandona a su suerte no proveyéndole lo necesario para su subsistencia y exponiendo a peligro su vida o su salud. Es, por lo tanto un delito de peligro y no de simple conducta, es doloso y se consuma con la efectiva producción del peligro. Cuando la ley dice: *a la que el mismo autor haya incapacitado*, el sujeto activo puede ser cualquiera y la víctima es quien el autor ha incapacitado físicamente creando un peligro para su vida o salud y que no puede esperar el auxilio de un tercero. El acto de incapacitar puede provenir de una acción inocente (por ej. incapacidad derivada de una intervención quirúrgica) o por un acto delictivo culposo (por ej. el automovilista que abandona a la víctima en un accidente de tránsito). Si fuera un acto delictivo doloso, este concurre materialmente con el abandono. Estos delitos se agravan: a) Por el resultado: muerte o lesión y debe concurrir una relación de causalidad entre el abandono o desamparo y el resultado y b) Por el vínculo entre el autor y la víctima

⁶⁶ JA, 80-181.

106 del mismo cuerpo legal - como pretende el impugnante que con abundante cita de doctrina aduce:...el Derecho Penal no exige actos heroicos y en la ocasión sólo se exigía al encartado el auxilio de las víctimas - atento a la posición de garante en la que se hallaba - y que, verificándose en autos que ello no se brindó, y habiendo existido sobrevida, la conducta desplegada por su autor constituye abandono, lo que es un presupuesto lógico de una comisión por omisión y no de un homicidio culposo⁶⁷.

El delito se consuma con el acto del autor y desde la clasificación de los tipos penales es un delito de peligro cierto en el cual se admite la tentativa.

- La Cámara de Acusación de Córdoba, 27 de febrero de 1987, descarta el delito de abandono agravado si, pese a que los imputados privaron a la víctima de la posibilidad de una ayuda o asistencia necesaria, no se ha acreditado que la muerte haya sido una consecuencia de la situación de desamparo. (Relación de causalidad)⁶⁸

8.3.2. Omisión de auxilio⁶⁹

Es un delito de omisión simple. El art. 108 del Código Penal establece la conducta punible y la pena aplicable. Situaciones que contempla: a) quien encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años, b) a una persona herida o inválida, c) o amenazada de un peligro cualquiera. Conducta omisiva: a) omitiere prestarle el auxilio necesario (omisión directa) pudiendo hacerlo sin riesgo personal, b) caso contrario debe dar aviso a la autoridad (omisión de auxilio indirecto) Es una ayuda exigible cuando los hombres viven en sociedad.

9. Algunas consideraciones a la Ley 26.362 de reforma del Código Penal Argentino

Esta ley⁷⁰ cambia la rúbrica a: “Delitos contra la seguridad **del tránsito** y de los medios de transporte y comunicación” e **incorpora un nuevo delito** contra la Seguridad Pública, el art. 193 bis, que sanciona la conducta de practicar una competencia de velocidad o destreza con un vehículo au-

⁶⁷ Lexis Nexis. Nº 35000339.

⁶⁸ LLC, 1988-213.

⁶⁹ Sujeto activo puede ser cualquier persona y pasivo un menor de diez años perdido o desamparado, una persona herida o inválida o una persona amenazada de un peligro cualquiera. Es un delito formal, doloso y no admite tentativa, se consuma con la omisión de auxilio directo o indirecto. No se agrava por sus resultados dañosos para la víctima.

⁷⁰ Sancionada el 26 de mayo de 2008, promulgada el 15 de abril de 2008 y publicada el 16 de abril de 2008 se incorpora al Cap. II Tit VII del L 2º del CP

tomotor, sin autorización, poniendo en riesgo la vida o la integridad física de una o más personas. Son las llamadas “picadas”⁷¹.

Evidentemente, su antecedente es el código Penal español de 1995 en sus artículos 379 al 385 del Capítulo IV del Título XVII del L II: “De los delitos contra la seguridad del tráfico”. El bien jurídico protegido es la vida o integridad física de las personas no tutelando los bienes en general, ni exigiendo un resultado material. Cambia la impronta del Capítulo ya que no atenta “contra el tránsito vehicular” sino contra la salud física de terceros ajenos al evento.

Es un delito de peligro concreto por el riesgo de afectar la vida o integridad física de las personas indeterminadas, ocasionado en el ámbito del tránsito vehicular por un automóvil, no contemplando otros medios de locomoción. La exigencia es que debe crearse una situación de riesgo para los bienes mencionados y el elemento normativo lo encontramos en la falta de autorización por autoridad competente para la realización de estos eventos.

Las críticas que se realizan a este artículo son: que se podría llegar a una responsabilidad objetiva, no indica ninguna circunstancia de tiempo o lugar, la restricción en el medio utilizado (vehículo automotor) no considerando por ej, motos de alta cilindrada, nada dice del acompañante del conductor, no contempla la posibilidad de la conducta por culpa, no incorpora la conducción bajo la influencia de drogas o bebidas alcohólicas, etc. aunque, ¿podría decirse que el legislador quiso introducir la responsabilidad por dolo eventual?.

Conclusiones

De la lectura de los diferentes fallos se concluye que:

- Como consecuencia del incremento en las estadísticas sobre accidentes del tránsito vehicular se han sancionado diferentes disposiciones legales, tanto penales como contravencionales.
- Las modificaciones se traducen en: a) un aumento de la pena, b) el agravamiento por la pluralidad de víctimas y c) si el hecho hubiere sido ocasionado por la conducción de un vehículo automotor de manera imprudente, negligente, inexperta o anti-reglamentaria. Además se crea de un nuevo delito por el art. 193 bis al Código Penal.

⁷¹ Art. 193 bis: “Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años e inhabilitación especial para conducir por el doble del tiempo de la condena, el conductor que creare una situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas, mediante la participación en una prueba de velocidad o de destreza con un vehículo automotor, realizada sin la debida autorización de la autoridad competente.

La misma pena se aplicará a quien organizare o promocionare la conducta prevista en el presente artículo, y a quien posibilite su realización por un tercero mediante la entrega de un vehículo de su propiedad o confiado a su custodia, sabiendo que será utilizado para ese fin.”

- En los casos de sucesión de leyes se resuelve por la aplicación de la ley penal más benigna.
- En el momento de atribuir la responsabilidad por culpa o dolo eventual, los Tribunales se pronuncian por la primera.
- El estudio del problema causal ha sido abordado en numerosos fallos, con especial referencia a la teoría del riesgo además de la aplicación de la teoría de la equivalencia de condiciones.
- La víctima suele tener un rol importante en los accidentes en el tránsito vehicular ya que su conducta descuidada o temeraria puede contribuir a la producción del resultado.
- Sobre la personalidad de la pena, en ciertos casos, se atribuye responsabilidad penal al padre del menor que conducía el vehículo con el cual se produjo el accidente.
- La “infracción del deber objetivo de cuidado” y los criterios de previsibilidad y evitabilidad son la base de la responsabilidad culposa.
- El “principio de confianza” también tiene cabida en la circulación vehicular ya que permite la fluidez del tránsito.
- Los ilícitos más frecuentes resultantes por el tráfico vehicular son los homicidios y lesiones culposas, el abandono de personas y la omisión de auxilio. Los daños ocasionados en una cosa mueble o inmueble o un animal, total o parcialmente ajeno, deben ser dolosos ya que la figura culposa no está contenida en el Código Penal.

Bibliografía

JAKOBS, GÜNTER. *Derecho Penal. Parte General*. Edit. Marcial Pons. Madrid, 1997.

JESCHECK, HANS-HEINRICH. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Comares. Granada, 1993.

LASCANO, Carlos Julio y otros. *Derecho Penal. Parte General*. Libro de estudio. Edit. Advocatus. Cba. 2002.

MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal, Parte General*. PPU, S.A. Barcelona, 1996.

NUÑEZ, RICARDO C. *Manual de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial*. Edic. Actualizada. Edit. Lerner. Córdoba, 1999.

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

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. ALAGIA, A. SLOKAR, A., *Derecho Penal Parte General*. Edit. EDIAR. Buenos Aires, 2002.



LA PROTECCIÓN DEL TESTIGO DE MANIFESTACIONES DELICTIVAS COMPLEJAS Y EL DERECHO DE DEFENSA DEL IMPUTADO

César Fortete¹

Resumen: La lucha contra las organizaciones delictivas, por su complejidad y capacidad de manipulación de testigos y jueces para lograr impunidad, ha puesto en jaque a los sistemas penales. Esta situación llevó a distintos países y a la comunidad internacional a tomar medidas especiales de protección para las víctimas y testigos involucrados y a diseñar estrategias de infiltración de agentes para constatar la comisión de delitos y desarticularlas. Argentina también legisló sobre la materia, creando, además de las medidas de protección ordinaria o genérica para todo tipo de víctimas o testigos contenidas en los ordenamientos procesales, una protección particular o específica para distintas clases de testigos (simples testigos, testigos colaboradores, arrepentidos y agentes encubiertos) de determinados tipos delictivos. En este marco, el objetivo de este trabajo es analizar a la luz de las garantías procesales estas modalidades de protección para testigos que ingresan su testimonio bajo modos especiales en el sistema penal argentino y que se engloban dentro de las medidas que tienen por finalidad adecuar los procedimientos judiciales a la lucha contra las organizaciones criminales.

Palabras claves: protección de testigos – testigos colaboradores – arrepentidos – agentes encubiertos – derecho de defensa

1. Introducción

Los integrantes de grupos terroristas y del crimen organizado, e incluso simples delincuentes utilizan diversas estrategias para lograr impunidad. Algunas de estas estrategias se relacionan con los preparativos del acto criminal y van desde la simple planificación del delito hasta sofisticadas construcciones de condiciones, tales como organizaciones complejas en las que las responsabilidades se diluyen, redes sociales y políticas en las que se incluyen designación de jueces, elaboración de leyes que garantizan maniobras económicas o comerciales de dudosa legalidad y compra de voluntades de funcionarios, que dificultan seriamente cualquier tarea

¹ Abogado, Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Realizó estudios de Criminología 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).

de investigación. Otras estrategias para lograr la impunidad son posteriores al hecho y están relacionadas con la supresión de las pruebas o con la manipulación de los testigos que los pueda involucrar o de los tribunales que los deba juzgar.

Un ejemplo de esta realidad es la desaparición entre el 17 y 18 de setiembre de 2006 en Argentina de un testigo fundamental en el proceso que se seguía contra un ex comisario de la policía bonaerense por homicidios, torturas y desapariciones cometidas durante la última dictadura militar. Se trata de una víctima y testigo de los actos de este ex comisario y su relato fue crucial para lograr su condena a reclusión perpetua por genocidio. Sin embargo, antes de que recayera la sentencia, la víctima no pudo concurrir a la audiencia a dar su último testimonio, porque fue secuestrada y desaparecida. La desaparición de esta víctima tiene un claro mensaje intimidatorio a todas las víctimas y testigos del terrorismo de estado en Argentina que aún hoy deben deponer como testigos en las causas abiertas contra los represores y pone en evidencia que el Estado no tuvo la capacidad o voluntad suficiente para proteger a sus ciudadanos.²

Otra situación alarmante la representa la amenaza a los jueces y quizás las medidas extremas que se adoptaron en Colombia muestran, por un lado lo vulnerables que pueden ser ciertas instituciones del Estado frente al crimen organizado y, por otro, lo peligrosas que pueden resultar ciertas soluciones. En efecto, en Colombia, luego de que el narcoterrorismo en una década se cobrara la vida de unos 290 funcionarios judiciales y que los jueces ya no se atrevieran a juzgar, ni los fiscales a investigar o los testigos a declarar por temor a lo que les pudiera pasar, en 1991 se implementó la Justicia Regional, también llamada "Justicia sin rostro". Bajo esta figura la identidad de los jueces y de los testigos se mantenía en secreto y en las audiencias sus rostros eran cubiertos y sus voces distorsionadas para evitar que fueran víctimas de las represalias. Pese a lo efectivo que pudiera haber resultado en la lucha contra el narcoterrorismo, este modelo no resistió las críticas y en el año 2000 la Corte Constitucional lo suprimió por violación a todas las garantías procesales y bajo serias sospechas de haber sido utilizado con fines persecutorios de grupos sociales o políticos.³

² En el marco de esta causa hubo un sinnúmero de amenazas a los testigos y querellantes y con la desaparición de Julio López, el testigo al que nos referimos, surgieron también distintos proyectos de programas de protección de testigos que intervienen en causas que se siguen por violación a los Derechos Humanos. Un ejemplo de ello es la creación en la Provincia de Buenos Aires del Programa de Vigilancia y Atención de Testigos en Grado de Exposición, que complementa al Programa de Protección de Testigos e Imputados, creado por ley 25.764, y que se comenta en el 3.2.2. de este trabajo.

³ Es interesante destacar un fragmento de las recomendaciones del informe *Jueces anónimos, justicia ciega*, de KATZ, CLAUDE y NIETO GARCÍA, LUÍS CARLOS quienes recomiendan la supresión de este modelo de justicia y señalan lo peligrosas que pueden ser estas herramientas.

La manipulación de testigos y tribunales por parte de organizaciones criminales no son hechos aislados y en los ejemplos expuestos vemos que las respuestas del Estado no siempre son las más adecuadas. En el caso del testigo en Argentina, el Estado no cumplió con su obligación de brindar protección a sus ciudadanos y en el caso de los tribunales en Colombia, el Estado encontró una forma para protegerlos que era violatoria de los derechos de los ciudadanos investigados. Estas son dos situaciones que nos muestran la necesidad de adecuar los sistemas procesales para que, en situaciones especiales, se recepte y preserve la prueba y se garantice el éxito de la investigación, pero encontrando un equilibrio justo entre los derechos y garantías del imputado y los de los terceros involucrados en el proceso.

La protección del testigo en cualquier sistema legal requiere de un estudio particular a la luz del conjunto de derechos y garantías articulados en el mismo. En el caso del sistema penal argentino, según las distintas modalidades que adopte y de acuerdo al nuevo cuadro de garantías constitucionales existentes en Argentina desde de la reforma de la Constitución de 1994, la protección del testigo 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 a preguntar a los testigos. 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, la de sus familiares o la de sus bienes pueden verse amenazada. Esta situación también puede atentar contra la calidad del testimonio y, en consecuencia, hacer fracasar la pretensión punitiva del Estado. Es por ello que recientemente se han incorporado modalidades de protección al testigo para garantizar la recepción de la prueba y éstas, además, también reglamentarían el derecho a la seguridad e integridad personal de aquellos

[...] Esta supresión dotaría a la República de Colombia de una credibilidad internacional en materia de protección y respeto a los Derechos Humanos, al tiempo que no produciría ningún descenso de eficacia en la persecución del crimen organizado, lo que contribuiría a un fortalecimiento del proceso penal ordinario, que no presenta ni mayor ni menor índice de eficacia. [...] Evidentemente, la Justicia regional no ha conseguido sus objetivos de persecución del crimen organizado pero sí se ha convertido en un instrumento de represión contra la protesta social y de eliminación de la oposición política [...]. Cfr. en <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/jueces.html>

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, las mismas Convenciones y Tratados sobre derechos humanos obligan al Estado 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 lleva a sostener 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.

En este marco, el objetivo de este trabajo será analizar a la luz de las garantías procesales algunas modalidades especiales de protección para los testigos que ingresan su testimonio bajo modalidades especiales en el sistema penal argentino y que se engloban dentro de las medidas que tienen por finalidad adecuar los procedimientos judiciales a la lucha contra las organizaciones criminales.

Se trata de las figuras del testigo protegido, del testigo colaborador o arrepentido y del agente encubierto. Todos tienen en común que aportan un testimonio fundamental en una causa penal y que, por su calidad de testigo, se les debe brindar algún tipo de protección. No obstante compartir la calidad de testigo en algún momento de la investigación, debe señalarse que los tres se diferencian en cuanto a su situación procesal. En efecto, el testigo protegido es una persona que ha sido víctima o testigo involuntario de un hecho delictivo y que recibe protección por haber sido amenazado para evitar o condicionar su testimonio. El testigo colaborador o arrepentido es un integrante de una organización criminal que está comprometido procesalmente y ofrece colaborar con la justicia a cambio de algún beneficio en la causa y protección. Por último, los agentes encubiertos son agentes de fuerzas de seguridad o policiales en actividad que, previa autorización de un juez, en forma encubierta se introducen en organizaciones delictivas a los efectos de constatar la comisión de delitos y desarticularlas.

2. La protección del testigo

La obligación del Estado Argentino de garantizar la protección de la integridad personal (seguridad e integridad física, psíquica y moral) está

contenida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴ en los artículos 5.1. y 19 y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵ en el artículo 9.1. Además los artículos 1.1. de la CADH y el 2., apartados 1 y 2, del PIDCP obligan a los Estados partes a respetarlos y garantizarlos.⁶ Las convenciones de Derechos Humanos mencionadas fueron incorporadas a la Constitución Nacional Argentina por el art. 75, inc. 22, y se entiende que sus disposiciones tienen carácter operativo, por lo cual no requieren de reglamentación alguna para producir pleno efecto.

No obstante la operatividad de estas disposiciones, en la legislación argentina podemos encontrar reglamentaciones de la protección al testigo en el ordenamiento procesal penal y también en leyes especiales, poniéndose a tono, de esta manera, con recomendaciones de Naciones Unidas y con la legislación internacional incorporada, 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 represalia.⁷

Según la recepción interna que se adoptó en Argentina, la protección de los testigos en sus distintas modalidades pueden clasificarse en: 1) una protección ordinaria o genérica para todo tipo de víctima o testigo regulada en el ordenamiento procesal y 2) una protección particular o específica para testigos de determinados tipos delictivos regulada por leyes especiales. A la primera ya nos referimos en trabajos anteriores, por lo cual en esta oportunidad desarrollaremos la protección particular.⁸

2.1. La protección de testigos de leyes especiales

La lucha contra manifestaciones excepcionales de violencia y el crimen organizado o delitos complejos en el mundo ha generado medidas

⁴ En adelante CADH.

⁵ En adelante PIDCP.

⁶ En este mismo sentido, 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 [...]*”.

⁷ Declaración de Principios Básicos de Justicia para Víctimas de Delito y Abuso de Poder, art. 6, inc. d).

⁸ Cf. FORTETE, CÉSAR “La protección del testigo en el proceso penal y el derecho de defensa del imputado”, en *Anuario VII*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 2004.

especiales de protección para las víctimas y testigos involucrados. Un claro ejemplo de esta necesidad es el artículo 68 del Estatuto de Roma, que dispone que la Corte podrá adoptar las medidas necesarias para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas. De acuerdo a la Regla 87 del “Reglamento de Procedimiento y Prueba para la Aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Internacional Penal”, se entiende que estas medidas podrán consistir en que el nombre de la víctima que corra peligro sea borrado del expediente y se prohíba al fiscal o la defensa o cualquier otro participante en el procedimiento que divulgue esa información. Además el testimonio se podrá receptor por medios electrónicos u otras tecnologías especiales, como la inclusión de aquellas que permitan alterar la imagen o la voz, la implementación de tecnología audiovisual, en particular las videoconferencias y la televisión de circuito cerrado y la utilización exclusiva de medios de transmisión de voz. También puede autorizarse que la víctima utilice un seudónimo para que no corra peligro en razón de su testimonio y que la audiencia se celebre a puertas cerradas.

En los últimos años Argentina también ha legislado en materia de lucha contra formas especiales o complejas de delincuencia,⁹ contemplándose en algunas de estas leyes el diseño de estrategias especiales de recolección y protección de la prueba, como la incorporación de las figuras del arrepentido, del agente encubierto y la del testigo protegido.¹⁰ Estas figuras fueron reguladas por distintas leyes y en distintos momentos, por lo que, con el tiempo, surgió la necesidad de coordinar la protección de estos agentes en un único programa. Con motivo de ello se creó el Programa Nacional de Protección a Testigos e Imputados, que tiene por finalidad brindar una mayor protección a los testigos e imputados que hubieren colaborado de un modo eficiente con la investigación judicial de delitos complejos o de la delincuencia organizada, tales como secuestro, trata de personas, secuestro extorsivo, violación a la ley de estupefacientes y terrorismo, previstos, respectivamente, en los artículos 142 *bis*, 145 *bis* y *ter* y 170 del Código Penal y las leyes 23.737 y 25.241.

⁹ Pueden enumerarse las siguientes leyes especiales: 23.737 de Estupefacientes, 25.241 de Hechos de terrorismo, 25.246 de Encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo (que modificaron los artículos 277, 278 y 279 del Código Penal), 25.765 de Recompensas y los artículos 142 *bis* y 170 del Código Penal.

¹⁰ La legalidad de estos medios probatorios extraordinarios es muy cuestionada, ya que, sostienen algunos autores, contraponen moralidad con necesidad y que se compromete seriamente el perfil ético que debe rodear toda investigación criminal en el marco de un Estado de Derecho. Cfr. GARCÍA VITOR, ENRIQUE y GOYENCHE, CECILIA ANDREA, *Régimen legal de los estupefacientes*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 2001, p. 37 y ss.

2.2.1. Medios extraordinarios de prueba o “testigos especiales”

Diversas disposiciones legales incorporaron la figura del testigo colaborador o arrepentido y el agente encubierto. La primera en incorporar estas figuras fue la ley 23.737¹¹ de Estupeficientes, que, entre otras conductas, reprime la producción y tráfico ilegales de estupeficientes, su introducción ilegítima al país y la organización y financiación del tráfico ilegal. Para hacer más eficiente la lucha contra las organizaciones dedicadas al narcotráfico, esta ley introdujo las figuras del arrepentido (art. 29 *ter*) y del agente encubierto (art. 31 *bis*) con sus correlatos de carácter procesal (arts. 33, 2º párrafo, 33 *bis* y 34 *bis*).¹² El artículo 29 *ter* introdujo una cláusula de beneficios para aquellas personas imputadas por cualquier delito contemplado en la ley de estupeficientes o el artículo 866 del Código Aduanero¹³ que brinden información significativa sobre la identidad de otros partícipes del tráfico ilícito de estupeficientes, o que permita el secuestro de sustancias, bienes o cualquier otro tipo de activos provenientes de los delitos previstos en la ley. De acuerdo a la relevancia de la información que aporte a la causa, el beneficio que reciba el “arrepentido”¹⁴ podrá ser desde una reducción hasta una eventual eximición de pena.¹⁵ Con relación al agente encubierto, el artículo 31 *bis* dispone que en el curso de una investigación el juez podrá autorizar que agentes de las fuerzas de seguridad se introduzcan como integrantes en las organizaciones delictivas y participen en algunas de las actividades de éstas para comprobar la comisión de algún delito previsto en la ley de Estupeficientes o el artículo 866 del Código Aduanero, impedir su consumación, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios. Se trata de una medida excepcional, ya que sólo se podrá permitir cuando los objetivos de la investigación no pudieran ser logrados de otro modo.

Por su parte, el artículo 33 *bis* prevé la adopción de medidas especiales para la protección de la vida o la integridad física de testigos e imputados (arrepentidos) que hubiesen colaborado con las investigaciones

¹¹ Publicada en el Boletín Oficial el 11 de octubre de 1989.

¹² Estas figuras fueron incorporadas por la ley 24.424 que modificó a la 23.737 y fue publicada en el Boletín Oficial el 9 de enero de 1995.

¹³ Este artículo se refiere a la introducción al país o exportación ilegal de estupeficientes.

¹⁴ Algunos autores sostienen que es incorrecta la denominación “arrepentido”, ya que afirman que a la ley le basta con que delate y que simplemente lo hace para beneficiarse frente a la persecución penal y no por arrepentimiento. Cfr. LAJE ANAYA, JUSTO, *Narcotráfico y derecho penal argentino*, Marcos Lerner Editora Córdoba, 3º edición, Córdoba 1998, p. 320 y ss. También CAFFERATA NORES, JOSÉ L., “Medios extraordinarios de investigación y desnaturalización bélica del proceso penal”, en *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 207 y ss.

¹⁵ Hay quienes señalan que la eximición de pena es inconstitucional por ser contraria al principio de legalidad.

judiciales referidas a estos delitos. Señala concretamente que cuando las circunstancias del caso hicieren presumir fundadamente un peligro cierto para la vida o la integridad física de un testigo o de un imputado que hubiese colaborado con la investigación, el Tribunal deberá disponer las medidas especiales de protección que resulten adecuadas. Estas podrán incluso consistir en la sustitución de la identidad del testigo o imputado, y en la provisión de los recursos económicos indispensables para el cambio de domicilio y de ocupación, si fuesen necesarias.

A los fines de reglamentar esta disposición se creó la Oficina de Protección de Testigos e Imputados¹⁶, que es la encargada de adoptar las medidas especiales a las que hace mención el artículo 33 *bis* para la protección de la vida o la integridad física de testigos e imputados que hubiesen colaborado con las investigaciones judiciales en causas relacionadas exclusivamente con delitos vinculados al narcotráfico. La misión que cumple esta Oficina es, básicamente, coordinar con otras áreas y Ministerios del Gobierno Nacional las tareas necesarias para la sustitución de identidad de los testigos (también de los agentes encubiertos) y la provisión de medios económicos necesarios para cambiar de domicilio y ocupación.

Por su parte, el artículo 34 *bis* de la misma ley garantiza el anonimato a todas las personas que denuncien cualquier delito previsto en la misma ley o en el artículo 866 del Código Aduanero. El objetivo de esta disposición es incentivar a las personas a que informen sobre hechos que lleguen a su conocimiento sin que por ese motivo queden expuestos porque los autores pertenecen a su entorno social.

Posteriormente la ley 25.241¹⁷ incorporó la figura del arrepentido para hechos de terrorismo, considerándose como tales las acciones delictivas cometidas por integrantes de asociaciones ilícitas u organizaciones constituidas con el fin de causar alarma o temor utilizando sustancias explosivas, inflamables, armas o en general elementos de elevado poder ofensivo (art. 1). Para los integrantes de estas organizaciones que colaboren eficazmente con la investigación podrá reducirse la escala penal a la de la tentativa del delito en cuestión o limitarla a la mitad (art. 2). La misma ley señala que si estos confidentes o sus familiares sufrieren algún riesgo en su integridad personal en razón de la colaboración brindada, se adoptarán las medidas de protección necesarias, incluidas la provisión de los recursos indispensables para cambiar de actividad laboral y la sustitución de la identidad (art. 7).

¹⁶ Decreto 262/98. Publicado en el Boletín Oficial el 18 de marzo de 1998.

¹⁷ Publicada en el Boletín Oficial el 17 de marzo de 2000.

La ley 25.742¹⁸ modificó los artículos 142 *bis* y 170 del Código Penal beneficiando con la reducción de un tercio a la mitad de la pena al partícipe de los delitos de extorsión y secuestro extorsivo que, desvinculándose de los otros, colabore para que la víctima recupere la libertad, sin que ese resultado sea la consecuencia del pago del rescate. Se trata también de la incorporación de la figura del arrepentido o testigo colaborador en los delitos de extorsión y secuestros extorsivos, que en los últimos años han tenido una fuerte repercusión social y mediática en Argentina (en particular el aumento de la modalidad llamada “secuestros express”).¹⁹

Por último, recientemente se sancionó la ley 26.364²⁰, que tiene por objeto implementar medidas destinadas a prevenir y sancionar la trata de personas y de asistir y proteger a sus víctimas. Al respecto, en el artículo 6 enumera los derechos de las víctimas de trata de personas, mencionando, entre ellas, que tendrán derecho a *d) prestar testimonio en condiciones especiales de protección y cuidado*, a *e) la protección frente a toda posible represalia contra su persona o su familia, pudiéndose incorporar al programa nacional de protección de testigos en las condiciones previstas en la Ley N° 25.764*, a *f) la adopción de las medidas necesarias para garantizar su integridad física y psicológica*, así como a *i) la protección de su identidad e intimidad*. Luego en el artículo 8 se refiere nuevamente a la protección de la privacidad y a la reserva de identidad de la víctima, señalando que las

¹⁸ Publicada en el Boletín Oficial el 20 de junio de 2003.

¹⁹ Independientemente a que trataremos más adelante si las figuras legales seleccionadas colisionan con el derecho de defensa, debe señalarse que estas figuras (o técnicas de investigación) plantean serias tensiones con las garantías propias del derecho penal liberal. En efecto, esta ley también incluyó el artículo 41 *ter* al C.P. que ofrece una disminución de la pena a aquel delator que esté señalado como partícipe o encubridor de los delitos de secuestro o secuestro extorsivo (arts. 142 *bis* o 170 del C.P.). Al respecto, bien señala Cesano que para que ello ocurra, dado que la información la debe brindar durante la sustanciación del proceso o antes del inicio, la única forma es que el arrepentido lo haga a través de una declaración como imputado o de un comparendo espontáneo que lo llevaría a la autoincriminación a través de la confesión de su participación, agregando que esto colisiona con la garantía que resguarda el estado jurídico de inocencia y que altera la garantía de defensa en juicio, agregando que la declaración, en lugar de ser un medio de defensa, pasa a convertirse en un indispensable medio de investigación. Cfr. CESANO, JOSÉ DANIEL, *La política criminal y la emergencia (...)*, *op. cit.*, p. 74 y ss. De la misma manera las disposiciones de la ley 23.737, de Estupefacientes, con las figuras del arrepentido (art. 29 *ter*) y del agente encubierto (art. 31 *bis*) con sus correlatos de carácter procesal (arts. 33, 2° párrafo, 33 *bis* y 34 *bis*), el artículo 29 *ter*, con la cláusula de beneficios para aquellas personas imputadas por cualquier delito contemplado en la ley de estupefacientes o el artículo 866 del Código Aduanero que brinden información significativa sobre la identidad de otros partícipes del tráfico ilícito de estupefacientes, o que permita el secuestro de sustancias, bienes o cualquier otro tipo de activos provenientes de los delitos previstos en la ley y la figura del arrepentido de la ley 25.241 para hechos de terrorismo, han sido cuestionadas por su incompatibilidad con las garantías y derechos individuales propios de un Estado de Derecho.

²⁰ Publicada en el Boletín Oficial el 30 de abril de 2008.

actuaciones judiciales serán confidenciales y que los funcionarios intervinientes deberán preservar la reserva de la identidad de las víctimas.

2.2.2. La protección de testigos e imputados

La incorporación de las figuras legales comentadas en el ítem anterior hacía necesario coordinar la protección de los testigos, testigos colaboradores y agentes encubiertos que hubieran hecho aportes trascendentes y eficientes en una investigación judicial, ya que hasta ese momento sólo existía la protección genérica del artículo 79, inc. c, del CPPN y la Oficina de Protección de Testigos e Imputados que surgió en reglamentación del artículo 33 *bis* de la ley 23.737, sin que en ella se contemplara las situaciones planteadas por leyes posteriores. Esta situación generó la necesidad de integrar en un único programa la protección de testigos contemplada en las distintas leyes, creándose el Programa Nacional de Protección a Testigos e Imputados.²¹

De acuerdo a la definición de la propia ley, el objetivo del Programa es ejecutar las medidas para preservar la seguridad de los testigos comunes y de aquellos testigos especiales, como los arrepentidos y los agentes encubiertos, que hayan colaborado de modo trascendente y eficiente en una investigación judicial de competencia federal relacionada a los delitos previstos por los artículos 142 *bis* y 170 del Código Penal y los previstos en las leyes 23.737 y 25.241.²² Luego de su creación se agregó también a este Programa a las víctimas de Trata de Personas para garantizar su protección frente a posibles represalias contra su persona o su familia.²³

Por otro lado, la ley también admite que el Programa puede ser utilizado excepcionalmente para casos de delitos vinculados con la delincuencia organizada, la violencia institucional y en los casos que la trascendencia y el interés político criminal de la investigación así lo aconsejan. Este último agregado posibilita su aplicación en otras causas como, por ejemplo, las que se siguen por violación a los derechos humanos en la última dictadura militar. Justamente en virtud de esto y del antecedente de la desaparición del testigo Julio López, por ejemplo, la Provincia de Buenos Aires creó un Programa de

²¹ Ley 25.764, publicada en el Boletín Oficial el 13 de agosto de 2003.

²² Luego de su sanción se presentaron proyectos de reformas para ampliar la aplicación de este programa, detacándose dos de ellos. Uno presentado en noviembre de 2003, que proponía ampliar la protección a aquellos que se hubiesen presentado como querellantes e incluyendo también su aplicación para los delitos lesivos de los derechos humanos cometidos durante la última dictadura militar. Cfr. Honorable Cámara de Diputados de la Nación, proyecto presentado el 18 de noviembre de 2003. El otro proyecto es de junio de 2008, que también propone ampliar su aplicación a aquellos delitos susceptibles de ser encuadrados como de lesa humanidad, pero sin limitación a un momento histórico en particular. Además este proyecto propone también que la protección pueda ser solicitada por las partes y por el mismo testigo. Cfr. Honorable Cámara de Diputados de la Nación, trámite parlamentario 059 (04/06/2008).

²³ Ley 26.364, art. 6, inc. e).

Vigilancia y Atención de Testigos en grado de Exposición,²⁴ que complementa el Programa Nacional. Este Programa ofrece medidas de seguridad a los ciudadanos de la provincia de Buenos Aires que intervengan como testigos en causas federales, tales como un dispositivo de seguimiento informático que suministre información continua sobre su geo-referencia y con alerta de pánico, la entrega de un teléfono celular que permita la comunicación las 24 horas con un Centro de Monitoreo y asesoramiento y mejoramiento de las condiciones de seguridad del lugar de residencia permanente del testigo. A pesar de las buenas intenciones, el dispositivo de seguimiento fue considerado por organismos de Derechos Humanos como muy invasivo a la intimidad de las personas y como un instrumento al servicio de la vigilancia de las personas en lugar de protección.²⁵

La aplicación del Programa Nacional está condicionada a la existencia de un peligro cierto para la integridad física de una persona o de su familia, la existencia de un interés público trascendente en la investigación y, además, debe haber indicios ciertos de que los aportes del testigo puedan llevar al esclarecimiento de los hechos.

El Programa prevé la adopción de las siguientes medidas: 1) la custodia personal o domiciliaria. 2) El alojamiento temporario en lugares reservados. 3) El cambio de domicilio. 4) El suministro de los medios económicos para alojamiento, transporte, alimentos, comunicación, atención sanitaria, mudanza, reinserción laboral, trámites, sistemas de seguridad, acondicionamiento de vivienda y demás gastos indispensables, dentro o fuera del país, mientras la persona beneficiaria se halle imposibilitada de obtenerlos por sus propios medios, pero en ningún caso la asistencia económica se otorgará por más de seis meses. 5) La asistencia para la gestión de trámites, 6) la asistencia para la reinserción laboral. 7) El suministro de documentación que acredite identidad bajo nombre supuesto a los fines de mantener en reserva la ubicación de la persona protegida y su grupo familiar.

Estas medidas de protección pueden ser dispuestas por el tribunal a cargo de la causa de oficio o a petición del fiscal. La ley prevé que, hasta tanto se apruebe el trámite, el tribunal a cargo deberá utilizar las medidas de protección autorizadas por el artículo 79, inc. c, del CPPN y, si éstas no fueren convenientes, se ingresará provisoriamente a la persona en el programa hasta tanto se resuelva su admisión.

²⁴ Decreto 2.475 del 21 de setiembre de 2006.

²⁵ Debe tenerse presente aquí que con estas medidas se quiso traer tranquilidad a los testigos de causas por violación a los Derechos Humanos, por lo que las medidas que tengan emparentamiento con seguimiento de personas y control difícilmente puedan ser bien recibidas por personas que han sufrido la persecución por parte de aparatos terroristas.

Las medidas de protección son sumamente amplias y ajustadas a las necesidades particulares de cada testigo y su familia y pueden aplicarse durante y después de la sustanciación del proceso, ya que la asignación de identidad supuesta y reubicación laboral y residencial de la persona protegida, son medidas que se aplican luego de que el testigo haya declarado en el juicio. La particularidad fundamental es que se trata de medidas que se caracterizan por su exterioridad procesal, ya que, si bien se pueden sustanciar durante el proceso, su aplicación no tiene que ver con la modalidad de sustanciación de los actos procesales, la recepción del testimonio por ejemplo, sino con una forma de garantizar el comparendo del testigo y la incorporación de la prueba. En efecto, lo que esta ley no prevé, y esto es un factor común de todas las leyes que disponen la protección del testigo, es medidas especiales de comparencia del testigo, tales como que el imputado sea retirado de la sala, que el testimonio sea receptado a puertas cerradas o por medios audiovisuales. Es importante tener en cuenta que esta ley protege no sólo al testigo involuntario, es decir, aquel que circunstancialmente tomó conocimiento de un hecho delictivo, sino también de los testigos voluntarios como el agente encubierto y el arrepentido, cuya situación es muy particular con relación a los imputados, por lo cual la exposición pública, compartir la sala de audiencia o declarar frente a los imputados o coimputados, puede condicionar su testimonio o disposición a colaborar. Lo mismo sucede en el caso de las víctimas de trata de personas, ya que éstas han vivido una situación de especial sometimiento.

Por otro lado, con relación a la protección de identidad o asignación de identidad bajo nombre supuesto, aunque no esté especificado en qué momento procesal se ofrece, debe tenerse en cuenta que estas medidas, aunque se caractericen por su exterioridad procesal, tienen consecuencias en el desarrollo del proceso, ya que instrumentar una sustitución de identidad durante el proceso modifica las condiciones legales de comparencia de los testigos.

Para estos últimos casos y aunque no está regulado, en algunos tribunales se utiliza la figura del testigo de identidad reservada.²⁶ Esta modalidad consiste en extraer todos los datos identificatorios del testigo del

²⁶ Este instituto no es nada novedoso, ya que en 1376 el Manual de los Inquisidores enseñaba que cuando haya que mostrar al hereje las deposiciones de los testigos, nunca se entregue el original, sino una copia en la que se hayan suprimido todos los detalles, que, por poco que fuese, sirvieran para identificar a los testigos. Cfr. NICOLAU, EIMRIC y PEÑA, FRANCISCO, *Manual de los inquisidores*, Muchnick Editores, Barcelona, 1996, p. 171, citado en CAFFERATA NORES, JOSÉ I. "Protección del testigo de cargo y derecho de defensa", en *Ley, Razón y Justicia. Revista de investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales*, Ed. Alberoni, Neuquén, año 6, N° 9, mayo 2004-abril 2005, p. 126.

expediente para que las partes no lo puedan conocer.²⁷ Se trata de una creación de la practica judicial anterior a estas leyes y fue utilizada en el juicio por el atentado terrorista perpetrado en el año 1994 contra la sede de la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA) en Buenos Aires, entendiéndose el juez de la causa que se trataba de una situación excepcional que merecía una solución de igual características y que la presencia de algún medio probatorio que no tenga regulación específica no obsta a su admisión si resulta pertinente para comprobar el objeto de la prueba.²⁸

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

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 deberían ponerlo en un plano de igualdad frente al poder acusador del 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 recursos.²⁹

El derecho de defensa ya se encontraba receptado en el artículo 18 de la Constitución Nacional y con la incorporación de la CADH y el PIDCP

²⁷ Si bien la sustitución de identidad está contemplada en estas leyes, no tiene regulación dentro del ordenamiento procesal federal. Solamente como excepción en Argentina la encontramos en el Código Procesal Penal de la Provincia de Jujuy y las Oficina de Protección de Testigos de la Provincia de Córdoba. El ordenamiento de Jujuy en su artículo 208 *bis*, dispone que, una vez iniciada la instrucción, el Juez podrá reservar la identidad de aquellas personas que, pudiendo aportar cualquier tipo de datos a la investigación, así lo requieran por fundado temor respecto a su vida, integridad personal, honor o bienes, o los de sus familiares. Una vez dispuesta la reserva de identidad, bastará que se inserte en el expediente una certificación del actuario en la que conste su existencia, y que obra en poder del Juez las actuaciones complementarias donde conste la identidad del testigo y se registren sus dichos. Las actuaciones complementarias con los dichos del testigo, más no la identidad del mismo, sólo podrán ser consultadas por la defensa en los términos y bajo las previsiones de lo dispuesto en el Artículo 208, 2do. apartado in fine del Código Procesal Penal Si se dispusiere la elevación de la causa a juicio, el Juez agregará al expediente principal las actuaciones complementarias que serán siempre reservadas. Si la instrucción se clausurara por sobreseimiento, las actuaciones complementarias se archivarán en forma separada del expediente principal. Por su parte la Oficina de Protección de Testigos de la Provincia de Córdoba podrá aconsejar sobre la conveniencia o necesidad de reserva de los datos de identidad del testigo, en cuyo caso el tribunal podrá extraer todos sus datos identificatorios del expediente.

²⁸ Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 9, causa N° 1156 (AMIA).

²⁹ Cfr. 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.

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, tal como ya señalamos más arriba, 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 y a garantizar el derecho de todo imputado a interrogar a los testigos, constituyendo ambas garantías un límite al poder penal del Estado. La convivencia de estas garantías no es fácil de sostener y no siempre se contempla en su reglamentación una solución para resolver los casos de conflicto.

Lo cierto es que la realidad nos muestra que el Estado en el ejercicio de su pretensión punitiva expone muchas veces a la víctima y a los testigos o sus familiares a situaciones de riesgo para su integridad física y psíquica. En otros casos son los propios imputados que, en función de un beneficio, se ponen en situación de riesgo y también están quienes en cumplimiento de su labor, como el caso del agente encubierto, quedan en situación de vulnerabilidad. Estas son situaciones que el Estado debe resolver y no hay duda entonces que el ofrecimiento de medidas a las víctimas y a los testigos que tienen por objetivo reducir las situaciones de riesgo 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.

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 testimonio.³⁰ Distinta es la situación cuando la protección al testigo contempla la protección de su identidad.

De acuerdo a las obligaciones asumidas por el Estado Argentino, el Programa o las medidas de protección deben brindar seguridad al testigo

³⁰ También hay que tener en cuenta que 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.

antes, durante y después del proceso. Según las características que adopten y el momento al que se refieren tiene características de exterioridad o interioridad procesal. Las medidas de exterioridad procesal (antes, durante y después del proceso, pero referidas a medidas de seguridad que no modifican la actividad procesal, como la participación en el juicio en condiciones normales) no colisionan con el derecho de defensa, puesto que no modifican las condiciones de desarrollo de los actos procesales sino que garantizan que los mismos puedan desarrollarse. En cambio, la instrumentación material de algunas de estas medidas tienen consecuencias intra procesales, porque introducen modalidades especiales de recepción testimonial para garantizar la seguridad de los testigos, como la recepción del testimonio en ausencia del imputado o por medios audiovisuales, o con la supresión o sustitución de los datos de identificación del testigo, y, en consecuencia, pueden lesionar el derecho de defensa del acusado.³¹

En circunstancias normales puede suceder que el acusado adopte conductas intimidatorias durante el juicio en perjuicio de los testigos que habilitan al tribunal a retirarlo de la sala de audiencia en ejercicio de sus facultades disciplinarias. Esta es una situación contemplada en el ordenamiento procesal penal (art. 370) y para esos casos dispone que el defensor representará al imputado para todos los efectos. Pueden existir situaciones similares de intimidación de testigos que, no obstante, no autorizan al tribunal a excluir al acusado, porque la amenaza no tuvo lugar durante la audiencia sino antes de ésta o por medio de otras personas. En estos supuestos el testigo puede solicitar al tribunal que el acusado sea retirado de la sala de audiencia para declarar y el ejercicio del derecho de defensa y la facultad de preguntar al testigo la ejerce el defensor sin que se vea disminuido por ese motivo, ya que esta facultad no necesariamente la debe ejercer en forma directa el mismo acusado. Otra posibilidad es que quien no esté presente en la sala de audiencia sea el testigo y que éste declare por medios audiovisuales. Esta modalidad está prevista en algunas legislaciones sobre todo para intervenir en los delitos sexuales y para víctimas menores.³² Es una técnica que también puede aplicarse a la investigación de los delitos de organizaciones criminales y, al igual que en el caso an-

³¹ Es importante señalar que la protección de identidad durante y dentro del proceso no es relevante para el caso de los testigos (e imputados) arrepentidos, es decir cuando imputado y testigo se conocen, porque son socios del delito que se juzga. En estos casos es importante la protección de la familia y del testigo fuera del ámbito procesal.

³² En el ordenamiento procesal penal argentino esta modalidad está receptada en el artículo 250 *bis* para la recepción del testimonios de los menores de dieciséis años que hayan sido víctimas de los delitos de lesiones o contra la integridad sexual. Se dispone expresamente que el testimonio se debe receptor en Cámara Gessel y se lo debe resguardar por medios audiovisuales para reproducirlo y evitar la reiteración. Sobre el tema cfr. FORTETE, CÉSAR "Modalidades especiales de recepción del testimonio: victimización secundaria y derecho de defensa" en:

terior, la ley no obliga a que el acusado y el testigo deban estar cara a cara para que esté garantizado el derecho de defensa. Esta tecnología ofrece suficiente inmediatez como para garantizar a la defensa la posibilidad de preguntar y repreguntar al testigo.

Sin lugar a dudas que, como ya hemos señalado al describir los distintos programas, aquellas medidas que contemplan la sustitución de la identidad como medida de protección (art. 33 *bis* de la ley 23.737, art. 7 de la ley 25.241 y art. 5, letra g, de la ley 25.764) son los que pueden presentar mayores inconvenientes a la hora de su instrumentación. En efecto, además de los problemas relacionados a la mutación de personalidad civil del testigo protegido, es fundamental establecer el momento de cambio de identidad, ya que esto determinará la afectación o no de las garantías del imputado. Surge evidente que si no se quiere violar el derecho de defensa del imputado, el cambio de identidad del testigo o el suministro de documentación que acredite identidad bajo nombre supuesto, sólo debe ocurrir luego de que el testigo haya comparecido en el juicio, ya que la garantía procesal del derecho de defensa implica la posibilidad de todo acusado de interrogar a los testigos sobre, entre otros aspectos, sus condiciones personales para valorar su credibilidad. Sin embargo, como no siempre ocurre así, por lo cual haremos un análisis de las distintas alternativas de recepción del testimonio con reserva de identidad o mediatización.

En efecto, si el testigo fue ingresado a un programa de protección que contemple el resguardo o sustitución de su identidad, manteniéndose esta protección durante todo el desarrollo del proceso, cualquiera sea la modalidad de recepción de su testimonio, el imputado verá limitada la posibilidad de controlar la prueba. Del mismo modo, 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 contradictorio.³³ 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 o sustitución 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

Anuario X, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 2008.

³³ 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 CPPN.

mismo.³⁴ Sin embargo, vería 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 verdadera identidad, deberá ser prohibida por el funcionario judicial interviniente. Esta situación es violatoria del derecho de defensa del imputado a la luz de las garantías constitucionales y también contrario a lo dispuesto por el artículo 249 del CPPN, que señala que luego de que el testigo es instruido acerca de las penas por falso testimonio y presta juramento de decir verdad el juez lo interrogará sobre su nombre, apellido, estado civil, edad, profesión, domicilio, vínculos de parentesco y de interés con las partes y cualquier otra circunstancia que sirva para apreciar su veracidad.

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 vería 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 vería 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.

Con excepción de la posibilidad de que el acusado sea retirado de la sala de audiencia para que el testigo declare y la videofilmación del testimonio de niños víctimas de delitos sexuales o de lesiones, las situaciones planteadas no están contempladas en la legislación en forma expresa y cada tribunal debe resolverlas de la manera más ecuánime para los derechos de las partes. En este sentido, la Oficina de Protección Testigos de la Provincia de Córdoba, que prevé la reserva de los datos de identidad del testigo o el resguardo de su testimonio por medios audiovisuales para que pueda ser reproducido sin necesidad de que deba concurrir a la sala de audiencia, encuentra una solución bastante conveniente. Para estos casos la ley dispone que estas medidas se adoptarán siguiendo el procedimiento del artículo 308 y 309 del ordenamiento procesal de Córdoba, de modo

³⁴ De esta manera se cumple medianamente con el principio de la inmediatez del proceso penal.

que se garantice el derecho de defensa al adelantarse el contradictorio. En efecto, estos artículos regulan el procedimiento que debe seguirse para la recepción de elementos de prueba en la etapa instructoria por medios que por su naturaleza y características no pueden ser repetidos, es decir que deben ser considerados definitivos e irreproductibles. Se refiere, entre otros, a la declaración de testigos que por enfermedad u otro impedimento no podrán presumiblemente deponer durante el juicio, o porque existe el peligro de que puedan luego ser inducidos a falsear su declaración. En estos casos se les debe dar participación a los defensores de las partes, de modo tal que puedan presenciar y participar de manera activa, formulando preguntas, proponiendo medidas, haciendo observaciones o solicitando se deje constancia de irregularidades.³⁵

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 descriptas, la defensa del imputado se verá irremediablemente limitada o 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, o bien buscar otras soluciones como en el caso de la Provincia de Córdoba, que adelanta el contradictorio en ciertos casos. Sin embargo, ante la falta de una regulación específica, 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.

En este sentido, con motivo de una propuesta de incorporar la figura del Testigo de Identidad Reservada para los testigos, arrepentidos y agentes encubiertos, hubo opiniones que sostuvieron que las declaraciones de estos testigos bajo la modalidad de identidad reservada no podrán nunca ser valoradas en la sentencia, si no se producen con el contralor de la acusación y la defensa, del modo establecido en el ordenamiento procesal. Mientras se mantenga el anonimato y el secreto de sus dichos carecerán siempre de cualquier valor probatorio directo, indirecto o en relación a otras pruebas. Del mismo modo, estos testimonios, aunque se los haga con identificación, no podrán tener ningún valor convictivo si no son rea-

³⁵ Cfr. CAFFERATA NORES, JOSÉ y TARDITTI, AÍDA, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba comentado*, Editorial Mediterránea, Córdoba 2003, T. 2, pág. 17.

lizados con el control de la acusación y la defensa en los términos de lo dispuesto por el ordenamiento procesal.³⁶

Situación similar es la que se plantea por lo dispuesto por el artículo 34 *bis* de la ley 23.737, que garantiza el anonimato a todas las personas que denuncien cualquier delito previsto en la misma ley o en el artículo 866 del Código Aduanero. En efecto, esta disposición es contraria al artículo 175 del ordenamiento procesal, ya que éste dispone que el funcionario que recepte la denuncia hará constar la identidad del denunciante y éste deberá firmar la presentación que haga por escrito o el acta que se labra si la denuncia es verbal. Por otro lado, el funcionario actuante deberá constatar que el denunciante no esté incurso en alguna prohibición para denunciar (art. 178) y deberá tomar las previsiones (identificar al denunciante) para el supuesto de falsa denuncia sancionada por el artículo 245 del Código Penal. Para salvar algunas de estas dificultades podría procederse de la misma manera que con el testigo de identidad reservada, es decir, consignar fuera del expediente los datos identificatorios del denunciante para brindarle seguridad y protección, pero, como ya hemos expuesto, si se mantiene el anonimato durante el juicio es violatorio del derecho de defensa del imputado. Ante este cuadro, el valor que se le asigne a la denuncia anónima no puede ser más que de mera fuente informativa útil para producir prueba.

Por último, podemos señalar que 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 de-

³⁶ Cámara de Diputados de la Nación, *Informe de las comisiones de Drogadicción, de Legislación Penal y de Familia, Mujer y Minoridad*, orden del día N° 917. Algunos autores consideran que el testimonio con reserva de identidad sólo puede tener un valor indiciario.

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.

fensa 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 exige 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 testimonio.³⁸ Baste como ejemplo la jurisprudencia del Tribunal Europeo, que reconoce a todo acusado el derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él, en una interpretación conjunta de este derecho con la exigencia de que el proceso penal se realice públicamente, debiéndosele brindar una oportunidad adecuada y suficiente al acusado para contestar un testimonio de cargo y para interrogar a su autor. Con relación al anonimato del testigo, la Corte Europea de Derechos Humanos en los autos “Kostovski v. Países Bajos” ha sostenido que [...] *si la defensa ignora la identidad de un individuo que intenta interrogar, puede verse privada de las especificaciones que permitirían justamente establecer si es prejuicioso, hostil o no confiable. Un testimonio u otras declaraciones dirigidas en contra de un acusado bien pueden constituir una mentira o resultar de un mero error, la defensa apenas puede demostrar esto si carece de la información que le proporcionarían los medios para verificar la credibilidad del autor o de la cuestionada. Los peligros inherentes a semejante situación resultan obvios [...]*.³⁹

6. Conclusiones

Argentina ha legislado diversas modalidades de recepción de prueba en el que se contempla la protección de los testigos para combatir modernas manifestaciones delictivas y sus complejas formas de actuación. El análisis de estos programas de protección al testigo nos muestra que muchas de las medidas que pueden adoptarse resuelven el problema de la seguridad de las personas que deben prestar declaración en una causa penal y garantizan, de esta manera, la recepción de esa prueba sin afectar el derecho de defensa. En otros casos, en los que se adoptan modalida-

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 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 10º Nominación en lo Criminal de la ciudad de Córdoba en los autos “Sánchez, José Amado p.s.a. Homicidio en ocasión de robo-Apelación”.

³⁹ Caso número 10/1988/154/208, resolución de fecha 20 de noviembre de 1989.

des especiales de recepción de la prueba (denuncia anónima, testigo de identidad reservada), quedan muchas dudas sobre la validez y la legalidad de la prueba ingresada, ya que colisionan con el derecho de defensa del acusado.

A pesar de que el Estado tiene que respetar y garantizar el derecho de defensa del imputado, puede advertirse que 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. Lo cierto es que el Estado puede tener buenas razones para proteger a un testigo y no someterlo a un interrogatorio judicial o no revelar su identidad, pero en ese caso, es la acusación la que debe cargar con el déficit de prueba y no el imputado.

Estas situaciones obligan a buscar una solución satisfactoria a través de la jurisprudencia, pero debe saberse que, así como este es el ámbito correcto para defender los derechos y garantías, no es la manera más adecuada de suplir su reglamentación. También debe enseñarnos que el afianzamiento de la justicia nunca puede construirse sobrepasando los límites de principios éticos, ya que el Estado no puede valerse de medios cuestionables para investigar los hechos delictivos. La aceptación de esta situación 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.



DEL PASO DE UN DERECHO PENAL DEL NIÑO A UN DERECHO DE PROTECCIÓN A LA NIÑEZ

María Teresa Vocos¹

Resumen: El tema de la delincuencia juvenil, es considerado como uno de los fenómenos sociales problemáticos que más interesa a criminólogos a nivel internacional desde el siglo pasado.

Si bien el delito existe desde los orígenes de la humanidad, resultan más altamente impactante a nivel social aquellas manifestaciones de conducta contrarias a la normativa general tendientes a poner en riesgo la seguridad pública, o simplemente las que van en contra de las buenas costumbres ya establecidas, cuando provienen de los jóvenes que de los adultos. Además, existe la idea socialmente aceptada de considerar al menor infractor de hoy, como un posible delincuente peligroso en su vida adulta, lo que implica dar por sentado –o socialmente aceptado–, que cuando estamos frente a un menor infractor, es sinónimo de rotularlo como “irrecuperable”.

La delincuencia juvenil es un fenómeno de ámbito mundial; se encuentra tanto en las ciudades industrializadas, como en los suburbios de otras grandes ciudades; desde las familias ricas y acomodadas hasta las más pobres, existente en todas las capas sociales y en cualquier espacio de nuestra civilización.

Palabras Claves: Menor - delincuencia - sociedad - Estado - Derecho Penal - medidas de seguridad - riesgo - institutos - política criminal - violencia - policía - familia - educación -

Concepto

La idea de delincuencia se concibió desde la Escuela Clásica, y posteriormente por el Positivismo Criminológico como un fenómeno exclusivamente individual de desviación e inadaptación, sosteniéndose que la delincuencia es la conducta resultante del fracaso del individuo en adaptarse a las demandas de la sociedad en que vive.

Actualmente, la mayoría de los criminólogos afirman que la delincuencia es un fenómeno social —y no individual— íntimamente vinculado a cada tipo de sociedad y que no puede dejar de ser un reflejo de las características de las mismas, por lo que comprender el fenómeno de la delincuencia requiere de un complicado proceso de internalización de los

¹ Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales —U.N.C.—. Diplomada en Justicia Penal —U.N.C.- INECYP—. Docente de Derecho Penal I. Fac. de Derecho y Cs. Ss. —U.N.C.-

fundamentos básicos de cada clase de sociedad, y dentro de éstas, sus funciones y disfunciones.

Si entendemos a la delincuencia como un fenómeno social constituido por el conjunto de infracciones contra las normas fundamentales de convivencia, producidas en un tiempo y lugar determinados (Herrero-Herrero), cabe preguntarse ¿cuándo la delincuencia es “juvenil”? Entendemos por delincuencia juvenil, a los actos llevados a cabo por personas, que según nuestro régimen legal (Código Penal Argentino, art. 34, inc.1º “El que no haya podido en el momento del hecho...comprender la criminalidad del acto...”), el que a su vez, nos remite al presupuesto biológico de la madurez mental, que para la Legislación Argentina, según la Ley 22.278 —Régimen Penal de la Minoridad—, en su art. 1º reza que “No es punible el menor que no haya cumplido 16 años de edad”.

Situación actual

Existe, de manera generalizada en la sociedad, la idea de que el incremento de la delincuencia juvenil, resulta desproporcionado en relación al los índices de crecimiento de la criminalidad en general.

Unida a esta idea se equipara al concepto de delincuente juvenil, el de una progresiva peligrosidad cualitativa, que necesariamente se relaciona con el ejercicio o despliegue de violencia en los actos llevados a cabo por los jóvenes.

Psicólogos, sociólogos y criminólogos, intentan encontrar las causas de la violencia juvenil, agrupándolas en factores biológicos, psicológicos, sociales y familiares.

Se trazan perfiles del delincuente juvenil, subrayando ciertos aspectos cognitivos interpersonales en la descripción de su carácter², pretendiendo elaborar modelos descriptivos de la carrera delictiva, señalando una serie de factores individuales, psico-biológicos y biográficos en procura de caracterizar al delincuente juvenil, concluyendo que éste es una persona con un gran conjunto de deficiencias, entre cuyos factores se enumeran los siguientes: impulsivos, con afán de protagonismo, fracasados escolares, consumidores de drogas, de baja autoestima, de clase social baja, con familias desestructuradas, faltos de afectividad, agresivos, sin habilidades especiales ni sociales, desequilibrados emocionalmente, inadaptados, frustrados, etc.

Los estudiosos de este fenómeno parecieran desconocer que los factores mencionados, resultan ser características de las experiencias de

² Conceptos éstos que ponen de manifiesto viejos resabios de la teoría Lombrosiana, sobre ciertos caracteres anátomo-fisiológicos, que llevaban a denominar a los delincuentes como poseedores exclusivos de ciertas “patologías”.

vida, del psiquismo individual y/o de la personalidad de cualquier ser humano, quienes no obstante, procuran llevar adelante una vida dentro de los parámetros aceptados como “normalidad”, intentando satisfacer las expectativas de la conducta esperada por el resto de la sociedad, en virtud de lo que la normativa y las buenas costumbres imponen.

Lo cierto es que no se puede generalizar que a partir de ciertas características de la personalidad, el menor necesariamente resulta ser un delincuente.

Diseñar una estrategia Estatal de evitación y tratamiento de la delincuencia juvenil debería ser objetivo prioritario de la política criminal del Estado, por dos razones: 1.- Afecta a una parte muy sensible de la población (niños y jóvenes, en especial a los que se encuentran en riesgo de exclusión social); 2.- Porque intervenir hoy previniendo y tratando la infracción legal que realizan los niños y jóvenes, implica reinsertarlos y prevenir la delincuencia adulta del futuro.

La realidad detrás del mito

¿Qué lleva a un menor a delinquir?

El constante aumento de los conflictos sociales, ha incrementado el interés por el tema, tanto en los países industrializados o centrales, como en los periféricos.

Para comprender el interés por el análisis y la búsqueda de soluciones para la delincuencia juvenil, es necesario ubicar este fenómeno dentro de la problemática de la sociedad actual con una estructura en la que les toca vivir a los niños y jóvenes de hoy, caracterizada por una complejidad cada vez mayor, en la que no es posible que la sociedad simplemente contemple a los niños y jóvenes delincuentes como una sub-especie dentro del sistema, de los cuales no se sienten responsables, y que es necesario defenderse o repeler su accionar a cualquier precio.

La delincuencia juvenil tiene su origen en causas múltiples, sin que exista consenso general sobre ellas. Sin embargo, existen factores recurrentes de la cantidad de variables que influyen en el fenómeno, como son:

1.- La pertenencia a familias desestructuradas, y las dificultades que se producen en ocasiones para conciliar la vida familiar y laboral. Estas carencias de afectividad y control conducen a algunos jóvenes a buscar su compensación, ingresando a bandas o pandillas juveniles, dentro de las cuales se suelen observar ciertos comportamientos transgresores, cuando no, conductas antisociales, violentas y hasta delictivas, cuya adopción es requerida a sus integrantes para ser aceptados o “validar” su pertenencia.

2.- El ausentismo o fracaso escolar, que estigmatiza y facilita la adopción de comportamientos antisociales, permitiendo al niño adoptar

la calle como espacio en el que comienza siendo víctima y luego autor de agresión social.

3.- El desempleo, que origina situaciones de frustración, especialmente entre jóvenes sin formación.

4.- El escaso control de parte de las autoridades del expendio de alcohol, que favorece el consumo por parte de los jóvenes, y que generan estados fisiológicos propendentes a la realización de actos violentos o imprudentes de riesgo.

5.- El uso de drogas y sustancias tóxicas que en muchos casos lleva al adicto a delinquir para proporcionarse los medios que permitan sustentar su adicción.

6.- La insuficiencia o carencia en la transmisión de valores pro sociales o cívicos, respeto a las normas, solidaridad, generosidad, tolerancia, etc., que han sido sustituidos en las sociedades globalizadas por valores utilitaristas e individualistas, provocando lentamente el surgimiento de cierta anomia social.

7.- La transmisión por medios masivos de comunicación o video juegos destinados a niños, sin control de mayores, de imágenes y actitudes violentas que contribuyen a fomentar un sistema de valores en el que la violencia sea un recurso aceptable.

Unido a esto, existe la tendencia de ubicar a la delincuencia juvenil caracterizada por grupo de niños o adolescentes dentro de un contexto social de miseria, pobreza, concentración urbana, agresiones sexuales y desintegración familiar, que dificultan el proceso adecuado de socialización del niño. Esta marginación presenta diseños deshumanizados que favorecen la aparición en sus habitantes de sentimientos de angustia, resentimiento y agresividad³.

Los factores mencionados como causas de la delincuencia juvenil, no se dan exclusivamente entre las clases sociales marginadas o menos favorecidas, sino que muchos de ellos son compartidos por niños y jóvenes de diferentes estratos sociales.

¿Qué es lo que hace que pese a la incriminación penal a partir del día que cumplen los 16 años, incrementen la participación delictiva después de esa edad, y más aún, después de los 18 años? En el origen de la trasgresión adolescente, se mencionan como causas de los hechos que los niños a ciertas actitudes en contraposición a sus familias y a las reglas sociales; otras, en cambio, responden a claros mandatos familiares o del entorno.

³ Confr. CORTÁZAR, MARÍA GRACIELA: "Niños y Jóvenes en infracción a la ley penal. Bases del nuevo sistema". Artículo incorporado en: *Derechopenalonline*. 02/04/2008.

En el primer caso, el niño o joven que delinque con el objeto de confrontar a su familia o las normas de convivencia, no es exclusivo de las clases sociales menos favorecidas, ni de jóvenes analfabetos, o sumidos en la pobreza e indigencia. Quien delinque para contradecir, hacerse notar, o simplemente transgredir, lo hace producto de una exacerbación de actitudes provocativas adolescentes. En estos casos, generalmente, la mayoría de edad o la iniciación en la vida adulta operará positivamente en las conductas.

En el segundo caso, cada vez más frecuente, la principal conducta antisocial es la de los adultos que incitan, utilizan y hasta obligan o explotan al menor en el delito. La provisión de drogas o armas de fuego a los jóvenes son conductas adultas, y éstas son las que deben realmente ser perseguidas.

La sociedad actual se caracteriza por un acelerado debilitamiento de los sistemas tradicionales de apoyo para el desarrollo de la niñez y la adolescencia, a los grupos sociales menos favorecidos se les están restringiendo cada vez más el ejercicio y goce de derechos fundamentales como la salud, educación, vivienda, desarrollo, en definitiva, un deterioro masivo del derecho a la vida; de allí que toda estigmatización temprana servirá para confirmar a los jóvenes en el delito y no para apartarlos de él.

El principal sustento de toda sociedad está conformado por la familia, la escuela y los sistemas de asistencia y recreación. Si estas instituciones básicas se reducen a su mínima expresión resultando siempre insuficientes para la satisfacción de las necesidades de la población juvenil, sin percatarnos de que la delincuencia juvenil es el resultado de la combinación de diversos factores de riesgo y respuesta social, presentes en todas las sociedades, en donde la pugna de antivalores como violencia, agresividad y consumismo se imponen a los valores supremos de toda sociedad como la tolerancia, respeto, solidaridad y justicia, entonces estamos destinados a conformarnos con detener chicos, manteniendo en la impunidad a quienes lucran con las conductas delincuenciales de estos mismos jóvenes y de muchos otros.

Las armas y las drogas, provenientes del mundo adulto, cambiaron la naturaleza del delito juvenil, transformándolos en hechos de violencia y muerte.

La supuesta comisión de un delito, el abandono, la falta de asistencia, el peligro moral o material o los simples problemas de conducta, autorizan intervenciones judiciales privativas o restrictivas de la libertad, decisiones éstas que se toman sin el cumplimiento mínimo de las garantías Constitucionales contempladas para adultos delincuentes, en virtud de que al menor no se lo puede juzgar, pero sí institucionalizar, a título "preventivo", o por "su seguridad".

La gran estafa que realiza el Derecho Penal de Menores es la aplicación indiscriminada de estas medidas de seguridad, legitimando intervenciones desmesuradas, carentes de límites, con el argumento formal de que no son penas, sanciones o castigos y que se utilizan para el bienestar del menor sin importar en realidad si son imputables o inimputables⁴.

Una sociedad que se plantea la incriminación temprana de sus hijos, sin apuntar a la responsabilidad de los delinquentes adultos, desplaza el centro de la preocupación ético-social y utiliza a los niños como cortina de humo para ocultar su realidad: es el delito de los adultos el que destruye las pautas de convivencia social.

Antecedentes históricos

El inicio legislativo de la problemática criminal surge a partir de la independencia de las colonias americanas; a finales del s XIX la mayoría de los países latinoamericanos contaban con una basta codificación, especialmente en materia Constitucional y Penal, no obstante, la regulación de la criminalidad juvenil no era objeto de especial atención en las nuevas legislaciones.

El primero en hablar de Medidas de Seguridad fue Karl Stooss —anteproyecto Suizo 1893—. El proyecto se refería a la “Custodia de Inimputables”, y en su exposición de motivos distinguía penas y medidas de seguridad.

El fundamento de esta distinción fue considerar que “más importante que la retribución del injusto cometido al autor del mal, es para el estado la prevención del delito”, siendo ésta una actividad preventiva de la policía y el juez penal, dando así un marcado carácter policial a las medidas de seguridad.

Posteriormente (1934), se perfiló una clara diferencia entre penas y medidas de seguridad en el sentido de que estas últimas se aplicaban en función del “estado” del sujeto (procurando neutralizar al delincuente habitual a través de la custodia policial) y no por el acto mismo.

En esto radica la medida preventiva, tratando de neutralizar o controlar “estados de autor”, sin distinguir entre imputables o inimputables.

De esta manera, el proyecto Suizo introdujo las Medidas de Seguridad, las que carecían del fin retributivo de la pena, sino de tratarlo según su estado, ideología ésta totalmente opuesta al concepto de pena-fin de la prevención especial sustentada por von Liszt, quien rechazó las medidas de seguridad.

⁴ Confr. VITALE, GABRIEL M.: “Menores: Espejitos de colores o la farsa de mayor seguridad a menor edad”. Artículo publicado en rev. Electrónica Derechopenalonline. 10/11/2007.

Así, se reconoció que el Derecho Penal es de “acto”, admitiéndose que las medidas son contra estados de autor, conviviendo un Derecho Penal de culpabilidad con características retributivas, con límites temporales preestablecidos, junto a un Derecho Penal de “medidas” por la peligrosidad las que quedan libradas al tiempo que demande la obtención de su finalidad, es decir, combatir estados de autor en defensa de la sociedad, sin distinguir su aplicación entre imputables e imputables.

Este planteo, influenciado por el Positivismo Criminológico Italiano, dominó la Legislación y la Doctrina desde fines del S. XIX hasta pasada la mitad del S. XX, tanto en Europa como en América.

Imbuida de esta ideología, aparece el concepto del “menor”, no sólo como opuesto al de adulto, sino como aquel que al carecer de capacidad, requiere protección y sometimiento a tutela, especialmente los casos en situación irregular, de riesgo y abandono, llegándose poco a poco a asimilar estos conceptos con los de menores que han cometido un delito. Actualmente los menores vagabundos, abandonados, en situación irregular, son considerados delincuentes, rotulando dentro de una misma categoría situaciones fácticas que afectan profundamente a los niños que habitan en villas de emergencia, con nivel socio-económico-cultural bajo.

Dentro de este marco encontró el terreno fértil la ideología del positivismo criminológico, para fundamentar el control social del estado y su actividad sancionatoria en pro de la defensa social contra el inadaptado, marginal, abandonado, disidente, socialmente peligroso, como sinónimos de “delincuentes”.

En esto radicó la nocividad de la llamada “situación irregular”, ya que con esta categoría, el abandonado, irregular o peligroso son igualados, dando lugar a la intervención del estado en una confusa función de educación-protección-sanción, y utilizando a las instituciones como un instrumento de control-represión con el objeto de eliminar desde la raíz la supuesta causa de la aparente delincuencia juvenil.

La primera legislación específica para menores infractores que se conoce en América Latina fue la Argentina, promulgada en 1919 y hasta los años 60 se advierte un intenso desarrollo de Derecho Penal de menores con fundamento en las doctrinas positivistas-antropológicas en algunos países de Latinoamérica.

En la década de los 60, el modelo de Derecho Penal de menores se caracterizó por sostener la ideología defensiva de la sociedad, basada en las concepciones peligrosistas y de las subculturas criminales.

El postulado básico consistía en sacar al menor delincuente del Derecho Penal común, alterando con ello el sistema de garantías reconocido para los adultos; convirtiendo así el Derecho Penal de menores en un

derecho penal de autor, sustituyendo el principio fundamental de culpabilidad por el de peligrosidad, lo que conllevó a establecer reglas especiales tanto para el derecho sustantivo como el procesal destinado a menores, como las conductas predelictivas, la situación irregular y la sentencia indeterminada. Principios que, aún hoy vigentes en ciertas legislaciones latinoamericanas, niegan a los menores infractores derechos humanos fundamentales, como la presunción de inocencia, el principio de culpabilidad y el derecho de defensa.

Este modelo de intervención en la problemática del menor, el sistema del patronato, que rigió en nuestro país hasta hace poco tiempo de base paternalista, consideraba al joven infractor casi como un enfermo social, confundiéndolo y mezclándolo con otros tipos de desprotecciones y generando la totalizadora idea de la “situación irregular”, que permitía, sin distinción ni tratamiento diferenciado, la intervención del Estado a través de la institucionalización, creando de ese modo el primer escollo para la integración del joven en el medio social al extraerlo del espacio natural de crecimiento de la persona y eje de toda sociedad: la familia.

No obstante, esta ideología fue experimentando un cambio de orientación en la década de los 80, generando un proceso de reformas y ajustes legislativos en distintos países de la región, focalizados en modelos de protección integral de derechos y responsabilidades frente a la infracción penal, especialmente a través de las distintas Convenciones Internacionales, dentro de las cuales podemos citar las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (1985); las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, que en el cap. VI referido a Administración de Justicia de Menores, apartado 56 señala: “A fin de impedir que prosiga la estigmatización, victimización e incriminación de los jóvenes, deberá promulgarse una legislación por la cual se garantice que todo acto que no se considere un delito, ni es sancionado cuando lo comete un adulto, tampoco deberá considerarse un delito ni ser objeto de sanción cuando es cometido por un joven”, estableciendo en estos términos de manera clara e inequívoca la distinción entre delito y adolescente; demarcando claros límites al control estatal en sus intervenciones de carácter preventivo-sancionatorio.

Dentro de los distintos Convenios y Tratados Internacionales, se encuentran aquellos ratificados por nuestro país, según lo establecido por nuestra Constitución Nacional, art. 75 inc. 22, los que tienen jerarquía Constitucional, entre los que podemos destacar:

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica): Art. 19: Derechos del Niño: “Todo niño tiene derecho a

las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del estado”.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: art. 10, inc. 3: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: ...Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición...”

En sentido similar, consagra este derecho el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 24: “1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menores requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado...”

Según la letra de los Convenios Internacionales, existe acuerdo en que es el Estado a través de sus instituciones, y de la familia misma, el encargado de garantizar la protección de los niños en los más diversos aspectos, ya que todos tienen derecho a igual protección social, revirtiendo de esta forma la antigua ideología de que era la sociedad quien debía protegerse de los niños en situación de riesgo como sinónimo de menores delincuentes.

Debemos hacer una especial referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 1: “Para los efectos de la presente Convención, **se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad...**” Esta medida tiende a eliminar la distinción desde el punto de vista político-jurídico entre niño y adolescente, evitando de esta manera cualquier ideología de diferenciación discriminativa.

Art. 2, inc. 2: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición ... de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”.

Art. 3: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

El término “interés” aparece como un concepto comunicacional, que eleva a la *categoría de derecho la prioridad del interés del niño*, lo que implica que el interés del niño está por encima de cualquier otro, sea de la sociedad, la seguridad ciudadana, la autoridad, especialmente cuando se trata de la aplicación de medidas que de cualquier modo le conciernan.

La ideología de la situación irregular provocaba una discriminación del niño en base a sus necesidades diferentes, las que ahora, en función de sus prioridades, se erigen en derechos, por encima de otros.

En el art. 40 se consagra lo que podríamos denominar como garantías para los niños que hayan infringido leyes penales, equiparables a las del debido proceso penal, estableciendo especialmente en la letra b) del inc. 3, *la posibilidad de adoptar medidas de tratamiento para los niños sin recurrir al procedimiento judicial*, pero con las mismas garantías legales.

Finalmente, el inc. 4 del mismo art. establece que: “Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y suspensión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, *así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones* para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada...”

Coincide con la anterior disposición las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los Menores Privados de Libertad, que en su art. 11, b) establece: “Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en otro establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, sin que sea ordenada por cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”. De esta forma se interpreta que la internación de los menores en cualquier tipo de establecimiento, no favorece una rápida readaptación ni resocialización, ya que el menor sólo puede ser educado en libertad y de una manera que le permita revalorizar su dignidad humana y la de los demás, lo cual no se logra a través del encierro involuntario.

Por último, el Art. 75, inc. 23, 2º párr. de nuestra Carta Magna, establece: “...Dictar un régimen de seguridad social e integral en protección del niño en situación de desamparo...” lo cual no hace más que confirmar en la letra de la Constitución, la actual tendencia de protección de la minoridad.

Regimen Penal de la Minoridad - Ley 22.278

Nuestro Régimen Penal de la Minoridad, Ley 22.278, publicada en el B.O. del 28/Ag/1980, vigente desde el 6/Sept/1980 y modificada por Ley 22.803 (1983), fijó el umbral de la punición en los dieciséis años.

La Ley distingue tres períodos:

- (1) menor de dieciséis años;
- (2) mayor de dieciséis y menor de dieciocho;
- (3) mayor de dieciocho y menor de veintiuno.

Para el primer caso, se determina la total irresponsabilidad penal del **menor de dieciséis años**. Cuando los menores de 16 años son imputados de delito, el juez dispondrá provisionalmente, procediendo a la comprobación del delito, a *tomar conocimiento directo con el menor*, sus padres, tutor o

guardador y *ordenará* informes y *pericias* tendientes al estudio de su personalidad y condiciones familiares y ambientales en las que se encuentra.

Si del resultado de las pericias se concluye que el menor se encuentra *abandonado en peligro moral o material o con problemas de conducta*, el juez dispondrá definitivamente del menor por auto fundado, previa audiencia con los padres, tutor ó representante legal.

La *disposición definitiva del menor* determinará:

a) obligada *custodia del menor* por parte del juez, tendiente a su *protección integral*;

b) Restricción del ejercicio de la Patria Potestad o tutela —respecto de los derechos sobre el menor, pero no de los deberes para con él—;

c) discernimiento de la guarda cuando así corresponda.

Ordenar la *internación del menor es facultativo para el juez*, lo cual significa que *no* necesariamente ni en todos los casos el menor *debe* ser internado en establecimientos especiales.

Este régimen, conocido como *medidas tutelares* es común tanto para los menores de 16, como para los **mayores de 16, menores de 18**.

En esta segunda categoría, es punible cuando incurriera en delitos dependientes de acción penal pública o de instancia privada, cuya pena privativa de libertad sea mayor de 2 años, exceptuando los de acción privada y los de pena privativa de libertad menor a 2 años.

El juez los someterá a proceso y ordenará las pericias correspondientes.

En el curso del proceso y en función de la prueba reunida, el juez debe declarar la responsabilidad penal del menor o absolverlo.

La absolución no es incompatible con la disposición definitiva (recordar que esto no implica internación del menor).

Si el menor es declarado responsable por el hecho que se le atribuye, el juez deberá esperar a que el menor cumpla los 18 años y que haya estado sometido a un año de tratamiento tutelar para dictar sentencia condenatoria cuando lo crea necesario (es decir, facultativo según la discrecionalidad judicial, que en estos casos resulta bastante amplia), en cuyo caso podrá reducir la pena en la forma prevista para la tentativa.

Puede ocurrir que el juez declare la responsabilidad del menor, pero que considere innecesario aplicar una pena (por haber cumplido con los requisitos - 18 años —1 año de tratamiento—), por lo tanto, absolverá al menor imputado.

Mayor de 18 y menor de 21:

Los menores que delinquen entre los 18 y los 21 años, son punibles por todos los delitos del Código Penal Argentino.

La diferencia con los mayores radica en que el cumplimiento de la condena a pena privativa de libertad se realiza en institutos especializados, hasta cumplir los 21 años. No les son aplicables las medidas explorativas o tutelares previstas para las otras dos categorías de menores.

Medidas tutelares:

Son aquellas que, exentas de todo contenido de reproche o reparación, se aplican a los menores que no han cumplido los 16 años y que han cometido un ilícito.

Ya que estos menores no pueden ser responsabilizados, se les imponen medidas tutelares, que pueden ser ordinarias o extraordinarias.

1.- Medidas Tutelares Ordinarias:

Abarcan desde el examen y observación directa y personal de la personalidad y medio ambiente del menor, y de sus padres, tutores y guardadores; exámenes médicos de la personalidad bio-psíquica de los menores (psiquiátricos, tests psicológicos, encuestas sociales a la familia y del medio ambiente), hasta la colocación o disposición del menor.

En cuanto a la disposición del menor, éste puede quedar al cuidado de sus padres, tutores, guardadores ó personas de confianza, cuando el ambiente de esos hogares es sano y no hay situación de peligro material o moral, ni abandono, sino que el delito apareció como algo ocasional, o bien, el juez puede negar el regreso del menor al hogar de sus padres, no sólo porque el hogar es inapropiado, sino por el lugar, barrio, grupo o área delincuenciales donde se encuentra el mismo, confiándolo a un tutor. Esta sería un tipo de *disposición tutelar provisoria*, en la que se restringe el ejercicio del derecho de la patria potestad o tutela. Se procede a *disposición definitiva* en los casos de menores abandonados, faltos de asistencia o en situación de peligro material o moral o con problemas de conducta.

Asimismo, puede disponer la colocación del menor en casa de familia sustituta, que puede o no ser subvencionada por el Estado, aunque no está mencionado en la ley 22.278, y/o someter al menor a un régimen de libertad vigilada: mencionada expresamente en la ley 14.394; la actual 22.278 guarda silencio, pero se ha interpretado que, debido a las amplias facultades decisorias conferidas por la ley al juez, estarían implícitamente incluidas.

Cuando la ley en el art. 3 alude a la "disposición", faculta al juez para que pueda ordenar las medidas convenientes respecto del menor, que siempre serán modificables en su beneficio.

La libertad vigilada es un método de tratamiento individual y social que combina la posibilidad de dejar en el medio natural a los menores delincuentes que son más o menos socialmente inadaptados, con la

vigilancia de ciertos funcionarios y durante un determinado espacio de tiempo.

2.- Medidas Tutelas Extraordinarias:

Tienden a solucionar problemas más graves de los menores.

(1) Medida de seguridad curativa: internación en establecimientos especializados con fines curativos psiquiátricos, para alcohólicos o drogadictos.

(2) Medidas de seguridad reeducativas: como reeducación asistencial obligatoria: ante el peligro de abandono material o moral leve, pero en ocasión a un delito, y educación correccional: correctiva obligatoria. Opera en situaciones de abandono con síntomas de peligrosidad.

La ley 22.278 nada dice respecto de estas dos últimas medidas.

Ley 10.903 de Patronato de Menores y Decreto-Ley 10.067/83:

Esta ley con su respectivo decreto fue la que reguló la situación de la infancia hasta la actualidad, y gracias a la nueva Ley de Protección integral (26.061), establece de forma expresa su derogación en el artículo 76.

La Ley de Patronato fue calificada como un ejemplo de manual de norma inconstitucional, tanto por su producción como por su contenido. Otorgaba al juez amplias facultades para disponer arbitrariamente de los niños y privarlos de su libertad, separarlos de sus familias, sea por motivos asistenciales o por hechos tipificados como delitos. De este modo sometía a igual tratamiento al menor que cometía un delito grave como al menor que se hallaba en situación de pobreza.

Ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes⁵:

Sancionada en Septiembre de 2005 y promulgada el 26 de Octubre del mismo año, esta Ley tiene por objeto la protección integral de las niñas, niños y adolescentes, garantizando el ejercicio y disfrute pleno de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico Nacional y en los Tratados Internacionales en los que la Nación sea parte... sustentado en el principio del “interés superior del niño” (art. 1).

⁵ Con el propósito de respetar la denominación que introduce la presente Ley en cuanto hace referencia al menor, cambiando su designación por “NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES”, en adelante utilizaremos la sigla NNA para hacer referencia a los mismos, ya que su uso correcto implica la perspectiva de la protección integral de sus derechos, no dando lugar a malos entendidos. Por lo tanto, NNA se entenderá como sinónimo de “menor”, especificando de esta manera, la generalidad del término utilizado por las anteriores legislaciones.

En su art. 2 establece la aplicación obligatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El art. 3 declara como Interés superior de la niña, niño o adolescente, ... la satisfacción integral... de sus derechos..., su condición de sujeto de derecho; derecho a ser oído; respeto al pleno desarrollo en su medio familiar, social y cultural, entre otros.

Expresa que los organismos de políticas públicas y de protección de los derechos del niño serán los encargados de resolver las cuestiones sociales (art.5).

Otro punto fundamental de la presente ley establece que los chicos privados de su medio familiar, por distintos motivos, entre ellos por situaciones de violencia familiar, en ningún momento pueden ser privados de la libertad, derivándolos a institutos de menores. La Ley beneficia además, a todos los menores que hoy están expuestos a la aplicación de la Ley de Patronato.

La Ley especifica que los chicos deben ser albergados en centros asistenciales a puertas abiertas (art. 19).

Define las responsabilidades de la familia, la sociedad y el Estado en el cumplimiento de los derechos universales de los NNA, como son el reconocimiento explícito de los derechos de los menores a la libertad, dignidad, a opinar y ser oídos, (arts. 19, 22 y 24).

Ratifica el principio de la libertad y no injerencia del Estado en el ámbito privado de la familia (art. 22).

También establece las garantías en los procedimientos judiciales o administrativos, el deber de los funcionarios de recepcionar las denuncias y establece las funciones del defensor de los derechos de niñas, niños y adolescentes (arts. 27, 31, 55 y ss.).

La legislación vigente y la práctica:

En Argentina, a pesar de la legislación Nacional y los Tratados Internacionales incorporados a partir de la reforma Constitucional de 1994, más los ratificados por nuestro país, la práctica mantiene vigente la concepción tutelar, según la cual, un juez de menores a cargo de la causa de un niño, está habilitado para tomar decisiones respecto de su vida, según su criterio.

Bajo este concepto, la fórmula *peligro moral y material*, se convierten en una ficción que imponen un modelo lógico para resolver contradicciones de grupos sociales. Y si bien contamos con la figura del menor "incapaz de discernimiento" que diluye la responsabilidad jurídica frente al delito a los menores que no han cumplido los 16 años, en la práctica, la cuestión de la edad resulta irrelevante cuando se trata de castigar.

La intervención judicial se aplica tanto al menor de 10 años, como al de 16, sin importar la investigación concreta en el supuesto hecho delictivo. El hecho queda sin investigar –debido a que al menor no se lo puede castigar–, pero el menor es pasible de la aplicación de la medida de seguridad privativa de la libertad, la que no distingue entre autor o partícipe del hecho, imputable o inimputable.

A tal punto, que NNA que han sido absueltos o sobreseídos de la causa penal en su contra, continúan privados de su libertad por la faz tutelar, en la que fueran seleccionados para, supuestamente, beneficiarlos, curarlos o protegerlos.

En estas instancias, la discusión sobre la edad de imputabilidad, nada viene a solucionar, ya que la privación de la libertad seguirá siendo la misma, bajo el título de medida de seguridad o pena⁶.

El modelo constitucionalmente válido a seguir, según la nueva legislación, deberá conjugar lo educativo y judicial, dentro de un sistema garantista con contenido eminentemente educativo y formador: educar en la responsabilidad.

El modelo mencionado, debe fundarse en los siguientes principios:

Prevención antes que represión, adecuando programas de asistencia social, laboral y educacional.

Implementación de un sistema de justicia especialmente diseñado para abordar el fenómeno de la delincuencia de los jóvenes.

Disminución de la intervención punitiva del Estado, y activación de estrategias preventivas desde la asistencia y la política social.

Flexibilización de la reacción penal como medida a adoptar según las circunstancias y condiciones, reduciendo al máximo las medidas de privación de la libertad, limitándolas a supuestos excepcionales y graves.

Profesionalización de los organismos de control social formal que intervengan en el sistema de justicia juvenil⁷.

En el Congreso de la Nación, desde 1999, se han presentado 53 proyectos que proponen diferentes opciones de cómo tratar a menores en conflicto con la ley penal, pero ninguno fue aprobado.

La discusión gira en torno a argumentos tales como la de quienes insisten en que a partir de los 14 años los adolescentes tienen plena conciencia de sus actos (y por lo tanto, del delito que cometan), por lo que deberían ser castigados como adultos; otros sostienen que a un chico delincuente debe aplicársele un régimen penal especial (justamente por su

⁶ Confr.: VITALE, GABRIEL M. Cit.

⁷ Confr.: CORTÁZAR, MARÍA GRACIELA. Cit.

condición de menor) y que las sanciones deben tener contenido socioeducativo, con el propósito de evitar la reiteración de las conductas delictivas.

La propuesta oficial se resumiría en los siguientes puntos:

(*) Dispone un régimen penal que toma los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño y demás acuerdos Internacionales.

(*) Alcanza a los menores de entre 14 y 18 años y abarca la comisión de delitos tipificados en el Código Penal, excluyendo las contravenciones.

(*) Se introducen todos los principios y garantías del procedimiento penal de mayores. Hoy este derecho no rige para menores de entre 14 y 16 años, regidos bajo la Ley Agote que permite al juez actuar a su discreción.

(*) Se incorporan sanciones privativas y no privativas de la libertad.

(*) Dispone un régimen atenuado de penas: para los menores de 14 y 15 años, la detención se producirá si el delito tiene una pena mínima de 5 años; no podrá extenderse por más de 5 años. Los jóvenes de 16 y 17 años podrán ser privados de su libertad si cometen un delito sancionado con una pena mínima de dos años y medio; la detención no podrá superar los 9 años. Las sanciones se revisarán cada 3 meses.

(*) El NNA detenido tendrá el derecho de continuar sus estudios o recibir capacitación laboral.

Actualmente, quedan 10 proyectos de ley, de declaración y de resolución que conservan vigencia parlamentaria, de los cuales el 37% propone que los menores sean imputables desde los 14 años; el 15% desde los 16 y el 47% trata sobre la problemática general de la minoridad y el sistema penal, pero no hace mención a la edad de imputabilidad.

Consideramos que la actual legislación para NNA⁸ -si a ella agregamos la pretensión de reducción de la edad de imputabilidad a los 14 años—, constituye una flagrante violación a los derechos de los NNA y consecuentemente, el incumplimiento de Tratados y Convenios Internacionales.

Se conculcan las garantías consagradas en nuestra Carta Magna, como los Principios de Igualdad ante la ley -art. 16—, Juicio Previo, Derecho de Defensa, como garantías de legalidad y seguridad jurídica de toda persona -art. 18—.

También se vulneran:

A.- los arts. 1, 7, 10 y 11 de la **Declaración Universal de los Derechos Humanos** que establece la igualdad de todos los seres humanos en dignidad y derechos, la igualdad ante la ley y a ser escuchados públi-

⁸ Nos estamos refiriendo a la actual Ley 22.278, o Régimen Penal de la Minoridad, y no a la Ley N° 26.061, que si bien está vigente, su aplicación y puesta en práctica resulta deficiente o casi nula.

camente ante un tribunal independiente y el derecho a la presunción de inocencia.

B.- Los arts. 2, 9, 14 y 17 del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** que señalan los derechos de libertad y seguridad personales; a no ser privados de la libertad, salvo por causas fijadas en la ley y mediante un procedimiento; derecho de igualdad ante la ley y a no sufrir injerencias arbitrarias ni ataques a la honra y a la reputación.

C.- Los arts. 8, 9 y 17 de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** que consagran los derechos de presunción de inocencia, de un juicio mediante procedimiento fijado de antemano por la ley; de igualdad y protección de la familia.

D.- **Las Reglas Mínimas de la ONU para la administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing)**

E.- **Reglas de la ONU para la Protección de Menores Privados de su Libertad**, que reafirman el derecho de los jóvenes de ser tratados en base al principio de inocencia, y sostienen que la privación de la libertad debe ser el último recurso, pues antes deben hacerse todos los esfuerzos para aplicar medidas alternativas y políticas; programas y medidas preventivas eficaces tendientes a eliminar el involucramiento y explotación de los jóvenes en actividades criminales.

F.- **Directrices de la ONU para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices del Riad)**, que contemplan la creación de oportunidades, especialmente educativas, para atender las diversas necesidades de los jóvenes, estableciendo un marco de apoyo para velar el desarrollo personal de todos los jóvenes, en particular, los que están en peligro o situaciones de riesgo social, debiendo formularse doctrinas y criterios cuya finalidad sea reducir los motivos, la necesidad y las oportunidades de comisión de infracciones o las condiciones que las propicien. Establece, asimismo, la importancia de reconocer el hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad, son, con frecuencia, parte del proceso de maduración y crecimiento. Por último, también parten de la necesidad de crear conciencia de que calificar a los jóvenes como “extraviados” o “delincuentes”, contribuye a que desarrollen pautas permanentes de comportamientos indeseables.

G.- **La Convención sobre los Derechos del Niño**, que entiende por niño a todo ser humano menor de 18 años. Señala, asimismo, la obligación de todos los Estados parte de la Convención de aplicar ésta a cada niño sujeto a su jurisdicción sin distinción alguna, protegiendo de injerencias arbitrarias o discriminación, mediante la ley, a todos los niños. También se especifica que la privación de la libertad debe ser el último recurso y durante el período más breve que proceda, y considerarse otras posibilidades

alternativas a la internación en instituciones para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

Tal como se plantea esta realidad insoslayable respecto de niños, adolescentes y jóvenes que delinquen, dentro de un marco del paradigma de protección integral, no puede concebirse la internación de los NNA en establecimientos u organizaciones cerradas, en las que permanecen aislados de la comunidad.

Las instituciones están obligadas a modificar su enfoque de la problemática y como parte del proceso socio-educativo, garantizar el acceso de los mismos a los ámbitos de salud, educativos, recreativos, deportivos y laborales. Este último, cuando la edad y el desarrollo madurativo del menor lo permitan.

Así lo entendió la Cámara de Casación Penal de Buenos Aires, que el 12 de Diciembre de 2007 declaró la inconstitucionalidad del Régimen Penal de Minoridad que permite la detención de menores de 16 años, por considerar que es “ilegítima cualquier medida de encierro” dispuesta sobre personas que no son punibles en razón de su edad.

Para la Cámara, “la disposición sobre el menor genera afectación a los principios constitucionales básicos de un Estado de Derecho donde, pese a no tener consecuencias penales la conducta desplegada (por no ser punible), y sin que exista un debido proceso para habilitar la medida, se priva de la libertad de modo desproporcionado e inconstitucional”.

Si “nos encontramos frente a menores que no son punibles”, esta sola circunstancia “demuestra concretamente la ilegitimidad de cualquier medida de encierro (...). La decisión que se tome en este sentido sobre los menores, constituye una vulneración a los principios de Legalidad, Culpabilidad, Proporcionalidad, Inocencia y Debido Proceso Penal”, agrega la resolución⁹.

La Defensoría General de la Nación difundió un comunicado en el que consignó que el organismo ya se había pronunciado en contra de la norma ahora declarada inconstitucional, porque es contraria a los principios de la Condición Jurídica y Derechos del Niño de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁰.

Es fundamental considerar a la niña, niño o adolescente que delinque como sujeto de derecho y coadyuvar en la tarea de acompañarlo en el proceso de socialización que le permita estructurar un rol más acorde con los objetivos de la convivencia social. Si bien la internación no siempre

⁹ Cámara de Casación Penal de Buenos Aires. Diciembre, 12.2007.

¹⁰ Confr.: “Conformación de las Autoridades del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Quilmes”. Publicación del Colegio de Abogados de Quilmes. Fuente: D y N.

asegura que la conducta delictiva desaparezca, representa una medida de protección tanto para quien delinque como para la comunidad.

No obstante, también es necesario realizar un replanteo interno como comunidad y afrontar una certeza: la delincuencia juvenil es un problema social originado por la sociedad que integramos y representa un emergente sintomático de la misma. Por consiguiente, el análisis colectivo de su génesis contribuirá en la planificación de acciones específicas que permitan corregir aquellas condiciones que contribuyen a originar, mantener y agravar la problemática¹¹.

Algunos datos estadísticos

De acuerdo a los datos¹² de la Subsecretaría de Minoridad bonaerense, entre 1997 y 2001, la cantidad de menores ingresados en los institutos de menores provinciales con causas penales, aumentó un 142%, pasó de 1420 a 3441.

Las cifras no se desprenden de sentencias condenatorias, sino del comienzo de un proceso penal que no prospera en la mayoría de los casos.

A comienzos del año 2002, cuatro NNA son detenidos por día en el territorio bonaerense, acusados de haber cometido delitos graves, y otros trece, como presuntos autores de ilícitos comunes.

En los primeros seis meses de 2002, según los registros de la Subsecretaría de Minoridad, 828 NNA fueron apresados bajo sospecha de haber cometido delitos como homicidios, robo agravado por uso de armas o asociación ilícita.

Para atender estos casos, el organismo encargado de diseñar la política del área para NNA, cuenta con apenas 76 plazas distribuidas en dos institutos de máxima seguridad, con régimen cerrado: el Almafuerte (que cuenta con 30 vacantes) y el Aráoz Alfaro (con 46 vacantes).

En total, la Subsecretaría —que en ese momento reemplazó al ex Consejo del Menor y depende del Ministerio de Desarrollo Humano y Trabajo bonaerense—, cuenta con 21 Institutos que actualmente albergan a 440 menores que estarían en conflicto con la ley penal.

El estado bonaerense posee también otros ocho institutos con régimen abierto y once centros de contención que en conjunto, tienen capacidad para alojar a 330 menores.

¹¹ Confr. ÑANCULEO, CARLOS A. Licenciado en Servicio Social. Especial para publicación periódica de Río Negro. Marzo de 2007. Pgs. 20 y 21.

¹² Fuente: Subsecretaría de Minoridad Bonaerense. La Plata.

Independientemente de estos centros, 131 niños –aproximadamente- se encuentran detenidos en distintas comisarías de la provincia, mientras que alrededor de 40 esperan su destino según el Registro de Evaluación y Ubicación, ámbito de recepción de menores, que no cuenta con la infraestructura adecuada para mantenerlos detenidos.

Paralelamente, el sistema cuenta con 44 institutos para atender causas asistenciales, casos en que los NNA requieren protección y tutela del estado, y una serie de entidades que por convenio atienden en forma directa a unos 8500 chicos, mientras que por otros acuerdos, la cantidad de niños asistidos supera los 10.000.

En el año 2004¹³, la Oficina de Investigación y Estadísticas Político-Criminales de la Procuración General de la Nación confirmó que el 48% de los hechos delictivos que cometen los supuestos NNA delincuentes corresponden a delitos contra la propiedad.

En cuanto a las **edades** de menores que cometen delitos, los porcentajes son:

17 años, el 40,43%;

16 años, el 25,43%;

entre 14 y 15 años, el 25%,

y entre los 6 y 13 años, suman un 9,14%.

Entre las **causas** que se instruyen en los Tribunales porteños, sólo el 3% tiene como imputados a menores de edad, mientras que en el 53% de los casos figuran acusados mayores de 18 años.

Respecto al **nivel socioeconómico**, el estudio reveló que el 48% de los jóvenes imputados pertenece a familias de bajos recursos y el 52% provienen de hogares de clase media.

En relación al **nivel educativo**, el 40% de los chicos que cometieron delitos no terminó la escuela primaria, y el 22% tienen el secundario incompleto.

Por otra parte, de 500 causas revisadas por la Oficina de Investigación y Estadísticas de la Procuración, el 8% tiene como imputados a bandas de delincuentes integradas por mayores y menores.

En relación al **tipo de delitos** cometidos por NNA, el 48% corresponde a delitos contra la propiedad, de los cuales el 41% corresponde a robo simple; el 21% a hurto simple; el 17% a robo con armas y el resto –aproximadamente un 20%- a robo agravado.

Es de destacar que sólo en el 3% del total de los 500 casos hubo NNA con características de consumidores habituales de estupefacientes.

¹³ Fuente: Oficina de Investigación y Estadísticas Político-Criminales de la Procuración General de la Nación, y Asociación Civil "Unidos por la Justicia".

Dentro de la franja de menores absolutamente inimputables, la mayor cantidad de delitos cometidos por niños entre 12 y 13 años, corresponde a robo simple; el 19% a hurto simple y el 10% a lesiones dolosas.

Estos porcentajes se mantienen en la franja de menores de entre 14 y 15 años.

No obstante, a medida que crece la edad de los adolescentes, se registra un aumento del **acceso a las armas de fuego**, ya que entre los chicos de 12 y 13 años, sólo el 2,7% fue detenido por asalto con uso de arma, mientras que los adolescentes de entre 16 y 17 años se registra un 13,3% de causas por robo con armas.

A partir del uso de armas en la comisión de los ilícitos por los NNA, se evaluó la **calidad de violencia** desplegada por ellos, arrojando como resultado que el 41% de los delitos cometidos fueron poco violentos; el 51%, fueron violentos y sólo el 8%, muy violentos.

En cuanto a las **decisiones adoptadas por los Jueces de Menores** sobre los chicos que fueron detenidos —siempre dentro de estas 500 causas evaluadas—, en el 64% de los casos, los Magistrados no adoptaron ninguna medida tutelar; en un 22%, los menores detenidos fueron entregados a sus padres y sólo el 14% fueron alojados en algunos de los seis Institutos de Menores que funcionan en la ciudad de Buenos Aires.

Los Institutos a los que —según el criterio de los Jueces merecen ser encerrados— son derivados los NNA son:

Para Varones: de 17 a 21 años: Luis Agote; de 16 a 21 años: Manuel Belgrano; de 15 a 21 años: Manuel Rocca; de 9 a 15 años: General San Martín; de 15 a 18 años: Gregorio Aráoz Alfaro.

Para Mujeres: de 14 a 21 años: Ursula Llona de Inchausti.

La razón por la que sólo hay un instituto para mujeres se debe a que sólo el 13% de los NNA delincuentes son de sexo femenino.

Todos los institutos mencionados se encuentran excedidos en su capacidad para el alojamiento de NNA, amén de no existir un criterio para separar a los menores de menor edad de los adolescentes y jóvenes, con lo cual sólo se consigue que algunas criaturas caigan bajo la influencia totalmente negativa de otros menores con apenas algunos años más que ellos, pero que están ya inmersos en el mundo del delito, y en vez de resultar una medida tutelar educativa, termina siendo una escuela de especialización en delincuencia para los niños y adolescentes.

Las historias de algunos chicos detenidos en “Institutos Educativos” para menores delincuentes, “...nos son más que la punta de un témpano, que asoma del no lugar en el que viven y mueren, decenas de niños y adolescentes...” “Estos chicos solo se hacen visibles cuando trepan a la punta del témpano mediante la comisión de un robo, una pelea, el consu-

mo de una droga. Entonces pasan a ser menores delincuentes." "...Muchos de nosotros somos "víctimas" de robos u otros delitos más graves. Nos cuesta comprender que quienes nos convierten en "víctimas" también son víctimas de una sociedad que los excluye y los margina. Pero entonces los victimarios somos todos, que a su vez, somos víctimas de otros victimarios, que, a su vez, son víctimas. Parece un complicado trabalenguas. Pero no lo es".

Se simplifica fácilmente pensando que sólo es condenado aquel que tiene menos defensa, el más débil, el que no puede pagar un buen abogado, una clínica psiquiátrica, un psicólogo, un tratamiento; el que no tuvo acceso a la educación, el que se alimenta mal, el que se enfermó.

Por eso, lo que hace falta es un cambio de visión, un cambio de paradigma.

Porque algunas instituciones para menores todavía siguen respondiendo al paradigma del patronato, establecido por la ley 10.903 o Ley Agote, que data de 1919 y que ve en el menor un objeto de tutela por parte del estado, lo cual implica generalmente el aislamiento de su familia en institutos cerrados, que son versiones para chicos del sistema carcelario.

El 04 de Noviembre de 2005, entró en vigencia la Ley 26.061, sancionada por el Congreso Nacional que derogó la reaccionaria y anticuada concepción del patronato y visualiza al niño y al adolescente como ciudadano, como sujeto de derecho y, por lo tanto, titular de derechos inalienables, tales como el alimento, la vivienda, la educación, la salud, la recreación y la posibilidad de desarrollar sus capacidades para interactuar en plenitud con el conjunto de la sociedad.

Esta ley reglamentó los Principios Constitucionales que en la reforma de 1994, incorporaron la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobados por las Naciones Unidas en 1989. Pero la Constitución debe dejar de ser un conjunto de expresión de buenos deseos para pasar a ser verdaderamente una norma a cumplir.

Una de las responsabilidades del estado es acomodar su marco jurídico a los principios y mandatos de la Convención. lo cual significa sustituir las antiguas, por nuevas leyes que reflejan la visión que el mundo adoptó desde hace más de 15 años, para cambiar la forma como los adultos y las instituciones tratan a los niños.

"...La alternativa es integrar a los ciudadanos menores de 18 años a la vida social, garantizándoles a ellos y a sus familias todos los elementos que constituyen derechos inalienables..." "...O considerarlos menores delincuentes, aislándolos en Institutos...que son virtuales campos de concentración para chicos..."¹⁴.

¹⁴ Los espacios entrecomillados pertenecen a partes del artículo "¿Niños peligrosos o niñez en peligro?", de Aldo Strada, como opinión sobre la situación carcelaria en Argentina, a raíz

La situación de los menores en Córdoba

En el informe¹⁵ hasta Junio del 2002, en la totalidad de los precintos policiales de Córdoba estuvieron detenidos 117 chicos, y en el mismo período en 2004 se detuvieron 154 chicos. Con respecto al primer informe, habían 8 chicos detenidos por homicidio, y en el segundo informe sólo 2 por el mismo delito. Los demás delitos se distribuyen entre: robo, robo calificado, hurto, tentativas de homicidio y robo y amenazas. Las cifras son por el motivo de detención. Dichas detenciones las realiza la policía de la Provincia y se priva de libertad a chicos menores de edad en sus dependencias, junto a personas mayores de edad o delincuentes comunes o peligrosos, y que en muchísimos casos han superado los 30 días de detención; cuestión que además es una violación a la Convención sobre los Derechos del Niño y las Reglas de Bejín.

No se reflejan las cifras de chicos judicializados o privados de su libertad en “institutos preventivos”, ya que la mayoría de los mismos son por causas asistenciales y no de maltrato intrafamiliar. Sí se han registrado y comprobado casos de maltrato institucional y abusos en dichos “institutos” por parte de quienes deberían cuidar de ellos en nombre del Estado Provincial.

En 2003, la cifra de niños internados en institutos de menores era aproximadamente de 850; en el 2004 había aproximadamente 1000 chicos en los 32 institutos de menores preventivos, más otros 15.000 en instituciones de “gestión asociada” (Padre Aguilera, Aldeas Infantiles, etc.), lo cual demuestra que las políticas represivas no detienen las situaciones de delito, sino que generan más violencia, a lo que se debe sumar que, como demuestran las estadísticas, los delitos cometidos por jóvenes representan un porcentaje mínimo en relación a la criminalidad cometida por adultos.

La situación se agudiza al considerar que sólo el 5% del personal que atiende a los niños en instituciones preventivas cuenta con formación específica, unido a la situación deplorable en que están aislados niños y adolescentes en institutos y precintos policiales, conculcando de esta forma el mandato de la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley Nº 23.849), el “interés superior del niño”.

Sumado a esto, el 90% de estos NNA se encuentran en un alarmante proceso de fracaso educativo, cada vez más numeroso, ya que entre los

de la muerte de un adolescente en el IRAR -Instituto para Menores de la Provincia de Santa Fe—. Respetamos gran parte de las ideas vertidas por el autor, porque consideramos que no podríamos nosotros expresarlo mejor, pero sí otorgarle mayor difusión a las mismas a través del presente. Fuente: Tercer Mundonline. 03/05/07.

¹⁵ Fuente: Foro Intersectorial Permanente de la Niñez, Adolescencia y Familia y sus condiciones de vida. Córdoba, Junio de 2004. foroniñezcba@argentina.com

14 a 17 años deben trabajar y complementar el sustento del hogar, siendo ésta la causa por la que abandonan la escuela. Asimismo, muchos de estos chicos son utilizados por mayores de edad para delinquir, a cambio de un magro botín, por la supuesta posición de “menores de edad”.

Del total de 197 menores detenidos en Córdoba en Abril del 2003, un 1,52% tenía 13 años; y un 1,52% ya habían llegado a los 18. Es decir, que un 96,95% de chicos que cometen algún tipo de delito o contravención corresponde al rango de 14 a 17 años, etapa en que abandonan la escuela por diversas causas.

Agrava la situación la problemática de la malnutrición que, en muchos casos, tiene secuelas irreversibles, sobre todo en niños que han sufrido desnutrición en los primeros 3 años de vida.

Por lo expuesto, desde el Foro Intersectorial permanente de la niñez, adolescencia, familia y sus condiciones de vida de Córdoba¹⁶, se elevó un Documento en el que se propone que los debates deben encaminarse al bien común, y no al bien de unos pocos.

Pensar a la niñez y adolescencia como sujetos de derecho, establecidos en nuestra Constitución Nacional y en la Convención sobre los Derechos del Niño; exigir políticas adecuadas que implican: elevar el presupuesto y calidad de la educación pública, las oportunidades de inserción laboral y la asistencia social para los grupos excluidos y vulnerables. Elevar también el presupuesto en seguridad para mejorar la situación de instituciones que trabajan con chicos en conflicto con la ley penal, no sólo en reinserción, sino también para prevención. Asimismo, crear un Código de Protección Integral de la Infancia en situación de vulnerabilidad que incluya la Responsabilidad Penal Juvenil, sin bajar la edad de imputabilidad y con las mismas garantías que tiene un mayor en un proceso.

¹⁶ Integran el Colectivo de Derechos de Infancia y Adolescencia de Argentina: ADI- Asoc. Para los Der. De la Infancia. ADI Córdoba. ANDHES (Abogados y Abogadas del Noroeste Argentino en Derechos Humanos y Estudios Sociales). Asociación Anahí. Asociación Azul - La Plata. CÁT. Libre DDHH. -UBA. EL ARCA - Asoc. Para los Der. De los Chicos. FEDEM (Federación de Entidades No Gubernamentales de Niñez y Adolescencia de Mendoza). Fundación Ayuda a la Niñez y Juventud Che Pibe. Asociación para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos Xumek. Hacer Lugar. Instituto ADIAMA. Mesa Permanente por los Derechos de los Niñ@s y Jóvenes de Río Cuarto. Pelota de Trapo. Red de Organizaciones Barriales Enrique Angelelli. S.O.S INFANTIL. Asociación Civil Sueños del Sur. SURCOS. Hueche, Gente Joven. Cuenta Palabras - Movimiento de Expresión Libre. Foro de Niñez y Familia de Córdoba. Coordinadora de Trabajo Carcelario de Santa Fe. Red Buhitos. Fundación Convivir. Práctica Alternativa del Derecho (PRADE). APDH Formosa. “Utopías de la Infancia”. (Conformaron el Foro Intersectorial permanente de la Niñez, Adolescencia, Familia y sus condiciones de vida en Córdoba). Fuente: “Si en lugar de bajar elegimos ¡¡ELEVAR!!”. Documento enviado por el Foro de la Niñez de Córdoba — UNICEF. Junio. 2004. Publicado en “La Voz del Interior”, misma fecha.

El FORO coincide con las Propuestas de la Convención, superadoras de los viejos pero aun anquilosados paradigmas de la “situación irregular”. La propuesta es valorar el status de niños y adolescentes como “sujetos de derechos”, desterrando aquella noción de “menor”, “infante” que sólo focalizan la miradas sobre las faltas de edad y de voz respectivamente. Y también poner en cuestión las concepciones de “jurídicamente incapaz”, “incompetente”, “discernimiento de los actos punibles”.

En el año 2005, distintas organizaciones cordobesas elaboraron un informe, exigiendo al gobierno provincial la derogación de la Ley Provincial de Protección Judicial del Niño y el Adolescente N° 9053 y la inmediata implementación de Ley Nacional de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061¹⁷.

En Junio de 2006 la Legislatura Provincial promovió la adhesión de Córdoba a la Ley nacional 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, que derogó la vieja Ley de Patronato.

La nueva gestión a cargo del Gobernador Schiaretti, comenzó un lento cambio en la política provincial sobre “minoridad” con la creación de la nueva Secretaría de la Mujer, Niñez, Adolescencia y Familia a cargo de Raquel Krawchik.

Dentro de los objetivos de este nuevo emprendimiento, está el de revertir la mala imagen de los institutos del Complejo Esperanza¹⁸, que se ocupan de los “menores en conflicto con la ley penal”, eliminando viejas prácticas —que aún persisten—, como la “celda de castigo” a las que son destinados por 2 ó 3 días los menores más conflictivos, luego de recibir una golpiza con bastones de goma¹⁹.

El cambio de la política de NNA apunta hacia la inclusión social por el trabajo, a través de un taller de cerámica que funciona en el complejo; la formación en normas y valores sociales y permitiéndoles reanudar los estudios.

Se ha realizado un recambio de los guardias que están a cargo del cuidado de los NNA, capacitándolos para transformarlos en educadores sociales.

Otro de los objetivos es democratizar el Instituto, organizando mesas de gestión institucional con representantes de todos los sectores, y en el corto plazo de 2 meses, se aspira a que también puedan sentarse los NNA.

¹⁷ Fuente: UNICEF, Indec — 1° semestre 2005—. Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología —2004— y Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación —2005—. Artículo “Documento que nos une en la lucha”.

¹⁸ Cerca de la localidad de Bouwer, pocos kilómetros al sur de la ciudad de Córdoba.

¹⁹ Tomado del testimonio de “Pedro” —el nombre es ficticio—, un ex “pibe chorro”, quien estuvo 3 veces internado en este complejo, y hace ya 8 meses se encuentra en libertad, buscando trabajo. Fuente: Publicación Periódica “La Voz del Interior”. Domingo, 04 de Mayo de 2008.

También se apuesta a evitar que ingresen a los Institutos Correccionales NNA que han cometido algún delito, o a los Preventivos los NNA que se encuentran en una situación vulnerable, como violencia, abuso o abandono. Es decir, implementar una política de desinstitucionalización del menor en conflicto, pero esta es la aspiración a más largo plazo.

Si bien se admite que existen habitaciones de encierro a las que van chicos, esto se realiza para protección de los mismos, o para integrarlos lentamente si recién ingresan al Instituto. "Las habitaciones de aislamiento sirven para proteger a chicos en situación vulnerable o para integrar a los que recién llegan"²⁰.

Dentro de las políticas para lograr la inserción laboral de los adolescentes alojados en los Institutos, a partir del 1º de Marzo de 2008 se implementó un programa consistente en un sistema de pasantías para 500 chicos, por medio de talleres teórico-práctico de oficios a través de cursos de capacitación en cocina, carpintería, cerámica, música, mecánica, electricidad, entre otras actividades elegidas, previo análisis de sus respectivas orientaciones vocacionales, para jóvenes de 16 a 21 años. La capacitación estará a cargo de docentes del Ministerio de Industria, Comercio y Trabajo y Organismos de la Sociedad Civil. Paralelamente, los adolescentes harán una práctica laboral y contarán con un tutor referente que lo acompañará en la incorporación, asistencia y desarrollo de esa práctica. Así se vincula el programa con la sociedad civil y el sector privado, ya que las pasantías se realizarán en empresas de distintos sectores, gremios y ONG. Los chicos que finalicen la capacitación, podrán solicitar su inclusión al Programa Familia Joven, priorizando a quienes tienen hijos a su cargo.

El tercer componente del programa radica en la inclusión de los chicos en el sistema formal de enseñanza del Ministerio de Educación con el objetivo de que terminen la educación obligatoria.

Corolario - Propuesta

Quienes proponen la reducción de la edad para la responsabilidad penal de niños, niñas y adolescentes, sostienen posturas semejantes a las de aquellos que, frente al aumento de la violencia, en vez de combatir las graves fallas sociales que las generan y alimentan (como desempleo, carencia de servicios de salud, educación, políticas sociales básicas, etc.), afirman que la solución se encuentra en adaptar a los individuos a vivir en las condiciones que se encuentran, o bien en el aumento de las penas.

La reducción de la edad penal se enfoca a combatir el efecto en lugar de dirigirse a eliminar las causas, postura que reduce lo complejo del univer-

²⁰ Fuente: "La Voz del Interior". Cit.

so social a sus efectos; postura por demás reduccionista que implica el olvido y negación de lo que sucede en el sistema penal o de readaptación social.

La propuesta para reducir la edad penal se presenta como una solución absurda frente al hecho innegable de que la reducción real de la criminalidad sólo es posible en la medida en que se garanticen plenamente el acceso a los servicios de salud y educación de calidad, de que se amplíe la oportunidad de acceder a espacios de recreación, esparcimiento y formación para el trabajo; de que el estado cumpla con la obligación que le marca la Convención de los Derechos del Niño, de desarrollar programas para el apoyo de la familia y la comunidad en el cumplimiento de sus funciones referidas a criar y educar a sus hijos en un ambiente de confianza y contención.

Un sistema de justicia, tanto juvenil como penal, así como medidas de prevención apropiadas sólo son posibles si los gobiernos asignan mayores recursos para que los programas sean realmente eficientes.

Los esfuerzos deberían orientarse, al menos, en tres líneas estratégicas, como:

(1) Promoción y fortalecimiento de una cultura de conciencia y sensibilidad social que garantice el pleno goce de los derechos de miles de niños, niñas y adolescentes excluidos del desarrollo;

(2) Propuestas legislativas tendientes a modificar el actual marco jurídico, como la construcción de un verdadero sistema de justicia para jóvenes con todas las Garantías Constitucionales reconocidas para los adultos, con inclusión de asistencia y medidas compensatorias para los jóvenes, sin condenarlos a la marginación;

(3) Diseño, instrumentación y evaluación de políticas públicas dirigidas al sector en cumplimiento de Tratados Internacionales en materia de Derechos del Niño, Adolescentes y Jóvenes, en general, y en especial, los referidos a la Administración de Justicia de Menores (Reglas de BEIJING), para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices del RIAD) y para la Protección de los Menores Privados de su Libertad (Reglas de la ONU).

La real transformación del sistema requiere despedir definitivamente de su esfera el “tratamiento tutelar de menores” por parte del Poder Judicial, quedando a su reserva sólo las materias de investigación, juzgamiento y ejecución de hechos delictivos por parte de menores de edad, estableciendo reglas claras de acusación, prueba, defensa y sentencia, incorporando a los menores de 18 años de edad al derecho, lugar de donde nunca debieron ser excluidos.

Por demás está el insistir sobre la conciencia del administrador de Justicia, que el “menor” no es un delincuente común, que el delito pertenece al mundo de los adultos, porque son éstos quienes proporcionan o facilitan el acceso a los niños, niñas y adolescentes las armas, las drogas, el

alcohol, e incluso la incorporación de un niño a las bandas compuestas por adultos para introducirlos en el mundo del delito.

De allí que, antes de centrar la discusión en el límite en que una persona debe ser penada, corresponde discutir medidas reales y concretas de política criminal, para evitar un distractor más en el discurso punitivo.

Bibliografía, agencias e instituciones consultadas:

Centro de Estudios Legales y Sociales.

Clínica jurídica de Córdoba: Carlos María Varas.

Colectivo de Derechos de Infancia y Adolescencia de Argentina.

Comité Argentino de seguimiento y aplicación de la Convención sobre Derechos del Niño.

Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

Constitución de la Nación Argentina.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Pacto de San José de Costa Rica).

Convención sobre los Derechos del Niño.

Coordinadora de Trabajo Cracelario de Rosario.

CORTÁZAR, MARÍA GRACIELA: "Niños y Jóvenes en infracción a la Ley Penal. Bases del nuevo sistema". Revista Electrónica Derechopenalonline. 02/04/2008.

D'ANTONIO, DANIEL HUGO: DERECHO PENAL DE MENORES. Astrea. 3º ed. Actualizada y ampliada. Bs. As. 1986.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

De La GARZA, FIDEL: La Cultura del Menor Infractor. Trillas. México. 1987.

Directrices de la ONU para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices del Riad).

FELLINI, ZULITA: Derecho Penal de Menores. Ad Hoc. Bs. As. 1996.

Foro intersectorial permanente de la Niñez, Adolescencia y Familia y sus condiciones de vida.

HERRERO HERRERO, C.: Criminología. Parte General y Especial. Dikinson. Madrid. 1997.

LAJE ANAYA, JUSTO: Imputabilidad Disminuida. Semanario Jurídico N° 995. Bs. As. 1994.

Ley Nacional N° 10.903 y Decr. Ley N° 10.067/83 del Patronato de Menores.

Ley Nacional N° 22.278: Régimen Penal de la Minoridad.

Ley Nacional N° 26.061: Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.

Liga Argentina por los Derechos del Hombre (LADH):

MALDONADO, HORACIO: El menor de dieciséis años de edad, está fuera del ámbito del Código Penal. La Ley. Bs. As. 1988.

MENDIZÁBAL, OSÉS L.: Derecho Penal de Menores. Pirámide. Madrid. 1997.

Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología (2004) y Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación (2005): "Documento que nos une en la Lucha", Julio/2005.

NUÑEZ, RICARDO: Manual de Derecho Penal. Parte General. Marcos Lerner. Ed. Córdoba. 4º ed. Actualizada por Roberto Spinka y Félix González. Cba. 1999.

ÑANCULEO, CARLOS A.: Artículo especial para publicación periódica de Río Negro de Marzo de 2007. Pgs. 20 y 21.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Publicación de Estadísticas de la Asociación Civil "Unidos por la Justicia" 2004.

Publicación del Colegio de Abogados de Quilmes. Fuente: D y N. (s/d).

Publicación de la Oficina de Investigación y estadísticas político-criminales de la Procuración General de la Nación. 2004.

Publicaciones Periódicas "La Nación" y "La Voz del Interior".

Publicación de Estadísticas de la Subsecretaría de Minoridad Bonaerense. La Plata. Buenos Aires. 2002.

Publicación UNICEF, Indec. 2005.

Reglas de la ONU para la protección de los Menores privados de su libertad.

Reglas Mínimas de la ONU para la Administración de Justicia de Menores. (Reglas de Beijing).

SAJÓN, RAFAEL: Derecho de Menores. Abeledo Perrot. Bs. As.

Servicio de Paz y Justicia - SERPAJ.

STRADA, ALDO: "¿Niños peligrosos o niñez en peligro?. Revista Electrónica Tercer Mundo online. 03/05/07.

VELA TREVIÑO, SERGIO: Culpabilidad e Inculpabilidad. Trillas. México.

VIÑAVAL, NÉSTOR RICARDO: Enfoque sobre el Régimen Penal de la Minoridad. Doctrina Jurídica. Revista del Foro Salteño. Salta. Año VII, nº 10, Marzo. 1993.

VITALE, GABRIEL M.: "Menores. Espejitos de colores o la farsa de mayor seguridad a menor edad". Revista Electrónica Derechopenalonline. 10/11/2007.



SECCIÓN III
DERECHO PRIVADO

EL AMPARO COLECTIVO COMO VÍA DE TUTELA EFECTIVA DEL MEDIO AMBIENTE - ALGUNAS PROPUESTAS PARA UNA ARMONIZACIÓN EN MERCOSUR

Rosa Angélica Avila Paz de Robledo¹

Resumen: En este trabajo se analiza la tutela del medio ambiente desde una doble óptica: a nivel interno, por medio del amparo colectivo, con reconocimiento constitucional (arts. 41 y 43 C.N.) e infraconstitucional (Ley General del Ambiente 25.675). En particular, se concentra en uno de sus ejes conflictivos referido a las “*sentencias exhortativas*”, de creación pretoriana de la CSJN. A nivel de MERCOSUR, se analiza el Protocolo de Olivos, su Reglamento: CMC/ Dec. 37/03 y, especialmente el Acuerdo marco sobre medio ambiente de MERCOSUR para institucionalizar la “*mediación ambiental*”.

Palabras Claves: amparo colectivo; medio ambiente; sentencias exhortativas; laudos arbitrales; mediación ambiental – MERCOSUR.

Sumario: 1. Introducción. 2. Procesos colectivos. 3. Amparo colectivo: a) Plan-teo general. b) Antecedentes. 4. Amparo colectivo y el derecho ambiental: a) Sentencias exhortativas. 5. El Mecanismo de Solución de Controversias de MERCOSUR en el Protocolo de Olivos y el Reglamento del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR: CMC/DEC. N° 37/03. 6. 5. Controversia Argentino-Uruguay por las pasteras. 7. Bases y propuestas.

1. Introducción

En esta investigación de cara a la Argentina, trabajamos la tutela judicial del medio ambiente desde dos planos. Por un lado, **a nivel interno** —y bajo la mira del Poder Judicial de la Nación—, analizamos el amparo colectivo que establece nuestra Carta Magna con la reforma de 1994. Por otro lado, **a nivel de MERCOSUR** analizamos el mecanismo de solución de controversias en el MERCOSUR, en el Protocolo de Olivos². Lo cual im-

¹ Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (U.N.C.). Profesora Titular de Teoría General del Proceso (Cát. “A”) y Derecho Procesal Civil (Cát. “B”) –U.N.C.—, Miembro de la Comisión Directiva del Área sobre Estudios de América Latina –A.E.A.L. (U.N.C.) Profesora Titular de Derecho Procesal Civil y Laboral; Directora del Instituto y de la Maestría en Derecho Procesal (UNLa.R).. Académica correspondiente por la prov. de Córdoba de la Academia Argentina de Ceremonial. Par Evaluadora y Docente Investigadora (UNC.) Categoría 1 de la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria- CONEAU. avilapaz@arnet.com.ar / rosaavilapaz@gmail.com

² El Protocolo de Olivos fue hecho en la ciudad de Olivos, Provincia de Buenos Aires, República Argentina a los dieciocho días del mes de febrero de dos mil dos. Los cuatro EP han

plica que en esta temática contamos son dos tutelas jurídicas distintas. En efecto, en Argentina en su ordenamiento jurídico interno tenemos una respuesta jurídica de judicialización y en congruencia a ello nuestros aportes deben orientarse en este rumbo jurídico. Los ejes procesales centrales son: (i) la legitimación, (ii) la cosa juzgada y (iii) las medidas cautelares. Sin embargo, en esta ocasión —respecto a nuestro país— vamos a efectuar un análisis crítico de la tutela procesal del medio ambiente, con particular referencia a las “*sentencias exhortativas*”. A la par, como MERCOSUR no tiene un Poder Judicial propio, sino sólo cuenta con un mecanismo de solución de controversias, regulado por el Protocolo de Olivos,³ prevemos la necesidad de que se amplíe la recepción de los métodos no adversariales y para la incorporación de la “*mediación ambiental*”.

A estos fines desde una óptica procesal vamos a analizar el ordenamiento jurídico de Argentina en cuanto: a) *normativa constitucional (arts. 41 y 43 2ª párrafo de la CN) y, b) *normativa infraconstitucional (Ley General del Ambiente, Ley Nacional 25.675⁴). En tanto, que en MERCOSUR vamos a centrarnos en: a) *Protocolo de Olivos-PO, que regula el mecanismos de solución de controversias en el MERCOSUR, celebrado el 18 de febrero de 2002, y con entrada en vigor el 1º de enero de 2004, con más el *Reglamento del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR: CMC/ Dec. 37/03, el cual fue aprobado en Montevideo, Uruguay, el 15-12-2003.

2. Procesos colectivos

El Derecho Procesal clásico, pergeñado por el derecho romano clásico, con las influencias provenientes de aportes germánicos y cristianos, dio lugar al proceso común, del cual abrevia la legislación procesal civil iberoamericana y, en particular, nuestro ordenamiento procesal argentino. Ello se refleja en los actuales veinticuatro (24) Códigos Procesales Civiles y Comerciales que corresponden uno a la nación y los veintitrés (23) restantes a las provincias. Por consiguiente, el proceso civil (procesos

aprobado mediante sus leyes respectivas el citado PO. Argentina lo aprobó por Ley 25.663, del 18-10-2002, BAO. 21-10-2002, p.1 ratif 2-12-20034; Brasil lo aprobó por Decreto Legislativo Nº 712 del 14-10-2003, publ. en DOU el 15-10-2003, ratio. 2-12-2003; Paraguay lo aprobó por Ley Nº2070 del 3-02-2003, ratif. 20-02-2003; Uruguay lo aprobó por Ley 17.629, del 11-04-03, DO 6-05-2003, ratif. 11-07-2003

³ “Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR-Algunos Aspectos Procesales”, en *Anuario VIII-Edición Homenaje a los 20 Años del CIJS(1985-2005)*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, noviembre de 2005, M.E.L. Editor, Córdoba, República Argentina, ps.133/152.

⁴ Argentina, Ley Nacional 25.675, sanc. 6-11-2002, promulgada parcialmente el 217-11-2002.

plenarios, plenarios abreviados, etc.), aún con la recepción de modernos institutos (ejemplo, audiencia preliminar, declaración de la parte, etc.), se concibe como un duelo por cimentarse en la clara confrontación dual de dos justiciables singulares (actor y demandado) o partes plurales (partes litisconsorciales activa, pasiva y mixta, etc.), que en ejercicio de la garantía de defensa en juicio piden justicia al órgano jurisdiccional, con lo cual dan lugar al ejercicio cronológico de los poderes de acción, jurisdicción y excepción. De esta manera desde lo procesal se da respuesta tradicional a la realización del derecho privado (con pretensiones de cuestiones de estado, de propiedad, etc.).

Sin embargo, esta tutela procesal tradicional, no basta, porque nuestra cambiante realidad nos plantea los requerimientos de tutela judicial efectiva al medio ambiente, al derecho al consumidor (arts. 41 y 42, CN, con reforma de 1994) a la competencia y a los derechos de incidencia colectiva, con la tutela expedita y rápida del amparo (art. 43 2ª párrafo CN, con reforma de 1994). **Una primera dificultad jurídica** que se plantea reside en dejar de lado las defensas individuales en el proceso civil de neto corte individualista y construir esta nueva tutela a partir de la existencia de un estado solidario.

Coincidimos con el ilustre jurista Augusto M. Morello⁵ que la “... presión de los grupos, clases o categorías (muchos, no dos) “afectados” (art. 43, Constitución Nacional, en relación al amparo) de interesados o involucrados de ida o de vuelta (de modo directo o reflejo —Carnelutti—) por los alcances (para Liebman, eficacia) de la cosa juzgada o las lógicas proyecciones de ésta a quienes por similitud de posición o requerimiento de pareja protección, están comprendidos en la esfera vinculante de la decisión, empujó, prácticamente, a la concepción del proceso colectivo, que no reedita el individual, sino que se adapta a diferentes exigencias. Desde su estructura y tramitación y, a la efectividad de la cosa juzgada, supo acuñar rasgos diversos.”

Bien vale destacar que el Derecho Procesal para poder forjar estos nuevos horizontes de los procesos colectivos necesitó de los valiosos aportes del Derecho Procesal Constitucional y también del Derecho Público Provincial y Derecho Municipal dado que en el orden provincial, las Constituciones provinciales⁶ y las leyes provinciales⁷ fueron las primeras

⁵ MORELLO, AUGUSTO M., “Dificultades del tránsito del proceso individual al colectivo”, nota a fallo SCJN (SC) 24/07/12, *Asociaciones de Superficiales de la Patagonia c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. y otros*) *La Ley* 13/10/2004, 8 en *La Ley Online*.

⁶ Constituciones Provinciales de las provincias de Córdoba/1987, arts.11, 38 inc.8, 53, 66 y 68; Formosa/1991, art. 150; San Juan/1986 art.150 inc.1; San Luis/1987, art. 235, entre otras.

⁷ Legislación provincial anterior a la Reforma Constitucional de 1994, entre otras más, la Ley 3911 de Protección de Intereses Difusos y Colectivos de Chaco/1993; Ley 1047 de Defensa de

cronológicamente en tutelar a los intereses o derechos difusos. En tanto, que en el orden nacional representan aportes importantes la Constitución Nacional, con la reforma de 1994, los tratados, la Ley General del Ambiente y el esfuerzo jurisprudencial en materia de procesos colectivos en general y en particular en ambiental.

Una segunda dificultad jurídica, se presenta en el plano “terminológico” en razón de las diferentes denominaciones legislativas que se les asignan a los intereses difusos. Tal ocurre en Uruguay, con el Código General del Proceso que solo regula los intereses difusos⁸. Mientras que en Argentina⁹ se legislan constitucionalmente los amparos colectivos que recaen en los derechos difusos (derechos del medio ambiente, de los usuarios y consumidores)¹⁰ y en los derechos de incidencia colectiva (un sector de la población que profesa la misma religión)¹¹. En tanto, que el Código de Defensa del Consumidor brasileño se distinguen entre: I) intereses o derechos difusos, II) intereses o derechos colectivos, III) intereses o derechos individuales homogéneos¹².

los Intereses Difusos o Derechos Colectivos de Formosa/1993; Ley 1352 de Régimen de Procedimiento para el Amparo de los Intereses Difusos o Derechos Colectivos de La Pampa/1991; Ley 5961 de Ecología y Preservación del Ambiente de Mendoza/1992; Ley 6006 de Protección Jurisdiccional de los Intereses Difusos y Colectivos de San Juan/1989.

⁸ Uruguay, Ley 15.982 del 18-10-1988 vigente a partir 20-11-1989 con sus modificatorias, Código General del Proceso, arts. 42 y 220.

⁹ Argentina, Const. Nacional con la reforma constitucional de 1994, art. 43 2^a párrafo.

¹⁰ Los procesos colectivos de derechos difusos son aquellos en los cuales existe un interés general de toda la comunidad (Ver, ÁVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA A., “Las partes y la intervención de terceros” en *Manual de Teoría General del Proceso*, tomo II, Advocatus, 2006, p. 23).

¹¹ Los procesos colectivos de derechos con incidencia colectiva son aquellos en los cuales existe el interés sólo de un sector determinado (Ver, ÁVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA A., “Las partes...”, ob. cit., p. 23). Néstor Pedro Sagüés señala que el concepto de “*los derechos de incidencia colectiva en sentido estricto fue dada por el convencional Quiroga Lavié, cuando los identificó con los ‘derechos públicos de la sociedad’, los que “tenía la sociedad como ente moral o colectivo”, con los cuales se haría referencia a derechos que corresponden a la globalidad de los habitantes*” (“La cosa juzgada en la acción de amparo” en Germán Bidart Campos, Néstor Pedro Sagüés y otros, *El Amparo Constitucional-perspectivas y modalidades- art. 43 de la Constitución Nacional*—, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 23).

¹² Benedicto de León Fuentes citando al autor brasileño-norteamericano GIDI nos señala que: a) Los **derechos difusos** son los que tutelan la protección del medio ambiente y del consumidor, Estos derechos se caracterizan por pertenecer a todos en la comunidad y a nadie en particular y ello es lo que los hace difusos, “y es también la razón por la que fácilmente son vulnerables y difíciles de hacer valer por quienes resulten víctimas de su violación, y desde luego es la razón por la que las autoridades deben estar atentas a evitar que tales derechos sean violados”. b) Los **derechos colectivos**, que se asemejan a los derechos difusos, más no son iguales. En efecto, un derecho colectivo “es definido como transindividual e indivisible. Sin embargo, éste difiere del derecho difuso en que en lugar de que el grupo esté constituido por un número indefinido de personas ligadas tan sólo por hechos circunstanciales (vivir en el mismo vecindario, comprar el igual producto, etc.), los miembros del grupo en el caso de los derechos colectivos están ligados unos a otros, o la contraparte, por una relación jurídica previa”. Por consiguiente Gidi diferencia a los “derechos difusos” y “derechos colectivos” en forma clara “porque los primeros son .vagos e impre-

Por otra parte, el Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica proyecta únicamente dos categorías: I) Intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales de naturaleza indivisible de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre si o con la parte contraria por una relación jurídica base; II) intereses o derechos individuales homogéneos así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase¹³.

La nuevas manifestaciones de “derechos colectivos” hizo necesario una respuesta en el plano procesal, que se concretó por medio de los

cisos, mientras que los segundos están muy bien definidos en cuanto a la cantidad de individuos reclamantes. Efectivamente, la *“relación jurídica común preexistente hace que la pertenencia en un grupo sea más definida en el supuesto de los derechos colectivos.* c) Los **derechos individuales homogéneos** son *“aquellos derechos difusos lesionados, pero que luego puede individualizarse en los daños en personas determinadas”*. A modo de ejemplo el caso del puente que sirve a una comunidad, es derribado por la acción de un a persona al hacer una excavación. Si bien toda la comunidad es afectada- derecho difuso—, también tenemos a un grupo de personas que iban a sacar mercaderías agrícolas, que las habían vendido con anterioridad, más perdieron el negocio porque no pudieron entregarlas a tiempo. *“Estos tienen derechos individuales homogéneos afectados, son homogéneos porque el perjuicio deriva de un mismo hecho y son individuales porque cada cual podrá demostrar el monto de su pérdida.”* (“La protección de los derechos difusos y colectivos en Panamá” en *III Congreso Panameño de Derecho Procesal, Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal*, 2006, impreso en Colombia, ps. 81/83).

A su vez, Mabel de los Santos sostiene que los derechos de grupo - teniendo en cuenta la relación existente entre los miembros del grupo- son de tres tipos: a) los derechos difusos; b) los derechos colectivos y c) los derechos individuales homogéneos. Así, los **derechos difusos** son los que afectan a una “comunidad de sujetos amplia e indeterminada, no existiendo de ordinario, vínculo o nexo jurídico entre ellos (protección del medio ambiente y del consumidor). Los **derechos colectivos** transindividuales o indivisibles *“tienen la particularidad de que los intereses del grupo se encuentran vinculados por una relación jurídica previa que hace que la pertenencia al grupo sea más definida que en el caso de los derechos difusos* (ej. asociados a una empresa de medicina prepaga que se rehúsa a dar tratamiento en el caso de ciertas enfermedades, etc.). Y los **derechos individuales homogéneos** *“son los mismos derechos individuales que tradicionalmente han sido conocidos en el sistema del derecho civil como ¿derechos subjetivos? Toda vez que los mismos tienen un origen o causa común, la normativa procesal acuerda un nuevo instrumento para su tratamiento unitario, pudiendo reclamarse su protección en una sola acción: la acción colectiva por daños individuales (class action for damages)*. En otro aspecto - *“teniendo en cuenta la naturaleza divisible e indivisible del derecho invocado- se habla de **derechos esencialmente colectivos** y de **derechos accidentalmente colectivos**. Los primeros son indivisibles, la regla federal 23 de EE.UU. los denomina *trae group rights*. Los segundos son los tradicionalmente derechos subjetivos individuales que son protegidos de manera colectiva, reclamando una indemnización común y a los que la regla federal 23 denomina *spurious rights*”* (“Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Argentina, 2008, Año VII, Nº 11, ps. 67/68).

¹³ LANDONI SOSA, Ángel, La cosa juzgada como garantía de la seguridad jurídica” en *III Congreso Panameño de Derecho Procesal, Panamá, 2006, Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal*, impreso en Colombia 2006, ps. 238/239.

“procesos colectivos”. En esta línea, el procesalista uruguayo Ángel Landoni Sosa conceptualiza a los procesos colectivos como “*aquel instrumento en el que se hace valer pretensiones de tutela, relativas a: I) intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clases de personas ligadas por circunstancias de hecho (difusos en estricto sentido) o vinculados entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base (los denominados colectivos); II) intereses o derechos individuales homogéneos, así entendidos el conjunto de derechos subjetivos individuales homogéneos, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase*”¹⁴.

En tanto, que en Argentina, el procesalista Enrique Falcón define a los procesos colectivos como “*el sistema destinado a la solución de conflictos de conflictos jurídicos que afectan a sujetos múltiples indeterminados o difusos, activos, pasivos o mixtos, ligados por derechos transindividuales indivisibles o indivisibles —conexos, en este último caso, por el título, por el objeto o por ambos elementos a la vez—, articulados bajo una pretensión fundada en hechos comunes o en una relación jurídica de base*”.¹⁵ En consecuencia, los procesos colectivos tienen una “*formación, trámite, prueba y resolución*” que requiere de normas propias por diferir de los procesos individuales clásicos.”

Para una mejor caracterización de los procesos colectivos los comparamos con: a) los **procesos universales** (sucesiones o el concurso) porque aún cuando las personas que vienen a reclamar sus derechos pueden estar determinadas o no en un juicio sucesorio, su objeto recae sobre el patrimonio del causante o concursado, que va a ser transferido total o parcialmente hacia otras personas en cualesquiera de estos procesos universales que tienen su origen en la muerte: sucesión o en la insolvencia: concursos y quiebras. b) los **sistemas de casación y de uniformación de la jurisprudencia** a través de los fallos plenarios, que tienen un efecto colectivo para el futuro en lo que hace a su carácter vinculante de interpretación del derecho. Sin embargo, se diferencian de los procesos colectivos porque aún cuando la ley establece la obligatoriedad de los fallos plenarios para las causas futuras, no tienen necesariamente la misma pretensión jurídica de base y la finalidad de este sistema es lograr con el plenario (dictado a pedido de parte o de oficio) una interpretación uniforme como vía de uniformar la jurisprudencia contradictoria,¹⁶ c) La **acción popular**¹⁷ se diferencia de los amparos colectivos porque como apunta Adolfo Rivas en “las

¹⁴ *Ibidem*, p. 236.

¹⁵ *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, tomo VI, Procesos voluntarios, especiales (de conocimiento y de ejecución) y colectivos*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2007, p. 943.

¹⁶ *Ibidem*, ps. 945/946.

¹⁷ La Constitución de Salta, en su art. 57, establece una acción popular por delito electoral.

*acciones populares no se opera en nombre de un derecho subjetivo propio, sino de uno exclusivamente ajeno como es el estatal, sin perjuicio que puede darse coincidencia entre uno y otro*¹⁸.

Resulta así que los procesos colectivos se asientan en los diferentes derechos colectivos que suscitan los “conflictos colectivos”. Sin embargo, su tutela jurídica se efectúa, a través, de distintos sistemas jurídicos. Por consiguiente, nos parece elogiable para la idiosincrasia de Brasil, el sistema brasileño que establece categorías generales que abarcan a los I) intereses o derechos difusos, II) intereses o derechos colectivos, III) intereses o derechos individuales homogéneos. De tal manera de poder encuadrar a los conflictos colectivos.

3. Amparos colectivos: a) Planteo general

Enrique Falcón hace hincapié que en Argentina existe una tendencia a fijar el amparo como modelo del proceso colectivo. Este error, es grave, y es una consecuencia de la Reforma Constitucional de 1994, que consagra al nuevo instituto del amparo colectivo (art. 43 2º párrafo, CN). Sin embargo, en Argentina, como en cualquier otro país, se debe tener en cuenta que el “*proceso colectivo es un proceso complejo y ciertamente tendrá que tener una vía básica de resolución: proceso de conocimiento amplio*.” Es más, a esta vía ordinaria le debemos adicionar con carácter eventual y para la solución de casos particulares, la tutela judicial del amparo, en el cual el juez podrá declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva (art. 43 CN con la reforma de 1994). A su vez, esto supone que los trámites de los procesos colectivos en sí, en cuanto a los requisitos y los plazos, son distintos, respecto a los del amparo.¹⁹ Además, coincidimos con Gozaini que “*la acción colectiva aunque tiene aceptación legal (y constitucional) no recibe el tratamiento constitucional que corresponde a los llamados procesos colectivos, provocando adaptaciones inadecuadas de los procesos civiles que, como tales, conservan principios y presupuestos que no tienen cabida en los conflictos globales*”²⁰.

Como **una dificultad** debemos apuntar que pese al tiempo transcurrido desde la reforma constitucional de 1994, a la fecha el amparo colectivo de raigambre constitucional no tiene su reglamentación nacional.

¹⁸ “Derechos subjetivos, intereses difusos y acciones populares” en *XVº Congreso Nacional de Derecho Procesal, Cincuentenario de Congresos Nacionales de Derecho Procesal (1939-1989), Córdoba, 16 al 19 de agosto de 1989*, Nº. II, p.718

¹⁹ FALCON, ENRIQUE M., *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo VI...ob. cit. ps. 974/975

²⁰ GOZAINI, OSVALDO, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, p. 276.

En materia ambiental, el derecho al medio ambiente sano, se encuentra consagrado en el art. 41 de la C.N., y su tutela efectiva en la dimensión procesal se efectúa mediante los amparos colectivos, que son auténticas garantías para la tutela de ese derecho. Por cierto, en nuestra realidad esa tutela jurisdiccional (Poder Judicial) demanda un replanteo procesal (sujetos, trámite, etc.)

b) Antecedentes

Entre los antecedentes bien vale citar: 1) antecedentes inmediatos; 2) antecedentes mediatos y 3) antecedentes de derecho comparado.

b.1) Antecedentes inmediatos

En la mayoría de los ordenamientos procesales se reglamenta la garantía de defensa, garantizando el acceso a la justicia para la tutela de los “clásicos derechos subjetivos, individuales y exclusivos”²¹. Sin embargo, el moderno derecho procesal ampara “el denominado interés difuso o sea, el que no pertenece a un grupo ni es exclusivo de una persona, sino de todos”²².

En Argentina, el estado actual de la preceptiva legal, doctrina y jurisprudencia nos permite señalar que los nuevos derechos de incidencia colectiva (del medio ambiente, etc.) son reconocidos en forma expresa en la Constitución Nacional y, a nivel provincial, en las respectivas Constitucionales Provinciales.

La Constitución Nacional reformada en 1994, garantiza a todos los habitantes gozar del “derecho al medio ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo” (Art. 41) y les otorga su tutela expedita y rápida mediante el amparo (Art. 43 2º párrafo.). A modo de reforzamiento de esta tutela se instituye al Defensor del Pueblo (Art. 86), con la expresa atribución de la legitimación procesal para que ejercite la defensa, entre otros, de los derechos de incidencia colectiva, asimismo, con el reconocimiento de la legitimación al afectado y a las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley (Art. 43 2º párrafo.)²³. Esta

²¹ DE LOS SANTOS, Mabel, “Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos” en *XXIIIº Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza 22,23 y 24 de septiembre de 2005, Libro de Ponencias y Trabajos Seleccionados*, p.25

²² KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “Responsabilidad Civil por el daño ambiental”, en *El Derecho y los Problemas contemporáneos- Libro del Cincuentenario, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Córdoba, 1991, p. 177.

²³ BERIZONCE, Roberto, “Procesos Colectivos y Acciones de Clase: Problemas que suscita la legitimación y el alcance la de cosa juzgada” en *XXIIIº Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza...ob. cit. p.6*

normativa constitucional conjuntamente con los tratados y convenciones internacionales (a modo de ejemplo Art. 8, 25 y concordantes del Pacto de San José de Costa Rica) constituyen el paquete federal que los tribunales vienen aplicando —*principalmente en el amparo colectivo*— con miras a garantizar el debido proceso (Art. 18 CN) por vía de este instituto.

No obstante, en nuestra opinión se advierte una inseguridad jurídica como consecuencia que la falta de una ley nacional del amparo en general y del amparo colectivo como legislación complementaria del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ha dado lugar a interpretaciones judiciales con distintos alcances²⁴. Avalan esta posición el ilustre jurista Roberto Berizonce quien sostiene que *“De la aplicación directa y en ciertos aspectos dinámica y funcional que de dichos preceptos constitucionales han venido efectuando los tribunales —principalmente a través del amparo colectivo—, de consuno asimismo a las normas contenidas en los tratados y convenciones internacionales (así, arts. 8, 2015 y conc., Pacto de San José de Costa Rica), se ha configurado un plexo mínimo procedimental de utilidad para canalizar las diversas pretensiones que se articulan, pero que sin embargo suscita palmaria inseguridad jurídica por la falta de una normativa legal abarcativa de las distintas pretensiones con sus adecuados carriles procesales”*²⁵. Como asimismo, Andrea Meroi quien identifica a los diversos problemas suscitados a raíz de la recepción de modelos extranjeros, siendo uno de ellos la *“falta de reglamentación de las cláusulas constitucionales. En este sentido, sostiene que “[l]a omisión del Congreso en reglamentar este ámbito no regulado por la norma, sumada a la aspiración de operatividad de las cláusulas constitucionales propia de los tiempos que corren y de las expresas previsiones de los constituyentes, produce cotidianas expresiones de*

²⁴ En este punto, es importante señalar uno de los esfuerzos para la reglamentación del art. 43 CN, por medio del Proyecto de Ley de Amparo que logró contar con sanción de la H. Cámara de Diputados de fecha 10 de mayo de 2006. Sin embargo, a la fecha, ha perdido estado legislativo. El citado proyecto contiene dentro del amparo, disposiciones específicas para los amparos colectivos, tales como disponer de oficio la acumulación en los procesos colectivos (art.5), el impulso de oficio cuando en esta acción se persiga un interés público manifiesto (art.6); la intervención de los terceros solo cuando introduzcan cuestiones no planteadas por las partes o aporten nuevos elementos probatorios(art. 11); la participación necesaria del Ministerio Público (art. 11 parte in fine); el demandado debe comunicar la existencia de acciones colectivas que pueden dar lugar a sentencias contradictorias. Si no lo hiciera, el actor se beneficiará de la sentencia recaída en el otro proceso aún cuando su amparo fuera rechazado (art. 14); las reglas de la carga dinámica de la prueba (art.16); los efectos ultra partes de la sentencia en los amparos colectivos y *secundum eventum litis* (art.21); como asimismo con un capítulo (III) con disposiciones especiales para el amparo colectivo regulando la relación entre la acción colectiva y las acciones individuales (art.25); publicidad(art. 26), registro(art.27) y ejecución de sentencia (art.28). -Proyecto de Ley de Amparo, H. Cámara de Diputados de la Nación, Presidencia, 906, 1025, 1435-D-05,1080 y 1921-D-06 OD224-.

²⁵ *Ibidem*, p. 6

*anarquía jurisprudencial que, evidentemente, resulta asaz disvaliosas*²⁶. Es más, Francisco Verbic sostiene que la “...inseguridad jurídica que deriva de este panorama es realmente preocupante y encuentra una de sus principales causas en la falta de definición de un modelo colectivo a seguir, en relación con lo cual influye fuertemente la falta de esclarecimiento del ámbito de actuación de la tutela colectiva”²⁷.

En materia del medio ambiente, en el año 2002, se dictó la Ley Nacional 25.675, Ley General del Ambiente (LGA) que contiene algunas disposiciones procesales novedosas, pero insuficientes. Este plexo normativo regula “*distintas acciones de cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo, de recomposición del ambiente dañado, declarativas y cautelares; como igualmente la creación del Fondo de Compensación Ambiental, con destino específico, al cual refluyen las indemnizaciones substitutivas debidas por quien causa daño ambiental cuando fuere imposible el restablecimiento al estado anterior de los bienes dañados (arts. 28, 34)*”²⁸. Ello, se complementa con el otorgamiento al juez, de amplios poderes y de la potestad de decretar de oficio o a pedido de parte medidas de urgencia en cualquier estado del proceso (Art.32 2º párrafo). Y, en cuanto al instituto de la cosa juzgada se regula su nuevo alcance con efectos “*erga omnes*”, salvo que la acción se rechace por cuestiones probatorias (Art. 33). Al respecto cabe reseñar que la Asociación Argentina de Derecho Procesal aprobó en sesión del Comité Ejecutivo del 19 de septiembre de 2006 el Proyecto de Reforma a la Ley 25.675 proponiendo la “*regulación de la representatividad adecuada, como cualidad exigida al legitimado colectivo para garantizar la correcta y vigorosa defensa de esta índole de derechos...*” (art. 30) como también lo concerniente a la admisibilidad de los procesos colectivos (art. 30 bis) y a la relación entre la acción colectiva y las acciones individuales (art. 30 ter)²⁹.

Por otra parte, en materia de derechos del consumidor, en el año 2008, se dictó la Ley 26.361 —modificatoria de la Ley 24.240³⁰—, con aportes significativos en la tutela colectiva, particularmente en lo referido a la legitimación procesal (Arts. 24 —que sustituye al art. 52; el art. 28 —que sustituye el art. 55—), y a los efectos de la cosa juzgada (art. 27 —que incorpora el art. 54—).

²⁶ MEROI, ANDREA A., *Procesos Colectivos, Recepción y Problemas*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 280.

²⁷ VERBIC, FRANCISCO, *Procesos colectivos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007, p.28.

²⁸ *Ibidem*, p.7

²⁹ Proyecto de Reformas a la Ley 25.675 (LGA) en la Revista de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Año 1, N° 1, Diciembre 2006, ps. 20 y 21.

³⁰ Fecha de Sanción: 12/03/2008; Fecha de Promulgación: 03/04/2008; B.O. 07/04/2008 - ADLA2008 - B, 1295

A nivel provincial, hacemos hincapié en el Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán, Ley 6.944³¹, que regula el amparo colectivo, con una novedosa normativa en lo que concierne a la competencia, a las nuevas acciones (Amparo de Protección y Amparo de Reparación, Art. 75-77), a la legitimación activa, pasiva, sistema notificadorio (Art.79) y costas.

Concluimos con estas miradas legislativas, a fin de realizar una necesaria mirada jurisprudencial.

En efecto, en el reciente caso "*Halabi Ernesto c/PEN-Ley 25.873 Dto.1563/04 S/ amparo ley 16.986*"³², que no es sobre materia ambiental, pero que se trae a colación debido que la SCJN ha delimitado las categorías de los derechos, que consisten en: ***derechos individuales; *derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos y *derechos de incidencia colectiva sobre intereses individuales homogéneos**. Así, al caracterizar a cada derecho a los fines de su legitimación respectiva y a su objeto procesal mediato, establece que: **a)** en los **derechos individuales** la legitimación la tiene el titular del derecho sobre bienes individuales³³, que se protege por medio del amparo clásico (art. 43 1º párrafo CN); **b)** en los **derechos de incidencia colectiva que tutelan bienes colectivos** los legitimados son el Defensor del Pueblo de la Nación, Asociaciones que concretan el interés colectivo y el afectado³⁴. Aquí, se destaca que existen dos elementos de calificación prevalente: la ***tutela de un bien colectivo** que pertenece a la esfera social y que no son divisibles en modo alguno y la ***tutela de derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos y c)** en los ***derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos**. En estos derechos nos dice la CSJS "...no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo hay un hecho único o continuado que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño"³⁵. Asimismo, la SCJN

³¹ Tucumán, el Código Procesal Constitucional, Ley 6944 fue promulg. 2-03-1999 y publ. 8-03-1999.

³² CS, 2009/02/24, Halabi, Ernesto, c/ P.E.N. ley 25.873 dto.1563/04 en www.laleyonline.com.ar (consulta 30-3-09)

³³ Cfr. consid. 10 del Voto de la mayoría en "Halabi".

³⁴ Cfr. consid. 11 del Voto de la mayoría en "Halabi".

³⁵ Cfr. consid. 12 del Voto de la mayoría en "Halabi".

señala que “no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo” de estas acciones colectivas de protección de derechos individuales homogéneos por lo que frente a esa falta de regulación legal la “debe solucionar cuanto antes sea posibles, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema a instituido”. De esta manera extraemos de los fundamentos de la mayoría que en estas acciones colectivas se les asigna legitimación al afectado, al Defensor del Pueblo y a las determinadas asociaciones. Sin embargo, la Dra. Highton de Nolasco “deja a salvo su opinión respecto a la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación para la defensa de los intereses individuales homogéneos puramente patrimoniales”³⁶. En nuestra opinión, en el caso “Halabi”, la Corte establece por vía jurisprudencial las reglas sobre las cuestiones procesales de estas acciones colectivas en general y de la acción de clase en particular, en cuanto a la legitimación, al objeto y al agravio concreto y actual que debe invocarse y al alcance general de la sentencia.

b.2) Antecedentes mediatos

Entre ellos cabe reseñar a los Congresos y Jornadas Nacionales, desde la década del 80, el XIº Congreso Nacional de Derecho Procesal, La Plata, 1981, entre otras cuestiones, recomendó que se reconozca la procedencia de una acción de cesación preventiva de tutela del medio ambiente, como asimismo los nuevos alcances de la cosa juzgada³⁷.

En el año 1989, en el XVº Congreso Nacional de Derecho Procesal³⁸ se recomendó que la protección de los intereses difusos se hiciera mediante el amparo colectivo, que debía receptarse como garantía constitucional y por ley reglamentaria debía regularse la legitimación activa, condiciones y modo de instrumentación.

³⁶ Cfr. consid. 28 del Voto de la mayoría en “Halabi”

³⁷ QUIROZ FERNÁNDEZ, Juan Carlos, *Congresos Nacionales de Derecho Procesal, Conclusiones, I al XIXº Congreso Nacional 1939-1997, Revista de Derecho Procesal, Asociación Argentina de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 12 de agosto de 1999, p. 153.

En el citado IXº Congreso Nacional de Derecho Procesal, las conclusiones dadas son las siguientes:

“Debe reconocerse la procedencia de una acción de cesación preventiva de toda manifestación que al producir daños, verbigracia, al medio ambiente o a la ecología, requiera la enérgica y perentoria neutralización de sus efectos negativos.

Los alcances de la cosa juzgada o la oponibilidad de la condena deben tener la potencia expansiva suficiente de tono con la materia que hace al contenido de la tutela jurisdiccional, sin perjuicio de autorizar el nuevo planteo de la misma acción, en un término que la ley fijará cuando la sentencia denegatoria se funde en ausencia de prueba suficiente”

³⁸ QUIROZ FERNÁNDEZ, Juan Carlos, *Congresos Nacionales...*ob.cit., p. 216.

El XVº Congreso Nacional de Derecho Procesal se realizó en Córdoba, 16 al 19 de agosto de 1989.

En el 2005, en el XXIIIº Congreso Nacional de Derecho Procesal³⁹ se han profundizado y ampliado más estas líneas de trabajo, en apoyo para que se dicte en el orden nacional la regulación legal del amparo colectivo.

Asimismo, en el plano internacional las XVIIIº Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Montevideo 16-08-2002) aprobó en general el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica elaborado por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe y Antonio Gidi⁴⁰. Dicho Anteproyecto fue derivado a una Comisión Revisora que hizo diferentes propuestas, las cuales una vez votadas y aprobadas constituyen la segunda versión del citado Anteproyecto⁴¹. Este debate de candente actualidad se encuentra abierto por tratarse de una valiosa herramienta a la hora de que los países de Iberoamérica legislen sobre los procesos colectivos⁴².

En orden a la jurisprudencia, coincidimos con Roberto Berizonce⁴³ que Gualberto Lucas Sosa en su disidencia en la Sala 1ª de la Cámara 2ª de La Plata, en el leading case "*Celulosa Argentina S.A. c/ Municipalidad de Quilmes*" reconoce la operatividad de los derechos supranacionales⁴⁴, a la vez que constituye uno de los primeros aportes jurisprudenciales en los procesos colectivos.

b.3. Antecedentes de derecho comparado

A nivel de derecho comparado en Iberoamérica, advertimos que el desarrollo de los procesos para la protección de los derechos de incidencia colectiva es bastante novedoso. Solo Brasil y Québec cuenta con un "*régimen sofisticado de estas acciones*"⁴⁵. Mientras que en los EEUU. la acción colectiva tiene un gran desarrollo enraizada en la "*class action*", en el marco de la cultura anglo americana.

³⁹ Este XXIIIº Congreso Nacional de Derecho Procesal, se realizó en Mendoza, 22,23 y 24 de septiembre de 2005.

⁴⁰ PELLEGRINI, Ada, Kazuo Watanabe y Antonio Gidi, "Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica", en *Revista de Derecho Procesal, 2004-1, Demanda y reconvencción (primera parte)*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2004, ps. 455/464.

⁴¹ GIDI, Antonio, "Código de Proceso Civil Colectivo. Un modelo para países de Derecho Civil" en *Revista de Derecho Procesal, 2004-2, Demanda y reconvencción (segunda parte)*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2004, ps. 429-447.

⁴² FALCON, Enrique M., "Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, Nota preliminar" en *Revista de Derecho Procesal, 2004-2, Demanda y reconvencción (segunda parte)*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2004, p. 449.

⁴³ BERIZONCE, Roberto, "Procesos colectivos: Un voto precursor de Gualberto Lucas Sosa" en Eduardo Oteiza (Coordinador), *Procesos colectivos*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, p. 15.

⁴⁴ J.A.1978-III-312.

⁴⁵ GIDI, Antonio, "Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil (Un modelo para países de derecho civil)", Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 1, citado por Mabel de Los Santos, Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos...ob. cit. p.25.

En este panorama, es necesario reconocer que existen “derechos que no pueden sino ser tutelados preventivamente, sencillamente porque vulnerados son de difícil o imposible reparación mediante una vía preventiva inhibitoria”⁴⁶.

4. Amparo colectivo y el derecho ambiental

El derecho ambiental al decir de Augusto M. Morello y Néstor A. Cafferatta “es una disciplina jurídica en pleno desarrollo y evolución, constituye el conjunto de normas regulatorias de relaciones de Derecho Público o Privado tendientes a disciplinar las conductas en orden al uso racional y conservación del medio ambiente, en cuanto a la prevención de daños al mismo, a fin de lograr el mantenimiento del equilibrio natural, lo que redundará en una optimización de la calidad de vida”⁴⁷.

Por su parte Germán Bidart Campos con su mirada constitucional dibuja los rasgos salientes de este nuevo derecho: “a) a más de la titularidad personal e individual, alojan una dimensión colectiva y transindividual que los afilia a la categoría de los intereses difusos o de los derechos de incidencia colectiva mencionados en el art. 43; b) exhiben una intersección —sobre todo en cuanto a su desarrollo reglamentario— entre el Derecho Público y el Derecho Privado; c) se relaciona con muchísimos otros derechos, como el derecho a la seguridad; a la calidad de vida; a la igualdad de oportunidades y trato; a la educación; a la información; a la libertad de expresión; a comerciar y ejercer industria; a la propiedad; a la tutela judicial eficaz; a asociarse; a participar; a la salud; a la vida; al desarrollo; a no sufrir daño; a la reparación del daño; a la integridad; a la libertad de contratar; a reunirse; al tráfico negocial leal, etc; En este enjambre del inciso c aparece también: d) el ensamble con derechos que están declarados en la Constitución, con derechos implícitos, y con derechos por analogazo. No es ocioso reiterar que todo viene atravesado por un eje fuerte de constitucionalismo social, y por el contenido del sistema axiológico de la Constitución”⁴⁸.

Maria Huerto Amarillo señala que el “derecho ambiental regula las conductas humanas dándoles una orientación preventiva y cautelar obligatoria en su relación con el medio ambiente”⁴⁹. Por consiguiente, la citada

⁴⁶ PEREZ RAGONE, Álvaro, “Prolegómenos de los amparos colectivos” en *Revista de Derecho Procesal*, 5, Amparo. Habeas data. Habeas corpus II, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, p.124.

⁴⁷ *Visión procesal de cuestiones ambientales*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2004, p. 21

⁴⁸ BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Ediar Buenos Aires, 1998, t.II, p.98 citado por Augusto M. MORELLO y Néstor A. CAFFERATTA, en *Visión procesal de cuestiones...ob. cit.*, p. 30.

⁴⁹ AMARILLO, María del Huerto, “El derecho ambiental. El principio de prevención y de precaución” en *Estudios Jurídicos*, publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Universidad Católica, N° 4/2007, P.2007.

autora remarca que el “*derecho ambiental integra el sistema de derechos humanos dentro de los llamados derechos de tercera generación, derechos de la solidaridad, nuevos derechos humanos o derechos de vocación comunitaria y se le aplican, por ende, todas las normas que conforman dicho sistema.*”

En efecto, el *derecho ambiental* se pergeña en la Conferencia de Estocolmo de 1972⁵⁰, se afianza con la Declaración de Río de Janeiro de 1992 al proclamarse que los seres humanos “*tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza*” y luego con la Johannesburgo de 2002 (Río + 10). Lo cierto es que toda esta labor se acompañó con procesos de constitucionalización tendiente a crear conciencia de que la humanidad solo puede desarrollarse en plenitud en un medioambiente sano y equilibrado. Por lo tanto, el derecho al medio ambiente constituye un derecho esencial de toda persona, con anclaje normativo en todo el bloque de constitucionalidad federal.

Sin embargo, no es posible llegar a la protección del medio ambiente, valiéndonos exclusivamente de los institutos jurídicos conocidos. El tema ambiental, al decir de Lorenzetti,⁵¹ “*trata problemas que convocan a todas las ciencias a una fiesta, exigiéndoles un vestido nuevo*”. Dado que el “*medio ambiente es todo y es la “infraestructura de la vida, la condición básica de su existencia [...] Si el derecho a la vida es un derecho humano o bien jurídico fundamental a tutelar, el derecho a un medio ambiente sano es la condición necesaria para su goce. Siendo así el sistema normativo destinado a protegerlo debe ser global, alcanzar la totalidad del ecosistema*”⁵².

⁵⁰ La Conferencia de Estocolmo, en el principio 1 dice: “*El hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna.*”

Lynton K. Caldwell sostiene que a partir de la citada Conferencia de Estocolmo las ONG para la protección del medio ambiente se han incrementado significativamente, sobre todo en los países menos desarrollados, en los cuales estas cuestiones ambientales eran seguidas con recelo por la probable amenaza a los intereses económicos. Luego sigue una etapa de ir sumando esfuerzos necesarios en diferentes niveles de educación de la sociedad, de orientaciones culturales y en políticas ambientales más inteligentes. Así, la educación ambiental se ha convertido en interés prioritario internacional, “*organizado por la UNESCO y la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales reforzada y sostenida por numerosos grupos voluntarios y científicos*” (“La Política Ambiental y el papel de la Legislación” en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Anales, Año académico 1987*, Gráfica Biffignadi, Córdoba, Argentina, 1988, 83-84).

Al respecto Mirta Elizabeth Laciar rescata que en esta conferencia la delegación argentina introdujo “*el concepto de la buena vecindad ecológica, que produjo su incorporación en la esfera del Derecho Internacional Ambiental*”. (*Medio Ambiente y desarrollo sustentable*, Editorial Ciudad Argentina, 2003, p.27).

⁵¹ LORENZETTI, Ricardo L., *Las normas fundamentales de Derecho Privado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 483.

⁵² Ecosistema: concepto que refleja las mutuas relaciones entre la comunidad biótica y el medio ambiente (Martín Mateo, 1991 y 1995) (*Amarillo, María del Huerto*, “El derecho ambiental...” ob. cit., p. 241).

*El objeto medio ambiente*⁵³ no conoce fronteras jurídicas o políticamente establecidas.⁵⁴

Al respecto, Gualberto Lucas Sosa sostiene que el derecho al medio ambiente y el amparo colectivo (arts. 41 y 43 CN) deben interpretarse y aplicarse en el marco de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, “en torno a que el desarrollo sustentable debe abastecer las necesidades del presente, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras, en punto a la salud y al equilibrio del ambiente. Se afirma así el principio de solidaridad hacia el futuro”⁵⁵.

Integran el ambiente el ecosistema y la ecología, como también el patrimonio cultural, artístico e histórico y los mismos deben ser preservados por el Estado (nacional, provincial y municipal)⁵⁶.

Los principios de prevención y de precaución propios del derecho ambiental tienen reconocimiento universal— tanto en lo jurídico a través de normas constitucionales y legales, como en las prácticas políticas—. Zlata Drnas de Clemet nos ilustra que básicamente, “la similitud entre el [principio de precaución] y el [principio de precaución] en las seguridades sobre la virtualidad de una actividad para producir un daño. La diferencia entre ambos principios se halla en que, en el caso de la [precaución], no hay base científica suficiente como para tener una convicción razonable de que el daño va a producirse. Las medidas de [precaución] se corresponden con la idea de [buen gobierno] gestión estatal que se adelanta criteriosamente a los hechos y, ante la duda de que una actividad sea riesgosa, prefiere limitarla (y aun equivocarse) privilegiándola preservación del medio ambiente. En cambio, las medidas estatales adoptadas en virtud del [principio de prevención] se corresponden con la idea de [diligencia debida], y la adopción de medidas proporcionales a la magnitud de las fuerzas en juego. Si la actividad entraña riesgos significativos, nace la obligación del Estado de prohibir el emprendimiento o de exigir el uso de tecnologías adecuadas que minimicen los efectos nocivos”⁵⁷. Asimismo, señalamos que estos principios se encuentran legislados en la LGA. (art.4).

⁵³ Medio ambiente: es la biósfera con todos sus elementos orgánicos e inorgánicos, incluso las modificaciones introducidas por el hombre (Amarillo, María del Huerto, El derecho ambiental...p. 242).

⁵⁴ AMARILLO, María del Huerto, “El derecho ambiental...” ob. cit., p. 228.

⁵⁵ “Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses difusos” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Argentina, 2002, Año 1, N° 1, p. 147.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ DRNAS DE CLEMENT, Zlata, “El principio de precaución” - *En materia ambiental. Nuevas tendencias en Humanismo Ambiental, Terceras Jornadas de Reflexión* [Drnas de Clément - Frías-Giletta y otros] Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Editorial Advocatus, Córdoba, 2001, ps. 7/8.

A continuación y en referencia a los amparos ambientales vamos a desarrollar con objetividad⁵⁸ *“las sentencias exhortativas”*.

a) Sentencias exhortativas

La CSJN en el caso *“La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ acción posesoria de aguas y regulación de usos”*⁵⁹ recepta por creación pretoriana a las sentencias exhortativas en las cuestiones ambientales. Advertimos que el presente caso se trata de una acción posesoria, que por su naturaleza es diferente del amparo. A posteriori, en igual materia ambiental, pero en el marco procesal del amparo, la CSJN en el caso *“Mendoza”*⁶⁰ dicta una sentencia exhortativa.

Las sentencias exhortativas se denominan *“exhortaciones al legislador”* porque al decir de Patricio Zapata Larraín su objeto es realizar una advertencia *“es precisamente, “exhortar” o ‘llamar’ al legislador a que subsane el vacío referido aprobando ‘oportunamente’ las normas que faltan”*⁶¹.

Rubén Hernández Valle nos recuerda que en Italia con ironía a estas sentencias se las denomina *“sentenze.delega”*, dado que la *Corte Costituzionale* italiana pergeño la técnica de la *“doppia pronuncia”*, que consiste en que el fallo original le da al legislador un plazo para que le de una solución legal al *“entuerto constitucional”*, mas si el legislador no cumple lo advertido en la sentencia dentro del plazo fijado, luego se dicta una segunda sentencia para declarar la *“inconstitucionalidad de la norma impugnada”*. Mientras que Alemania y Austria se dicta una sentencia de inconstitucionalidad, cuya eficacia anulatoria tiene una condición suspensiva, de tal manera que si el legislador cumple con la exhortación del magistrado

⁵⁸ Estos temas también pueden desarrollarse desde las actuales corrientes que difieren entre sí, dado que el garantismo hace hincapié que la Constitución se escriba con mayúscula en el proceso judicial, en tanto que el publicismo, prioriza asegurar la efectividad del proceso judicial.

⁵⁹ CSJN caso *“La Pampa”*, 8-12-1987. Publicado en: La Ley Online. Aquí la Corte resuelve: *“1º) La cuenca hidrográfica del Atuel -que se extiende por territorio de las provincias de Mendoza y La Pampa— tiene carácter interprovincial. 2º) La Provincia de Mendoza deberá realizar las obras necesarias para mejorar la eficiencia de su red de riego entre Valle Grande y Carmensa y permitirá a su terminación el paso de 100 hmS anuales hacia territorio de la Provincia de La Pampa, en condiciones meteorológicas normales. Las obras deberán realizarse en el plazo y condiciones señalados en el considerando precedente. 3º) Instase a las partes a crear un ente administrativo común a los efectos del mejor cumplimiento de lo resuelto y para encarar las obras que en el futuro sean de su interés. 4º) Impóngase las costas de esta queja en el orden causado y las comunes por mitades. Hágase saber por oficio lo resuelto, con copia de la presente, a los señores gobernadores de las provincias de La Pampa y de Mendoza. Carlos S. Fayt.”*

⁶⁰ CSJN, Fallos: 329:2316, *“Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”*, 20-06-2006.

⁶¹ *Justicia Constitucional-Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2008, p. 335.

constitucional, dicha sentencia no tiene efectos anulatorios. Estos sistemas tienen en común que el juez constitucional actúe como legislador negativo a la vez que se le da al “*órgano político competente*” la oportunidad de que dentro de un plazo razonable enmiende el entuerto constitucional⁶².

Desde la posición a favor de las sentencias exhortativas se sostiene que éstas no invaden la configuración normativa del legislador, porque solamente contienen indicaciones, sugerencias, recomendaciones o propuestas para él.

En esta línea Norberto Humberto Alcalá nos dice que “*las sentencias exhortativas van de un simple consejo al legislador hasta fórmulas más coactivas que llaman al legislador a regular una materia establecida en la Constitución*”. Ello es así porque bajo esta denominación podemos ubicar a un conjunto de sentencias que “*establecen recomendaciones o directrices al órgano legislativo, llamándolo a legislar sobre determinadas materias con determinadas orientaciones o principios para actuar dentro del marco constitucional, de no hacerlo así el legislador, podría venir una sentencia posterior que declare la inconstitucionalidad de la norma respectiva*”. Concluye pronunciándose por la legitimidad de las sentencias exhortativas de los tribunales constitucionales dado que colaboran con el legislador poniendo de resalto “*las deficiencias graves del ordenamiento jurídico, que deben ser corregidas bajo riesgo inminente de encontrarse al margen de la constitución, dando al legislador la oportunidad de corregir omisiones, vicios, vacíos normativas, posibilitando que el legislador cumpla su función constitucional hasta ahora deficientemente desarrollada, todo ello dentro del marco constitucional*.”⁶³

En la posición que polemiza a las sentencias exhortativas, Néstor Pedro Sagüés sostiene que las mismas incluyen “*directrices mucho más terminantes y contundentes — incluso con plazos para ser cumplidas — que de hecho condicionan las competencias del Parlamento*.”⁶⁴

Las sentencias exhortativas abarcan a diferentes tipos. Aquí, nos interesan las sentencias exhortativas por constitucionalidad precaria. En este supuesto “*la jurisdicción constitucional estima que una norma es “todavía” constitucional, pero que puede pronto dejar de serlo; o que no resulta del todo satisfactoriamente constitucional, por lo que insta al legislador*

⁶² *Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional*, Lima, Perú, marzo 2006, ps. 240/241.

⁶³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Consideraciones sobre las Sentencia de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur”, *Ius et Praxis*, On-line ISSN 0718-0012, Ius et Praxis, vol.10 N° 1, Talca 2004. Revista Ius et Praxis año 10, N° 1, 113-158, 2004.

⁶⁴ SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Las sentencias constitucionales exhortativas” en *Estudios Constitucionales. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 4, N° 2, Universidad de Talca, Chile, 2006, p. 194

*a que produzca una nueva regulación plenamente constitucional, para lo cual puede darle también pautas de contenido. Se trata de situaciones de constitucionalidad endeble o precaria.*⁶⁵

Néstor Pedro Sagüés —citando a Hernán Olano García— sostiene que las *“sentencias exhortativas han producido un bloqueo de aplicación por el cual no se efectivizan en los procesos donde fueron objetadas las normas cuestionables en su constitucionalidad, a la espera de la nueva normativa que regule el tema.”*⁶⁶ Por consiguiente, estas sentencias exhortativas, apelativas o con aviso, no siempre han tenido aprobación debido que al ser de constitucionalidad precaria producen inseguridad jurídica dado que importan *“la aplicación de leyes inconstitucionales o que lindan con lo inconstitucional hasta que se pronuncie la nueva norma rotundamente constitucional”*⁶⁷.

Reforzando este argumento Néstor Pedro Sagüés entiende que es necesario que exista *“un texto constitucional expreso habilite la facultad de un tribunal de actuar de ese modo, no cabe reconocerle tal competencia que importa en definitiva un juego dialéctico de velada declaración de inconstitucionalidad, pero sin declaración de inconstitucionalidad —que es lo que en este caso debe hacerse. De todos modos si un tribunal constitucional —intérprete final de la constitución— actúa así reiteradamente es probable que genere una regla de derecho consuetudinario constitucional habilitante de tal proceder, más allá de lo correcto de la tesis en cuestión. Cabe concluir que algunas sentencias exhortativas se han dirigido no solamente al legislador ordinario, sino también al constituyente, instándole al cambio de algún artículo constitucional.”*⁶⁸

Al concluir, el referido autor hace hincapié que en *“Argentina la sentencia exhortativa ha aterrizado en su opinable variable de constitucionalidad precaria, ante una situación de — al decir de la Corte, apariencia del norma inconstitucionalidad, pero no declarada por la Corte— No se ha hecho pues con sus mejores galas, máxime cuando la Corte no indico con rigurosidad que preceptos aparentaban ser inconstitucionales y no preciso con exactitud como deberían redactarse para cumplir con la Constitución y con los instrumentos internacionales.”* A modo de corolario, rescata en estas sentencias exhortativas su carácter humanitario⁶⁹, a pesar de que técnicamente sean discutibles, poniendo de resalto que *“son una muestra del activismo judicial, nada impide que el futuro esta figura procesal constitucio-*

⁶⁵ Ibidem

⁶⁶ Ibidem, p. 195

⁶⁷ Ibidem

⁶⁸ Ibidem, p. 196.

⁶⁹ CSJN, Fallos: 328:1146, “Verbitsky, H”, (2006).

*nal sea perfeccionada, corregida y pulida por los fallos de nuestro tribunal superior.*⁷⁰

Entendemos, por nuestra parte que las sentencias exhortativas en general y en lo que hace a la materia ambiental deben debatirse en el marco del bloque de constitucionalidad federal a los fines de su expresa consagración constitucional o su consolidación como un criterio jurisprudencial de hecho de la CSJN.

5. El Mecanismo de Solución de Controversias de MERCOSUR en el Protocolo de Olivos y el Reglamento del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR: CMC/DEC. N° 37/03.

Un 26 de marzo de 1991, se firmó en Asunción, capital de Paraguay el Tratado de Asunción⁷¹ que constituye el MERCOSUR (MERCADO COMUN DEL SUD). En particular, en las vías de solución de controversias, el TA, Anexo III, artículo 2, establece que dentro de los “*ciento veinte (120) días de la entrada en vigor del Tratado, el Grupo Mercado Común elevará a los Gobiernos de los Estados Partes una propuesta de sistema de solución de controversias que regirá durante el período de transición*”.

En lo inmediato, los EP suscribieron el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias— PB⁷², que adoptó, con carácter transitorio y no definitivo un ***sistema de solución de controversias***, con acceso directo para los conflictos de los EP y con un ***procedimiento en tres etapas***.⁷³ Durante la vigencia de este Protocolo se dictaron nueve laudos arbitrales, y todos ellos fueron acatados por los EP.

Luego, los EP suscribieron el Protocolo de Ouro Preto⁷⁴, mediante el cual acordaron que “*efectuarán una revisión actual del sistema de solución de controversias del MERCOSUR con miras a la adopción de un sistema permanente*”⁷⁵. Luego, en la III^o Reunión Extraordinaria del Consejo del Mercado Común, celebrada el 18-2-2002, en Buenos Aires – Argentina, los Presidentes y Cancilleres del MERCOSUR firmaron el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCO-

⁷⁰ Ibidem, p. 201

⁷¹ Tratado de Asunción de 1991, ratificado en Argentina por Ley Nacional 23.981 (B.O. 12-09-1991)

⁷² Nota: El Protocolo de Brasilia fue hecho en la ciudad de Brasilia, Brasil a los diecisiete días del mes de diciembre de mil novecientos noventa y uno. Argentina lo aprobó por Ley 24.102, sanc.17-06-1992, promulg. 6-07-1992 y publ. B.O. 14-07-1992.

⁷³ Las tres etapas fueron: 1) Negociación entre las partes, 2) Negociación con todos los países del bloque, 3) un procedimiento arbitral con árbitros Ad Hoc.

⁷⁴ Argentina lo aprobó por Ley 24.560, (B.O. 13-10-1995).

⁷⁵ Ley 24.560, art. 44 (B.O. 13-10-1995).

SUR, con el que se actualiza el sistema para la solución de controversias en el ámbito regional⁷⁶, aun cuando se mantiene un régimen transitorio⁷⁷. El PO, entró en vigor el 1º de enero de 2004 y sustituyó el régimen del PB.

Entre las novedades jurisdiccionales el PO mantiene los Tribunales Arbitrales Ad hoc e instituye el nuevo tribunal revisor: Tribunal Permanente de Revisión, con sede fija en Asunción del Paraguay⁷⁸. El TPR constituye el primer órgano arbitral permanente en MERCOSUR, para solucionar las controversias de los EP en forma ágil y rápida. El TPR se integra con cinco miembros, un titular y su suplente por un período de dos años renovable por cada EP y el quinto se elige por consenso entre todos los países miembros, por tres años no renovables, salvo acuerdo contrario de los EP.⁷⁹ El TPR tiene una doble asignación de competencia: 1ª) Una **jurisdicción no contenciosa** para atender las “*opiniones consultivas*” a los fines de la unificación de las interpretaciones contradictorias, garantizándose, así, el principio de igualdad que tiene plena vigencia en todos los EP.⁸⁰Y, 2ª) Una **jurisdicción arbitral contenciosa**, con **competencias originaria**⁸¹ y **derivada**.⁸²

En el procedimiento para el mecanismo de solución de controversias, el PO, mantiene como necesarias la *1ª etapa de negociaciones directas* y la *3ª etapa de procedimiento arbitral* y le atribuye a la *2ª etapa ante GMC*, el carácter de *facultativa*⁸³.

El Reglamento del PO fue aprobado por la Decisión 37/0, en la Reunión XXV del Consejo del Mercado Común (CMC).

⁷⁶ COMISEC- Comisión Sectorial MERCOSUR

⁷⁷ El PO prevé que: “*Antes de finalizar el proceso de convergencia del arancel externo común, los EP efectuarán una revisión de este sistema de solución de controversias, a fin de adoptar el Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común a que se refiere el numeral 3 del Anexo III del Tratado de Asunción*”. Esta disposición se pone de relieve el carácter transitorio de este régimen establecido en el PO.

⁷⁸ Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), PO, art. 38.

⁷⁹ Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), PO, art. 23.

⁸⁰ Ley 25.663(B.O. 2002-10-21), P O, art. 3.

⁸¹ El TPR en su **competencia originaria** actúa como un tribunal arbitral de 1ª instancia cuando los EP planteen sus controversias en forma directa ante dicho tribunal, renunciando desde luego ocurrir al mismo en calidad de tribunal revisor. Aquí, el TPR tiene las mismas competencias de un TAH (PO, art. 23).

⁸² El TPR en su **competencia derivada** actúa como tribunal de alzada en los recursos de revisión (PO, art. 17.) en contra de los laudos arbitrales dictados por los Árbitros Ad Hoc-TAH, pero solo cuando hubieran actuado como árbitros in iure.

Una de las categorías para clasificar a los árbitros, es atender a la forma del dictado del laudo. Por lo tanto los árbitros pueden ser: “*in iure*”, cuando laudan aplicando el derecho y “*et aquo et bono*” o amigables compondedores cuando laudan aplicando la equidad, según su leal saber y entender.

⁸³ Ley 25.663 (B.O. 2002-10-21), PO, art. 24.

Ahora bien, en lo que hace a la cuestión ambiental vemos su inserción desde el inicio del proceso de integración de MERCOSUR, en el TA.⁸⁴, que se fue afianzando con las Decisiones del CMC; Resoluciones del GMC; Declaraciones; Acuerdos; Actas de las Reuniones de Ministros de Medio Ambiente del MERCOSUR y Estados Asociados de los años 2004 y 2005. Demás esta decir que esta labor es muy valiosa y ha motivado un oportuno relevamiento de la Secretaria del MERCOSUR⁸⁵.

6. Controversia Argentino-Uruguay por las pasteras

Wilson Nerys Fernández señala que el conflicto argentino uruguayo por las plantas de pasta de celulosa de las empresas Botnia y Ence asentadas muy próximas a la localidad de Fray Bentos ha producido implicancias económicas, jurídicas y ambientales manifiestas, más también en forma grave afecta el futuro del MERCOSUR.⁸⁶ En efecto, a partir del 2005, el tema se torna conflictivo y aparece en la agenda bilateral de estos países hermanos. Así, el 31 de mayo de 2005 se crea el Grupo Técnico de Trabajo de Alto Nivel Argentino Uruguayo (GTAN), que empezó a funcionar por la declaración de Cancilleres de esa fecha, a pedido de los mandatarios de ambos países. Luego siguió el encuentro de los presidentes ocurrido en Chile, en ocasión de la asunción la Presidente Bachelet. A posteriori, el 03-06-2006, Uruguay formuló un reclamo ante el Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR fundado en los cortes que hacían los ambientalistas argentinos en violación a la libre circulación que prescribe el TA y en la conducta omisa del gobierno nacional para suspender los referidos cortes. Luego el gobierno de la provincia de Entre Ríos tuvo la idea de llevar el caso a la Corte Internacional de la Haya y el gobierno argentino ante la imposibilidad de *“avanzar en la negociación bilateral”* dio su apoyo a este reclamo de Entre Ríos. Lo cierto es que a la fecha este caso continúa sin ninguna solución.⁸⁷

⁸⁴ TA. los EP destacaron *“que la ampliación de las actuales dimensiones de sus mercados nacionales, a través de la integración, constituye condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social; [...] [y que] ese objetivo debe ser alcanzado mediante el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente, el mejoramiento de las interconexiones físicas, la coordinación de las políticas macro-económicas y la complementación de los diferentes sectores de la economía con base en los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio”*.

⁸⁵ Medio Ambiente en el MERCOSUR, Relevamiento N° 001/06, Editado por la Secretaria del MERCOSUR Sector de Normativa y Documentación, enero 2006 en página oficial: [http://www.mercosur.int\(consulta 30-10-2008\)](http://www.mercosur.int(consulta 30-10-2008))

⁸⁶ El conflicto argentino-uruguayo por las plantas de celulosa en Waldemar Hummer (editor) y Noemía B. Mellado (coordinadora), Cooperación y conflicto en el MERCOSUR, M.E.L. Editor, Córdoba, septiembre de 2007, p.217.

⁸⁷ GARCÍA, Osvaldo Andrés, *“Controversia en el Río Uruguay”* en *MERCOSUR Parlamentario*, N° 1, ps.51-53

Ante esta realidad, y con el propósito de abrir un nuevo camino vemos la necesidad de incorporar y afianzar la mediación⁸⁸ como un método no adversarial para resolver cuestiones ambientales en MERCOSUR, en base al diálogo y la participación de todas las partes involucradas.

La mediación ambiental, es una especialidad dentro de la mediación, que se viene experimentando desde los años setenta y que representa un método de resolución de conflicto no adversarial que procura salvaguardar los intereses de las partes en los conflictos ambientales.

En esta propuesta de mediación ambiental una variable necesaria a tener en cuenta radica en la capacitación de los recursos humanos como una herramienta efectiva y eficaz para la transformación institucional del MERCOSUR.

7. Bases y propuestas

Propiciamos estas propuestas reflexivas:

- Los amparos colectivos son una especie del amparo tradicional.
- Los amparos colectivos constituyen la tutela procesal constitucional del medio ambiente.
- Los procesos colectivos son nueva realidad jurídico-procesales que deben atenderse como tales y con apertura, acorde a las respectivas competencias.
- Las nuevas instituciones procesales de los procesos colectivos y del amparo ambiental deben tener su necesario sustento en el bloque de constitucionalidad.
- Las sentencias exhortativas en general, y el área ambiental en particular, conforman un tema en debate en el marco del bloque de constitucionalidad federal a los fines de su consagración constitucional o su consolidación como un criterio jurisprudencial de hecho de la CSJN.
- En general, entendemos que se torna necesario que se fijen las bases para la elaboración de un *“protocolo sobre los métodos de resolución de conflictos no adversariales a los fines de que se implemente en la mediación ambiental en MERCOSUR”*, pudiéndose también utilizarse las demás vías que resulten idóneas.

⁸⁸ Argentina, Ley Nacional 24.573, sanc. 04/10/1995; promul. 25/10/1995; publ. BO. 27/10/1995. Ley Nacional de Mediación y Conciliación, comenzó a aplicarse en los tribunales civiles y comerciales de Buenos Aires, en abril de 1996. La Ley 24.573 sufrió modificaciones por las Leyes 25.661, 25287, 26.094 y 26.368.

- En lo inmediato y hasta tanto se elabore el protocolo de referencias, debe procurarse implementar en forma de experiencia piloto la mediación ambiental en MERCOSUR.
- Promover la formación de cátedras abiertas y/o prácticas de educación ambiental, capacitación en mediación ambiental (vía diplomaturas⁸⁹ y/o expertaciones⁹⁰) y en la construcción de redes locales, regionales, nacionales, mercosureñas y en la medida de lo posible globales.

8. Investigaciones en desarrollo:

- Proyecto de Investigación sobre Las pruebas científicas de cara al proceso civil argentino y su armonización legislativa en el proceso de integración de MERCOSUR(UNC-SECYT) aprobado por Resolución de SECYT N°069/08 y Resolución Rectoral 2074/08. El equipo de esta investigación se conforma con: Abogadas Especialistas Profesoras Adriana Almagro y Anahí Sardino, Federico Arce y Miguel Robledo.
- Proyecto de Investigación sobre El abuso del proceso en las Medidas Cautelares y Anticipatorios en los procesos de familia-PROPUESTA DE ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA EN MERCOSUR. aprobado por Resolución de CICYT N°040/08.
- Directora del Programa de Desarrollo Científico y de Proyectos de Investigaciones Jurídicas 2007/2008 del Instituto de Derecho Procesal y CICYT aprobado por Res. C.D. 495/2007.

Siglas utilizadas

BO: Boletín Oficial (Argentina)
CCM: Comisión de Comercio del MERCOSUR
CMC: Consejo del MERCOSUR
EP: Estados Parte del MERCOSUR
GMC: Grupo Mercado Común
PB: Protocolo de Brasilia
POP: Protocolo de Ouro Preto
PO: Protocolo de Olivos
RPO: Reglamento Protocolo de Olivos
TA: Tratado de Asunción
TAH: Tribunal Ad Hoc
TPR: Tribunal Permanente de Revisión

⁸⁹ Las diplomaturas son capacitaciones universitarias de carácter específico.

⁹⁰ Las expertaciones son diplomaturas avanzadas que brindan una capacitación universitaria específica y profundizada.

Publicaciones:

Nota a fallo: A.E.A.L. del 2º Laudo Arbitral Ad Hoc del MERCOSUR en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC*. Vol. 7 Nº 1-2, Año 2000- Nueva Serie

Armonización legislativa en el Área del Derecho Procesal, en *Anuario V, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.*, El Copista, marzo de 2001.

“Amparos Especiales - Habeas data- Amparo Electoral- Amparo Fiscal y Amparo por Mora de la Administración” en *Revista de Direito Processual Civil*, Gêneseis, Curitiba Nº 24 y 25.

“Armonización legislativa en la Región Centro en vista del Proceso de Integración del MERCOSUR- Área Derecho Procesal- Orden Público y Proceso Judicial- ¿Cuál es la incidencia del Orden Público en las Medidas Cautelares como regla general y en el supuesto de excepción fiscal?, en *Anuario VI, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.*, Lerner Editora, Córdoba, marzo de 2003.

Armonización legislativa y Región Centro en el MERCOSUR en *Anuario VII, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.*, Lerner Editora, Córdoba, septiembre de 2003.

“Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR—Algunos aspectos procesales—”, en *Anuario VIII, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.*, -Edición homenaje a los 20 años del CIJS (1985-2005), M.E.L. Editor, Córdoba, noviembre de 2005.

“Métodos no adversariales de resolución de conflictos” en *Manual de Teoría General del Proceso*(tomo II), Advocatus, Córdoba, mayo 2006

“El futuro institucional del MERCOSUR con especial atención a la Función Jurisdiccional en *Anuario IX, 2006, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.*, (1985-2005), *La Ley*, 2ª quincena de marzo de 2007.

“Sistema de Solución de controversias en el Mercosur bajo el régimen del Protocolo de Olivos, su reglamento con sus modificatorias y complementarias”, *Anuario X del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008.



EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS. ¿UNA CUESTIÓN DE HECHO O DE DERECHO?

*María Virginia Bertoldi de Fourcade * - Patricia Deborah Stein **
Adriana Esther Raffaeli *** - Andrea Isabel Fornagueira *****

Colaboradoras: *María Fernanda Palma
María Soledad Viártola Durán*

Resumen: La presente indagación intentó desentrañar si las normas que reconocen los derechos sexuales y reproductivos resultan efectivas. El desarrollo de la investigación evidenció que, en líneas generales, los Programas de Salud Sexual y Reproductiva tanto Provincial como Municipal, se implementan, aunque su ejecución no esta libre de obstáculos. Por ello es que consideramos que el Estado, como primer garante de los derechos de las personas debe, dentro del marco de las acciones positivas preventivas, promover, difundir, concientizar, informar, educar y suministrar los elementos necesarios para lograr la plena satisfacción de derechos de los ciudadanos.

Palabras clave: salud sexual y reproductiva, anticoncepción, planificación familiar, programas.

Sumario: I. El proyecto. 1. El tema. 2. Marco normativo. II. Objetivos. III. Metodología. INFORME FINAL. I. Marco teórico. 1. Introducción. 2. Validez y Coherencia de la legislación interna en relación a las normas constitucionales. 2.1. Aproximación a las nociones de validez y efectividad. 2.2. Mar-

* Dra. en Derecho y Ciencias Sociales, Profesora Titular Cátedra "B" de la asignatura Derecho Privado I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Vocal de la Cámara de Familia de Primera Nominación. Ciudad Capital. Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. e-mail: bertoldi_de_fourcade@hotmail.com

** Abogada, Especialista en Enseñanza de la Educación Superior, Adjunta de la asignatura Derecho Privado I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Profesora Adjunta de la asignatura Derecho Civil I de la Universidad Blas Pascal. e-mail: patristein@hotmail.com

*** Abogada, Especialista en Enseñanza de la Educación Superior, J.T.P. de la asignatura Introducción al Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba Profesora Adjunta de la asignatura Introducción al Derecho de la Universidad Blas Pascal, e-mail: valen@onenet.com.ar

**** Abogada, J.T.P. de las asignaturas Derecho Privado I y Derecho Civil I en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, e-mail: fornagu3547@justiciacordoba.gov.ar.

co Constitucional. La normativa vigente. 2.3. Leyes Nacionales. 2.4. Leyes Provinciales. 3. Actividades del Estado Provincial para hacer operativos los derechos sexuales. II. Relevamiento de programas a nivel provincial y municipal. 1. Programa Provincial de Maternidad y Paternidad Responsable. 2. Programa de Salud Reproductiva, Sexualidad y Planificación Familiar. Municipalidad de Córdoba. III. Actuación de los programas por los operadores sanitarios. 1. Relevamiento en el ámbito Municipal. 2. Relevamiento en el ámbito Provincial. IV. Respuestas de los responsables en ambos ámbitos. 1. Datos de pacientes que concurren a la consulta en relación a temas de salud sexual y reproductiva. 2. Datos sobre la consulta. 3. Datos sobre legislación y programas. V. Conclusiones. VI Bibliografía.

I. El Proyecto.

1. El tema.

Nuestra investigación procuró dilucidar la subsistencia de obstáculos fácticos que afectan la efectividad de las leyes nacionales, provinciales y municipales que reconocen a las personas el derecho a un fácil acceso a la información, educación y servicios vinculados a su salud y comportamiento sexual y reproductivo. Enunciar las facultades no es suficiente para alcanzar la finalidad perseguida por las normas. Su reflejo en la realidad social, cuando se presenta como conflictiva, debe ser abordado tanto desde la validez de la norma como desde su efectividad y eficacia.

La indagación intentó desentrañar si las normas que reconocen los derechos sexuales y reproductivos resultan efectivas. Se centró la mirada en los responsables de áreas de la salud y en la actividad que expresan cumplir, para alcanzar los objetivos de los programas dirigidos a garantizar el ejercicio de tales derechos a la población de Córdoba.

2. Marco normativo.

La ley N° 25.673 creó el “Programa Nacional de Salud sexual y procreación responsable” (2002); la Provincia de Córdoba, por ley N° 9073, diseñó el “Programa de maternidad y paternidad responsables” y la ley N° 9099 (ambas de 2003), adhirió en lo pertinente a la ley nacional.

En esta materia se ha producido una veloz evolución que cambió significativamente el panorama normativo desde que iniciamos nuestra indagación a comienzos del año 2006. En el orden nacional, la ley N° 26.130 (agosto 2006), reguló el “Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica”, aspecto de la salud reproductiva altamente polémico a nivel de procedencia jurídica hasta ese entonces. En la Provincia, con igual

dirección, se sancionó la ley N° 9344, de “Intervenciones quirúrgicas de contracepción” (diciembre de 2006)¹.

Otro hito en esta política de reconocimiento de derechos sexuales y reproductivos, es la ley N° 26.150 (octubre de 2006) que crea el “Programa Nacional de Educación Sexual Integral”. Sin embargo, transcurridos más de quince meses desde su sanción, no se llevaron a cabo acciones concretas para su implementación en las aulas y, según se afirmó a medios periodísticos, los ejes curriculares para su actuación recién serían establecidos en el curso del corriente año 2008.²

Nuestra investigación analizó la ley marco (Ley Nacional N° 25673), su coherencia con normas jerárquicamente superiores y la respuesta de las regulaciones locales. Desentrañada la validez normativa, se repasaron los Programas de la Provincia y de la Municipalidad de Córdoba para conocer la forma en que se aplican las prescripciones legales.

II. Objetivos:

a. Objetivos generales:

1. Verificar validez y coherencia de la regulación provincial en relación a normas nacionales y constitucionales.
2. Establecer las actividades del Estado provincial para hacer operativos los derechos sexuales.
3. Identificar los problemas que obstan al logro de objetivos incorporados a la Constitución y a la ley.
4. Determinar si se deben modificar normas o cursos de acción, o ambos para efectivizar estos derechos.
5. Aportar criterios y pautas para visualizar desde el Derecho alternativas que disminuyan los problemas.

b. Objetivos especiales:

1. Identificar los programas desarrollados en la ciudad de Córdoba sobre salud sexual y reproductiva, durante los últimos cinco años.
2. Revisarlos en sus fases considerando la prevención y asistencia efectiva.
3. Determinar el grado de cumplimiento de los objetivos de los programas por sus operadores.

¹ Sólo tres instituciones hospitalarias de Córdoba capital lo están haciendo efectivamente. Tales son el Hospital Misericordia, la Maternidad Provincial y el Hospital Materno Neonatal. Se ha dicho que próximamente se sumaría la Maternidad Nacional

² Diario La Voz del Interior, secc. Sociedad, Cba. 30-09-07, pág. 19^a y 08/03/08, pág. 20.

4. Analizar la coherencia entre las propuestas de los programas y los requerimientos de los destinatarios.

5. Transferir conclusiones a asignaturas de la Carrera de Abogacía para lograr, a nivel Universitario, un abordaje del Derecho desde la perspectiva de la salud sexual y reproductiva, y la responsabilidad familiar; asimismo, brindar pautas para la extensión universitaria.

III. Metodología.

La investigación se apoyó en un análisis de tipo descriptivo-cualitativo y cuantitativo. Desde la normativa constitucional, nacional y provincial se procuró determinar si las previsiones legislativas son eficaces para lograr en la práctica local, a nivel de Provincia y Municipalidad, la finalidad perseguida.

INFORME FINAL

I. Marco teórico.

1. Introducción

La indagación debió precisar el significado y alcance del llamado “derecho a la salud sexual y reproductiva”, como un aspecto más del derecho a la salud en general.

Para la Organización Mundial de la Salud (OMS) la salud es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no mera ausencia de enfermedades o dolencias y “la salud reproductiva es ese mismo estado general de bienestar, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos.”

La Organización Panamericana de la Salud (1955), indicó que la salud sexual y reproductiva, “se puede definir como la posibilidad del ser humano de tener relaciones sexuales gratificantes y enriquecedoras, sin coerción y sin temor de infección ni de embarazo no deseado, de poder regular la fecundidad sin riesgos de efectos secundarios desagradables o peligrosos; de tener un embarazo y parto seguros, y de tener y criar hijos saludables”³

Los conceptos más amplios incluyen, además de los aspectos psicosociales, la noción de que la salud sexual y reproductiva es una vivencia constitutiva del ser humano, que se desarrolla desde que nace hasta que

³ Cit. Por Touceda, Angélica, cit. Por Rosales Pablo, Villaverde, Maria, “Salud sexual y procreación responsable. La ley 25673 y las leyes provinciales” J.A. 2006-II, pag.835.

muere y que forma parte no sólo de un proyecto personal, sino de uno de pareja y de familia.⁴ Recién en el año 1994, la Conferencia Internacional de El Cairo trató el concepto de “Derechos Sexuales y Reproductivos” como integrante del plexo de “Derechos fundamentales”; es decir “Derechos Humanos”. El Programa de Acción que fijó dicha Conferencia sostiene que: “Esos derechos se basan en el reconocimiento de todas las parejas o individuos de decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos, y el momento de tenerlos, a disponer de la información y de los medios necesarios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más alto de salud sexual y reproductiva”⁵.

En la IV Conferencia Internacional sobre la Mujer (Beijing, 1995) se dijo que Salud Reproductiva es una “actividad encaminada al mejoramiento de la vida y de las relaciones personales”.

Ya el Programa de Acción, adoptado en la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de El Cairo (1994), establecía que “la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia (Cap. VII)”⁶.

En tal sentido se ha sostenido “... el derecho a procrear, cuyo ejercicio no puede ser absoluto, incluye también la facultad de no hacerlo, en cuanto atiende al ejercicio responsable de la paternidad. Es decir que no existe una ‘obligación o deber de procrear’”⁷.

Tres elementos conforman el contenido esencial del derecho a la salud reproductiva. Estos son: la información, la prevención y la planificación.⁸

La información favorece el conocimiento acerca de los diversos métodos anticonceptivos, su eficacia, contraindicaciones; la prevención permite llevar una vida sexual plena, sin temor a infecciones o embarazos no deseados; la planificación permite decidir libre y responsablemente si se desea tener hijos, cuántos y cuándo tenerlos. Por lo tanto, en atención a que los derechos sexuales y reproductivos forman parte de los derechos

⁴ Estudio Colaborativo Multicéntrico: “Conocimiento y actitud de los/as profesionales pediatras frente a la ley de salud sexual y procreación responsable y su programa de ejecución”, julio 2005, pág. 3

⁵ Famá, María Victoria- Herrera, Marisa y Revsin, Moira ¿Hasta cuándo relegaremos a la Salud Reproductiva de la nómina de los derechos fundamentales”, *La Ley*, (t. 2003-A), págs. 237/250.

⁶ Conf. Moriachetti, Alejandro, “La salud sexual y reproductiva en el marco de los derechos humanos”, J.A. 2006-II, pág. 864.

⁷ Conf. Bertoldi de Fourcade, María Virginia. “El derecho a constituir una familia como ejercicio de la libertad.” *Semanario Jurídico*. Córdoba T°84-2001-A, pág. 519.

⁸ Conf. Gil Domínguez, Andrés. *Ley Nacional de Salud Sexual y Procreación responsable*. Ley 25.673. *Doctrina- Jurisprudencia-Legislación*, Bs. As., Ad-Hoc, 2003, pág. 23.

humanos básicos, debe garantizarse el acceso a la información, la orientación y la prestación de servicios que permitan desarrollar una sexualidad libre y sana.⁹

2. Validez y Coherencia de la regulación legal interna con relación a las normas constitucionales.

2.1. Aproximación a las nociones de validez y efectividad.

Al plantear el problema a investigar nos preguntamos si los conflictos referidos a la salud sexual y reproductiva son una cuestión de hecho o de derecho. Para dilucidar el interrogante, desde el aspecto teórico, nos cuestionamos si las previsiones de nuestro ordenamiento jurídico poseen validez y, además, si dichas normas, en el plano fáctico, tienen efectividad jurídica.

La validez formal y material hace referencia a la norma jurídica positiva en cuanto fue dictada por los órganos competentes, respetando el procedimiento previsto para su dictado, que se encuentra vigente y cuyo contenido no se contradice con otra norma de jerarquía superior. El concepto de eficacia de las normas ingresa en el ámbito de la realidad y en ella juegan hechos y conductas. Se ha dicho, sin embargo, que para que la norma sea válida, debe ser mínimamente eficaz.¹⁰ A este último aspecto apuntó fundamentalmente nuestra investigación.

2.2. Marco Constitucional. La normativa vigente.

Los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos básicos y han sido reconocidos en diversos instrumentos jurídicos internacionales; ponen su acento en las potestades de la pareja y en los derechos de la mujer.¹¹

⁹ Para mayor profundidad en el tema puede consultarse, con provecho, entre otros autores a: Blanco, Luis Guillermo. "Educación sexual y planificación familiar: su marco normativo constitucional". Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Nº 11. Bs. As. Abeledo Perrot, 1997, pág. 91 y stes.; Gil Domínguez, Andrés. *Ley Nacional de de Salud Sexual y Procreación responsable. Ley 25.673. Doctrina- Jurisprudencia-Legislación*. Bs. As, Had-Hoc, 2003; Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria y Herrera, Marisa. *Derecho Constitucional de Familia*. T. I. Bs.As., Ediar, 2006.

¹⁰ Conf. Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, traducción de Roberto Vernengo.

¹¹ Desde el año 1968 se ve esta aceptación. Así la Conferencia sobre Derechos Humano de Teherán, estableció- recomendación Nº 16: "... Los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos". La Conferencia Mundial del Año Internacional de la Mujer (1975) reconoce el derecho a la integridad física y a decidir sobre el propio cuerpo, el derecho a la opción sexual y los derechos reproductivos, incluyendo la maternidad voluntaria. La III Conferencia Mundial sobre la Mujer (Nairobi, 1985) reconoce que: la capacidad de la mujer de controlar su propia fertilidad constituye una base importante para el goce de otros derechos. La Conferencia Mundial

La reforma de la Constitución Nacional (1994) incorporó Convenios y Tratados internacionales sobre Derechos Humanos (arts. 75 incs. 22 y 23 CN) como parte integrante del “bloque de constitucionalidad” reconociéndoseles operatividad. Ello se traduce en que “las normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, establecen derechos que pueden invocarse, ejercerse y ampararse sin el complemento de disposición legislativa alguna, lo que se funda en el deber de respetar los derechos del hombre...”¹². Entre los diversos instrumentos jurídicos internacionales, se destacan, a nuestros fines, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW)¹³ y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).¹⁴

La CEDAW (arts. 10 inc. h); 12; 16 inc e)) establece que los Estados parte arbitrarán las medidas necesarias para asegurar, en condiciones de igualdad entre el hombre y la mujer, el acceso a la información y asesoramiento sobre planificación de la familia, y a los servicios de atención médica referidos a estos aspectos. Asimismo garantizarán el derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el intervalo entre sus nacimientos y que se alcancen los medios y educación que permitan ejercer tales derechos.

La Convención sobre los Derechos del Niño, a su vez (art. 24), destaca como un derecho el de disfrutar del más alto nivel posible de salud y de atención sanitaria preventiva, de la orientación de los padres y la educación y servicios en materia de planificación familiar. Esta última afirmación pondría en cuestión la autoridad de los padres en lo relativo a la educación de sus hijos, que comprende lo relativo a la sexualidad, frente al derecho de éstos, como sujetos de derecho, a preservar cierta autonomía en lo relativo a su salud sexual y reproductiva. Por su trascendencia, dicha temática será brevemente considerada pues no fue objeto especial de esta investigación.

La inclusión de los derechos que nos ocupan en el bloque de jerarquía constitucional muestra la obligación del Estado de proteger y administrar los medios necesarios para sostener la salud física y mental de los individuos, incluyendo en ella la sexual y reproductiva; sobre todo la

de Derechos Humanos de Viena (1993) destaca el derecho de la mujer a tener acceso a una atención de salud adecuada y a la más amplia gama de servicios de planificación familiar. La Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995) reitera las recomendaciones generales de las anteriores, reafirmando que “los derechos reproductivos son derechos humanos”.

¹² Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), 01/11/1999, LA LEY 1999-F, pág. 671.

¹³ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979, y ratificada por Ley N° 23179.

¹⁴ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989 y ratificada por Ley N° 23.849.

de realizar prestaciones positivas a los fines de que todo habitante pueda ejercer su derecho de salud.

2.3. Leyes Nacionales.

La Ley N° 25.673, creó el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable y es la ley marco que regula la cuestión. Es una norma “formal y materialmente válida” ya que encuentra amparo en los preceptos constitucionales mencionados.

Los objetivos del Programa (art. 2) son: a) Alcanzar para la población el nivel más elevado de salud sexual y procreación responsable con el fin de que puedan adoptarse decisiones libres de discriminación, coacciones o violencia; b) Disminuir la morbimortalidad materno-infantil; c) Prevenir embarazos no deseados; d) Promover la salud sexual de los adolescentes; e) Contribuir a la prevención y detección precoz de enfermedades de transmisión sexual, de VIH/sida y patologías genital y mamarias; f) Garantizar a toda la población el acceso a la información, orientación, métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable; g) Potenciar la participación femenina en la toma de decisiones relativas a su salud sexual y procreación responsable.

Para determinar si la ley es “efectiva”, según sus objetivos, se analizaron los sujetos destinatarios de la norma: a) la población en general y b) el Estado. Intentamos que, además de identificar los beneficiarios del programa, nuestra indagación mostrara el nivel de cumplimiento de la carga normativa del Estado de facilitar los medios materiales y humanos, en cuanto a la provisión de elementos, según los diferentes métodos de contracepción, y de personal especializado y adecuado, en cantidad y calidad, para alcanzar los objetivos.

El art. 6 de la ley 25.673, es de singular importancia, y dispone: “La transformación del modelo de atención se implementará reforzando la calidad y cobertura de los servicios de salud para dar respuestas eficaces sobre salud sexual y procreación responsable. A dichos fines se deberá: a) Establecer un adecuado sistema de control de salud para la detección temprana de las enfermedades de transmisión sexual, VIH/SIDA y cáncer genital y mamario. Realizar diagnóstico, tratamiento y rehabilitación; b) A demanda de los beneficiarios y sobre la base de estudios previos, prescribir y suministrar los métodos y elementos anticonceptivos que deberán ser de carácter reversible, no abortivos y transitorios, respetando los criterios o convicciones de los destinatarios, salvo contraindicación médica específica y previa información brindada sobre las ventajas y desventajas de los métodos naturales y aquellos que no lo son; c) Efectuar controles periódicos posteriores a la utilización del método elegido.

Esta norma tiene, entonces, la particularidad de contemplar aspectos que hacen, por un lado, a la salud sexual de los destinatarios (inc. a) y, por el otro, a la salud reproductiva (incs. b y c). Se destaca que los medios de anticoncepción (MAC), serán suministrados a requerimiento de los beneficiarios; se garantiza así la libertad de intimidad y de ejercicio de los derechos específicos; ello pues la actuación del Estado depende de la voluntad de la persona y no existe imposición a su respecto.¹⁵ Se sostuvo, con relación al Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable que "... además, el suministro de métodos y elementos anticonceptivos lo es sobre la base de la demanda voluntaria y consciente de los beneficiarios o ciudadanos destinatarios respetando los criterios y convicciones de éstos"¹⁶.

Tiene especial trascendencia jurídica, por los conflictos que pueden plantearse, el objetivo d) del Programa Nacional: "Promover la salud sexual de los adolescentes". Ello impacta en nuestra sociedad, pues pone en tensión el "derecho-deber" de los padres, titulares de la Patria Potestad, con el deber del Estado de tutelar los Derechos Sexuales y Reproductivos de los menores de edad; ello por la identidad de rango entre las leyes nacionales (Nº 25.673 y arts. 264, 265 Código Civil) frente a normas de carácter supralegal como las revisadas.¹⁷

Las estadísticas revelan que, pese a los distintos niveles de programas de maternidad y paternidad responsable, el embarazo adolescente sigue en ascenso; que el 14,46% de los nacidos vivos son hijos de madres menores de 20 años; que el 24% de estas madres tiene más de un embarazo en la adolescencia y que, de 2003 a 2006, la maternidad en menores de 19 años aumentó un 11% en Córdoba (alcanzó a 7.865 casos).¹⁸ Estos datos indican que las acciones seguidas por los servicios de salud no son suficientes para revertir la tendencia y que el nivel de educación estaría directamente relacionado con la tasa de embarazos adolescentes; la reiteración de estas gestaciones representa un importante problema social y sanitario. Se advierte, en definitiva, que deben ajustarse los controles y el

¹⁵ Conf. Gil Domínguez, Andrés, ob.cit. pág.71.

¹⁶ C.Fed.Cba. Sala "A", 19/03/03. Sentencia Nº 593. Trib. de origen: Juz. 3º Cba. in re: "Cuerpo de Copias en autos: "Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin fines de lucro (Filial Córdoba) c/ Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación - Amparo", publ. en Semanario Jurídico Nro. 1403 del 10/4/03, pág. 299/308.

¹⁷ En este aspecto, el rol del Estado se dirige a la protección integral de la familia (art. 14 bis y art. 75 inc. 23 C.N.) y a "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos... respecto de los niños, las mujeres..."; art. 4 CDN y la reserva al art. 24 inc. 2.f. (Ley 23.849), es "obligación de los Estados...adoptar las medidas apropiadas para la orientación de los padres y la educación para la paternidad responsable".

¹⁸ Datos sobre maternidad adolescente de las estadísticas vitales del Ministerio de Salud de la Nación, año 2004 y 2006.

seguimiento pertinente en el sistema pues falla la prevención del nuevo embarazo¹⁹. Ello, sin perjuicio de reconocer la responsabilidad que cabe a cada persona, aún en etapa de desarrollo, en el ejercicio de sus derechos sexuales pues éstos también conllevan obligaciones correlativas.

Una primera conclusión, en relación al objetivo propuesto, es que el déficit no se encontraría en el texto de las leyes que regulan la materia, sino en los cursos de acción o en la falta de implementación adecuada de las normas y, en su caso, en la demora en poner en marcha campañas educativas especialmente direccionadas. Si bien la indagación de la efectividad de la función educativa del Estado en ámbitos no sanitarios, escapa al objetivo de este trabajo se ha concluido que, como “educar” no se reduce a “instruir”, se impone la apertura del sistema educativo a estos fines²⁰ sin perjuicio de reconocer la misión educadora de los padres en el ámbito de la “sexualidad”²¹

Por otro lado y en virtud del art. 6 citado, pese a la resistencia de ciertos sectores, la Provincia recibió del Ministerio de Salud de la Nación una partida de “pastillas anticonceptivas de emergencia” (PAE)- conocidas como “píldoras del día después”- para ser repartidas sin cargo en todos los hospitales públicos de Córdoba y en los centros periféricos de atención primaria de salud (marzo 2007). Ello resultó significativo porque las PAE se estimaron abortivas según algunos planteos. La OMS, sin embargo, estableció en el año 1998 que las pastillas para la anticoncepción de emergencia evitan que el óvulo se libere o que sea fertilizado y, por ende, no interrumpen un embarazo. Dicho método no constituye una forma ordinaria de planificar la familia, pues su uso es exclusivamente de emergencia

¹⁹ La sociedad se conmocionó con la noticia de que una adolescente, pronta a cumplir los 17 años, estaba cursando su tercer embarazo. Fue madre de un niño, por primera vez, a los 14 años; a los 15 años tuvo trillizas y acaba de tener nuevamente trillizas, de modo que esta niña-madre, luego de este nacimiento, es mamá de 7 hijos (Diario La Voz del Interior, secc. Sociedad, Cba. 07-02-08, pág. 19). Asimismo se señaló que en la Maternidad Provincial en enero de 2008 nacieron 205 bebés de madres de entre 12 y 20 años, hecho que el año anterior alcanzó el 30% de los nacimientos ocurridos en ese nosocomio (Diario La Voz del Interior, Secc. Sociedad, Cba.08/02/08, pág. A16.).

²⁰ Educar es un concepto más amplio que aquél; no se trata sólo de suministrar información sino también de incluir la transmisión de valores contribuyendo a hacer del hijo un sujeto cultivado en sus posibilidades, apto para continuar desarrollándose en la dignidad de su persona y en la convivencia social. En tal sentido se dictó la Ley N° 26.150, en octubre de 2006, por la que se crea el “Programa Nacional de Educación sexual Integral”.

²¹ Si una persona de 14 años tiene capacidad para reconocer hijos sin autorización de sus padres (art. 286 C.C) debe tener acceso a la información y a las prácticas anticonceptivas lícitas para evitar tener hijos no deseados. Vale decir, que la información atinente a la comprensión de la capacidad reproductiva, la salud sexual, el conocimiento detallado de los actos que conducen a la procreación y a la transmisión de enfermedades y las consecuencias que de ella derivan deben ser conocidas para poder decidir cómo asumirlas.

Otra cuestión vinculada a la provisión de MAC, es la Objeción de Conciencia. El art. 10 de la ley citada dice: "Las instituciones privadas de carácter confesional que brinden por sí o por terceros servicios de salud, podrán con fundamento en sus convicciones, exceptuarse del cumplimiento de lo dispuesto en el art. 6 inc. b) de la presente ley". En consecuencia, la institución o el profesional, podrían negarse a prescribir o colocar ciertos métodos anticonceptivos, fundándose en motivos de estricto orden religioso.²² Aunque la norma refiere sólo a establecimientos privados, también los médicos que se desempeñan en instituciones públicas podrían negarse a prescribir anticonceptivos con igual fundamento, pero con la carga de derivar al paciente a otro profesional con distinto criterio. Estimamos sería provechosa la confección de un registro de objetores de conciencia al que los usuarios pudieran acceder.

La Ley 26.130 de Intervenciones Quirúrgicas de Contracepción, es otro hito en esta materia pues ha autorizado la ligadura de trompas de Falopio y la ligadura de conductos deferentes o vasectomía, métodos jurídicamente cuestionados hasta entonces.²³ Se ha dicho que "la esterilización electiva constituye una alterativa más dentro del amplio abanico de libertades y derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, que posibilita a las personas diseñar su plan de vida y hacer más digna la existencia de todos los integrantes de la familia"²⁴ La prohibición de esterilización afectaba, sin dudas, a los sectores más pobres y escasamente educados de la población, pues en la medicina privada las intervenciones de ligadura tubaria (LTB) se llevaban a cabo en forma más o menos corriente. A partir de la nueva ley se "podrán ejercer de manera libre, igualitaria, responsable e informada, los derechos reproductivos"²⁵ Estas prácticas reducen la órbita de los sujetos destinatarios a los mayores de edad. La ley impone, además, la obligación de obtener un consentimiento informado (Art. 4)²⁶ y amplía los métodos admitidos a los que, en general, se consideran de carácter irreversibles, al modificar el art. 6º, de la Ley 25.673 y aceptar en su marco las

²² Conf. Gil Domínguez, A., ob.cit. pág. 8.

²³ El impacto de la posibilidad de recurrir a esta medida no tuvo los alcances que hacía suponer el debate anterior. Así se reflejó en el medio periodístico escrito de mayor difusión en Córdoba: "Tras la ley, no hubo aluvión de ligaduras. El año pasado se realizaron más de 600 ligaduras de trompas gratis. Las solicitudes aumentan, aunque menos de lo esperado." Diario La Voz del Interior. Sección sociedad, 10/02/08. pág. A.18.

²⁴ Fama, María V. - HERRERA, Marisa, "La insoportable levedad de ser mujer y pobre. A raíz de un fallo del alto tribunal sobre esterilización quirúrgica femenina", *Lexis* N° 0003/012927-09-11-2006, pág. 15.

²⁵ Fama, María V., "El derecho a no ser padre, un nuevo avance entorno de la admisibilidad de la esterilización anticonceptiva", *Revista de Derecho de Familia*, 2005, I, pág. 132.

²⁶ **Art. 4.** Consentimiento informado. El profesional médico interviniente, en forma individual o juntamente con un equipo interdisciplinario, debe informar a la persona que solicite una ligadura tubaria o una vasectomía sobre:

intervenciones referidas como métodos de planificación familiar y/o anti-concepción (art. 8).

2.4. Leyes Provinciales.

La Provincia de Córdoba creó el Programa de maternidad y paternidad responsable (Ley 9073). Sus objetivos son: a) Contribuir a la prevención y promoción de la salud, b) Disminuir la mortalidad materno infantil, c) Garantizar a todas las personas la decisión de sus pautas procreativas en forma libre y responsable.

Las actividades previstas son: a) Capacitar a los profesionales sobre procreación y sexualidad a fin de que los mismos informen, eduquen y asesoren a quienes lo soliciten; b) Realizar campañas de difusión sobre temas relacionados con la paternidad y maternidad responsables, procreación, sexualidad y prevención de enfermedades de transmisión sexual especialmente el sida.

Esta ley podría ver afectada su “validez material” respecto a la norma jerárquica superior (ley 25.673) por omitir la perspectiva de género, al no incluir expresamente la posibilidad de decisión unilateral femenina; ello no condice con los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional. No obstante tal omisión quedó superada por la ley N° 9099, que adhiere a la Ley Nacional mencionada.

La ley N° 9344, es consecuencia de la Ley de Intervenciones Quirúrgicas de Contracepción y autoriza, en la Provincia, la ligadura de trompas y la vasectomía. Instituye un doble control mediante modalidades deónticas fuertes (Art. 5, crea una Instancia de consejería y el Art. 6 exige Consentimiento informado)²⁷. La preceptiva no es clara, sin embargo, pues parecería que en el ámbito provincial existe un doble mecanismo de control previo a la intervención quirúrgica, pero con sujetos pasivos diferen-

a) La naturaleza e implicancias sobre la salud de la práctica a realizar; b) Las alternativas de utilización de otros anticonceptivos no quirúrgicos autorizados; c) Las características del procedimiento quirúrgico, sus posibilidades de reversión, sus riesgos y consecuencias.

²⁷ Art. 5. **Instancia de consejería:** ...los establecimientos públicos que brinden la prestaciones... **deben** organizar una instancia de consejería **previa** al consentimiento informado, en la que se garantice: a)La provisión de información veraz, actualizada y accesible al solicitante de la práctica, sobre métodos alternativos de anticoncepción; b)Las características del procedimiento quirúrgico requerido; c)Las consecuencias de la intervención; d)Las posibilidades de reconstrucción anatómicas y de restitución funcional; e)La instancia de consejería mencionada debe estar integrada por un gineco-obstetra o urólogo, 1 sicólogo y 1 trabajador social... Art. 6. **Consentimiento informado:** El profesional médico interviniente en forma individual o juntamente con un equipo interdisciplinario **debe informar a** la persona que solicite una ligadura de trompas o vasectomía sobre: a)la naturaleza e implicancias sobre la salud de la práctica realizada; b)Las alternativas de utilización de otros anticonceptivos no quirúrgicos autorizados y c) Las características del procedimiento quirúrgico, sus posibilidades de reconstrucción anatómicas y de restitución funcional sus riesgos y consecuencias....

tes. Ello pues la “Consejería” parece obligación de la “institución pública interviniente” y la obtención del consentimiento informado es deber del médico que realiza la práctica (ambos sujetos pasivos). No se determina con precisión si el paciente debe pasar por la Consejería antes de llegar al profesional que intervenga en la cirugía o si el consejo es exigencia previa a ésta. La norma provincial, asimismo, redundante en requerimientos respecto a la nacional; esto puede plantear problemas a la hora de su aplicación efectiva.²⁸

La temática de orden moral se evidencia al prever posibles objeciones de conciencia en los profesionales de establecimientos públicos (art. 9); de no existir posibilidades de derivación actual ante la solicitud del paciente, se puede llegar a afectar los derechos reconocidos a los destinatarios del servicio.²⁹

Ambas leyes autorizan individualmente a la mujer a realizar la ligadura de trompas y al hombre a practicarse la vasectomía postulando la igualdad de género. Sin embargo, esta simetría suele presentar obstáculos con relación a las mujeres y, en algunos supuestos, con vinculación a distintos grupos de personas del mismo género. Así, se ha señalado que hay mujeres que tienen dificultades para acceder al sistema de salud (por la clase social, edad y procedencia —campo/ciudad—), a la información, a los diversos métodos contraceptivos y a otros estudios destinados a preservar la salud sexual.³⁰ Las encuestas realizadas a los profesionales médicos, refirieron que las consultas respecto a la contracepción quirúrgica eran notoriamente mayores en las mujeres que en los varones y reve-

²⁸ La Consejería se forma por un equipo interdisciplinario nombrado por el Ministerio de Salud en cada hospital (médicos, psicóloga y una trabajadora social), que actúa en cada centro, pero con diferentes criterios. En alguno de los centros autorizados para las intervenciones se estarían aceptando pedidos que tienen indicación terapéutica (cesáreas previas, hipertensas, etc.) pero no cuando es sólo decisión de la mujer. En otro centro, no hay obstáculo en la Consejería pero aparecen cuando la demanda supera la posibilidad de garantizar estas cirugías (conf.. Grupo de Monitoreo del Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable en Córdoba, integrado por SEAP (Servicio a la Acción Popular), Católicas por el Derecho a Decidir, Manos y Voces de Mujeres Libres, Centro Educativo Florencia Fossatti grupo de mujeres Colinas del Cerro, Grupo de Los Filtros, Las violetas y Villa Martínez, San Ignacio, UCAM (unión de campesinos de Córdoba, representantes del norte de la provincia), Hilando Las Sierras (Río Ceballos, Salsipuedes), AMMAR, efectores de salud.

²⁹ La investigación citada en la nota anterior ha detectado que, a veces, no se implementan métodos efectivos para la prevención de embarazos no deseados o de planificación familiar en virtud de que algunos profesionales, por cuestiones morales o de índole de conciencia, limitan las posibilidades de los pacientes a conocer otros métodos más efectivos y seguros que el método Billings, por ejemplo.

³⁰ Conf.. Grupo de Monitoreo del Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable en Córdoba, citado en nota 28. La información suministrada coincide, en numerosos aspectos, con la obtenida en esta investigación, haciéndose notar que la presente no ha indagado la situación de las usuarias y beneficiarios del sistema.

laron cifras que así lo ratifican.³¹ Se estima que la falta de efectividad de la ley para con los hombres podría atribuirse a dos factores: a) una cuestión cultural pues la sociedad asume que la salud reproductiva es responsabilidad de las mujeres; b) o que la ley aún no ha suministrado información adecuada para llegar a la población masculina.³²

La equiparación entre lo previsto en el orden nacional y provincial permite inferir que existe validez formal y material entre ambos ordenamientos. El Estado, como primer garante de los derechos de las personas debe, dentro del marco de las acciones positivas preventivas, promover, difundir, concientizar, informar, educar y entregar los elementos necesarios para lograr la plena satisfacción de derechos de los ciudadanos.

3. Actividades del Estado Provincial para hacer operativos los derechos sexuales.

La legislación nacional, provincial y la Municipalidad de Córdoba, establecen acciones tendientes a lograr los objetivos de sus respectivos programas. Dentro de estas actividades para procurar que sean operativos los derechos sexuales reconocidos podemos señalar: a) Capacitar a los profesionales de la salud sobre procreación y sexualidad a fin que los mismos informen, eduquen y asesoren a quienes lo soliciten; b) Propiciar campañas de difusión respecto a la salud sexual; c) Implementar acciones comunes con organismos públicos nacionales, provinciales y/o municipales, privados y organizaciones no gubernamentales (O.N.G.), reconocidas oficialmente, que posean temáticas afines; d) Proporcionar, a través de los profesionales y demás integrantes del equipo de salud de los establecimientos sanitarios públicos, información sobre sexualidad y procreación; concepción y anticoncepción; enfermedades de transmisión sexual, especialmente el sida, asesoramiento personalizado acerca de métodos anticonceptivos no abortivos, su efectividad y contraindicaciones, respetando los criterios o convicciones de los destinatarios, siendo obligatorio el previo consentimiento por escrito del paciente, para prescribir su utilización en cada caso en particular; e) Efectuar controles periódicos posteriores a la utilización del método elegido. Conforme lo expresado, los medios des-

³¹ Según tal información el número de ligaduras tubarias supera ampliamente el de las vasectomías: aproximadamente 600 contra 5 practicadas desde febrero 2007 a febrero 2008. En agosto del año 2007, a un año de la sanción de la ley nacional, el impacto social se plasmó en los titulares de los diarios: "En los hospitales se hace una ligadura al día" (Diario La Voz del Interior de Córdoba. 29/08/07, Sección Sociedad, pág. A16).

³² Cabe preguntarse si la innecesariedad de participación del cónyuge, cuando estas decisiones son adoptadas por personas casadas, podría dar lugar a una causal de divorcio por injurias ante la falta de conocimiento o consulta previa a la realización de la práctica.

criptos son adecuados para cumplir con las obligaciones emanadas de los instrumentos de jerarquía constitucional.³³

Ahora bien, si “en la Argentina la cuestión no pasa por reconocer derechos sino por protegerlos³⁴, el Estado debe llevar a cabo acciones positivas que aseguren el acceso, en condiciones de igualdad, a la información y los medios necesarios para poder garantizar el efectivo ejercicio de estos derechos.³⁵ Muy atinadamente, se ha sostenido que “la democracia social o sustancial no se limita al reconocimiento normativo de los derechos sociales, sino que debe establecer los mecanismos idóneos –garantías sociales– para que los particulares, los marginados, los excluidos, puedan demandar las conductas y actividades mínimas del estado para que la vida se desarrolle dignamente”³⁶. Se afirma que: “Es por esto que con la creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable se ha avanzado en materia de los derechos sexuales y reproductivos, pero una ley no es suficiente sino que es un largo camino a recorrer para la efectivización de los objetivos que se promueven con dicho Programa y el compromiso de muchas y muchos profesionales a la hora de ejecutarlo.”³⁷

II. Relevamiento de los programas a nivel provincial y municipal.

El Programa Provincial de Maternidad y Paternidad Responsable (ley Nº 9073) y el Programa de Salud Sexual y Reproductiva (Ordenanza Municipal de Córdoba Nº 9479) a aplicarse en el ámbito de la Secretaría de Salud Pública de dicha Municipalidad, responden a los lineamientos generales de la ley Nacional Nº 25673.

1. Programa Provincial de Maternidad y Paternidad Responsable.

Los Objetivos generales y especiales apuntan a brindar información; estimular la capacitación de educadores, agentes, equipos de salud interdisciplinarios, con énfasis en Atención Primaria en Salud (APS) y supervisión de su desarrollo; informar sobre Salud Sexual y Procreación Responsable para que se adopten decisiones libres de discriminación, coacción o violencia; reducir la morbimortalidad materno infantil y gine-

³³ Trib.Sup.de la Ciudad de Bs.As. Jurisprudencia Anotada, “Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. 2004-I, Ed Lexis Nexis, pág. 69.

³⁴ Conf. Cesilini, Sandra- GHERARDI, Natalia. (Editoras). *Los límites de la Ley. Salud reproductiva en la Argentina. Equipo de Género. Región de América Latina y el Caribe*. Bs. As., 2003. Pág. 11.

³⁵ Conf. Bertoldi de Fourcade, María Virginia, ob.cit., pág. 519.

³⁶ Gil Domínguez, A.; Fama, María V.; Herrera, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*. Tomo I., Bs.As, Ediar, 2006. Pág. 601.

³⁷ Conf .Grupo de Monitoreo del Programa de Salud Sexual y Procreación responsable en Córdoba citado en nota 30, julio 2007. www.catolicas.com.ar .

cológica/reproductiva; prevenir embarazos no deseados y promover hábitos de vida saludable; evitar infecciones de transmisión sexual, HIV/SIDA y afecciones ginecológicas; informar y orientar sobre la elección de métodos anticonceptivos y otras prestaciones; promover la responsabilidad en la pareja y en la adolescencia, armando redes y coordinando la acción de los Ministerios afines. Las actividades del Programa, se centran en la capacitación de los efectores de salud para transformar el modelo de atención, reorganizar los servicios y formar redes. Las líneas de trabajo se refieren a: 1. Actividades de Información mediante estrategias de: a) Concientización, educación y promoción de la salud sexual y reproductiva; b) Consejería en Salud Reproductiva; c) Comunicación Social; 2. Planificación Familiar, con atención integral a mujeres/varones en edad reproductiva y/o pareja que desee regular su fecundidad; 3. Monitoreo y Evaluación de la población bajo programa, la gestión e insumos provistos por la Nación.

2. Programa de Salud Reproductiva, Sexualidad y Planificación Familiar. Municipalidad de Córdoba.

Se distinguen distintas clases de objetivos: Prioritarios, Generales y Específicos

Son Objetivos prioritarios disminuir las tasas de morbilidad materno-infantil, los abortos y las enfermedades de transmisión sexual (ETS); asegurar el derecho a decidir, libre y responsablemente el número de hijos y su espaciamiento; contribuir al desarrollo integral de la población, sin discriminación, con acciones de promoción, prevención, recuperación, rehabilitación y autocuidado.

Son Objetivos Generales orientar a las personas, a la pareja y la familia en el ejercicio responsable de la sexualidad, la paternidad y maternidad, mediante la libre elección de pautas procreativas, dar información y medios adecuados; prevenir el HIV/SIDA y ETS, evitar esterilidades y valorizar los métodos de barrera en la prevención de ETS y cáncer de cuello uterino.

Son Objetivos específicos disminuir la mortalidad materna por aborto inducido, evitar embarazos no deseados y la esterilidad secundaria; reducir la mortalidad infantil y prevenir alteraciones gestacionales; permitir la elección del número y espaciamiento de hijos; promover en adolescentes la sexualidad responsable. Capacitar el equipo de salud y asegurar la provisión de recursos.

Todo ello se plasma en acciones previstas para concretar los Objetivos. Se prevén instancias de evaluación del programa en el corto, mediano y largo plazo y normas de atención. Se describen los métodos anticonceptivos y se establecen criterios de elegibilidad para cada uno.

La clasificación de los MAC es la siguiente:

1. Naturales: Métodos de índice simple: a) Ritmo, Temperatura basal, Billing; b) Coito interruptus; c) Lactancia materna. 2. Barrera: a) Físicos: Preservativo masculino³⁸; preservativo femenino. Diafragma; Químicos: espermicidas³⁹. 3. Hormonales⁴⁰: a) Orales; b) Anticoncepción de emergencia; c) Inyectables. 4. Dispositivos Intrauterinos (DIU)⁴¹. 5. Quirúrgicos; a) Ligadura tubaria; b) Vasectomía.

En el Capítulo dedicado a la Anticoncepción en situaciones especiales, se comprende la anticoncepción en la adolescencia por ser pacientes “críticos”, con dificultades para asumir responsabilidades y portadores, en general, de información errónea. El rol del médico será informar y aconsejar respecto a la fisiología, relaciones sexuales, ETS y MAC; para tal indicación se valora cada caso con un enfoque bio-sico-social.

III. Actuación de los programas por los operadores sanitarios.

La indagación practicada evidenció que, en líneas generales, los Programas se implementan, tanto a nivel Provincial como Municipal, aunque su ejecución no está libre de obstáculos.

1. Relevamiento en el ámbito de la Municipalidad de Córdoba.

La investigación de campo colectó datos suministrados por los encargados de treinta y nueve (39), de un total de noventa y cinco (95) centros de salud de la ciudad de Córdoba. Tales son: Nueva Italia, Pueyrredón, Alberdi Oeste, Colón, Ferreyra, Remedios de Escalada, Zumarán, Villa Azalais Oeste, Las Margaritas, Marqués de Sobremonte, Alberdi Sud, Rosedal Anexo, Cupani, Santa Ana, La Salle, Oña, José Ignacio Díaz, Güemes, Colinas del Cerro, Villa Adela, Inaudi, Los Boulevares, Las Palmas, Empalme, Marqués de Sobremonte Anexo, Don Bosco, Parque Liceo II Sección, San Lorenzo, Villa Allende Parque, Ameghino Norte, Villa Bustos, General Mosconi, Pilar, Villa Siburo, Villa Revol, Bella Vista, Coronel Olmedo, Kilómetro 8 y Los Cortaderos.

La especialidad de los médicos considerados fue: Ginecólogos (27); Generalistas (7); Ginecólogo y sexólogo (2); Ginecólogo y de sanidad

³⁸ El preservativo previene la transmisión del HIV y enfermedades de transmisión sexual.

³⁹ Entre ellos se mencionan los óvulos, tabletas, esponjas, jaleas o cremas las que no impiden la transmisión de enfermedades.

⁴⁰ Incluye las pastillas y mini-píldoras, métodos que tampoco impiden la transmisión de HIV ni otras enfermedades. Hemos señalado, en el texto, que la llamada “píldora del día después” (PAE) no es un verdadero “método” de anticoncepción, sino que debe utilizarse en situaciones de riesgo de embarazo no deseado en situaciones de puntual emergencia.

⁴¹ El Dispositivo intrauterino (DIU) también ha sido cuestionado por quienes han entendido que se trata de un procedimiento “abortivo”.

(1); Equipo integrado por 2 generalistas, 1 ginecólogo y 1 enfermero (1); Clínico (1).

Los Centros Periféricos de Atención en Salud trabajan coordinadamente con los nosocomios de la Provincia, siendo los primeros los encargados de la faz preventiva, lo que favorece la formación de redes.

2. Relevamiento en el ámbito de la Provincia de Córdoba.

Se obtuvo la información, sobre la base del instrumento confeccionado, de los responsables del área de salud reproductiva de los Hospitales Misericordia, Materno Provincial y Materno Neonatal.

IV. Las Respuestas de los responsables en ambos ámbitos.

1. DATOS DE LOS PACIENTES QUE CONCURREN A LA CONSULTA CON RELACIÓN A TEMAS DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA:

1.1. Edad: El 44% tiene entre 25 y 35 años, el 25% entre 15 y 25 años, el 18% más de 35 años y el 13% menos de 15 años.

1.2. Porcentaje aproximado de pacientes varones

El 100% de los encuestados ha respondido que menos del 50% son varones. De las treinta y nueve (39) encuestas, en veintidós (22) se han precisado otros datos, tal que ninguno lo hace (28%) o que se hace en menos del 20% (15%) o que se realiza de manera indirecta (6%).

La concordancia de este ítem y el anterior refleja que la consulta es realizada mayoritariamente por mujeres y que el 38% está comprendida en una franja etaria que se extiende desde menos de 15 años a 25 años. Se ha incrementado, como problema social, el embarazo adolescente, lo que puede correlacionarse con el cumplimiento sólo parcial que se atribuye a los objetivos de los programas y al escaso 7% que registra consultas cuando no se tienen hijos, como se verá, y a la escasa consulta masculina registrada.

1.3. Estado civil.

El 57% viven en pareja, el 25% son solteros, el 16% casados, el 1% viudos y el 1% divorciados.

El dato confirma el notable incremento de la "consensualidad" en las parejas desde fines del siglo XX e inicios del XXI, lo que es proporcional a la disminución de los vínculos matrimoniales. Este fenómeno no se presenta sólo en grupos de bajo nivel económico y sociocultural, como en otras épocas, pues la familia tradicional ha ampliado sus manifestaciones y todas las formas aspiran a obtener tutela del derecho.

1.4. Nivel de educación. La mayoría de los pacientes tienen el primario completo (49%) e incompleto (14%); Secundario completo (2%) e

incompleto (31%); terciario o universitario incompleto (3%) y sólo el 1% es analfabeto.

Se advierte que la mayoría de quienes concurren a la consulta en los centros municipales y en los Servicios respectivos de los Hospitales Provinciales sólo ha completado el ciclo mínimo de educación obligatoria.

1.5. Cantidad de hijos que tienen quienes consultan.

La mayoría de los que consultan tienen entre 1 y 3 hijos (51%), aunque también es importante el porcentaje de los que tienen entre 3 y 6 (38%); personas sin hijos que consulta (7%).

Es significativo lo escueto de este último porcentaje pues denuncia que la "planificación familiar", como proyecto, se plantea luego del nacimiento de los primeros hijos. Estos datos pueden correlacionarse con el que indica más adelante que los embarazos no han sido deseados por lo menos en la mitad de los casos.

2. DATOS SOBRE LA CONSULTA.

2.1 Motivos por los cuáles estos pacientes concurren al centro de salud:

La mayoría de las causas se reparte entre prevención del embarazo (el 44%) y por embarazos ya existentes (30%), el resto se discrimina entre enfermedades de transmisión sexual (3%), post aborto (5%) y otras (control, prevención y patologías) (18%).

Se advierte que la mayor preocupación se centra en el embarazo (74%), lo que justifica la mayor consulta femenina, frente al 26% que concurre en búsqueda de información o remedio en aspectos referidos a la salud sexual no reproductiva.

2.2. Métodos anticonceptivos que se indican.

El método de barrera se indica siempre en el 67% de los casos.

Los métodos hormonales se indican siempre en el 62% de los casos y a veces en el 38%.

Los métodos naturales nunca se recomiendan en el 71% de los casos y se lo indica a veces en el 29 % de los casos.

Respecto a los procedimientos quirúrgicos, que comprenden la ligadura tubaria y la vasectomía, el 89% de los encuestados ha respondido que a veces aconseja este método, mientras que nunca lo hace el 11%.

Los métodos de barrera, entre los que se encuentra el profiláctico que previene la transmisión del VIH y enfermedades de transmisión sexual, son indicados siempre según el 67% de las respuestas; el DIU se recomienda según el 54% de los entrevistados. También se señalan diferencias en las recomendaciones según se tenga o no pareja estable. Por otro lado, es significativo el porcentaje en que "a veces" se recomiendan métodos qui-

rúrgicos (89%) los que, hasta antes de la autorización legal, fueron fuente de polémica y decisiones judiciales denegatorias. En el porcentaje (11%) que nunca lo recomienda, podría colegirse, se encuentran los objetores de conciencia

2.3. Forma en la cual se proveen los métodos anticonceptivos

Por consejo médico en el 21% de los casos y en el 3% es sólo a requerimiento del paciente, destacándose que la mayoría lo hace por ambas razones (76%).

El resultado mayoritario responde a lo que debe ser ordinario en la práctica médica.

2.4. Anticonceptivos de los que se dispone para entregar a los pacientes

El 100% respondió que siempre se dispone de pastillas.

En cuanto al DIU, en el 89% se dijo que siempre se encuentra disponible para entregar; en algún caso se señaló que no son de buena calidad y que siempre se dispone de preservativos.

En cambio, con relación a las inyecciones, en el 79% se tienen a veces y solamente en el 21% se disponen siempre de ellas por que se encontrarían en falta desde algunos meses.

La afirmación referida a las pastillas anticonceptivas se contradice con las necesidades evidenciadas por los mismos operadores en otros puntos y lo informado por medios periodísticos respecto a los faltantes que debió cubrir la provincia por inexistencia o demoras en la provisión desde la Nación.⁴²

2.5. Factores que influyen en la elección del método anticonceptivo adecuado:

En el 41% de los casos se precisó que en la elección influyen las condiciones personales del paciente; la edad, en el 28%; lo que está disponible, en el 19% y otros factores en el 12% (historia clínica del paciente y su adherencia). En un caso se precisó que la edad influye para el método de barrera y se provee el insumo que está disponible en el caso de las inyecciones.

Se colige que en el 81% de los casos es determinante la situación personal del paciente, ya sea que se haga hincapié en su edad o sus condiciones de salud. Debe esperarse que la recomendación "de lo disponible" (19%) no ignore absolutamente las particularidades de la persona ni que su suministro la perjudique.

2.6. Los pacientes que reciben anticonceptivos hacen controles posteriores:

⁴² (Conf. Diario La voz del Interior. Secc. Sociedad. 01/02/08, pág. 17^a).

Se señaló que más de la mitad realizan controles posteriores en el 63% de las respuestas, la mitad en el 33% y pocos en el 4% de las encuestas.

Lo dicho por los operadores evidencia que se realiza el seguimiento de los pacientes con un promedio bastante alto.

2.7. Porcentaje de embarazos no programados o no deseados.

Se estimó que el cincuenta por ciento es no deseado en el 31% de las respuestas; más del cincuenta por ciento en el 43% de ellas y menos del cincuenta por ciento en el 26% de lo respondido.

Advertimos que pese a la existencia de los programas en cuestión y los seguimientos que dicen practicarse, no se desean ni programan la mitad o más de los embarazos que se concretan (74%).

3. DATOS SOBRE LEGISLACIÓN Y PROGRAMAS:

3.1. Todos los médicos encuestados conocen de la existencia de la legislación sobre procreación responsable y planificación familiar.

3.2. Todos dicen conocer la existencia de los programas respectivos.

3.3. En cuanto a los objetivos de los programas se estiman de cumplimiento parcial en el 79% de los encuestados y total en el 21% restante.

Los guarismos repasados evidencian que los objetivos referidos a la planificación del nacimiento de los hijos, a la salud sexual, y por ende, a la educación de la población en la materia, se cumplen parcialmente, tal como lo señala la mayoría de los profesionales responsables (79%).

3.4. La capacitación del personal se estimó muy buena en el 53% de las respuestas, buena en el 44% y regular en el 3% restante.

La consecución parcial de lo perseguido por los programas, aparentemente, no es vinculada con los niveles de capacitación que el 97% de los participantes en la investigación estima que tiene entre buena y muy buena.

3.5. La cantidad de insumos entregados para su distribución se estimó insuficiente en el 50% de las respuestas, mientras que entendió lo contrario el otro 50%.

Este resultado puede correlacionarse con el referido a las disponibilidades de insumos para los diferentes métodos, donde se señalaron ciertas carencias, destacándose la falta de inyectables.

3.6 y 3.7. En cuanto a si se conoce que se hayan realizado las evaluaciones periódicas contempladas en el programa y, en su caso, cuántas veces: El 73% respondió afirmativamente mientras que lo hizo por la negativa el 24%, sin conocer la respuesta el 3% restante. En referencia a las que se habrían realizado el 65% señaló que fueron entre 2 y 5; el 26% dijo que

una vez y más de cinco el 9%. En una encuesta se aclaró que se realizó una auditoría externa y se realizaron más de 5 veces por auditoría interna y otra refirió que se realiza una vez por año.

Que el 27% de quienes están involucrados en el programa afirmen que no conocen que se haya realizado su evaluación no es un dato menor pues pondría en evidencia la desconexión entre los operadores y los responsables de la implementación general.

3.8. Sugerencias que podrían aportarse para el mejoramiento de la implementación de los programas.

Pueden agruparse según su tenor (se aclara se han realizado más de una):

El 20% del total de sugerencias se pronuncia por dar mayor publicidad a los programas sobre salud reproductiva y mayor educación a su respecto, ya sea en medios masivos de comunicación o en el barrio y escuelas por diversos medios.

Otro 20% del total de sugerencias se vinculó con el suministro de insumos, su cantidad, calidad y necesidad de continuidad en su provisión.

El 17% del total de sugerencias propició el mejoramiento de los programas a través de aunar criterios, informatización y simplificación de los aspectos burocráticos, mayor capacitación y captación de usuarios.

La necesidad de modificar algunas prácticas fue ratificada por los beneficiarios en otra indagación que contempló sus opiniones. Allí se señaló que el horario de atención es un obstáculo pues la mayoría de los centros de salud atiende de 8 a 14 hs de lunes a viernes, lo que en la práctica se reduce a las 12 hs; en algunos se limita a un día o a 3 hs en la semana; que se requiere a las mujeres un número excesivo de estudios previos para indicar el método contraceptivo y que el tiempo que insume su realización en los hospitales, desanima a las usuarias a mantenerse en el programa. Se señala que la mayoría de los profesionales argumentan que las mujeres van a utilizar las PAE como anticonceptivo, pero no plantean estrategias para hacer saber su uso sólo en emergencia; que en algunos lugares, se entregan bajo condición de ingerir la píldora en presencia del médico o enfermera.⁴³

El 10% refirió la necesidad de dar educación sexual preventiva de embarazos no deseados y enfermedades de transmisión sexual en la familia y en los establecimientos escolares.

⁴³ Las conclusiones de este párrafo resultan del Informe citado en nota 30.

El 8% del total de sugerencias propició una mayor participación comunitaria procurando la captación de la población por los centros de salud.

El 7% del total se centró en profundizar el trabajo de los dispensarios (interdisciplina, número de profesionales) para mejorar la labor en el barrio y en el dispensario.

El 6% del total de sugerencias postuló trabajar sobre cuestiones religiosas o de conciencia que pueden impedir que se brinde información completa al paciente y mantener un contacto social más amplio con apoyo en profesionales de la asistencia social.

Sólo el 4% del total de sugerencias se pronunció por modificar la legislación.

Otras, representando el 8% del total de sugerencias plantearon investigar más sobre la anticoncepción y concientizarse a otros colegas sobre la posibilidad de realizar ligadura de trompas.

También se destacó la importancia del secreto profesional para eludir el miedo a que se divulgue la información personal.

Esto es coherente con resultados de la otra investigación ya referida⁴⁴, que destacó el inconveniente de que los preservativos se administren igual que otros métodos anticonceptivos y se requiera consignar los datos pues se lo percibe como una forma de control por los adolescentes. No hay estadísticas oficiales de las intervenciones de contracepción quirúrgica practicadas en los centros asistenciales públicos, pero se estima que el número aproximado de ligaduras tubarias realizadas de febrero 2007 a febrero 2008, es de 60, mientras que las vasectomías serían 5.⁴⁵ Los profesionales de la salud acuerdan en que esperaban más demanda de LTB. En general la mujer que la solicita es mayor de 35 años, con pareja e hijos.

V. Conclusiones.

Como corolario pueden señalarse algunas pautas para favorecer la disminución de los problemas detectados y promover el ejercicio de los derechos reconocidos; ello sin desconocer que, en general, las acciones que deben ser reforzadas ya están previstas dentro de los Programas repasados.

1. Dar mayor difusión a los Programas para atraer a la población fértil y extender el universo de beneficiarios, evitar embarazos no deseados, sobre todo en adolescentes, y prevenir enfermedades de transmisión sexual; ello posibilitaría un efectivo ejercicio del derecho a planificar la familia y a la salud sexual. El nivel mínimo de escolarización verificado en

⁴⁴ Investigación referida en nota anterior.

⁴⁵ Diario La Voz del Interior, secc. Sociedad, Cba. 10-02-08, pág.18.

los beneficiarios requiere reforzar las campañas educativas en la materia, lo que es reclamado por los operadores médicos.

2. Implementar, en forma urgente, el Programa Nacional de Educación Sexual (Ley N° 26.150), con la salvedad de que educar no es sólo informar y que el sistema educativo formal no reemplaza la misión de la familia en este aspecto. La oportuna y adecuada consideración de la temática, de manera pertinente a cada edad, puesta a cargo de quienes estén capacitados, contribuiría a promover actitudes más responsables frente a la procreación; sólo quien conoce puede elegir cómo ejercer su derecho a la salud. Estos ámbitos de información y reflexión pueden ser una excelente oportunidad para formar a las nuevas generaciones en asumir el amor y la constitución de la familia de manera comprometida.

3. Asegurar la continuidad en el suministro de los insumos requeridos por cada método, con el compromiso de la Provincia y Municipalidad ante eventuales falencias o demoras en las que pudiera incurrir el principal obligado (Ministerio de Salud de la Nación).

4. Crear un Registro de Objetores de Conciencia entre los profesionales, tanto en el ámbito privado como público, con libre acceso a los usuarios de los programas para conocer anticipadamente los criterios médicos respecto a la prescripción de determinados MAC. Las ventajas son dobles. El Estado podría asignar a quienes tienen tales reparos a Centros de salud que cuenten con otros profesionales que no los tengan y el beneficiario podría conocer los lugares a los que puede concurrir según participe o no de las mismas convicciones que el médico; ello para evitar que se reiteren negativas a ciertos métodos por razones personales de los profesionales. Es dable recordar que el objetor de conciencia no está facultado para omitir información acerca de los MAC, no obstante que, por sus creencias, no vaya a prescribirlos.

5. El Estado, primer garante de los derechos de las personas, en el marco de las acciones positivas preventivas debe concientizar, informar y educar en estos aspectos. También debe entregar los elementos necesarios y posibilitar las intervenciones quirúrgicas requeridas para favorecer la plena satisfacción de los derechos humanos involucrados. Está obligado a capacitar a profesionales y equipos de salud y a destacar la importancia del secreto profesional y del respeto a la autonomía de los pacientes. Deberá, también, monitorear sistemáticamente cómo se presta el servicio, remover obstáculos meramente burocráticos y reforzar el trabajo interdisciplinario acentuando su presencia en la comunidad.

VI. Bibliografía

BERTOLDI DE FOURCADE, MARÍA V. "El derecho a constituir una familia como ejercicio de la libertad." Córdoba, Semanario Jurídico. T° 84-2001-A.

BLANCO, LUIS G.. "Educación sexual y planificación familiar: su marco normativo constitucional". Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. N° 11. Bs. As., Abeledo Perrot, 1997, pág. 91 y stes.

Cám. Fed. Cba. Sala "A", 19/03/03. Sentencia N° 593. Trib. origen: Juz. 3° Cba. in re: "Cuerpo de Copias en autos: "Mujeres por la Vida – Asociación Civil sin fines de lucro (Filiar Córdoba) c/ Estado Nacional – Poder Ejecutivo Nacional – Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación – Amparo", Semanario Jurídico, Nro. 1403 del 10/4/03, pág. 299/308.

CESILINI, S.- GHERARDI, N. (Editoras). "Los límites de la Ley. Salud reproductiva en la Argentina. Equipo de Género. Región de América Latina y el Caribe. Bs. As. 2003.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), 01/11/1999, LA LEY 1999-F, p. 671.

Diario La Voz del Interior de Córdoba, secc. Sociedad, 30-09-07, pág. 19; 07-02-08 www.lavoz.com.ar; 08/02/08, pág. A16.; 10-02-08, pág. A18.

Estudio Colaborativo Multicéntrico: "Conocimiento y actitud de los/as profesionales pediatras frente a la ley de salud sexual y procreación responsable y su programa de ejecución", julio 2005.

FAMÁ, MARÍA V.- HERRERA, M. y REVSIN, M. *¿Hasta cuándo relegaremos a la Salud Reproductiva de la nómina de los derechos fundamentales?*, La Ley, (t. 2003-A)

FAMÁ, MARÍA V., "El derecho a no ser padre, un nuevo avance entorno de la admisibilidad de la esterilización anticonceptiva". Revista de Derecho de Familia, 2005.

GIL DOMÍNGUEZ, A., FAMÁ, M. V., HERRERA, M. "Derecho Constitucional de Familia. Tomo I., Bs. As., Ediar, 2006.

—Ley de Protección integral de niñas, niños y adolescentes. Comentada, anotada y concordada. Bs. As., Ediar, 2007.

GIL DOMÍNGUEZ, A. Ley Nacional de Salud Sexual y Procreación responsable. Ley 25.673. Doctrina- Jurisprudencia-Legislación, Bs. As., Ad-Hoc, 2003.

KELSEN, HANS. Teoría Pura del Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979. Traducción de Roberto Vernengo.

"Informe sobre situación del Programa de Salud Sexual y Procreación responsable en Córdoba", julio 2007.

MORIACHETTI, A. "La salud sexual y reproductiva en el marco de los derechos humanos", J.A. 2006-II, pág. 864.

TOUCEDA, ANGÉLICA, cit. Por Rosales Pablo, Villaverde, María, "Salud sexual y procreación responsable. La ley 25673 y las leyes provinciales" J.A. 2006-II, pág. 835.

Trib. Sup. de C.A.B.A. Jurisprudencia Anotada, "Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. 2004-I, Lexis Nexis.

Páginas web: <http://www.catolicas.com.ar>, http://www.ispm.org.ar/ddssrr/emb_adolescente.htm



VIOLENCIA DOMÉSTICA E INTERVENCIONES ESTATALES ANÁLISIS MULTICULTURAL DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR E INTERVENCIONES ESTATALES: UN ESTUDIO COMPARATIVO EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA (ARGENTINA) Y EL ESTADO DE YUCATÁN (MEXICO)

*Nora Lloveras*¹

*Olga Orlando*²

*Laura Valdemarca*³

*Laura Cantore*⁴

*Valeria Durán*⁵

*Laura Valles*⁶

*Carmen Faride Peñas Castillo*⁷

*Sanry Marrufo Corrales*⁸

Resumen: A partir de una investigación multidisciplinaria de campo, se comparan las realidades de la Violencia Intra Familiar en Córdoba-Argentina y Yucatán-México. Se abordan aspectos legislativos, sociales, psicológicos y comunicacionales a fin de observar comparativamente la recepción del fenómeno, las implicancias de la noción de “genero”, descubrir nichos naturalizados de Violencia intrafamiliar, en un ensayo por hacer visibles cuestiones no dichas y otras estigmatizantes en esta área, en aras contribuir a un conocimiento mas profundo del tema.

Palabras Clave: Violencia doméstica, legislación, discursos, intervenciones públicas, invisibilidad

¹ Directora Equipo de investigación. Dra. en Derecho y Ciencias Sociales. Titular de la Cátedra Priv. VI: Familia y Sucesiones. Fac. de Derecho y Cs. Sociales. UNC. Investigadora.

² Dra. en Derecho y Cs. Sociales. Adjunta de la Cátedra Privado VI –Familia y Sucesiones-. Fac. de Derecho y Cs. Sociales. UNC. Investigadora.

³ Dra. en Historia. Adjunta de la Cátedra de Historia Argentina Contemporánea. Esc. de Cs. de la Información. Fac. de Derecho y Cs. Sociales. UNC . Investigadora.

⁴ Prof. Introducción al Derecho y Filosofía del Derecho. Fac. de Derecho y Cs. Sociales. UNC. Investigadora.

⁵ Lic. en Psicología. Prof. Priv. VI – Familia y Sucesiones-. Fac. de Derecho y Cs. Sociales. UNC. Investigadora

⁶ Abogada. Lic. en Psicología. Prof. Psicología Social y DDHH. Fac. de Psicología. UNC . Investigadora

⁷ Lic. en Psicología. Prof. Fac. de Psicología UADY. México. Investigadora

⁸ Lic. en Psicología. UADY. México. Investigadora

Sumario: 1. El planteo: justificación; 2. La violencia intrafamiliar como fenómeno social. Implicancias Jurídicas. 3. El abordaje legislativo en Córdoba (Argentina) y en Yucatán (México). 4. Muestra realizada en la aplicación de las leyes: logros y debilidades en la ciudad de Córdoba y la ciudad de Mérida: 4.1 Opiniones respecto de la ley; 4.2 Respuesta ciudadana ante la promoción de la denuncia; 4.3 Percepción acerca de la sobrevictimización; 4.4. Estadísticas acerca de la violencia; 4.5 Ámbitos de intervención; 4.6 Trabajo en equipos interdisciplinarios; 4.7 Conclusiones; 5. La VIF y su recepción en los medios de comunicación de Córdoba Capital: un estudio periodístico. 5.1. De la VIF “conocida” a la VIF “espectacular”; 6. El marco teórico desde la psicología; 6.1 Tentativas hacia el futuro. 7. Conclusiones.

1. El planteo: justificación

A partir de la década de los 70 toma relevancia en el ámbito científico mundial, como objeto de investigación, el análisis político, jurídico, económico, psicológico y social de la Violencia Intra Familiar (en adelante, VIF), generando especial atención a las penosas consecuencias de sus manifestaciones. Se aborda la problemática especialmente teniendo en cuenta los sujetos vulnerables: las mujeres, los niños y los adolescentes, y otras minorías (sexuales, étnicas, religiosas).

En Latinoamérica, desde el espacio público se proyecta su consideración en relación a las diversas formas de discriminación, a las cuestiones de género y a la problemática de la niñez y la adolescencia.

A nivel de estas investigaciones, se ha apuntado a identificar los factores que propician la VIF, se han elaborado teorías que la explican, metodologías de intervención e incluso, de prevención. Pese a los esfuerzos, estadísticamente —en general— se observa que el fenómeno en América Latina, se va incrementando de modo severo.

Se ha realizado el presente estudio comparativo entre Córdoba (Argentina) y Yucatán (México), por ser países que comparten la historia de Latinoamérica, y como tales, reconocen semejanzas en los factores que generan la VIF⁹.

La VIF aqueja a ambos países —en la actualidad— como grave problema social. El enfoque tiende a identificar los factores internos y externos, las creencias compartidas, los mecanismos de intervención funcionales y no funcionales, la intervención del Estado y su eficacia. Esta investigación transcultural apunta a detectar los déficit de las políticas estatales y de las

⁹ La muestra que se consigna más abajo, en el marco de esta investigación, se ha efectuado en la ciudad de Córdoba (Provincia de Córdoba, Argentina), y en la ciudad de Mérida (Estado de Yucatán, México), por ser los principales centros de las dos Provincias - o Estados - referidas, con características parcialmente comunes, además de los fundamentos reseñados en el proyecto sintetizados en este artículo.

acciones implementadas por las organizaciones intermedias en orden a la eficacia para proteger a la familia de la VIF. Consecuentemente persigue constituir un aporte a fin de orientar las respectivas acciones a efectos de subsanar las carencias en esta área intrafamiliar

El proyecto tiende a contar con un instrumento actualizado de relevamiento de la situación referida, que permita pensar en estrategias de cambio cultural en relación a la problemática planteada, en las regiones señaladas, objeto de nuestro estudio, y que eventualmente podrá ser utilizado en regiones con análogas características ¹⁰.

2. La VIF como fenómeno social. Implicancias jurídicas

Se ha pensado, quizá equivocadamente, que el ámbito de privacidad de la familia era suficiente para la contención de cada uno de sus miembros, no vislumbrándose que, por los ataques y agresiones de toda índole que ésta sufría —y continúa padeciendo— por la restricción y cerceamiento de funciones que le son esenciales y por la falta de un adecuado acompañamiento de protección, la institución familiar se ha ido debilitando cada vez más y se ha visto desbordada.

Acontece que la diferencia demarcatoria entre lo público y lo privado, frente a la violencia familiar, ha perdido su tinte. El fenómeno de la

¹⁰ **Objetivos generales, marco teórico y principales lineamientos del proyecto.** Consignamos como objetivos generales, marco teórico y principales lineamientos del proyecto los que se enuncian a continuación sintéticamente.

A. Los objetivos generales. Desde una mirada macro- sistémica, persiguen e intentan un diagnóstico comparativo que permita elaborar en forma reflexiva pautas para posteriores intervenciones en materia de la protección de las familias de la VIF entre Córdoba (Argentina) y Yucatán (México).

Los objetivos específicos se centran en: a) Analizar la legislación vigente y la jurisprudencia de los Tribunales de la Ciudad de Córdoba ARGENTINA y de Mérida -MEXICO-; b) Seleccionar unidades de análisis para evaluar la efectiva vigencia de los derechos de la familia frente a la VIF en: 1) la familia; 2) los ámbitos de resolución de conflictos judicial o extrajudicial; c) Identificar las fortalezas y debilidades que se observan en relación a cada uno de los responsables de hacer efectivos los derechos vulnerados de la familia en el marco legislativo y jurisprudencial de la VIF; d) Señalar la complementariedad, interacción y/o conflictos de las políticas públicas y las acciones de las asociaciones intermedias en relación a tal efectividad; e) Formular algunos principios que deberían sustentar los procesos de generación normativa e implementación de medidas de acción positiva para hacer efectivos los derechos garantizados; f) Elaborar algunas propuestas de acciones concretas.

B. Marco Teórico. El abordaje se realiza desde el ámbito de los Derechos Humanos, que se deben garantizar como mínimo inequívoco, aun en el ámbito de la intimidad familiar. Desde esta premisa jerárquica científicamente (bloque constitucional federal argentino y la internalización del Derecho Humanitario en México) se analiza la adecuación y pertinencia de las normativas y los programas. En una segunda instancia se explora el impacto en la realidad, en los lugares que se consignan en la muestra.

C. Principales lineamientos del proyecto. Estudio comparativo legislativo y jurisdiccional, y trabajo de campo de realización posible que apunta a los objetivos enunciados.

violencia, solo puede ser analizado y solucionado desde un único enfoque que combina lo público con lo privado, más allá de distinciones metodológicas que devengan necesarias.

La intervención del Estado en materia de VIF en el seno de la familia se justifica —sucintamente— como aplicación del derecho humanitario, ante la violación de derechos humanos fundamentales de sus miembros.

La VIF no es cualquier clase de violencia: su gravedad y trascendencia se señala a partir del hecho que involucra a toda la familia. La VIF, impacta no solo en la salud física y emocional de los miembros de la familia sino que tiene costos económico-sociales, con secuelas innegables en el grupo familiar y en la sociedad toda.

El concepto de familia debe ser considerado en sentido amplio —más allá de la tradicional basada en el matrimonio— y también en la función ejercida con independencia del emplazamiento legal, incluyendo al ex-cónyuge, al ex marido, al ex conviviente, y sin distinguir entre uniones homosexuales u heterosexuales.

La década de los setenta fue pródiga en la producción y tratamiento del problema ¹¹.

Además de conformar una preocupación académica y de estudio permanente, los Estados van incorporando en sus cuerpos normativos las Convenciones y Tratados que consagran los derechos humanos fundamentales.

En Argentina, un nuevo marco normativo se agrega en 1994 con la reforma de la Constitución Nacional que incorpora en el art. 75 inc. 22 con *jerarquía constitucional*, entre otros la Convención de los Derechos del Niño y el Adolescente¹², y el “Tratado de Eliminación sobre toda forma de discriminación en contra de la Mujer”. En el caso de México, como de muchos países latinoamericanos, ambos tratados fueron ratificados y forman parte de su ordenamiento jurídico.

La consagración normativa de los Tratados en cuestión incorpora principios y normas jurídicas nuevas de máxima relevancia para el tratamiento de la VIF ¹².

¹¹ En el orden internacional, fue Leonor Walker una pionera en este sentido de estudio y análisis del conflicto, sin dejar de señalar a autores tales como, Barberá Heredia, E (1998); Berkowitz, L (1993); Bourdieu, P. (1997); Burin, M. Y Meler, (1999), Cerezo Ramirez (1998); Dutton, D. y Golant, (1997); Edleson, J. Y Eisikovits, Z. (1997); Kirkwood, C (1999); Madanés, C. (1995); Moser, G. (1991); Osorio Nieto, C. (1998); entre muchos mas. En Argentina, en la década de los 80, Cristina Vila de Gerlic fue precursora del estudio de género. Se constatan otros referentes indiscutibles en materia de VIF: Vrg. Cecilia Grossman, Silvia Mesterman, María T., Graciela Medina, entre otros

¹² En dichos cuerpos normativos existen a los efectos de este trabajo, dos nociones relevantes: a) la noción de niño/a y adolescente como “*sujeto de derecho*”. Esto supone entre otras cosas el derecho del niño a ser oído, a denunciar, a ser parte activa en el proceso judicial, b)

3. El abordaje legislativo en Córdoba (Argentina) y en Yucatán (México)

Sin entrar a hacer un exhaustivo análisis de la legislación de Córdoba (Argentina) y Yucatán (México)¹³ debemos señalar que existen diferencias fundamentales en el tipo de gobierno de cada uno de ellos, lo que es necesario considerar a la hora del análisis legislativo en materia de VIF¹⁴.

Por otra parte, se constatan algunas diferencias relevantes en relación al objeto de nuestro análisis.

a) La VIF como tipo delictivo.

En Córdoba - Argentina —, no existe un tipo delictivo llamado Violencia Familiar¹⁵ y sí en Yucatán - México -¹⁶.

b) El alcance legislativo del concepto de familia.

En la legislación de VIF de Córdoba -Argentina - la noción de familia va mas allá de la forma tradicional, incluyendo a ex-cónyuges, concubinos -convivientes o no- y novios. En Yucatán -México - la noción de familia en la ley es la generada por el matrimonio. Quedan excluidos los hechos de violencia familiar cometidos por ex maridos o ex concubinos, o hijos que no vivan en el domicilio.

c) Situaciones fácticas que generan la intervención estatal por VIF.

Mientras que en la ley cordobesa un solo hecho es suficiente para generar la intervención institucional, en Yucatán la exigencia de que los

la noción de “género”. Esta última, tiene en cuenta básicamente la relación par asimétrica que existe entre el hombre y la mujer, según la cual esta aparece en condiciones de inferioridad física, laboral, económica y social en relación al hombre

¹³ La recolección de datos de la legislación Córdoba (Argentina) importa una diferenciación con Yucatán (México), ya que se trata de dos sistemas políticos diferentes. Aclaremos que el Estado de Yucatán, donde se emplaza la ciudad de Mérida, tiene autonomía legislativa concretamente sustancial, que no ostenta la Provincia ni la ciudad de Córdoba, en esa materia sustancial.

¹⁴ En Argentina, la forma de gobierno es representativa, republicana y federal, siendo la legislación sustancial o de fondo igual en todas las provincias, reservándose por su parte las provincias determinadas competencias legislativas, por lo que se explica que Córdoba tenga su ley provincial de Violencia Familiar (Ley nº 9083/2006). En cambio, en México la expresión “legislaciones estatales” se utiliza para referir la que es propia de cada una de las entidades federativas que constituyen la República—por ej el Estado de Mérida, cuya legislación se analiza en VIF, especialmente en el Código Penal del Estado de Yucatán que por decreto 253 del 30.03.2000, adiciona el Título “Delitos contra la familia” que a partir del artículo 228 desarrolla los delitos que comprende la VIF y la define—.

¹⁵ En el Código Penal Argentino vigente, que rige en todo el país, si bien no está tipificada la violencia intrafamiliar, se enuncian distintos tipos penales, que pueden contemplarla.

¹⁶ El art. 228 de la ley penal del Estado de Yucatán, preceptúa que “Por violencia intrafamiliar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave, calificada como delito por la autoridad jurisdiccional, que de manera reiterada se ejerce en contra de un miembro de la familia por otro integrante de la misma, respecto a su integridad física, psíquica, moral o ambas”.

episodios de violencia sean reiterados – para poder denunciar – pone en riesgo la vida de la víctima. Esto genera en Yucatán, la dificultad y a veces la imposibilidad de demostrar tal repetición, lo que es relevante de un obstáculo serio para el ejercicio de las tutelas específicas en materia de VIF.

Pueden observarse diferencias legislativas trascendentes en el fenómeno de respuesta a la VIF en Córdoba y en Yucatán.

Se observan numerosas falencias en el aspecto preventivo, que las políticas públicas, deben centrarse en Programas de Prevención y erradicación, que actúen sobre las causas de la VIF.

4. Muestra realizada en la aplicación de las leyes: logros y debilidades en la ciudad de Córdoba y la ciudad de Mérida

Del trabajo de campo efectuado – encuestas cualitativas posibles – realizado en ambos países, consignamos las principales conclusiones ¹⁷.

La muestra en la ciudad de Córdoba (capital de la Provincia, República Argentina), se efectuó con Magistrados, Jueces, y operadores del sistema del Poder judicial, habiendo sido autorizados a tal fin, expresamente por el Tribunal Superior de Justicia, por Acordada respectiva.

La muestra en la ciudad de Mérida (Estado de Yucatán, México), en forma análoga, se realizó con los operadores del sistema jurídico de Yucatán.

Estas muestras se circunscribieron a la ciudad de Córdoba y a la ciudad de Yucatán —como se acaba de consignar— ya que no era fácticamente posible extenderla a la Provincia de Córdoba y al Estado de Yucatán. Debe aclararse que las ciudades mencionadas —Córdoba y Mérida— son cabeceras de Estado o región, con similar número de habitantes y con características equivalente en los sistemas institucionales.

4.1. Opiniones respecto de la ley

Córdoba: Los operadores consideran, en general, que a la Ley de Violencia Familiar, le falta operatividad, ya que no cuenta con una reglamentación que se adecue de manera acabada al conflicto de la VIF ¹⁸.

Por otra parte, demandan mayor cantidad de operadores del sistema para atender la VIF, cuerpos técnicos, auxiliares, sobre puntuando esta exigencia, ya que se autocalifican desbordados por las denuncias y reclamos de ciudadanos y familias afectados por la VIF.

¹⁷ El estudio de campo de las opiniones comparativas de las legislaciones de Córdoba Argentina y Mérida México, estuvieron a cargo de las Lic. en Psicología Reyna Faride Castillo y Sanry Marrufo de la UADY.

¹⁸ La ley 9083 de violencia Familiar de la Provincia de Córdoba fue reglamentada por Decretos.

Se considera positiva en cuanto autoriza medidas cautelares rápidas, permite la exclusión, la pronta implementación de la cuota alimentaria, obliga a los operadores a recibir todas las denuncias por su inmediatez.

La mayoría de los operadores entrevistados reconoce que la VIF se rige por la ley provincial ¹⁹, y que debiera ser mejorada especialmente en el procedimiento, y en el equipamiento humano y funcional.

Mérida: La sola promulgación de la ley de acceso a una vida libre de violencia del Estado de Yucatán no satisface el imperativo de que sea capaz de tutelar los derechos de todas las mujeres, falta un largo proceso de armonización y reforma de las normas ya existentes que eliminen la interpretación desde puntos de vista androcéntricos o patriarcales.

Denotan los operadores la necesidad hacia el futuro de adecuar técnicamente las leyes, y posibilitar respuestas más globales al fenómeno de la VIF, sin necesidad de la reiteración del hecho en el ámbito penal.

4.2 Respuesta ciudadana ante la promoción de la denuncia

Córdoba. Todos los entrevistados señalan que el Poder Judicial está desbordado y se necesitan más juzgados, más espacio, y más personal, las estructuras están diseñadas para atender a la mitad de la demanda real misma que se desbordó con la promoción de la nueva ley de VIF; por otra parte, el servicio se encontraba centralizado en la capital de la provincia de Córdoba, al dictarse la ley.

Las respuestas a los ciudadanos y ciudadanas, deviene francamente recortada, por la escasez de recursos en todos los ámbitos, generándose dificultades en la operación del sistema de VIF.

Mérida. Los operadores entrevistados reportan el desborde de denuncias que sobrepasan la capacidad de atención, principalmente por la amplia difusión en los diversos medios de comunicación, sin incremento de espacios de atención.

La atención de la ciudadanía resulta deficitaria, ya que sobrepasa las posibilidades de respuesta.

4.3 Percepción acerca de la sobrevictimización

Córdoba. Los efectos de la sobrevictimización se perciben como efecto de la “*iatrogenia*” institucional, la escasa remuneración, la sobrecarga de trabajo, la carga emocional y falta de apoyo psicoemocional para los

¹⁹ Los operadores cordobeses, en la encuesta expresan que se suelen usar dos recursos, la Ley de Violencia por su inmediatez y el proceso tradicional considerado como “normal”.

operadores; la falta de un lenguaje acorde de los denunciantes, dado que no siempre comprenden el lenguaje técnico de los operadores. El exceso de rotación de personal dificulta establecer las redes de apoyo. La falta de comunicación interfueros propicia que las familias pasen por distintos fueros rindiendo la misma declaración, e incluso la misma entrevista.

Mérida. Se ha observado un importante efecto de sobrevictimización en cuanto a los diferentes escenarios que no pueden satisfacer las demandas de las víctimas. Se manifiesta como prioritario considerar los niveles de atención y contacto en que se encuentran los prestadores de servicio. La formación y el perfil deben ser matizados en función de los niveles de atención y las herramientas con las que se cuente para ir en congruencia con las funciones y los requerimientos de quienes han sido vulnerados, dicho perfil debe ser considerado desde la formación universitaria.

4.4. Estadísticas acerca de la violencia

Córdoba. Los operadores manifiestan que sus reportes y evaluaciones se realizan a través de las estadísticas: se habla de 300 pericias al año por cada integrante de los equipos técnicos, 1400 asesorías y 2000 casos a nivel de jueces, 1000 en fiscalía. Las estadísticas no son de fácil acceso a la población en general.

Cantidad de Prestaciones Mensuales psico-social y legal realizadas por la Dirección de Violencia Familiar. Total de denuncias: Marzo 2006 - feb 2007: 13.822. Marzo 2007 a feb. 2008 14.302²⁰.

Mérida. La encuesta sobre dinámica en las relaciones de pareja, da a conocer que de cada cien mujeres en Yucatán, de 15 años y más que tienen o tuvieron una relación de pareja: 32 han padecido violencia emocional (menosprecios, amenazas, prohibiciones, las ignoran, etc.); 21 violencia económica (les niegan o condicionan el gasto, les prohíben trabajar, les quitan su dinero o bienes, etc.), 18 violencia física (empujones, patadas, golpes, agresiones con armas, etc.) y 8 violencia sexual (las obligan a tener relaciones sexuales o a realizar actos en contra de su voluntad, etc.). La ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental permite el acceso a diversos documentos oficiales.

4.5. Ambitos de intervención

Córdoba. En la provincia de Córdoba (Argentina), se considera que a través de la centralización en un mismo ámbito espacial se posibilita

²⁰ Fuente: Poder Judicial Provincia de Córdoba. Argentina. Área Investigación Centro de Perfeccionamiento 'Ricardo Nuñez'.

la inmediatez de la actuación. Se observa la intervención de los tres Poderes. El Poder Judicial, cuenta con los fueros de familia y menores, en que se tramitan los procedimientos de VIF, que no constituyen delitos penales.

Las denuncias por violencia familiar, se pueden efectuar en distintos ámbitos físicos e institucionales. La Dirección de Violencia Familiar de la Provincia con sus equipos técnicos actúan en el fenómeno, con equipos que abordan el área social, psicológica, legal, denuncias telefónicas.

Mérida. En el Estado de Yucatán —México—, los tres poderes trabajan desde diferentes puntos de acción, el Poder Ejecutivo es quien tiene la mayor cantidad de centros de atención a víctimas de violencia intrafamiliar, el Poder Judicial provee la parte de denuncia y detención pública, así como la asesoría jurídica, psicológica y de trabajo social para el seguimiento de la querrela, y el Poder Legislativo creando leyes específicas para tal efecto.

4.6. Trabajo en equipos interdisciplinarios

Córdoba.

Los distintos actores o ámbitos de aplicación, cuentan con un equipo técnico interdisciplinario que apoya el trabajo judicial de asesores de menores, jueces, etc. Las pericias psicológicas se realizan con instrumentos proyectivos y la evaluación se realiza desde el psicoanálisis, primordialmente.

Se manifiesta la necesidad de contar con más profesionales que integren los equipos y la descentralización del trabajo de estos equipos interdisciplinarios —demandados por todo el ámbito geográfico provincial—, hacia el interior de la Provincia de Córdoba y alrededores de la ciudad, que no tiene equipos estables.

Mérida.

El trabajo se caracteriza por la multidisciplina. La interdisciplina se considera necesaria, pero existe dificultad para establecer una conexión articulada en los diferentes sistemas.

La estructura de evaluación pericial en psicología se da a partir del procedimiento penal en la averiguación previa, sin embargo no se realiza en todos los supuestos y tiene mayor importancia, si el caso a tratar es por violencia extrema.

Su realización se basa en instrumentos de carácter psicométrico.

Se reclaman mayor cantidad de operadores del sistema de VIF.

4.7. Conclusiones.

Como observamos a nivel comparativo, en muchas ocasiones no son suficientes las reglamentaciones nacionales e internacionales sobre

los derechos de las víctimas para impedir que éstas atraviesen por procesos sobrevictimizantes, debido al requerimiento de atravesar por procesos legales para reivindicar sus derechos y validar los efectos sufridos. Los reportes de ambos países se realizan a través de estadísticas.

Es sabido que las personas inocentes desencadenan más compasión si son personalizadas en las instituciones, en Yucatán (México) y en Córdoba (Argentina), la demanda excesiva ha convertido a las personas en números, despersonalizando.

Por otra parte, el discurso compartido puede tornarse inflexible y mantenerse invariable, obstaculizando otras posibilidades de resolución.

La resistencia al cambio se relaciona con las normas que son impuestas, versus las que se introyectan como propias.

Ambas ciudades, Yucatán (México) y Córdoba (Argentina), cuentan con Leyes actualizadas y específicas de la violencia familiar, sin embargo el proceso de introyección, a nivel institucional, es decir, de quienes vigilan que se cumplan dichas leyes, así como en la sociedad en general, requiere de estrategias que les convenzan de la funcionalidad de las mismas, dentro de su vida cotidiana.

Las reglamentaciones no son suficientes, sin una visión educativa de las mismas.

5. La VIF y su recepción en los medios de comunicación de Córdoba Capital: un estudio periodístico

La investigación comprendió ²¹ el estudio de la recepción de hechos de VIF en los medios de comunicación de la ciudad de Córdoba.

El análisis de estos medios de comunicación, coadyuvan claramente a la percepción que tiene la sociedad cordobesa, en su nivel medio, en relación al fenómeno de la VIF, e interesa al proyecto en ejecución.

El corpus producido en relación al tema por el diario La Voz del Interior (en adelante LVI) entre agosto de 2005 y abril de 2006 permite formular aproximaciones acerca de los conceptos, actores y contexto que maneja LVI al construir el hecho VIF como noticiable y a partir de eso las representaciones que LVI construye para sus lectores sobre la VIF.

El disparador para que la VIF se convirtiera en un hecho noticiable fue la VIF personificada en el caso "Ludmila" y "Lucas" ²².

A partir de estos episodios, los medios de la ciudad de Córdoba comenzaron a ocuparse de situaciones y de historias de VIF. Luego del caso

²¹ El estudio de la recepción en los medios de Córdoba estuvo a cargo de la Dra. Prof. Laura Valdemarca junto a Paola Bonavitta, Pablo Castro

²² Ludmila una beba de seis meses, y Lucas un niño de tres años, víctimas de VIF.

Ludmila, hechos violentos ocuparon primeras planas y especialistas en el tema dieron su perspectiva desde distintos ángulos (psicológicos, judicial, asistencial, etcétera). Esto contribuyó a instalar el tema en la opinión pública y en cierto modo operó como otro elemento para la aprobación de la legislación en la materia²³.

Para comprender cómo los medios tratan la VIF, es importante considerar no sólo qué escriben, sino también cómo lo hacen, en otras palabras, no sólo el contenido sino también la enunciación. Del examen de artículos de diarios se puede afirmar que, en términos de contenido, dicen todos aproximadamente lo mismo. Sin embargo, lo dicen de muy diferentes maneras.

Estos contenidos muestran como el discurso representa la principal materialización de la ideología en sentido amplio, supone una manera de actuar sobre un auditorio con fines prácticos, que funciona como creador y sostén de maneras de pensar, hablar y actuar: o sea, formas de vida y visiones de mundo. Está dirigido a todos los ciudadanos con el propósito de persuadir acerca de las visiones de mundo²⁴.

5.1 De la VIF "conocida" a la VIF "espectacular"

Antes del caso Ludmila, ni la sociedad ni los medios ignoraban que existía la VIF. Sin embargo, el caso de la beba de seis meses, recurrentemente golpeada por sus jóvenes padres asumió características que merecieron convertir a la VIF en noticia por algunos meses. En otras palabras, el contrato de lectura entre LVI y sus lectores asume la existencia de la VIF. Para materializar ese contrato se gesta una estrategia enunciativa, la manera en que enunciador (periodista), destinatario (lector) se relacionan dentro del texto. LVI construye un enunciador familiarizado con el universo de la violencia doméstica que presenta de manera coloquial y desde el sentido común esta cuestión social, no toma distancia con términos científicos. Su discurso se limita al contexto espacial de la provincia de Córdoba y analiza los casos que se producen en la región. El enunciador no se suma al recla-

²³ En este momento del tratamiento del corpus, -hemos optado por el análisis de discurso que luego combinaremos con la reconstrucción serial del corpus—, para establecer aspectos como la frecuencia de publicación noticias, calificativos usados, lugar de la noticia en el diario, etc. El análisis del discurso es una metodología cualitativa cuyo objetivo consiste en establecer el contenido semántico de los conceptos correspondiente a los términos efectivamente utilizados en determinados textos, cuyo análisis se considera interesante para determinada finalidad.

²⁴ Según Patrick Champagne, los "malestares" que surgen en la prensa son, en realidad, "malestares para periodistas", es decir, aquellos cuya representación pública se fabricó para interesar a los periodistas o que sólo atraen porque son fuera de lo común, dramáticos o conmovedores y, por esa razón, comercialmente rentables y, por lo tanto, dignos de una primera plana (Champagne; 2000).

mo por la ley contra el maltrato femenino. Habla en un tono impersonal, en tercera persona plural, no especifica quién la reclama ni adhiere al pedido. El destinatario construido por LVI es un sujeto amplio, que posee competencias básicas para comprender sin tecnicismos, sino desde el sentido común el problema de la VIF. Las huellas del destinatario son eliminadas, no se pueden individualizar. En cuanto al “ethos” discursivo, la opción es presentar a la mujer agredida como situada en una situación de pasividad y debilidad, resaltando su rol de víctima e imponiendo una cuestión de género. También homogeneiza el maltrato vinculándolo a la violencia física (visible) y denunciante y no a otras formas de violencia más sutiles como la económica, psicológica, laboral, discriminación. Se invita a verlo más como una cuestión criminal o delictiva común, antes que a la violación de un derecho humano, se limita la construcción de una representación diferente o novedosa de la violencia por su origen en la familia. Pero en todo caso la violencia según el enunciador puede tratarse como una enfermedad física más. Se ignora que la violencia nace de trastornos psíquicos, pautas culturales, modelos de autoridad y jerarquía y se lo asimila a cualquier enfermedad tratable con medicamentos. La VIF también es presentada como el signo de nuestros tiempos, esto supone una representación muy fuerte y de la cual no se puede escapar: violencia como inmanente al tiempo que no tiene solución y nuestro tiempo justificaría la violencia. Un cambio bastante sutil, al que nos aproximamos es cuando se trata la VIF que involucra a menores, en esos casos el enunciador encuentra menor cantidad de justificativos y utiliza metáforas para formar la representación. La VIF hacia los niños convierte el *hogar en un infierno*, mancha con *moretones los guardapolvos*. Las verdades sociales se construyen, quizá, en las tensiones entre lo visible y lo enunciable, entre lo concluido y lo manifiesto, o entre lo bueno/normal y aquello que no lo es. Aquí se analizaron “las cosas que se dicen” sobre la violencia doméstica en LVI.

Del corpus seleccionado se pudo establecer que el diario se refiere a las situaciones de violencia doméstica como situaciones producidas por la ira, el enfado o las pasiones del agresor; la noticias de VIF se escriben en la sección Sucesos (ex policiales). No se hace hincapié en la situación de violencia previa existente entre la víctima y el victimario, sino que se justifica la violencia en base a las emociones que atravesó el agresor en el acto de violencia.

En síntesis, se puede afirmar que el tratamiento que LVI realiza sobre los casos de violencia doméstica priorizan al hecho de violencia y busca causas en la personalidad irascible o violenta del agresor. Así, el medio oculta las demás violencias invisibles y tiende a justificar a quien ejerce violencia buscando los justificativos de su accionar. Castiga al in-

cesto como a ningún otro hecho de violencia. Invita al lector a considerar aberrante e imperdonable a los hechos incestuosos. Es más reprochable el incesto por su vínculo con la VIF porque trastoca o atenta contra el orden social occidental y nuestros tabúes que la VIF originada en otras condiciones, ésta VIF, que encuentra justificaciones individuales y epocales, parece no conmovir los cimientos sobre los que ese orden (machista y jerárquico) se encumbra.

En materia de VIF en Córdoba los medios de comunicación consolidan lo que la sociedad tiene legitimado (la mujer como víctima; el hombre como victimario; la jerarquía de la violencia, el incesto es lo peor, etc.) y fagocitan los mitos de la violencia y justifican los microdespotismos sociales.

6. El marco teórico desde la psicología

La problemática de la Violencia Intra Familiar atraviesa el tejido social, conmocionando los roles sociales, familiares y generando una disfuncionalidad cuyas consecuencias son altamente patógenas en todos los casos ²⁵.

Hasta el momento la problemática esta centrada especialmente en las mujeres, sin profundizar —a nuestro criterio— sobre la VIF y el maltrato infantil, toda vez que la difusión de la Convención de Belem do Pará y la CEDAW ²⁶ —entre otras— ponen especialmente el acento en la cuestión de género ²⁷.

Se ha reflexionado sobre esta problemática, tanto desde una perspectiva social, jurídica, comunicacional y psicológica, concluimos en que entre otras, existe una invisibilidad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

²⁵ El análisis psico-social que se acompaña estuvo a cargo de la Lic. en Psicología Valeria Duran y la Lic. en Psicología y Abogada Laura Valles junto a los becarios.

²⁶ Colazo Carmen. Conferencias de NN UU sobre la Mujer. Material provisto en la Diplomatura de "Desarrollo Humano y Derechos Humanos con perspectiva de Género", dictado por Inecip-UNC. Año

Prensa y Violencia. Discursos de VIF en La Voz del Interior

²⁷ De hecho fue una noción clave para la defensa del feminismo inicial, pero en la actualidad se ha convertido en el centro de una discusión "que de una u otra manera va construyendo una "genealogía política de las ontologías del género", es decir, una deconstrucción de su apariencia sustantiva, iluminando los procesos de naturalización que producen ese efecto. En cualquier caso hay coincidencia en admitir que el género no es un constructo fijo condenado a una eterna repetición, ni una propiedad "natural de los sujetos". Desde esta perspectiva los sujetos y con ellos la diversidad sexual surge de una "red compleja de discursos, prácticas e institucionalidades, históricamente situadas, que le otorgan sentido y valor a la definición de sí mismos y de su realidad".

Ninguna situación humana que se desarrolle en una trama social, puede ser analizada y abordada sin tener en cuenta las circunstancias históricas y sociales que involucran al sujeto, como ser histórico, teniendo en cuenta sus condiciones concretas de existencia.

En relación a lo institucional el enfoque psicoanalítico-social, brinda respuestas claras en lo que hace al quehacer cotidiano de las Instituciones, en relación a las problemáticas sociales, y dentro de las mismas, las problemáticas familiares.

Nuestra mirada está vinculada en esta investigación a las demandas sociales, en su contexto social, político, económico. Aquello que el materialismo dialéctico denomina "condiciones concretas de existencia". Estas "condiciones concretas de existencia" tienen que ver con la vida cotidiana, el acontecer social, familiar, escolar, etc., de todos los días. En esa dinámica de la vida cotidiana, el sujeto social, debe participar activamente, adaptándose a la realidad social para transformarla. En este sentido, hablamos de hombres concretos. En su condición de seres vivos y en consecuencia de sujetos de necesidades en intercambio permanente con el medio.

Para considerar el Sujeto en su función yoica, como fundante de su realidad, es decir, como "*Sujeto deseante*" en términos lacanianos, es importante saber que el sujeto es un sujeto de necesidades y en la satisfacción de las mismas es donde se determinará su "*construcción subjetiva*". Este punto de la construcción de subjetividades a partir de las respuestas Institucionales, es clave en todo abordaje Institucional.

Es necesario analizar cuales son los roles asignados al hombre y a la mujer en una sociedad determinada, en un contexto social e histórico determinado. Las formas concretas que reviste la vida de los hombres están directamente relacionadas con las modalidades en que la existencia material se produce y reproduce. Y en tal sentido, además de la situación de los roles de un hombre y de una mujer, el vínculo parental que se puede formar entre ambos, ya sea bajo la Institución Jurídica del matrimonio, o bien en una relación de hecho o convivencial, conformándose un vínculo de pareja, tanto homosexual como heterosexual.

En ese contexto, de índole sexual, a los hombres se les asigna la función de ser un instrumento, una herramienta a utilizar bajo la figura de la "mano de obra de un sistema productivo determinado", donde los medios de producción, hacen que los hombres sean un eslabón más de una cadena que solo acarrea beneficios económicos a unos pocos. Si los hombres están fuera de esa cadena de medios de producción, son colocados en una situación social y psicológica de descarte y ocupan un lugar de objeto social, que solo puede tener como consecuencia la patologización de ese lugar asignado.

Por consiguiente la mujer, tiene asignado el rol social de las tareas domésticas, que se desarrollan, la mayoría de las veces, en el contexto físico del hogar, donde convive con su pareja, esposo e hijos. Siendo su función, netamente pasiva en cuanto a su calidad de actora social, participante activa de los medios de producción económica. También ese lugar, muchas de las veces, de invisibilidad social, cultural y económica, se patologiza.

Sin duda, y realizando una observación de la realidad cultural, al hombre se le asigna una función de “*poder*”, y la mujer, en una función de esperar las decisiones masculinas.

Es aquí, desde donde argumentamos nuestra posición desde el psicoanálisis Lacaniano, cuando Lacan desarrolla, la sexuación y mas que hablarlos de hombre-mujer, nos habla de posiciones sexuales, de la sexuación de un sujeto; en tanto sujeto deseante de un objeto de deseo²⁸. En este sentido, la divergencia entre las respuestas de Freud y Lacan en cuanto a lo que preside la pertenencia a un sexo, puede ser expresada de manera condensada por la oposición entre dos términos: identificación y sexuación²⁹. La binaridad del sexo, según Lacan, depende de una necesidad muy diferente, necesidad lógica, dependiente de las obligaciones de la significancia y que, curiosamente, reduce la facticidad del sexo a la sola elección entre el todo y el no todo fálico.³⁰

Con esto, nos animamos a expresar que Lacan intenta transmitir, que la cuestión de género vinculada a la calidad hombre-mujer, masculinidad-femineidad, va mas allá de la genitalidad. Esto es la posición masculina y la posición femenina, en este sentido, entonces, ese rol activo que se le asigna a los hombres en una sociedad determinada, es asignado a la “posición masculina”, que también la puede sostener una mujer, y el rol pasivo de espera de decisiones en un grupo familiar determinado, se le asigna socialmente a la posición femenina, que la puede sostener un hombre.

Las posiciones sexuales, son las que tienen lugares y roles estancos desde los cuales se desenvuelve la dinámica social, y en ella la dinámica familiar.

²⁸ MAFFIA, DIANA. Contra las dicotomías: Feminismo y epistemología Crítica. Instituto Interdisciplinario de estudios de Género. Universidad de Buenos Aires. Material provisto en la “Diplomatura de Desarrollo Humano y Derechos Humanos con perspectiva de Género”, dictado por Inecip-UNC. Año 2006 “...El modelo de conocimientos un sujeto capaz de objetividad, es decir, capaz de separar sus propios intereses y adquirir, entonces, esta visión de los aspectos del mundo sin ponerse en juego el mismo en la visión de estos aspectos. Una separación entre el sujeto y el mundo donde el sujeto actúa como una especie de espejo, donde se reflejan las leyes del mundo y los objetos tal como son, y no tal como cada perspectiva los aprecia. ...”

²⁹ COLETTE, SOLER, “Lo que Lacan dijo de las Mujeres - Estudio de psicoanálisis - Editorial Paidós - Psicología Profunda.

³⁰ COLETTE, SOLER, “Lo que Lacan dijo de las Mujeres - Estudio de psicoanálisis - Editorial Paidós - psicología Profunda.

Quizá, si realizáramos una estadística, descriptiva y desde una mirada de observación participante, en el imaginario social, la mayoría de las posiciones masculinas son sostenidas por hombres, en lo que hace a la genitalidad, y las posiciones femeninas a las mujeres, sin embargo esto es meramente especulativo y nada puede ser absoluto. Pero, justamente, esto es en el plano del imaginario social, lo imaginario está vinculado a un mundo de identificaciones, que se sostienen desde la mirada; pero esta mirada está atravesada por lo simbólico, por el orden de la palabra.

Ahora bien, en este entramado conceptual y tratando de lograr un acercamiento reflexivo a la realidad social, mas allá de los roles asignados al hombre y a la mujer y la vinculación de estos roles con la VIF, se encuentran los niños.

Si bien, también, estadísticamente, y de manera solo exploratoria, podemos pensar en que en la mayoría de los casos de VIF, los autores de la violencia en su mayoría, son los hombres, no se puede dejar de observar el lugar de negación de la ley, de la autoridad por parte de la mujer, convirtiéndose los niños en las víctimas más vulnerables de esta problemática, que día a día, lamentablemente crece en nuestra sociedad.

6.1 Tentativas hacia el futuro

Bajo el manto de la obligación de protección y cuidado, se esconde un enorme poder omnipotente, que permite la inversión de lo que debería ser cuidado y protegido, en agresiones, a veces en dimensiones tales, que llegan a la muerte de la persona agredida.

Se ha escrito mucho sobre el tema y muchos autores expertos en esta problemática han puesto y remarcado la importancia de brindar marcos institucionales a su abordaje.

También de las lecturas, se desprende que la VIF está atravesada por conductas compulsivas y repetitivas de la historia infantil de los agresores. Lo cierto es que, en este entramado de roles y vínculos interactuantes, los niños y niñas son las personas mas indefensas.

La autoridad de los padres, es vivida por los niños como una situación de sometimiento bajo la posición del “respeto” y la “obediencia” a los mandatos y pautas de comportamiento, que hacen más difícil aún, la posibilidad de un corrimiento de este lugar, asignado y determinado.

Siendo así, el niño o niña, pocas posibilidades tienen de poder desplazarse de ese círculo de violencia familiar que protagonizan sus padres. La palabra del niño, no tiene espacio, no tiene voz, nadie lo escucha y encontrando un enorme vacío existencial la concreción del consabido y establecido “derecho del niño a ser oído”, consagrado en el art. 12 de la

Convención de los Derechos del Niño, que la República Argentina adquirió jerarquía constitucional a partir del año 1994.

Cuando un niño tiene la posibilidad de comprender, entender que está inserto en una situación de VIF' y mas grave aún, cuando un niño tiene la posibilidad de verbalizar lo que siente o está viviendo como víctima de violencia?

Tampoco se reconocen los problemas de VIF de los sujetos provenientes de la Diversidad Sexual.³¹

Es nuestra intención seguir profundizando la investigación de este flagelo, descubrir nichos "naturalizados" de VIF, intentar hacer visibles las cuestiones no dichas y las estigmatizates, para lograr una sociedad mejor.

7. Conclusiones

A manera de síntesis puntualizamos las siguientes conclusiones.

1. En Córdoba (Argentina) y en Yucatán (México) la VIF es considerada como un problema social grave, visiblemente creciente y reconocido socialmente lo que ha generado diversas intervenciones estatales.

2. La intervención del Estado en materia de VIF en el seno de la familia se justifica como aplicación del derecho humanitario, ante la violación de derechos humanos fundamentales de sus miembros.

3. La respuesta legislativa.

En Córdoba (Argentina) y en Yucatán (México) se aborda la problemática desde distintas perspectivas.

La legislación cordobesa considera el concepto de VIF y de familia en forma amplia y apunta a la intervención de los órganos competentes ante situaciones de crisis. Da respuesta a hechos coyunturales

En la legislación de Yucatán se tipifica la VIF como delito penal.

Ambos países cuentan con Leyes actualizadas y específicas de la violencia familiar; sin embargo el proceso de introyección, a nivel institucional, es decir, de quienes vigilan que se cumplan dichas leyes, así como en la sociedad en general, requiere de estrategias que les convengan de la funcionalidad de las mismas, dentro de su vida cotidiana.

Las reglamentaciones no son suficientes, sin una visión educativa de las mismas.

4. La prevención. Se observan falencias en el aspecto preventivo.

Deben centrarse las acciones públicas sobre Programas de Prevención y erradicación, que actúen sobre las causas de la VIF.

5. Los medios de prensa escritos y la visión de los hechos.

³¹ Esto es: Lesbianas, Gays, Travestis y Bisexuales.

Los medios de comunicación consolidan lo que la sociedad tiene legitimado (la mujer como víctima; el hombre como victimario; la jerarquía de la violencia, el incesto se presenta como “lo peor”, etc).

Fagocitan los mitos de la violencia y justifican los microdespotismos sociales.

7. Desde la perspectiva psicológica se observa que se presta mayor atención a la VIF de género lo que invisibiliza la violencia a los hombres, a los niños, a los diversos sexuales, etc.

8. Institucionalmente se requiere que los equipos técnicos deban exhibir un perfil más elaborado en VIF; y que se respete la continuidad de proyectos de prevención de VIF.

9. Las Políticas Públicas preventivas son insuficientes y no adecuadas

La VIF como problemática social debe ser abordada a través de medidas de acciones positivas que tiendan a una cultura de la “no violencia” apuntando a una mayor atención a sectores vulnerables (niños, mayores adultos, mujeres, discapacitados, etc.).

Bibliografía general

BOURDIEU, PIERRE “Sociología y cultura” - Ed. Grijalbo - México - 1990. “Espacio social y Poder Simbólico” - Ed. Gedisa de 1988

— La dominación masculina. En: Revista de estudios de género. La ventana N° 3. Universidad de Guadalajara. (1997).

BURIN, M. Y MELER, I., Género y familia; Poder, amor y sexualidad en la construcción de la subjetividad. Argentina: Piados. (1999).

DUTTON, D. y GOLANT, S. El golpeador, un perfil psicológico. México; Piados. (1997).

CARDOSO, MÓNICA, Tratamiento de la violencia familiar en el derecho positivo uruguayo luego de la aprobación de la Ley de Violencia Doméstica - RDF 2003-24-45

CADOCHÉ, SARA N.; Violencia hacia los ancianos . RDF 2003-24-31

CHAMPAGNE, PATRICK, “La visión mediática”, en Bourdieu, Pierre, *La Miseria del Mundo* Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 2000.

Diario Oficial de la Federación (1° de febrero de 2007)- Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia: Ley publicada en el 13.Ley General De Acceso De las mujeres a una vida libre de violencia. (2007). México:

DI LELLA, PEDRO, *La ley contra la Violencia Familiar de la Provincia de Buenos Aires*. JA. 2001 – II – 1258.

EGUILUZ ROMO, L. (2001). Métodos cualitativos para el estudio de la complejidad humana. Enseñanza e Investigación en Psicología. 6 (1), 100-114.

- GROSMAN, CECILIA P.; Responsabilidad civil y violencia en la familia - RDF 2002-20-123
- KENT, JORGE; *Violencia de género* LA LEY 2008-C, 1197.
- FOUCAULT, MICHEL, "La verdad y las formas jurídicas". Ed. Gedisa - Segunda Edición corregida- Barcelona - 2003.
- OSSOLA, ALEJANDRO, "*Violencia Familiar. Ley 9283*"; Advocatus; Córdoba; 2006
- FOUCAULT, MICHEL, *El orden del discurso*, Tusquets Editores, Buenos Aires, 1992.
- LIMA MALVIDO, M., Modelo de atención a víctimas en México. México: Porrúa. (2004). Modelos de atención interdisciplinarios en Seminario Introducción a las víctimas de secuestro. México: INACIPE. (2002).
- LLOVERAS NORA y ORLANDI OLGA, La Ley de violencia familiar de Córdoba, Lexis Nexis N° 3, Córdoba, 2006.
- OSSOLA, ALEJANDRO, *Violencia Familiar, Ley N° 9283*, Córdoba, Advocatus, 2006.
- MARCHIORI, HILDA "La Víctima del delito". Ed. Lerner - Córdoba, 1990.
- Manual operativo (2004) 1era. Ed. México: Centro Nacional de Equidad de Género y Salud Reproductiva/Secretaría de Salud.
- MARTÍNEZ, G. y MONTESINOS, R. Poder y género. Revista de ciencias sociales; nueva antropología, G.V. Editores. N° 49 (1996).
- MEDINA Graciela; *Visión Jurisprudencial de la Violencia Familiar*. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe, Octubre de 2002.
- NEUMAN, E., Victimología; el rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales. Argentina: Editorial Universidades. (2001).
- Norma Oficial Mexicana NOM-190-SSA-1999, para la Prestación de Servicios de Salud, Criterios para la atención médica de la violencia familiar, define en el numeral 4.17
- PALACIO DE CAEIRO, SILVIA B, A meses de la puesta en vigencia de la ley de violencia familiar n. 9283, LNC 2006-6-549, Córdoba, 2006.
- PEARSON, J.C., Comunicación y género. España: Paidós. (1993).
- PICHÓN RIVIÈRE, ENRIQUE y PAMPLIEGA DE QUIROGA, ANA - "Psicoanálisis de la vida cotidiana" - Ediciones Nueva Visión - Buenos Aires.
- RODRÍGUEZ, MANZANERA, L., Victimología. México: Porrúa(1998).
- RODRÍGUEZ, L., Victimología (9na ed.) México: Porrúa. (2005).
- TEUBAL, R., *Violencia Familiar, trabajo social e instituciones*. Argentina: Paidós (2001).
- VAN DIJK, TV. *Text and Context: Explorations in the Semantics and Pragmatics of Discourse*. Londres: Longman, 1992

VELÁSQUEZ, SUSANA (2003). *Violencias cotidianas, violencia de género*. Argentina: Paidós.

VIOLENCE PREVENTION, ALIANCE: *Building Global Commitment for Violence Prevention*. La Organización Mundial de la Salud 2005.

VILLAVERDE, MARÍA S.; *La violencia doméstica es una violación de los derechos humanos - LNBA 2006-5-491*

VERÓN, ELISEO, *La Semiosis Social*, Gedisa, Barcelona, 1987.

ZAS ROS; BÁRBARA. La prevención en salud. algunos referentes conceptuales <http://www.psicologiaonline.com/colaboradores/barbara/prevencion/index.shtml>. recuperado el 5 de abril de 2008

ZAS ROS; Bárbara. La prevención en salud. algunos referentes conceptuales <http://www.psicologiaonline.com/colaboradores/barbara/prevencion/index.shtml>. recuperado el 5 de abril de 2008

<http://www.google.com.mx/search?hl=es&q=violence+prevention+alliance+building+global+commitment+for+violence+prevention&btnG=Buscar+con+Google&meta=> recuperado el 6 de febrero de 2008



¿ES LÍCITA LA CESIÓN DEL DERECHO DE VOTO EN EL CONCURSO PREVENTIVO?

Efraín Hugo Richard¹

Resumen: En el análisis de la praxis concursal se advierte que la aprobación de propuestas predatorias de quitas y esperas esta unida al voto (adhesión) de ciertos terceros que sustituyen a acreedores originales y verificados, renunciando a privilegios y actuando en forma contraria a la posición jurídica de acreedor. La tesis es que el acuerdo concursal configura un negocio de mayorías con limitación de legitimados para votar.

Palabras Claves: acuerdo concursal - cesión de crédito - cesión de voto - jus votandi.

I - Introducción

Desde hace más de una década dedicamos parte de nuestras investigaciones a fustigar prácticas concursales predatorias, particularmente en caso de crisis de sociedades donde administradores y socios intentan traspasar el problema a los acreedores, sin asumir las obligaciones que les corresponden conforme la legislación societaria.

Tratamos de mirar la cuestión desde las relaciones de organización, que integra el derecho concursal, sin abandonar principios generales del derecho y el sistema de valores².

¹ Profesor Emérito por Universidad Nacional de Córdoba y Director de su Departamento de Derecho Comercial; Abogado y Doctor en Cs. Jurídicas y Sociales por Universidad Nacional del Litoral; Doctor Honoris Causa por Universidades Nacional de Tucumán, Católica de Salta y del Norte Santo Tomás de Aquino de Tucumán; Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba y Director de su Instituto de la Empresa; Vicepresidente Académico de Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, en México. Publicista; ehRichard@arnet.com.ar; www.acaderc.org.ar. Su penúltimo libro *Insolencia societaria*, Ed. Lexis Nexis, B.As.2007

² RICHARD, EFRAÍN HUGO "Axiología del derecho Concursal" (Comunicación al II Congreso Colombiano de Derecho Concursal, organizado por el Capítulo Colombiano del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (Valle de Leyva, Colombia, Agosto de 2008). RICHARD, EFRAÍN HUGO "El Plan de Empresa (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)" en libro colectivo *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia* Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat - Marcelo Barreiro - Carlos Roberto Antoni Piossek - Ramón Vicente Nicastro.

1. El interés en referirse a la “cesión de créditos y derechos en el concurso preventivo” esta unido fundamentalmente al “jus votandi” con el que se alcanzan las mayorías para imponer acuerdos predatorios.

De la indagación resulta que es una práctica inveterada que las propuestas de acuerdos predatorias sean aprobadas por mayorías constituidas no sólo por los acreedores convocados y verificados, o por estos últimos, sino por otros advenidos al concurso a través de la cesión de créditos, particularmente créditos con garantía hipotecaria a la que se renuncia, al igual que respecto de la cesión de otros créditos con derecho real de garantía o privilegios, para lograr exactamente las mayorías requeridas.

Ello implica referirse a dos temas: uno quiénes están legitimados a expresar su voluntad en torno a la propuesta de acuerdo formalizada por la concursada, y otro si esos acreedores legitimados no registran una prohibición de votar, que puede derivar de la ley o de una resolución judicial de exclusión de voto.

Para hablar de legitimación debe formalizarse una referencia a la existencia de un vínculo entre quiénes pueden expresar su voluntad en el referido sentido, y así poder determinar si existe o no una mayoría que genera una vinculación no sólo para esos acreedores sino para todos los acreedores de la concursada comprendidos en el acuerdo. A ese vínculo lo podemos llamar “colegio”, instituto que no supone la existencia de una persona jurídica, como alguna doctrina ha entendido, pues el colegio aparece vinculado a las “relaciones de organización”, en los supuestos que ciertas personas pueden adoptar mayoritariamente resoluciones que vinculan a todos. Así por ejemplo la resolución mayoritaria en los contratos de colaboración no personificados, que adoptadas por mayoría vinculan a todos los partícipes en los casos que la ley o el contrato lo autoriza. Los sindicatos accionarios son otro ejemplo.

2. Consideraciones preliminares:

Si bien es posible la cesión de créditos contra una sociedad concursada, el tercero no puede expresar adhesión (votar según el Diccionario de la Real Academia).

2.1. A los argumentos dados originariamente por Cámara –no tratados por la doctrina ni la jurisprudencia– se han agregado desde que sostuviéramos nuestra original posición en marzo de 2006³ donde afirmábamos que sólo los convocados y verificados podían expedirse sobre el acuerdo, voces en esa misma posición o –también restrictivamente– en

³ RICHARD, EFRAÍN HUGO “Legitimación para votar el acuerdo concursal ¿Negocio colegial colectivo?” Publicado en La Ley, diario del 13 de marzo de 2006, Rep. Argentina.

que sólo podían hacerlo los verificados, aunque no hubieran sido originariamente convocados-.

2.2. A estas posiciones hemos agregado un argumento cual es que la validez de un contrato es total entre las partes, pero en forma alguna puede perjudicar a terceros (arg. Art. 1195 C.C. in fine.), norma universal, que sin duda impide que ese cesionario pueda imponer quitas y esperas a otros acreedores -terceros-. Obviamente ese crédito no debe computarse.

2.3. El poner en claro que tales cesiones no autorizan a ejercitar el derecho de voto se prevendrá la judicialización de la insolvencia, pues se optará por planificar estrategias societarias y no un plan de insolvencia para traspasar el problema a los acreedores en trámite concursal con altos costos de transacción.

Lo antedicho se refiere a la legitimación para votar (adherir) a la propuesta. Esos legitimados pueden afrontar prohibiciones normativas o exclusiones por resolución judicial.

Nuestra posición intenta generar una regla para los acuerdos, en el sistema del derecho privado y del derecho concursal⁴.

3. Distinguiendo entonces entre legitimación y prohibiciones o exclusiones, con mucha timidez la jurisprudencia ha acercado algunos elementos como extensión de la prohibición del art. 45 LCQ.

3.1. Debe excluirse del voto a la sociedad acreedora que adquirió a la controlante indirecta de la concursada, el crédito verificado en el concurso un mes antes de la presentación del deudor en convocatoria, pues si bien el art. 45 LCQ sólo se refiere al caso de control directo, el art. 33 LSC permite extender la prohibición al caso de control indirecto (CNCom. Sala B 13.7.2006, Inversora Electrónica Buenos Aires S.A. JA 2007-I-72.).

3.2. Debe impedirse el voto de la sociedad cuyo paquete accionario es casi totalmente de propiedad del deudor concursado pues no es lógicamente posible pensar que éste vote contra sus propios intereses, lo que hace que su voto carezca de la independencia o autonomía necesaria para asegurar la transparencia del acuerdo. (CNCom. Sala B 13.7.2006, Inversora Electrónica Buenos Aires S.A. JA 2007-I-72.).

4. Citamos aquí palabras de Daniel Truffat en una investigación inédita y que vienen a cuento: "La labor doctrinal y jurisprudencial, por un

⁴ RICHARD, EFRAÍN HUGO "¿Santifiquemos la cesión de créditos en los concursos preventivos? (Dotorcito... y eso pa q' é? Es un contrato maravilloso don Zoilo y no puede restringirse la libertad de usarlo... Ahh...entonces ... dotorcito hay que defenderlo como a la Patria... (versión limitada de un cuento del Negro Alvarez)" en *Jurisconcursal* año II, n° 5, p. 85, San Miguel de Tucuman.

fenómeno endogámico que muchas veces afecta a todo cenáculo o grupo más o menos cerrado, puede –en muchas ocasiones– no sólo desatender la meta de la justicia substancial (llevando a la futura desobediencia de la ley) sino, lo que es mucho peor, a construir sistemas fuertemente ritualistas. Sistemas en los que se pierde el norte a perseguir –la consecución de la justicia– y donde todo, al modo de elaborados ritos de cultos esotéricos, gira en derredor de las formas... lo ciertos que la “gran literatura” concursal se ha detenido más en cuestiones procesales, incluso: procedimentales, que en el análisis sustantivo de dispositivos trascendentes para el tratamiento del tópico concursal... La cómoda solución de hacer tabla rasa con principios de derecho civil o mercantil invocando “el espíritu” de la normativa falencial, o sus “principios” o escudándose en el orden público concursal, no puede tolerarse sin un severo análisis de cuando y cómo, en verdad, se produce una tensión entre las soluciones habituales y la normativa específica para un cesante. **En el plano de la formulación de una propuesta de acuerdo y en la recolección de conformidades, tales temas son habitualmente solventados “de un plumazo”, muchas veces pretendiéndose un alcance de la normativa concursal que esta no tiene, ni puede llegar a tener”**

En el derecho comercial hay que conocer la realidad, ello es fundamental. Esa realidad muestra la práctica que en todos los concursos donde hay quitas y esperas confiscatorias, hay terceros no convocados aceptando la propuesta, pues sería buena inversión desviar fondos para generar créditos quirografarios que puedan adherir a la propuesta e imponerla por mayoría. La práctica comienza con un “tercero” que se constituye en cesionario de todos los créditos con garantías reales –total hay que pagarlas en el concurso preventivo si se aprueba el acuerdo—, y dádiosamente no sólo renuncia a las garantías reales sino que acepta cobrar con quitas y esperas ajenas al mercado –obviamente sin intereses–. Si ello no alcanza se sigue con los laborales y con algún quirografario hasta alcanzar el límite legal⁵. No existe un mercado de créditos de insolventes para pagar más de lo que pudiera obtenerse en la liquidación. Y menos puede pensarse en un mercado de créditos con derecho real de garantía hipotecaria para pagar su valor real e inmediatamente renunciar al derecho real o privilegio y aceptar quitas y esperas predatorias.

⁵ Extraemos de la aplicación ametódica del Código Civil un caso paradigmático resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, el 23 de agosto de 2001 en los autos “Kossevich, Julio”, revocando el fallo de primera instancia que no hizo lugar a la subrogación parcial respecto a un crédito de la Banca Nazionale del Lavoro. La Cámara siguió el criterio del entonces fiscal de Cámara Raúl A. Calle Guevara. En el caso un tercero depositó una cifra ínfima del crédito del Banco con la que se alcanzó, al votar favorablemente, las mayorías necesarias para aprobar un acuerdo predatorio.

Granados⁶ nos impuso la duda “*Tampoco veo la mejoría del pequeño o mediado proveedor que ayudó a mantener la empresa y hoy es un quirografario que, o acepta la propuesta para seguir vendiendo o tiene que sufrir las mayorías obtenidas, vaya uno a saber como*”. Todos lo saben, es público y notorio. Tuvimos acceso a un expediente de cobro de honorarios del Estudio del comprador del paquete accionario de una sociedad en concurso, que manejó el mismo desde la presentación, con las tratativas de compra, cesión y subrogación de créditos, adquiridos por “terceros” con fondos de la concursada o de los compradores de las participaciones societarias, para obtener la mayoría. Ello aparece como el obrar de un tercero, al que no se le pedirá que cumpla con las leyes argentinas en cuanto a pagos mayores de \$ 1.000, o justificar el origen de los fondos. Este pensamiento se integra con la referencia del pensamiento de Truffat que hemos hecho con anterioridad.

Vaiser expresa⁷ “*Entiendo asimismo que la búsqueda efectuada por el juzgador surge explícita del decisorio y destaco para terminar, que no sólo se reivindica la facultad del juez para indagar y merituar sobre la existencia de abuso en el ejercicio de los derechos, sino también en la existencia de fraude, en cuanto a la transparencia y verosimilitud de las mayorías obtenidas*”.

Rara vez se ingresa⁸ en el análisis sobre la legitimación de los terceros no convocados que construyen la mayoría estricta de capital para imponer la propuesta írrita⁹, y en eso estamos.

⁶ GRANADOS, ERNESTO “Apuntes para reflexionar sobre el Derecho Concursal” en libro colectivo *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización - Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*, directores Atilio A. Alterini y Noemí L. Nicolau, Editorial La Ley, Buenos Aires 2005, pág. 355, específicamente pág. 366.

⁷ En “Un juez en pugna” en *El Derecho*: 13.12.2005..

⁸ En esa dirección se había expedido la CNCom. Sala A, por mayoría, en el caso “Arcángel Maggio” del 30.4.2004, referido, donde el Tribunal halló el acuerdo incongruente con los principios del orden público que comentaremos más adelante.

⁹ Sobre ello entresacamos del relato contenido en el fallo de la CSJN del 15 de marzo de 2007 rechazando el recurso interpuesto por la concursada en Arcángel Maggio S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de impugnación al acuerdo preventivo: “3) extemporaneidad por parte de cesionarios de créditos privilegiados a la preferencia de los créditos cedidos con el objeto de formar la mayoría necesaria para aprobar el acuerdo dirigido a los acreedores quirografarios, 4) existencia de acuerdos paralelos negociados por afuera del expediente a través de testaferros, que respondían a los intereses de la concursada, violatorios de la *pars conditio creditorum*” (sin duda falta en el punto 3 la referencia a la “renuncia” a la preferencia, subrayando que “... En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley...” (art. 52 inc. 4º de la ley concursal)... “remitió el tribunal a quo a las conclusiones brindadas por la fiscal ante la cámara con relación a la cesión de diversos créditos privilegiados y a la inmediata conducta de los cesionarios en cuanto a la renuncia de las preferencias respectivas para poder votar la propuesta dirigida a los quirografarios, actos que estimó demostrativo de la existencia de liberalidades que sólo tuvieron por objeto afectar los derechos de los acreedores comunes a fin de que quedarán sometidos a una propuesta irrisoria” (ajena

Impulsó nuestra curiosidad –como anticipamos– los acuerdos írritos que se homologan, confiscatorios para los acreedores que no podían votar, y al revisar las causas advertir las extrañas costumbres de ciertos terceros que “perdían plata” y nos preguntamos: ¿pueden votar los cesionarios de créditos, conforme a negocios producidos con posterioridad a la verificación?

Para ello no hay ni que presumir dolo, ni ampliar restricciones, sino en mirar el sistema jurídico. Nuestra respuesta es: no se los excluye por presunción de dolo sino por falta de legitimación, o si se quiere por inoponibilidad a terceros de los efectos de los contratos para perjudicarlos. Nunca se nos ha ocurrido pensar en el dolo o en el fraude en torno al tema, sólo la estructuración del sistema. Por eso no ingresamos en el tema penal, que desde el año 2006 ha sido profusamente debatido.

Se ha sostenido que el accionista que pudiendo hacerlo, legítimamente decida no recapitalizar la empresa insolvente debe pasar la propiedad de la misma a los acreedores¹⁰. Cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo, los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad.

Se plantea como un objetivo de una legislación concursal, la transferencia de control de la empresa en crisis, de los accionistas que carecen ya de incentivo y de los administradores que responden a ellos, a los acreedores que ven comprometido su capital de riesgo¹¹. Para ello deberían organizarse en categorías, con intereses uniformes, para intervenir en la vida de la sociedad.

La realidad es bien distinta en nuestro país, los accionistas desinteresados de invertir, apoyados por los administradores por ellos designados,

al mercado agregamos)... la propuesta “se mostraba como abusiva y contraria a la moral y las buenas costumbres a la luz de lo establecido por los arts. 21, 502, 1071, 953 y 1198 del Código Civil...” Afirma la Corte que “El reproche del a quo a la propuesta de acuerdo se asienta, pues, en la exigencia –que hace a la transparencia del proceso concursal y a la captación de buena fe del voto de los acreedores...” ...”definir la medida del sacrificio de los acreedores... relacionado con la admisibilidad de una propuesta de acuerdo preventivo, el juez debe apreciar objetivamente si el deudor, en el ejercicio de su derecho, ha contrariado la finalidad económico-social del mismo que, en la especie, no está solamente dada por la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo, sino que también está definida por el logro de una finalidad satisfactiva del derecho de los acreedores, la cual naturalmente resulta negada cuando la pérdida que se les impone a ellos resulta claramente excesiva...”

¹⁰ STANGHELLINI, LORENZO *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi* en “Rivista delle Società” settembre-ottobre 2004 pág.1041, específicamente pág. 1072.

¹¹ Esta es la idea que desenvuelve en proyección de reforma de la legislación falencial STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi* citado pág. 1041 y ss. específicamente 1055. Esta idea se acerca a la que venimos desarrollando en torno a un derecho concursal societario, pero aplicando la legislación argentina vigente como veremos.

actúan de otra manera: imponer a los acreedores quirografarios asumir la pérdida, enriqueciéndolos.

Los acreedores de una sociedad en crisis deberían tener el mismo tratamiento, derechos y tutelas que los accionistas de una sociedad solvente. Pero los acreedores de una empresa en crisis se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho¹², que no tuvieron en cuenta cuanto contrataron sin la información de esa situación o antes que se produjera esa situación.

II - Contrato y acuerdo

Caracteriza el contrato el principio consensualista del cual se generó un concepto general que se asienta sobre la existencia del acuerdo o consentimiento¹³. La autonomía de la voluntad es la regla y la coincidencia de las voluntades para dar exigibilidad al contrato, y es su base.

Por eso una primera clasificación entre los negocios jurídicos lleva a distinguir de los contratos al acuerdo que conceptualmente, como categoría de negocio jurídico, se aparta de su concepción lingüística de coincidencia en la declaración de voluntades. En principio cabe apuntar que la terminología “acuerdo” es sinónima de consentimiento en el Derecho Argentino (art. 1137 C.C.), pero doctrinariamente puede distinguirse que: **a)** el acuerdo designa el encuentro de voluntades, sin referirse al modo en que éste se produce: acto colectivo, complejo, colegial o contractual, **b)** el acuerdo es creador de normas jurídicas generales, que **obligan a todos los que en el futuro estén encuadrados en sus previsiones**, y **c)** distingue del contrato que crea una norma jurídica individual¹⁴.

Cuando apuntamos a “relaciones de organización” lo hacemos en forma más amplia a “contrato de organización” o a un contrato constitutivo de sociedad, contrato plurilateral de organización asociativa, pues ello incluye no sólo la constitución, sino también la organización y funcionalidad de diversas figuras legales no necesariamente personificadas, y aquel concepto no excluye al “acuerdo colegial”, dentro del que incluimos al “acuerdo concursal” –con las modalidades absolutamente diferentes de una asamblea*-que, obviamente, no es un “contrato biplurilateral”.

¹² STANGUELLINI ob. cit. pág. 1079

¹³ LORENZETTI, RICARDO LUIS *Tratado de los Contratos. Parte General*. Editorial Rubizal Culzoni, Santa Fe 2004, págs. 41/42; RICHARD, EFRAÍN HUGO “Ensayo en torno a CONTRATO Y ACUERDO (aspectos societarios y concursales)” en libro colectivo *Derecho de los contratos (Técnica de la contratación actual. Libro en homenaje a la escritora Beatriz A. Maury*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2008, Coordinador Fernando Pérez Hualde, págs. 31 a 74 (concebido a mediados de 2006).

¹⁴ LORENZETTI ob. cit. pág. 177 a 178 a quién hemos casi transcripto.

III -Decisión adoptable por mayoría

Al reflexionar en torno a una sistematización de las relaciones de organización¹⁵ no pudimos soslayar una visión liminar del acto colegial colectivo, como forma de expresarse los vinculados a una decisión adoptable por mayoría y que fuera imputable no ya a uno de los manifestantes de su voluntad, sino al grupo, y donde las manifestaciones quedan individualizadas.

Lo abordamos al referirnos a la asamblea de las sociedades anónimas¹⁶, que es donde mejor aparecía normado ese acto o acuerdo colegial colectivo. Pensamos también que la cuestión debía ser normada en la unificación de la legislación civil y comercial, pero al ser bien difícil algún acuerdo en torno a la personalidad y a la regulación de los contratos asociativos, más lo era intentar pensar grupalmente en torno al acto o negocio colegial colectivo, pero ya alejándolo de cualquier vinculación a una asamblea e incluso a una persona jurídica o sociedad...

Nos volvimos a interesar primero en la naturaleza de la asamblea unánime¹⁷ y luego en la cuestión al referirnos a la mayoría necesaria para otorgar el asentimiento para la promoción de acciones de recomposición patrimonial o de responsabilidad en la quiebra¹⁸. Y, últimamente, ante la espuria realidad de la votación de acuerdos predatorios¹⁹.

Con este último objetivo intentamos una teorización sobre la cuestión, afrontándolo desde los principios, pues si bien no hay duda que se trata la aceptación de la propuesta de un “negocio de mayorías” cabe inmediatamente determinar a que “mayorías” nos estamos refiriendo..

¹⁵ En *Sociedades y contratos asociativos*, Zavalía Editorial, Buenos Aires 1987.

¹⁶ RICHARD, EFRAÍN HUGO Y MUIÑO, ORLANDO MANUEL *Derecho Societario*, Editorial Astrea 2ª reimpresión Buenos Aires 1999, pág. 26 y ss..

¹⁷ “En torno a la asamblea unánime comunicación” al VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, publicación dirigida por Eduardo M. Favier Dubois h. y Ricardo A. Nissen, editorial Ad Hoc Buenos Aires octubre 1995, tomo I pág. 143

¹⁸ 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, “La autorización de los acreedores para promover acciones revocatorias o de responsabilidad” con VÉLEZ, HÉCTOR GUILLERMO. Tomo II pág. 415.

¹⁹ En el libro donde se genera un *Documento para consulta pública: la flexibilización del Derecho de Sociedades para el fomento de pequeñas y medianas iniciativas empresariales* generado por los equipos de trabajo de la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino de Tucumán, y la Universidad Carlos III de Madrid, Editorial UNSTA septiembre 2008 se señala en el capítulo III.B. i) “Métodos para la prevención de crisis económico-financieras, refiriéndose a acuerdos homologados se expresa “prevé el pago de las deudas a quince años (por tanto, con un aplazamiento excesivo y claramente incompatible con las posibilidades de recuperación y restablecimiento de la situación de crisis en un período razonable” —pág. 109—, sin referirse a las quitas que constituyen un factor predatorio aún más grave.

IV - Acuerdo. Negocio colegial colectivo

El negocio plurilateral debe distinguirse de las formas afines de negocios jurídicos comúnmente denominados “actos”, y se caracterizan por el modo en que están dispuestas las declaraciones de voluntad. El negocio colectivo se evidencia en la declaración de voluntad de dos o más sujetos del mismo contenido dispuestas paralelamente que se unen entre sí permaneciendo distintas, y “tienden a un fin común y a un común efecto jurídico”²⁰.

El acuerdo doctrinariamente se aparta del contrato al legitimar las decisiones de mayoría por imperio de norma jurídica o contractual, siendo susceptible de formación sucesiva y progresiva, expresándose como acto unilateral. Claro que allí el acuerdo colectivo alcanza su reconocimiento por ciertas formalidades que se cumplen (colegialidad). - El colegio es un término de raíces históricas, que acarrea una cierta confusión... la generalización permite aplicarla a otros supuestos como el consorcio de propietarios, los contratos de colaboración, sean o no persona jurídica, y a los acuerdos concursales.

En el punto lo que es fundamental es la aplicación del “principio mayoritario”. Acuerdo colegial se confunde con una decisión mayoritaria. Generalizando la cuestión seguimos a Galgano²¹ cuando apunta que se *“habla de acuerdos en materia de ... también la Ley de quiebras habla de voto y de acuerdo en tema de convenios... de convenio preventivo...”* Finalmente refiere que *“Otras variedades del método rigen para los acuerdos de los acreedores concursales acerca de las propuestas de convenio de quiebra, de convenio preventivo”, en alguno de los cuales “está ausente cualquier resquicio del método colegial”*... Queda así como resumen -y al margen de la “colegialidad” o no del marco- que la voluntad mayoritaria sólo puede ser impuesta a los disidentes y ausentes cuando la ley ... determinando algunos requisitos básicos en cuanto a legitimación para ejercer el derecho de mayoría y los límites de temporalidad o localización para ejercer ese derecho, sin perjuicio de aplicar otros principios como el de interés contrario para excluir el voto de la formación del acuerdo, el ejercicio abusivo del derecho, el fraude a la ley, etc.. - “El marco normativo, la temporalidad para las declaraciones de voluntad, la legitimación exclusiva y excluyente, la identidad del acuerdo, el interés común, son lo que caracteriza la existencia del acuerdo por mayoría, y le otorga la calidad de “colegial” aunque se

²⁰ MESSINEO, FRANCESCO *Manual de Derecho Civil y Comercial*, EJEA Buenos Aires 1971, traducción de Santiago Sentis Melendo, tomo II pág. 346/7.

²¹ GALGANO, FRANCESCO *El negocio jurídico*, edición Tirant lo Blanch, Valencia 1992, traducción de Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albertosa, pág. 237 y ss.: “El voto y el acuerdo”.

encuentre esfumada la noción física de “colegio” como reunión.”²². Si bien en la gestación del acuerdo concursal, en la ley argentina actual se genera un debilitamiento del acto colegial al haberse eliminado la Junta, no quita a ello la constatación de un acuerdo de tipo colegial, por el vínculo que genera, y de carácter colectivo al mantenerse individualizado cada voto²³. La colegialidad esta vinculada a la concursalidad, a ciertas personas que se vinculan al patrimonio del deudor común, y que deben hacer un trámite para legitimarse.

Y en el concurso el art. 1195 C.C. es parte del sistema.

La idea sobre que se trata de un contrato no nos entusiasma, particularmente si se refiere a cada opción (voto) afirmativo que se suma a las adhesiones. Ello porque cada adhesión (si es contractual) implicaría una deliberación y convenciones que afectarían la igualdad. Igualdad que, en el concurso, se manifiesta a través de la propuesta (aunque tenga alternativas a las que pueden adherir, sin perjuicio de la residual para todos los que son arrastrados por la supuesta libre mayoría). Y la deliberación esta prevista para la formulación de la propuesta²⁴.

Esa limitación de lo colegial a aspectos formales genera la disidencia, que aparece así más que nada terminológica. Lo que no hay duda es que estamos hablando de acuerdos logrados por mayorías predeterminadas de personas legitimadas a expresar su opción por la conformidad o disconformidad con la propuesta. La expresión voto la mantiene Colombia en su reciente ley²⁵, pese a que se trata de aceptación de la propuesta al igual que la ley argentina, que también la usa en el art. 45 bis LCQ. Conforme la Real Academia es “expresión pública de una preferencia ante una opción”. O sea que voto y manifestación de aceptación de la propuesta son expresiones correctas que expresan la misma idea.

²² La existencia de categorías de acreedores no excluye la idea de “colegio” con la amplitud que la hemos presentado, al igual que las “asambleas societarias de clases de acciones”, que imponen que la mayoría se obtenga dentro de un plazo determinado y emanando la declaración de voluntad de ciertos y limitados acreedores, separados en diversas categorías -o colegios- para determinar la existencia de la aceptación vinculante.

²³ JUNYENT BAS, FRANCISCO “La figura del concordato. Caracteriología del acuerdo entre el deudor y los acreedores en el proceso concursal preventivo” en *El voto en las sociedades y los concursos* AA. Edición Legis del Instituto Argentino de Derecho Comercial, Buenos Aires 2007, en pág. 166 señala a la conformidad de los acreedores como “un régimen de mayoría, aspecto que no puede confundirse con una decisión asamblearia de carácter colegial, como la del órgano de gobierno de la sociedad comercial”, advirtiéndose que ya nos hemos alejado de ello y hemos remarcado que el carácter colegial no esta vinculado a la asamblea ni a una persona jurídica, sino a la referencia a los legitimados para tomar una decisión por mayoría.

²⁴ RICHARD, EFRAÍN HUGO “Integración de propuesta en concurso societario (sobre la empresa, lo concursal y lo societario)” en www.acader.unc.edu

²⁵ Ley 1116 del 27 de diciembre de 2006 que regirá desde mediados del 2007 en sus arts. 24 y ss. “derechos de voto”, pese a que no existe colegio en sentido estricto.

Junyent refiriéndose a la “sustitución subjetiva” de acreedores a través de cesiones de créditos o pagos, parece inclinarse por limitar la transferibilidad del voto, con cita doctrinaria y jurisprudencial²⁶, y al referir a la tesis que acerca a la existencia de una relación colegial apunta en orden a la misma a un “interés concursal” y también a un “interés contrario al concursal”. La verdad que en el artículo con el que iniciamos la polémica²⁷ no usamos ni adherimos al “interés concursal”, pero si bien el de “interés contrario” pero con referencia totalmente diferente, pues lo señalábamos para individualizar a los acreedores cuyo voto se quería excluir por interés contrario a la concursada, lo que considerábamos absurdo. Siempre hemos cuestionado las referencias a “interés” por su vinculación subjetiva a la volición de una persona. Creemos que es mejor hablar de objetivos concursales²⁸.

Aclarado esto pasa ser un punto de menor importancia el uso de expresiones como “colegio” o “voto”. El nudo es que el contrato tiene como base no afectar a terceros. El acuerdo, en cambio, se obtiene por mayorías dentro de las que están legitimadas a expresar su opción y donde se afectan derechos de los que no adhieren o de los que no pueden adherir por el estadio de su causa. Es Junyent –en el mismo sentido que lo habíamos hecho nosotros– que apunta que al margen de esa naturaleza jurídica, “la verdadera cuestión a resolver y que subyace en esta temática es la relativa a la “sustitución subjetiva de los acreedores”, es decir, dicho derechamente, quiénes son los que están legitimados para otorgar las respectivas conformidades a la propuesta del deudor”²⁹.

V – El acuerdo concursal

La cuestión es: ¿mayoría de que acreedores para aprobar una propuesta?.

Queda como resumen —y al margen de la “colegialidad” o no del marco— que la voluntad mayoritaria sólo puede ser impuesta a los disidentes y ausentes cuando la ley —o el contrato— lo autoriza, determinando

²⁶ JUNYENT BAS “La figura del concordato. Caracteriología del acuerdo entre el deudor y los acreedores en el proceso concursal preventivo” cit. pág. 131 y ss., especialmente pág. 161, y a pág. 165 “Así se advierte, la trascendencia que el proceso de verificación tempestivo tiene en orden a la legitimación de los acreedores concurrentes integrando la base de cómputo de las mayorías legales.” “Talenta, Horacio s/ quiebra - inc. de impugnación STJ de Entre Rios, 28.03.1998 citado en el trabajo conjunto Richard - Moro citado en RDCO, “Abran, José F. s/ Concurso Preventivo Cam. C.y C. de Azul, Sala 1, 7.07.2005.

²⁷ RICHARD, “Legitimación para votar el acuerdo concursal” *citado*.

²⁸ RICHARD, EFRAÍN HUGO “Axiología del Derecho Concursal” (Comunicación al II Congreso Colombiano de Derecho Concursal, organizado por el Capítulo Colombiano del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (Valle de Leyva, Colombia, Agosto de 2008).

²⁹ JUNYENT “En torno al concordato...” citado pág. 15.

algunos requisitos básicos en cuanto a legitimación para ejercer el derecho de mayoría y los límites de temporalidad o localización para ejercer ese derecho, sin perjuicio de aplicar otros principios como el de interés contrario para excluir el voto de la formación del acuerdo, el ejercicio abusivo del derecho, el fraude a la ley, etc.. Sobre el punto expresa Otaegui “la ley LCQ art. 36 faculta al juez para descartar el *jus cedendi* de un acreedor que a la postre puede resultar legítimo (LCQ 37 párr. 2do.) pero que no puede ejercer su *jus votandi*... Así entendida la opción por el LCQ art. 36 presenta la ventaja de impedir la promoción de incidentes (LCQ art. 280) sobre exclusión de voto, cesión de créditos y pago por subrogación que alteran el colegio creditorio y con las consiguientes apelaciones (LCQ art. 285) concedidas en ambos efectos demoran la formación de dicho colegio... La demora en la formación del colegio creditorio conlleva la consiguiente prolongación del trámite concursal... Sin crédito no hay comercio ni empresa comercial. **Ni hablar de las malas intenciones que so pretexto de conservar la empresa apuntan a burlar a los acreedores**³⁰.

Después de nuestro artículo³¹ la doctrina se ha pronunciado. Truffat invito a polemizar³². La discrepancia respetuosa –como las que mantenemos– es siempre constructiva. Así instalo la polémica sobre la cesión de créditos (efectivizada al sólo efecto de votar –adherir– favorablemente a una propuesta de acuerdo írrita en concurso, sosteniendo el derecho irrestricto de cesión y subrogación en el concurso, frente a las posiciones expuestas a partir de nuestro dicho artículo. Otros lo han hecho con respuestas restrictivas similares a la nuestra. Algunos compartiendo nuestra tesis, otros –más moderados como Daniel Vitolo³³, Walter Rubén Ton³⁴, Marisol Martínez y Francisco Junyent Bas³⁵ sosteniendo que sólo los

³⁰ OTAEGUI, JULIO “Voto concordatario desplazamiento, vía y oportunidad procesal” en *El voto en las sociedades y los concursos* AA. Edición Lexis Nexis del Instituto Argentino de Derecho Comercial, Buenos Aires 2007, pág. 187 y ss., especialmente págs. 203/4, con una más amplia explicitación a pág. 193 sobre la cesión de créditos y a pág. 195 sobre el pago con subrogación legal.

³¹ RICHARD, “Legitimación para votar el acuerdo concursal ¿Negocio colegial colectivo?” citado.

³² TRUFFAT, E. DANIEL “La cesión de créditos en los concursos preventivos” en *JURISCONCURSAL*, año II, n.5 p. 85, San Miguel de Tucumán. Donde se entretiene en descartar la existencia de colegio, de voto, particularmente porque vincula a aquél al acuerdo concursal y a la imputación a un ente. O en que no existe restricción para usar de la cesión del crédito y del derecho a adherir a la propuesta de acuerdo. Otaegui rescata la existencia del colegio concursal en el artículo que ya hemos citado.

³³ VITOLO, DANIEL R. “Transferencia de créditos en el concurso y sustitución concursal” La Ley diario del 27.11.2006, pág. 1 y ss..

³⁴ “Cesión para votar en concurso futuro”, en boletín del Estudio Jurídico Ton & Asoc. de Walter Rubén Jesús Ton.

³⁵ JUNYENT BAS, FRANCISCO A. “En torno al concordato (a propósito de la sustitución subjetiva de los acreedores y la eventual validez de las cesiones de créditos y/o pagos por subroga-

verificados y declarados admisibles pueden “votar”. En todos los supuestos se trata de un análisis de los legitimados a intervenir en la formación del acuerdo. Con otros argumentos, pero en línea con nuestra tesis Julio César Otaegui³⁶, Carlos Moro y Eduardo Favier Dubois (h)³⁷.

Fundamental es que Truffat reconoce que el límite es el perjuicio a terceros, propio de las relaciones de cambio. Tenemos para nosotros que se acentúa el criterio contractualista de su pensamiento, ley de los intervinientes, cuando los concursos tienen otras reglas –de organización– y afectan a terceros claramente. Y a ello le da respuesta el art. 1195 C.C.

La cesión o subrogación implican actos jurídicos que no pueden afectar a terceros. Cuando se practican en un concurso y luego votan sin duda lesionan intereses de terceros.

Pero justamente el perjuicio a terceros es lo que destierra el sistema del Código Civil, aún dentro de las relaciones de cambio. Así los arts. 1195 in fine “Los contratos no pueden perjudicar a terceros”, reforzado por el art. 1199 CC. “Los contratos no pueden oponerse a terceros, ni invocarse por ellos, sino en los casos de los arts. 1161 y 1162”, particularmente con la previsión impuesta por el art. 1198 C.C.³⁸. No es tercero el deudor en el caso de la cesión o subrogación, por el anoticiamiento que se le da, pero si son terceros los acreedores convocados a un concurso.

En los concursos no puede aceptarse que la convocada, especialmente cuando se trata de una sociedad, enriquezca a sus socios a través de la transferencia de la propiedad de los acreedores por medio de quitas y esperas ilegales, además obtenidas por un sistema ajeno al de la concursalidad, a través de cesión o subrogación de créditos y el consiguiente uso del mismo por un tercero sin interés ni causa similar al de los demás convocados (concurrentes y admitidos), en perjuicio de los acreedores que no pueden votar o los que votaron en contra.

Así si se escapa de nuestra visión sobre la legitimación, esas propuestas y procedimientos llevarán a calificarlos de abusivos para obtener la mayoría y el acuerdo mismo.

Otaegui discrepa con Vitolo que con criterio más amplio expresa “cuando el acreedor originario ya ha sido declarado verificado o admisible, su cesionario podrá ejercer el derecho de voto si el juez resuelve tal sustitución”. Otaegui así mantiene un criterio restrictivo y afirma la existencia del “colegio”, entendiendo que la aprobación de la propuesta lo debe ser por la

ción” en *SEMENARIO JURÍDICO*, Córdoba 3 de enero de 2008, año XXX n° 1641 pág. 8 y ss., específicamente p. 14.

³⁶ OTAEGUI “Voto concordatario...” cit. p. 189 y ss..

³⁷ FAVIER DUBOIS H., EDUARDO “Exclusión de voto en los concursos: un camino en permanente construcción” en *La tutela de los acreedores en los procesos concursales* pág. 157 y ss..

³⁸ Como refiere la Corte en el caso Arcángel Maggio S.A. en la resolución comentada.

colectividad de acreedores organizados para ello en un colegio creditorio que decide según el principio mayoritario sobre la base de la conformidad o voto de cada acreedor integrado a dicho colegio³⁹. En igual sentido Favier Dubois h.⁴⁰.

Refiriéndose al acuerdo concursal, pero dentro de la concepción genérica que ensayamos, Gils Carbó⁴¹ diferencia la disciplina contractual, donde “hay una exigencia de libertad e igualdad, de autodeterminación”, del sistema concursal para aprobar un acuerdo propuesto por la concursada. “La adopción de un sistema de mayorías para la toma de decisiones, importa el sometimiento de la minoría disidente o ausente a la voluntad de otros sujetos”, agregamos no sólo ausentes –y disidentes– sino de todos los otros acreedores aún no verificados o declarados admisibles. El pasivo real no se tiene en cuenta sino el verificado, plasmándose así una ventaja en beneficio de la concursada.

Ingresando en lo colegial sostiene dicha autora “la legitimidad de un sistema de mayorías para la toma de decisiones está condicionada a que aquellas se adopten de acuerdo a un procedimiento, regulado por la ley.... Éste debe proveer una estructura formal que garantice en alguna medida el ejercicio de los derechos de las minorías y la homogeneidad o comunidad de intereses de los votantes⁴². La sujeción de la minoría a la decisión de la mayoría se justifica por la posibilidad que se confiere a aquélla de participar en un procedimiento predeterminado, que –aunque difusos– es con lo que cuenta el acreedor minoritario disidente con la propuesta para ser oído⁴³. Así se garantiza el respeto a sus derechos y se compensa el sacrificio de la autonomía de la voluntad que está insito en la adopción del principio mayoritario⁴⁴. Describe así Gils Carbó el acuerdo o negocio colegial colectivo.

Por la tesis permisiva, se señalará que la cesión esta prevista en relación a los créditos que no pueden votar –art. 45 3ª párrafo LCQ—, pero ello debe tener una doble interpretación: en primer lugar se reitera la prohibición causal. El crédito esta contaminado en su origen. En segundo lugar debemos pensar que ello es aún cuando hayan sido verificados. La cesión y

³⁹ OTAEGUI “Voto concordatario...” cit. p. 189 y ss..

⁴⁰ FAVIER DUBOIS h. “Exclusión de voto...” ob. y pág. citadas.

⁴¹ GILS CARBÓ, ALEJANDRA *La exclusión del voto en el concurso preventivo* en libro colectivo “Conflictos en la Insolvencia”, dirigido por Ricardo A. Nissen y Daniel R. Vitolo, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2005, pág. 343 y ss..

⁴² GILS CARBÓ cita aquí a SACCHI, R.: *Il principio di maggioranza nel concordato*, Ed. Giuffrè, Milán, 1984, pág. 41 y FARGOSI, HORACIO “Algunas notas sobre los acuerdos preventivos extrajudiciales” en LL 2002-D-1074.

⁴³ IGLESÍAS, JOSÉ ANTONIO *Concursos y quiebras. Ley 24522* Editorial Depalma, Buenos Aires 1995, pág. 96.

⁴⁴ GILS CARBÓ continua con la cita a Sacchi, ob. cit. pág. 43.

subrogación de créditos sería posible antes de la presentación en concurso. Después es inadmisibles: como pueden pensarse que un tercero pueda ser cesionario o subrogatario de un crédito que sabe que está degradado por la falta de capacidad de pago del deudor? Pero si la cesión o subrogación se hubiera producido, ella deberá estar sometida a la verificación de créditos, determinando el origen causal del crédito –para poder votar originariamente– y también la corrección del negocio de transmisión. Después de la verificación podrá realizarse como un negocio que no afecta el acto negocial colectivo: no puede votar, aunque pueda adquirir el crédito para regalárselo a la sociedad deudora, por “agradecimiento”. En el caso de los expresamente excluidos acaece que se amplía el plazo donde se excluye la cesión y la posibilidad de verificación si acaeció dentro de ese período de “sospecha”.

En una jurisprudencia que Truffat señala como *obiter dictum* favorable a su posición⁴⁵ en la polémica que mantenemos al citarnos, pero en realidad lo es en orden a la no taxatividad de la exclusión de voto prevista en el art. 45 LCQ. En orden a la polémica encontramos algún análisis de la doctrina y ninguna conclusión, pues no abre juicio sobre la transferencia con la cesión patrimonial del derecho de voto, aunque a nuestro entender la respuesta en el caso concreto será obviamente restrictiva. Así la C. Civ. y Com. Córdoba, 2ª, 22/11/2007– Banco Suquía S.A. s/gran concurso preventivo, al revocar el fallo de primera instancia y aceptando el efecto patrimonial de la cesión para adoptar una resolución que excede el marco de este comentario sobre la cesión del derecho de voto, la vocal de primer voto Prof. Silvana Chiapero de Bas dice en la parte pertinente referida a un “hecho nuevo” consistente en un acuerdo de pago con subrogación instrumentado entre Crédit Agricole S.A. y el Fondo Fiduciario de Asistencia a Entidades Financieras y Seguros (Banco Nación), mediante escritura n. 272, del 17/8/2006”:...comparto la calificación de tema espinoso que –parafraseando a un concursalista nacional– efectúa el fiscal de Cámara respecto de la eficacia concursal de este tipo de negocio jurídico que sustituye al acreedor concursal originario por un tercero que desinteresa al primero (arts. 726, 728 y 729, CCiv.) (conf. Vítolo, Daniel R., “Transferencia de créditos en el concurso y sustitución procesal”, LL 2006-F-1375, p. 1 y ss., citado por el fiscal de Cámara a fs. 10276 vta.). - Ello así, pues si bien constituye un negocio perfectamente lícito en el ámbito civil, en la perspectiva concursal puede erigirse en herramienta de abuso, apta para alterar las bases de cálculo y el sistema de cómputo para la formación de las mayorías, tanto cuando se utiliza para “ayudar” al deudor a obtener su salida concursal, como

⁴⁵ TRUFFAT, E. DANIEL *Un apabullante obiter dictum* en “Lexis Nexis Córdoba nº 6 2008 junio pág. 652 y ss..

cuando se lo hace para “obstruir” esa salida por interés hostil. - Tal realidad ha orientado a una parte de la doctrina y la jurisprudencia –con el objetivo de excluir prácticas defraudatorias– derechamente a prohibir la cesión de créditos concurrentes, o no atribuirles derecho a voto, o bien a validar esas transferencias sólo si hubieran tenido lugar antes de la verificación o en caso de contar con la conformidad del deudor, síndico y demás acreedores (conf. Vítolo, Daniel R., “Transferencia de créditos en el concurso y sustitución concursal” cit., p. 1 y ss.; ponencias presentadas al VI Congreso de Derecho Concursal: Moro, Carlos E., “El pago por subrogación no genera ope legis el derecho a voto en quien lo efectúa”; Rosolén, Juan Pedro, “La exclusión del cómputo del voto del cesionario. El modelo español. La necesidad de una reforma a la ley 24522 “; Lorenzo, Iván, “Pago por subrogación en el concurso preventivo. Apunte sobre una valoración axiológica”; Richard, Efraín H., “Propuesta írrita aprobada con voto connivente”; Sup. Trib. Just. Entre Ríos, 28/3/1998, “Telenta Horacio s/quiebra inc. de impugnación”; Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1ª, 27/7/2005, “Torres, Luis O. y otros en `Abdala, Miguel E. s/concurso preventivo””; C. Civ. y Com Azul, “Abran, José F. s/concurso preventivo”, 7/7/2005). - En la vereda opuesta se propugna la viabilidad sin cortapisas de la sustitución de créditos. Así se sostiene que “...no existe impedimento alguno para que un acreedor ceda su crédito declarado verificado o admisible durante el trámite del proceso concursal de su deudor, y como contrapartida, no existe impedimento alguno para que cualquier tercero, incluso otro acreedor, adquiera dicho crédito. Y ciertamente que como accesorio necesario a la adquisición del crédito concursal cedido, el accipiens pasa a estar indubitablemente dotado con el derecho de voto que tal crédito tenía por su calidad de verificado y/o declarado admisible”, agregando: “Aunque no se nos escapa que el mecanismo de la cesión de créditos concursales es campo propicio para el abuso, tanto por parte del deudor, que por esta vía espuria podría comprar voluntades a favor de su propuesta de acuerdo, o bien por parte de un acreedor, que por este medio alcanza posición de bloqueo de la propuesta del deudor y con ello obtiene una posición de privilegio que le permite imponer condiciones al deudor en su exclusivo beneficio y en perjuicio no sólo del deudor sino, especialmente, del resto de los acreedores concursales, aun así, no existen fundamentos que permitan vedar de antemano las cesiones de créditos concursales, máxime cuando reafirmamos, como lo adelantamos supra, que todo obrar debe presumirse de buena fe hasta que se demuestre lo contrario”. - La carta de ciudadanía de estas cesiones en el proceso concursal se refuerza señalando que, a tal punto es lícito negociar la cesión de créditos reconocidos en un proceso concursal, que la materia ha sido objeto de regulación específica, cual es la contemplada en la Regla

Federal de Procedimiento Concursal 3001 del Bankruptcy Code, cuyo propósito es, esencialmente, asegurar que cedente y cesionario acuerden que se ha transferido el crédito y que el deudor concursal sepa a quién deberá pagar a partir de entonces. - Se destaca, asimismo, que, a diferencia de lo que ocurre en nuestra experiencia local, donde todos los reproches contra el mecanismo están centrados en el potencial abuso que puede hacer el deudor utilizando el tráfico de créditos o votos en su beneficio exclusivo y en perjuicio de la masa de acreedores que se verá alcanzada por el acuerdo preventivo homologado, en la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas difícilmente es campo del abuso del deudor (conf. Lorente, Javier A., "Fundamentos para la exclusión de votos en el sistema concursal", RDC 2006-A, año 39, p. 641 y ss.). - *De lo hasta aquí expuesto se sigue que, aun cuando nos enroláramos en la postura restrictiva que propicia como regla no validar la transferencia de créditos concretadas con posterioridad al pedido verificadorio, la validez del pago por subrogación acreditado en el caso concreto como hecho nuevo en esta causa estaría justificada por concurrir la circunstancia de excepción, cual es que la transferencia cuente con la conformidad del deudor, síndico y demás acreedores. Tal consentimiento -aun en opinión de los autores más restrictivos- autoriza a validar la sustitución subjetiva de créditos (conf. Vítolo, Daniel R., "Transferencia de créditos..." cit., p. 1 y ss.). - Desde otro ángulo, aun si analizáramos la cuestión siguiendo los lineamientos de la doctrina italiana que prohíbe admitir a estos acreedores que se convirtieron en tales durante el proceso concursal por considerar que alteran las mayorías mediante transferencias sospechosas, también deberíamos admitir este pago por subrogación, pues el efecto propiciado por dicha doctrina extranjera es privar de derecho a "votar" el concordato al acreedor que hubiera adquirido su crédito por acto entre vivos después de abierto el concurso, prohibición que en el caso bajo análisis ya pesa sobre el nuevo acreedor (CASA) por haber sido excluido en función de lo normado por el art. 45, LCQ., por resolución que luce firme y consentida (conf. Bolaffio, obra citada por el fiscal de Cámara a fs. 10277). - Pero, además de ello y pese a que el tema no es pacífico, resultando de suma enjundia las disquisiciones doctrinarias y jurisprudenciales tejidas en su entorno, en el presente proceso la admisión de la sustitución subjetiva de acreedores no podría cercenarse por una razón aún más radical, cual es que ya ha sido resuelta favorablemente por la primera jueza -aunque con algunos cabildeos en orden al respeto de la regla de igualdad que impera el art. 16, LCQ.- con relación a otros créditos que fueron cancelados mediante pago por subrogación por la misma acreedora (Crédit Agricole S.A.) sin haber merecido objeción de ninguno de los interesados en cuestionar dicha sustitución subjetiva."*

Coincide Otaegui sobre el punto con su tradicional magisterio, cuestionando tanto la cesión como la subrogación con diferentes y contundentes argumentos⁴⁶ en cuanto al ejercicio del voto, aunque validando la transferencia del crédito como apunta el fallo que acabamos de transcribir.

Extraemos de la aplicación ametódica del Código Civil un caso paradigmático resuelto por la Cámara Nac. de Apel. Comercial, Sala A, el 23 de agosto de 2001 en los autos “Kossevich, Julio”, revocando el fallo de primera instancia que no hizo lugar a la subrogación parcial respecto a un crédito de la Banca Nazionale del Lavoro. La Cámara siguió el criterio del entonces fiscal de Cámara Raúl A. Calle Guevara. En el caso un tercero depositó una cifra ínfima del crédito del Banco con la que se alcanzó, al votar favorablemente, las mayorías necesarias para aprobar un acuerdo predatorio.

Los jueces actuando con visión formal y no con método de empresa, sino de relaciones de cambio, han aceptado subrogaciones, incluso parciales, de lo que es necesario para imponer el acuerdo por mayoría. Ello llevaría a autorizar el voto dividido, o sea que de una misma causa de la acreencia, se despachen dos votos, alterando así la situación original (art. 32 LCQ).

El caso supone que el mismo crédito verificado oportunamente, correspondiente a un acreedor verificado, y que por tanto era el único que podía votar, fuere dividido a los efectos de obtener la mayoría e imponer el acuerdo a los acreedores que votaron en contra, que no votaron o que están en trámite de verificación⁴⁷. En el precedente, gracias al artilugio, se impone una grave pérdida al propio acreedor cuyo crédito parcialmente fue subrogado. Se generó en el caso una situación de voto dividido sólo autorizada en el art. 45 bis LCQ.

El negocio contractual permite aceptar que puedan generarse efectos entre el deudor y el “nuevo” acreedor, pero el acuerdo concursal excluye la posibilidad de extender los efectos respecto de terceros. En el caso existe una deficiencia en la causa del negocio donde se intenta la transmisión del crédito a los fines del voto. Además de la limitación en la legitimación de quienes pueden votar, otorgada por la legislación concursal en forma personal al acreedor anterior a la presentación y verificado o declarado admisible, lo que limita el efecto de la cesión del crédito o subrogación una

⁴⁶ OTAEGUI, “Voto concordatario...” citado págs. 193 y 195.

⁴⁷ Contra la división CÁMARA en ob. y pág. citada, conforme al principio de indivisibilidad del voto, que no puede fraccionarse ni por mandatario. Dentro de la estructura general de las decisiones tomadas por mayoría, el principio de indivisibilidad puede verse en JAEGER, PIER GIUSTO *El voto divergente nella società per azioni* Casa Editrice Giuffrè, 5 Quaderni di Giurisprudenza Commerciali, Milán 1976.

alteración de las consecuencias naturales del negocio⁴⁸, en el negocio de transmisión existe una deficiencia en la causa, cuando no una ausencia de causa, o una ilicitud en la misma, contraria al sistema concursal e incluso una “ilicitud moral”⁴⁹ en cuanto se intenta afectar a la minoría.

VI – Legitimación

Debe distinguirse entre acreedor legitimado del acreedor con prohibición de votar o excluido.

La ley concursal autoriza a votar a los acreedores verificados o declarados admisibles (arts. 32 y 41 LCQ) y no a los “créditos”.

La legitimación concursal excluye la cesión o subrogación posterior a la apertura, imponiendo la verificación del acreedor concurrente que pretenda legitimarse para votar, conforme las previsiones de los arts. 31 y 41 LCQ. Justamente en relación a ciertos créditos (45 3ª parte LCQ), ratificando la falta de legitimación de los acreedores no verificados o declarados admisibles, se amplía el período de incesibilidad a un año antes de la presentación, por la suposición de planificación de la insolvencia⁵⁰.

La “adquisición” por cualquier medio de un crédito ya verificado, particularmente seguido por renunciaciones a derechos reales o privilegios, y la aceptación de un acuerdo predatorio de quita y espera contiene una desviación causal del negocio, jurídica y moralmente ilícita, en cuanto perjudica a acreedores concursales reconocidos y enriquece a los socios de la sociedad concursada.

Desde la axiología y de la norma concursal sólo los “acreedores por causa o título anterior a la presentación y sus garantes” pueden intervenir conforme la previsión del art. 32 LCQ, donde se expresa la “causa” de la obligación, que tiende a excluir a acreedores complacientes o conniventes, que deben corresponder al giro negocial⁵¹.

Ello es congruente con el principio básico de los contratos: ley para las partes no pueden afectar derechos de terceros (art. 1195 C.C.argentino).

⁴⁸ BETTI, EMILIO *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado 2ª edición Madrid 1959, pág.. 187

⁴⁹ BETTI, ob. cit. pág. 278.

⁵⁰ DWORKIN, RONALD *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona 1989, pág. 73 en orden a que “Todas las leyes, lo mismo que todos los contratos –y el negocio colegial, agregamos– pueden ser controlados en su operación y efectos por máximas generales y fundamentales del derecho”.

⁵¹ Se acaba de publicitar una investigación en ocho APes, en los cuales los votantes afirmativos no pertenecerían al giro negocial y serían los mismos en todos los concursos, lo que implicaría una maniobra defraudatoria de acreditarse.

Se genera así una interpretación congruente. La ley concursal sólo permite votar a los acreedores verificados. No se refiere a los acreedores que han devenido como tales, después de la verificación. Ello sería incongruente con el sistema concursal, donde una subrogación y/o cesión es sospechosa y ajena al “interés” de un acreedor real. Aparecería el conflicto de intereses.

VII - Exclusiones

Este es un tema bien distinto. Dentro de los acreedores legitimados a ejercer su decisión en torno a la propuesta, a algunos puede prohibírseles el voto (art. 45 LCQ), u otros ser excluidos impidiéndoles el ejercicio de ese derecho, por razones que deberá exponer la resolución respectiva.

La exclusión de voto debe interpretarse dentro de los acreedores concurrentes, o sea en relación a los acreedores verificados y declarados admisibles —eventualmente sus sucesores a título universal—, y esta legitimación es la que debe entenderse restrictivamente dentro del sistema de orden público concursal. No cualquier acreedor puede votar —así los postconcursoales y los excluidos, además de los no legitimados—, y el que intente sustituir a acreedores legitimados debe saber que no puede ejercitar el derecho, pues carece del interés original que él tenía: el ser afectado por la cesación de pagos de su deudor. El tercero que intenta intervenir no esta en esa situación que impone un orden diferente, lo hace a sabiendas, contrariando la “causa” del negocio. La exclusión es así genérica, no goza de ese derecho ni puede hacerlo por un acto de voluntad.

El fundamento de la decisión por mayoría es el interés común de los legitimados integrantes del grupo. Lo hemos tratado en otra oportunidad.

No puede pensarse en relaciones contractuales entre deudor y cada acreedor, pues éste sólo puede estar a expresar su voluntad en orden a la propuesta pública y formalmente presentada, eventualmente formalizando las renunciaciones que expresamente le autorice la ley pues todo otro acuerdo caería en previsiones penales. En relación a este acuerdo, para que la voluntad mayoritaria pueda oponerse a los disidentes, ausentes o posteriores reconocidos, debe estarse estrictamente a las legitimaciones y actos que expresamente autorice la ley concursal.

En este ensayo sólo señalaremos alguna jurisprudencia que apoya esta posición⁵².

Sin ingresar en estudios de derecho comparado —nos hemos limitado a la sistemática concursal—, la legislación italiana en el art. 127 con

⁵² Un más completo examen jurisprudencial puede verse en RICHARD *Legitimación para votar el acuerdo concursal (¿Negocio colegial colectivo?)* citado.

referencias al “Voto en el concordato “in fine” disponía que “Las transferencias de los créditos producidas después de la declaración de quiebra no atribuyen derecho de voto”, y a su vez con referencia a la “exclusión” del voto del cónyuge, excluye a los cesionarios o adjudicatarios “desde menos de un año antes de la declaración de quiebra”. En la última reforma a la legislación concursal se ha generado una atenuación a la prohibición absoluta del ejercicio del derecho de voto por el cesionario del crédito cuando la transferencia sea generada después de la apertura del procedimiento, permitiendo ahora el voto cuando la transferencia fuera a favor de un banco o de un intermediario financiero⁵³. La reciente legislación uruguaya en su art. 126.3 sólo permite el voto de los acreedores originarios y como causas de oposición a la homologación de acuerdo determina en el art. 152.1 que la mayoría se hubiere logrado por votos de acreedores o personas no legitimadas a votar.

La posición contraria –es una práctica abusiva que aconsejan asesores económicos y jurídicos especializados– se desarrolla para asegurar la aprobación, imponiéndosela a ciertos acreedores. Nuestra presunción de lo que estaba ocurriendo en la curiosa práctica de compra de créditos con derechos reales —que a la postre hay que pagar—, renuncia de preferencias y aceptación de quitas y esperas inconstitucionales, tuvo confirmación. Ello lo fue cuando accedimos a un expediente de regulación de honorarios de un abogado que asesoró a la concursada en tales aspectos, negociando para ella en esos aspectos y que trataba de cobrar sus servicios ajenos al expediente concursal, acercando documentada y minuciosa prueba de su gestión en beneficio de los socios de la sociedad concursada.

Desalentando esa curiosa costumbre de que terceros paguen a acreedores concursales y se subroguen en sus derechos, por supuesto para votar afirmativamente las propuestas, la C.Civil y Comercial de Azul, Sala 1º, en autos “Abran, José F. s/ concurso preventivo” con fecha 7 de julio de 2005 se expidió en el sentido de “no hacer lugar a la subrogación de terceros que si había sido aceptada en primera instancia, al considerar, que la subrogación pretendida resultaba violatoria de la *pars conditio creditorum*”⁵⁴. La posición de un acreedor también fue motivo de considerar abusiva la propuesta en el caso DOINA S.A.⁵⁵.

⁵³ BROGGIONE, CARLO autor del Cap. 5. *Il voto e L'approvazione del concordato*, pág. 123, en libro bajo la dirección de STEFANIA PACCHI “Il concordato fallimentare”, actualizado con el D.Legs. n. 169/2007 en vigor desde el 1.1.2008, n° 8 de la Collana Diretta da Luciano Panzani “La riforma fallimentare”, Edición Ipsoa, Italia 2008.

⁵⁴ En Lexis Nexis, entrega electrónica Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones del lunes 25 de julio de 2005, Jurisprudencia.

⁵⁵ En libro colectivo citado “Conflictos en la insolvencia”, pág. 481.

En esta misma dirección se había expedido la CNCom. Sala A, por mayoría, en el caso “Arcángel Maggio” del 30.4.2004, referido, donde el Tribunal halló el acuerdo incongruente con los principios del orden público⁵⁶, los fines del concurso y el interés general, argumentando: a) que la reunión de las mayorías legales es una condición necesaria pero no suficiente, b) que el diferimento excesivo del pago sin reconocer intereses implica una quita relevante, c) haber mediado manipulación de las mayorías legales mediante la cesión de créditos cuyo privilegio luego se renunció para participar en la aprobación de la propuesta, afectando el derecho de los restantes acreedores, y d) resultar receptable la doctrina sentada en el precedente Línea Vanguard. En dicho caso Arcangel Maggio, la mayoría Isabel Míguez y Carlos Viale consideró abusiva la propuesta, señalando: “Basta para arribar a la conclusión antes alcanzada remitirse entonces al pormenorizado detalle que hace la Sra. Fiscal con relación a los hechos que acaecieron respecto de la cesión del crédito privilegiado de dólares 544.966 de Citibank NA a favor de Ismael González, y la inmediata conducta posterior de éste de renunciar a dicho privilegio, que resultan demostrativos, en el contexto probatorio brindado por las propias declaraciones de aquél, de la existencia de una liberalidad que sólo puede tener como objeto afectar los derechos de terceros, es decir de los acreedores quirografarios, que quedaron sometidos de tal forma a una propuesta irrisoria. Circunstancia que se reitera respecto del crédito privilegiado de la Obra Social del Personal Gráfico; de la cesión del crédito también del Citibank NA por parte de María Eugenia Demasi y el caso de Compañía Papelera Sarandí”.

En una sentencia del Juzg. Com. N° 9, Sec. N° 18, en la causa 78852 “SERVICIOS Y CALIDAD S.A. S/ ACUERDO PRECONCURSAL, en Buenos Aires, 8 de Octubre de 2003, al peticionar la homologación del acuerdo preventivo extrajudicial, en realista fallo, en torno al crédito a favor de una sociedad extranjera, que había votado a favor, expresa: A tal efecto se ha sostenido, además, que las facultades judiciales para apreciar el carácter “abusivo” o “fraudulento” de una propuesta (art.52 inc.4° LCQ) están presentes en el caso del APE (conf. Alegría, Héctor “Acuerdo Preventivo Extrajudicial...”, Rev.D.Privado y Comunitario, 2002-3, pag. 168) y, también, que pueden ser ejercidas con mayor severidad (conf. Truffat, op. cit., pag. 102, anteuúltimo párrafo). También se ha señalado como desventaja del APE su potencialidad, dado el déficit informativo y de control apuntado, para ocultar situaciones mas graves que las expuestas (Segal, Rubén *Acuerdos preventivos extrajudiciales*, Bs.As., 1998, Ed. Abeledo Perrot, pag.70), y la necesidad de que el deudor lleve una contabilidad regular e intachable

⁵⁶ En libro colectivo “Reestructuración de deudas y facultades judiciales”, Daniel Roque Vítolo Director, Ed. Ad Hoc., Buenos Aires noviembre 2004, págs. 277 a 296.

para que pueda acudir al instituto (Rouillon, Adolfo “Régimen de concursos y quiebras,” pag.127). Como consecuencia de todo ello, cabe concluir que un APE será homologable con efectos hacia terceros no votantes siempre que exista una situación de total claridad y transparencia: a) con relación a la composición del activo y del pasivo de la deudora; b) con respecto a la efectiva configuración de las mayorías legales; y c) en lo relativo a su carácter no abusivo ni fraudulento, todo apreciado con la mayor rigurosidad. 3. SINTESIS DE LOS FUNDAMENTOS DE LA NO HOMOLOGACION. En el caso, juzgo que tal estándar de claridad y transparencia no se ha configurado respecto del activo y del pasivo, lo que se corrobora con las impugnaciones y la denuncia presentadas y, además, que en el con texto de la información disponible la propuesta no ha alcanzado las mayorías legales y debe, también, reputarse “abusiva,” todo lo que lleva a que no pueda ser homologada. Ello en orden a las siguientes consideraciones. e) PRESTAMO SIN TRANSFERENCIA. Aparece como acreedora por \$ 1.000.000, en monto significativo para alcanzar la mayoría de capital invocada por la deudora, una sociedad uruguaya no inscripta en el país en los términos del art. 118 ley 19.550, sin que conste en modo alguno su capacidad crediticia ya que solo se verificó la existencia de un contrato de mutuo pero no el comprobante de la debida transferencia internacional de los fondos ...”

VIII - Algo de derecho comparado

Relata Junyent⁵⁷ “Este tema, de los acreedores que se han “convertido en tales” “durante el procedimiento concursal”, ha sido puntualmente tratado por Bolaffio, quien recuerda que la Unión de las Cámaras de Comercio había propuesto que durante el procedimiento de concordato se prohibiese la cesión de los créditos concurrentes, pues de este modo, se alteran las mayorías, mediante transferencias “sospechosas”.- En este aspecto, el autor italiano puntualiza que la legislación, si bien no prohíbe la cesión de créditos establece que las transferencias de créditos, posteriores a la resolución que convoca a los acreedores, no atribule el derecho de “votar el concordato”.- Esta vieja solución del derecho italiano, es seguida por la ley española 22/2003 en su art. 122, cuando regula los supuestos de exclusión de voto, en relación con los acreedores concursales, incluyendo a los que hubieren adquirido su crédito por acto entre vivos, después de la declaración en concurso”.

No se intente descalificar la posición por el derecho comparado, que es un tema de política legislativa. España e Italia por un lado, Perú y Co-

⁵⁷ JUNYENT BAS, “La figura del concordato. Caracteriología del acuerdo entre el deudor y los acreedores en el proceso concursal preventivo” citado, pág. 160.

lombia por otro, claro que estas legislaciones al afirmar expresamente que pueden cederse en el concurso aceptan que la falta de esa indicación traería como consecuencia la inoponibilidad a los terceros del contrato de cesión.

Lo cierto es que en nuestra República la cesión y subrogación se usan en forma contraria al sistema, o sea ilegalmente –si hay dolo o fraude se configuraría una figura penal, y no hay que presumir el dolo o el fraude para rechazar el alcance que quiere darse a esos contratos-. Por la causa, por la igualdad, por el interés tutelado... En países donde se autoriza la libre negociación se supone que, comprando créditos en default, quién dispone de dinero hace negocios, y otra es un tercero agradecido que paga por subrogarse –incluso parcialmente un crédito– que alcanza exactamente para obtener la mayoría e inmediatamente renuncia a derechos reales, privilegios y al crédito mismo votando acuerdos con quitas y esperas institucionales. En nuestra República el tercero actúa sin duda con la “intención de perder” aunque sea en gratitud con el concursado, pero ello no puede llevar a violar las normas del Código Civil y el sistema concursal.

Incursionamos algo más en un artículo conjunto con Carlos Moro en un dossier de derecho concursal⁵⁸. Dicho jurista ya se pronunció en similar sentido en el Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal (Rosario, 2006) con argumentos independientes.

Daniel Vitolo mejora esa incursión en el derecho comparado⁵⁹ refiriendo a lo que él llama “sustitución procesal subjetiva de acreedores”, sosteniendo la viabilidad incluso para ejercer el derecho de voto si es anterior a la petición de verificación de créditos, o sea si se presenta el cesionario. La posterior cesión y subrogación les quita a cedente y cesionario el derecho de votar la propuesta.

La legislación concursal esta estructurada en relación a los acreedores preconcursales.

Seguimos manteniendo nuestro criterio que las normas imperativas del derecho concursal (el orden público concursal) en cuanto genera un orden especial para los acreedores preconcursales, para imponer las soluciones mayoritarias descarta la introducción de extraños para ejercitar el derecho de voto (excluyendo a todo “insider”⁶⁰). Ello se agrava cuando a

⁵⁸ RICHARD, EFRAÍN HUGO “Cuestiones actuales de Derecho Concursal. Derecho concursal comparado: sobre cambios y cuestiones controvertidas. Apreciaciones preliminares. Dossier” en RDCO n° 223 Marzo Abril 2007, pág. 361, y RICHARD, EFRAÍN HUGO - MORO, CARLOS EMILIO “La propuesta concordataria la aceptan o rechazan los acreedores concurrentes que verificaron... Nadie más” pág. 387.

⁵⁹ VITOLO, DANIEL R. “Transferencia de créditos en el concurso y sustitución concursal” en La Ley 27/11/06 citada, p. 1 y ss..

⁶⁰ ARAYA, TOMÁS M. La prioridad de los acreedores sobre los accionistas en el Chapter 11 del Bankruptcy Code y en la Ley Concursal Argentina”, en libro colectivo *Derecho Concursal - Ho-*

través de intervención de terceros –que no fueron convocados al concurso conforme las previsiones del sistema concursal- asegura la “aprobación” de un acuerdo que impone pérdidas a los acreedores quirografarios que no votaron a favor, pérdidas a través de las cuales se enriquece a los accionistas, violando una regla de equidad⁶¹.

No es el caso de legislaciones que autorizan un mercado público de transacciones de créditos contra concursadas —como Perú—, pues allí se adquiere a bajo precio y se intenta obtener una ganancia en la negociación con la concursada. En Argentina paradójicamente se adquiere a precio normal el crédito contra la sociedad insolvente y se renuncia a derechos reales o privilegios que le accedan para votar con los créditos quirografarios quitas y esperas desmesuradas, imponiéndoselas así a acreedores convocados que no las aceptaron o que aún no podían votar por estar en trámite de reconocimiento.

IX - Reflexiones finales

Si esta en claro el uso desviado y abusivo de las cesiones y subrogaciones en los concursos en la Argentina, no podemos entender que pueda darse una interpretación distinta a la que propiciamos.

La naturaleza de “acuerdo” de la solución concursal, en cualquiera de sus formulaciones, impone estar estrictamente a las exigencias de la ley para poder imponerlo a acreedores que no expresaron su decisión o lo hicieron en forma contraria o que no pueden expresarse porque no fueron declarados admisibles y están en proceso de revisión⁶². La legitimación y el interés contrario para expedir el voto cobran particular relevancia, sin perjuicio de la aplicación de la teoría del abuso del derecho y/o del fraude.

Hemos apuntado sobre un tema del que no se hablaba y de una práctica que se usaba —casi una constante— para afectar a los acreedores y enriquecer a la concursada o a sus socios en caso de sociedad. Creíamos que obtendríamos pocas adhesiones, pues los beneficiados se sonreirían

menaje a Guillermo Mosso, director Adolfo Rouillon, Editorial La Ley, Avellaneda 2004, pág. 39 y ss., especialmente pág. 52.

⁶¹ RICHARD, EFRAÍN HUGO “Crisis de sociedades: acuerdos concursales abusivos vs. Solución privada” en RDCO julio 2006.

⁶² Existe una actitud de la práctica de verificar títulos de crédito y derivar al incidente de revisión las cuestiones de aparente mayor dificultad, no entendiendo la labor de control que debe formalizar el síndico contador público, situación que ha sido agravada por la ley 26.086 conforme a la cual los acreedores reales llegarán varios años después de homologado el acuerdo, y créditos facilitados en su documentación por el deudor serán los que formarán la “voluntad de la mayoría”. Sobre la ilusión de una revolución procesal puede verse nuestra comunicación *Debe asegurarse la concurrencia en los concursos*, Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho Concursal, Presidencia Roque Sáenz Peña, Provincia de Chaco, 1982, pág. 148, Edición de la Universidad Nacional del Nordeste.

con picardía, pues ya consiguieron su propósito al homologarse el acuerdo —pese a darse todas las características de ilegalidad—. Claro que podrían intranquilizarse si revisaran nuestros trabajos en torno a la responsabilidad individual de administradores societarios⁶³ y a las vías para hacer responsables a los socios —particularmente los de control—. Otros se reirán pues se transfirieron los paquetes accionarios a muy buen precio gracias a la “donación” de los acreedores, cuando no se reparten las ganancias en balances posteriores a la homologación.

Comprendemos la importancia de la cuestión: sin cesión ni subrogación a terceros no habrá más acuerdos de quitas y esperas extraños a las prácticas del mercado.

El juez debe ser extremadamente prudente en la evaluación sobre la procedencia del acuerdo considerando que está decidiendo sobre patrimonios ajenos, esto es, los acreedores⁶⁴.

La cuestión se califica en el caso de APE, pues no existe la verificación de créditos, por lo que debe acentuarse la idea de acreedores concurrentes, y de la abusividad en el caso que intervengan acreedores que han adquirido por cesión o subrogación sus derechos. La abusividad para homologar el acuerdo preventivo debe ser también una regla rigurosa en la homologación del APE.

Estos votos de utilería imponen analizar cuando han pasado la barrera de su admisibilidad de si no contaminan por abusividad el acuerdo. Todos lo sabemos, pero a los abogados nos gusta enredarnos en preciosismos. Particularmente frente a “votos” (o apariciones) de utilería.

Nuestra misión es hacer ver a los jueces las cosas que pasan en la realidad. Y esta investigación —aún abierta—, a ello tiende.



⁶³ BARREIRO, MARCELO G. Y TRUFFAT, E. DANIEL “Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Octubre 2005, tomo XVII p. 1205 y ss.. RICHARD, EFRAÍN HUGO “Esta lloviendo ¿Se acabó la seguía! (En torno a la insolvencia societaria: el esfuerzo compartido entre socios y acreedores, y la responsabilidad de administradores)” en *Doctrina Societaria y Concursal* de Ed. Errepar, diciembre 2005.

⁶⁴ C.Nac. Com. Sala B 16.12.2005 in re PELTZ, Silvia E. s/ quiebra J.A. 2007.IV-síntesis.

CARÁCTER MUTABLE DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL EN MATERIA MATRIMONIAL

*Amalia Uriondo de Martinoli**

Resumen: Los matrimonios celebrados en el extranjero con impedimento de ligamen y que son invocados en virtud de los derechos sucesorios o del derecho a obtener la pensión de la cónyuge superviviente, han motivado diferentes interpretaciones jurisprudenciales. En el precedente “Solá”, la CSJN ha dicho que la recepción en el derecho matrimonial argentino del principio de disolubilidad del vínculo por divorcio vincular y del criterio de actualidad con que debe apreciarse el orden público internacional, el orden jurídico argentino carece de interés actual en reaccionar frente a los matrimonios celebrados en fraude a la ley.

The foreign marriages contracted by persons during the subsistence of a previous marriage, that are invoked to succeed or acquired pension, have developed different jurisprudence. In Re “Solá” the Argentine Supreme Court declared that the principle of absolute divorce is recognized in our law. Therefore, is unless to discuss the subject of actual good morals in marriages contracted against local law.

Palabras claves: Matrimonio - impedimento de ligamen - modificación de principios - orden público internacional - criterio de actualidad.

Sumario: I. Legitimación del cónyuge superviviente para promover el juicio sucesorio del causante - CSJN “Solá, Jorge Vicente s/suc. ab intestato”. 1) Antecedentes fácticos. 2) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; a) La cuestión previa; b) El orden público internacional.- II. Derechos a la pensión de sobrevivencia- CSJN “Zapata, Lucrecia Isolina c/ Administración Nacional de la Seguridad Social”. 1) Antecedentes fácticos. 2) Decisiones de instancia y apelación. 3) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.- III. Derechos sucesorios reclamados por la cónyuge superviviente- SCBA “Behrens, Germán o Hermann Friedrich, Suc. ab intestato”. 1) Antecedentes fácticos. 2) Sentencia de la Cámara. 3) Sentencia de la Suprema Corte de Buenos Aires; a) Efectos del divorcio del primer matrimonio; b) Fraude a la jurisdicción nacional; c) Orden público internacional.- IV. Vocación sucesoria de la viuda - CSJN “Ulloa, Alberto s. sucesión”. 1) Antecedentes fácticos. 2) Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones, sala K. 3) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.- V. Marco abierto a tesis contrapuestas.

*Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Titular de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Secretaria de Posgrado de la misma Facultad. Profesora en carreras de posgrado en Universidades nacionales y extranjeras. Autora de libros, capítulos y artículos publicados en el país y en el exterior. Miembro de diferentes Asociaciones de Derecho Internacional. Correo electrónico: uriondo@derecho.unc.edu.ar

I. Legitimación del cónyuge superviviente para promover el juicio sucesorio del causante - CSJN “Solá, Jorge Vicente s/suc. ab intestato”

Los casos jurisprudenciales de matrimonios celebrados en el extranjero entre dos personas domiciliadas en la República, sin que uno o ambos contrayentes hubieran disuelto el que celebraron anteriormente en el país, normalmente son alegados para solicitar un derecho concreto, entre ellos, los derechos hereditarios y los derechos a la pensión de sobrevivencia.

Iniciaremos los comentarios con la sentencia “Solá, Jorge Vicente s/suc. ab intestato”, porque en esta causa, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) sentó la doctrina del criterio de actualidad con que debe apreciarse el orden público internacional argentino y, que de manera constante, ha sido esgrimida desde el año 1996 como precedente para solucionar peticiones sustancialmente análogas.

1) Antecedentes fácticos

María Cristina Ferrari contrajo matrimonio con Jorge Vicente Solá en la República del Paraguay el 3 de julio de 1980, sin que por aquel entonces se hubiera disuelto vincularmente el que se celebró en territorio argentino, por cuanto la autoridad judicial había dictado el divorcio del primero en los términos del hoy derogado art. 67 bis de la ley 2393. Dos años después de haber entrado en vigencia la ley 23.515¹, se convirtió en vincular el anterior divorcio (art. 8).

Ante el fallecimiento de J.V.S. en Santa Rosa de Calamuchita (Prov. de Córdoba) promovieron el trámite sucesorio la segunda esposa y un sobrino, sin que se haya denunciado la existencia de descendientes ni ascendientes.

Contra el pronunciamiento de la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que confirmó la resolución de primera instancia que había denegado legitimación para promover el juicio sucesorio del causante a la viuda, ésta interpuso recurso extraordinario, cuya denegación originó la queja ante el Máximo Tribunal².

2) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El 12 de noviembre de 1996, la Corte declaró admisible la queja, procedente el recurso extraordinario interpuesto, por considerar que los

¹ B.O. 12/06/87. La ley introduce la disolubilidad del vínculo matrimonial por divorcio y la posibilidad de convertir en tal a las sentencias anteriores de separación no vincular.

² La sentencia la suscriben los siete miembros de la Corte y está publicada en Jurisprudencia Argentina (JA) 1997-IV-654 con nota de MÉNDEZ COSTA, María Josefa “Sobre divorcio vincular y orden público” (Matrimonio celebrado en el extranjero mediando impedimento de ligamen en virtud de matrimonio anterior celebrado en la Argentina).

agravios conducen a la interpretación de tratados internacionales —ley suprema de la Nación, art. 31 de la Constitución Nacional— lo que suscita cuestión federal de trascendencia a los efectos de la habilitación de la vía extraordinaria (art. 14, inc. 3 de la ley 48 y art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Los temas centrales de la sentencia hacen referencia a los denominados problemas generales del Derecho internacional privado (DIPr.): la cuestión previa y la excepción de orden público internacional.

a) La cuestión previa

El núcleo de la cuestión radica en determinar si el cónyuge superviviente tiene legitimación para iniciar la sucesión, la cual depende de la celebración válida del matrimonio con el causante y ésta, a su vez, está supeditada a la disolución válida del primer enlace contraído por Jorge Vicente Solá en la República Argentina.

Cabe recordar que para promover un juicio sucesorio, deberá demostrarse la legitimación, estando ésta en principio en cabeza de los miembros de la familia llamados por ley a recibir la herencia. La prueba del emplazamiento en un estado de familia determinado, que confiere la vocación sucesoria a una herencia, se hará acompañando la partida que constituye el título acreditante de la situación invocada. Asimismo, es menester resaltar que la eficacia de la vocación sucesoria requiere que la misma no se encuentre contrariada, pudiendo esto ocurrir por voluntad del sucesor, por sentencia judicial o por disposición legal³. En esta oportunidad, el juez se encuentra obligado a examinar conforme al DIPr. argentino, si se han satisfecho los recaudos de validez de una situación creada en el extranjero cuyos efectos se pretenden hacer valer en su jurisdicción, como consecuencia del elemental deber que les incumbe de impedir que el orden jurídico interno pueda resultar alterado por actos emanados de una autoridad extranjera.

Aparece así, una cuestión jurídica independiente que precisa ser resuelta previamente para que proceda plantearse la cuestión que constituye el objeto del litigio. Se han señalado dos vías para solucionar el problema de la cuestión previa; una primera consistiría en aplicar a la cues-

³ Conf. fundamentos de la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, "P.; D., suc" que confirmó la resolución del *a quo* que declaró que el matrimonio contraído en México por personas domiciliadas en la República Argentina cuando subsistía, por lo menos para uno de los contrayentes, el vínculo resultante de otro anterior no disuelto en el país, fue celebrado en fraude a la legislación argentina, razón por la cual corresponde desconocerle validez sin necesidad de entrar al terreno de la nulidad. En función de ello, se decidió que la recurrente carecía de vocación sucesoria con relación al causante. Fallo de 15 de diciembre de 1995 publicado en LL, 1996-B-173.

tión preliminar el mismo derecho material que rige la cuestión principal⁴ o, incluso aplicar a dicha cuestión la norma de DIPr. del ordenamiento que rige la cuestión principal (teoría de la jerarquización). Semejante solución ha sido criticada porque se produce una desnaturalización de instituciones extranjeras⁵, pues tanto la sucesión (cuestión principal) como la cuestión previa (validez del matrimonio) son actos jurídicos que presentan autonomía propia y que pueden quedar sujetos a leyes distintas. Por ello, se ha defendido de forma mayoritaria la resolución de la cuestión previa conforme al derecho designado por la norma de conflicto del foro referente a la institución en cuestión (teoría de la equivalencia)⁶.

En este contexto, la ley argentina ostenta una competencia clara sobre la cuestión principal, esto es, la legitimación de la viuda para promover el juicio sucesorio del causante. Sin embargo, el juez del foro debe resolver cuestiones previas o incidentales antes de seguir adelante: la validez de una situación creada en el extranjero en lo que respecta a los requisitos de capacidad nupcial que afectan a la exigencia del matrimonio monogámico. Al mismo tiempo, la validez de dicho matrimonio puede depender de la extinción del vínculo matrimonial anterior, toda vez que, conforme a la ley que resuelve la cuestión principal, la ley argentina, el segundo matrimonio será válido si se hubiera disuelto el vínculo anterior.

En orden a resolver las cuestiones planteadas, la Corte pone de manifiesto que al tiempo de celebrar el segundo matrimonio, se había dictado sentencia de divorcio del primero con el alcance establecido por la ley 2393⁷. Ello significa que el derecho del domicilio conyugal no había disuel-

⁴ Es la doctrina de la sentencia del Tribunal de Casación de París de 21 de abril de 1931 "Pounnoucannamalle c. Nadimoutoupulle", que rechazó la demanda de impugnación del testamento interpuesta por la madre del "nieto" adoptivo del causante porque había sido excluido de la herencia de aquél. El causante, británico domiciliado en la India, tenía hijos legítimos y una adoptiva que fallece antes que su padre adoptante. La razón de la impugnación se funda en que de acuerdo al derecho francés, que rige la sucesión de inmuebles sitos en Cochinchina (país bajo la soberanía francesa) el nieto tiene derecho a la sucesión en la sucesión en calidad de heredero legítimo, ocupando el lugar de su padre premuerto. Sin embargo, los tribunales franceses consideraron que la ley aplicable a cuestión principal (sucesión) fuera la ley aplicable a la cuestión previa (adopción). De esta manera, decidieron que si bien la adopción era válida conforme a la ley hindú, ley personal del adoptante y del adoptado y que sería la aplicable, si la validez de la adopción hubiera sido el único problema planteado, no se la consideraba así porque el derecho francés prohibía que una persona casada y con hijos nacidos del matrimonio pudiese adoptar a otra persona. En consecuencia, el nieto no tenía derecho a reclamar la herencia porque su padre, según la ley francesa, no había sido considerado como hijo adoptivo.

⁵ PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Derecho Internacional Privado - Parte General*, 7º ed., México, Oxford University Press, 1998, p. 156.

⁶ BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho Internacional Privado*, t.1, Tercera edición Abeledo-Perrot, Bs.As. 1991, p. 465; GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho Internacional Privado- Derecho de la tolerancia*, 6º ed., Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 106; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho Internacional Privado*, 3º ed., Civitas, Madrid, 1998, p. 408; PEREZNIETO CASTRO, LEONEL, ob. cit., p. 157.

⁷ Adla,1881-1888-497.

to el vínculo al momento de contraer la segunda unión. Asimismo, señaló que de la partida de este matrimonio no surge la declaración del estado civil del causante —soltero o divorciado— ante la autoridad habilitada para la celebración del mismo en el Paraguay. Por eso expresa que, ya sea que en el país vecino se haya considerado, equivocadamente, que el llamado divorcio por la ley 2393 permitía recuperar la aptitud nupcial o, lo que es más probable, se haya ignorado, por ocultamiento del contrayente, la existencia de un vínculo anterior no disuelto legalmente, lo cierto es que Paraguay tampoco admite la bigamia y que la validez de ese segundo matrimonio allí celebrado no fue atacada en vida del causante “por lo que probablemente se ha consolidado, pues el derecho interno en cuyo seno se ha constituido esa situación jurídica no admite —al igual que el derecho interno argentino— la acción de nulidad sino con limitaciones.” En efecto, el art. 188 del Código Civil paraguayo dispone que “La acción de nulidad de un matrimonio no puede intentarse sino en vida de los esposos. Uno de los cónyuges puede, sin embargo, deducir en todo tiempo la que le compete contra un segundo matrimonio contraído por su cónyuge. Si se opusiere la nulidad del primero, se juzgará previamente esta oposición. La prohibición no rige si para determinar el derecho del accionante es necesario examinar la validez de la unión, cuando la nulidad se funda en los impedimentos de ligamen, incesto o crimen, y la acción es intentada por ascendientes o descendientes”.

Es dable observar que la línea de razonamiento de la Corte para resolver la cuestión previa de la validez del matrimonio sigue la teoría de la equivalencia, pues toma en cuenta los requisitos establecidos por las normas extranjeras del lugar de celebración que, a pesar de prohibir la bigamia, basan la validez del mismo en la consolidación del instituto en el sistema jurídico paraguayo y en el orden público internacional.

b) El orden público internacional

La CSJN encuadra la decisión en el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940⁸, cuyo art. 13 sujeta la validez del matrimonio a la ley del lugar en donde se celebre y, a su vez, faculta a los Estados Parte —Argentina, Paraguay y Uruguay— a no reconocer el matrimonio que se hubiere celebrado en uno de ellos cuando se halle viciado de alguno de los impedimentos allí enumerados, entre los cuales se incluye el matrimonio anterior no disuelto legalmente (inc. e). Es decir, no impone a los otros países contratantes la obligación internacional de desconocerle validez, sino que deja librado al orden público internacional del Estado requerido la decisión sobre la reacción que más convenga al espíritu de

⁸ Aprobado por el decreto-ley 7771/56.

su legislación. Mediante la aplicación del art. 4 del Protocolo Adicional al Tratado⁹ concluye que “Argentina puede desconocer o reconocer la validez a la segunda unión, según los imperativos del orden público internacional del foro, y en ambos supuestos actuará en fiel cumplimiento” de la normativa convencional.

En ese sentido, destaca que “El orden público internacional no es un concepto inmutable y definitivo sino esencialmente variable, pues expresa los principios esenciales que sustentan la organización jurídica de una comunidad dada, y su contenido depende en gran medida de las opiniones y creencias que prevalecen en cada momento en un estado determinado. De allí que la confrontación debe hacerse con un criterio de actualidad, noción que es ampliamente recibida en el derecho comparado”.

Sobre la base de la modificación de los principios que informan la legislación matrimonial argentina por la ley 23.515 — la disolubilidad del matrimonio civil por divorcio, introducido previamente por la doctrina de la CSJN en “Sejean, Juan B. c. Zacks de Sejean, Ana M. s/divorcio”¹⁰— y del criterio de actualidad del orden público internacional, el Alto Tribunal sentenció que “el orden jurídico argentino carece de interés actual en reaccionar frente a un matrimonio celebrado en el extranjero con impedimento de ligamen que es invocado en el foro en virtud de los derechos sucesorios reclamados por la cónyuge supérstite”. A lo que añadió como argumento relevante que “la citada ley adoptó nuevos criterios de valoración sustancial al admitir la disolución del vínculo por divorcio para los matrimonios, los procesos en trámite e incluso para las sentencias de separación pasadas en autoridad de cosa juzgada extranjeras y nacionales que puedan transformarse en sentencias de divorcio”. Por ello, decidió revocar la sentencia apelada y reconocer a la recurrente legitimación para promover el juicio sucesorio del causante.

II. Derechos a la pensión de sobrevivencia- CSJN “Zapata, Lucrecia Isolina c/ Administración Nacional de la Seguridad Social”

A los fines del otorgamiento del beneficio de pensión por fallecimiento, la ley 24.241 (art. 53, inc. e, 4º párrafo) prescribe como recaudo que la peticionaria acredite que el o la causante se hallase separado de hecho o legalmente,

⁹ Protocolo Adicional- Art. 4: “Las leyes de los demás Estados jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso”.

¹⁰ El 27 de noviembre de 1986, la CSJN, por tres votos contra dos, sentenció el divorcio vincular, declarando la inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2393 (Fallos 308: 2268 o JA 1986-IV-592). Es menester señalar que el 4/11/ 1997 la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (SCBA) decidió que tal declaración sólo tiene efecto en el caso y entre las partes del litigio y carece de efectos derogatorios *erga omnes*, limitándose a invalidar dicho art. 64 sólo respecto del caso sometido a decisión (Ac. 58.157).

o haya sido soltero, viudo o divorciado y hubiera convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco (5) años inmediatamente anteriores al fallecimiento. El plazo de convivencia se reducirá a dos (2) años cuando exista descendencia reconocida por ambos convivientes¹¹.

1) Antecedentes fácticos

Se trata de un pedido de beneficio de pensión, por quien contrajo en la República Oriental del Uruguay un matrimonio con el causante, estando divorciada en la República Argentina de acuerdo al art. 67 bis de la ley 2393¹², por culpa exclusiva de su anterior esposo. En el año 1989, después de diecisiete años de convivencia en aparente matrimonio con el causante —unión de la que nacieron dos hijos— por sentencia judicial se ordenó la exclusión del hogar de aquél. La decisión tuvo por finalidad resolver la situación donde imperaba la violencia psíquica y física contra los integrantes del grupo familiar y, en especial, evitar que los hijos menores de edad continuaran viviendo en peligro¹³.

2) Decisiones de instancia y apelación

El organismo previsional rechazó el pedido, por considerar que el matrimonio celebrado en el extranjero carecía de validez en la Argentina, ya que se había celebrado sin que la interesada tuviese aptitud nupcial. Calificó la relación como concubinato y, como tal, para poder reconocerle el derecho derivado de su condición de conviviente era necesario acreditar que el aparente matrimonio había subsistido hasta el deceso de aquél.

La Cámara Federal de la Seguridad Social confirmó la decisión del *a quo* que, al igual que el organismo previsional (ANSeS), rechazó la demanda tendiente a obtener el beneficio de pensión. La Sala II hizo mé-

¹¹ Con relación al recaudo previsto para acceder a la pensión por fallecimiento, la CSJN confirmó la sentencia de la Cámara Federal de la Seguridad Social que, a su vez, confirmó el fallo de la instancia anterior, en virtud del cual se había rechazado la demanda de la concubina sobre los derechos a la pensión de sobrevivencia, por considerar que la unión de hecho invocada no había sido debidamente demostrada. A tal efecto, la alzada señaló que “cabía distinguir el concubinato de la unión accidental de hombre y mujer, ya que de ambas situaciones se derivaban distintos efectos jurídicos. El matiz distintivo entre una figura y la otra, es la noción de estabilidad y perdurabilidad que existe en la convivencia en aparente matrimonio, pues ello revela una misma voluntad de fundar y mantener una comunidad de vida plena, lo cual repercute en el plano social”. Sentencia dictada el 18/07/06 en la causa “Nally, Carlos A. v. ANSeS s/pensiones” y publicada en Actualidad Jurídica de Córdoba- familia y minoridad, año III- Vol. 30, octubre 2006, p. 3165/3166.

¹² Adla, 1881-1888,497.

¹³ CSJN “Z., L.I. c. Administración Nacional de la Seguridad Social”, fallo publicado en LL 2005-E-260. Un comentario crítico a la sentencia puede verse en MAZZINGHI, Jorge A. LL, 12/09/05.

rito a que el jubilado había fallecido en un hogar geriátrico situado en la Provincia de Misiones, razón por la cual, el derecho de la ex conviviente no tenía sustento legal, porque al producirse el deceso, la vida en común ya no existía. Por consiguiente, no correspondía hacer lugar al pedido de la peticionaria que no había cumplido con el requisito de la convivencia pública en aparente matrimonio por el término de cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento o de dos años, si hubiera descendencia reconocida por ambos¹⁴.

En este examen conducía aplicar el art. 13 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1939-1940¹⁵, según el cual, vimos que los Estados Parte no están obligados a reconocer el matrimonio que se hubiera celebrado encontrándose vigente una unión anterior no disuelta legalmente. En virtud del art. 4 de su Protocolo Adicional, queda librado al orden público del Estado requerido la decisión que más convenga al espíritu de su legislación. En consecuencia, la alzada afirmó que no correspondía la procedencia del beneficio porque no cumplía con el requisito de la convivencia pública por el término de cinco años o de dos si hubiera descendencia, pues cuando el titular de la jubilación falleció se encontraban separados de hecho.

3) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En votación dividida, el 16 de agosto de 2005, el Alto Tribunal rectifica la resolución afirmando que el orden jurídico argentino carece de interés actual en reaccionar frente a un matrimonio celebrado en el extranjero, con impedimento de ligamen por un divorcio declarado de acuerdo a la ley 2393. Sustenta su posición, en la modificación del principio de disolubilidad del matrimonio que informa la legislación argentina a partir de la ley 23.515¹⁶ y del criterio de actualidad con que debe apreciarse el orden público internacional¹⁷. Consideró además, que dada la evolución legislativa habida en materia de divorcio y teniendo en cuenta que se constituyeron muchas familias a partir de casamientos en el extranjero, dicha ley admitió la disolución del vínculo para el futuro y también para las sentencias de separación pasadas en autoridad de cosa juzgada, extranjeras y nacionales, al permitir su transformación en sentencias de divorcio¹⁸.

¹⁴ Conf. citada ley 24.241, art. 53 inc. e, párrafo 4º.

¹⁵ Aprobado por decreto-ley 7771/56.

¹⁶ B.O. 12/06/87.

¹⁷ Doctrina sentada por la CSJN en el fallo "Solá, Jorge Vicente s/suc. ab intestato" publicado en LL, 1997-E-1032; Colección de Análisis Jurisprudencial, con nota de Sara Feldstein de Cárdenas, "Divorcio y orden público internacional: una pareja indisoluble para el Derecho Internacional Privado argentino" publicado en Derecho Internacional Privado y de la Integración - LL, Bs. As., 2004, p. 96/107.

¹⁸ Voto de la doctora Carmen M. Argibay.

Jorge Mazzinghi objeta el voto de la mayoría, al estimar que “interpreta erróneamente el tema relativo al orden público, en cuanto parece entender que la disolución admitida por la ley 23.515, podría ser aplicada retroactivamente a casos en que dicho vínculo no ha sido disuelto judicialmente, ni siquiera por una sentencia extranjera, que de todos modos, hubiera sido inoperante —según lo establecía la ley 2393— para disolver un matrimonio contraído en la Argentina”¹⁹.

Otro factor que toma en cuenta la Corte se relaciona con el derecho a obtener la pensión, el que no puede ser desconocido en la ANSeS aduciéndose la nulidad del matrimonio por mediar impedimento de ligamen, pues la acción dirigida a ese fin es admitida por el art. 239 del Código Civil con ciertas limitaciones. En su último párrafo, el artículo incorpora el principio de especialidad, lo cual significa que la nulidad no puede ser declarada de oficio sino que debe entablarse la acción pertinente por los legitimados expresamente por la ley, entre los que no se encuentra el organismo previsional.

También señala que dentro del marco del art. 14 bis de la Constitución Nacional y de los criterios imperantes en el ámbito de la seguridad social, la protección constitucional de la familia no se limita a la surgida del matrimonio legítimo, porque sería inicuo desamparar núcleos familiares no surgidos del matrimonio y, de este modo, desnaturalizar los fines propios de las leyes previsionales, que son la cobertura de riesgo de subsistencia, ancianidad y protección integral de la institución. Cuando la ley exige para acceder a la pensión por fallecimiento “una convivencia pública en aparente matrimonio durante por lo menos cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento” corresponde valorar si la convivencia previa al deceso no fue interrumpida por circunstancias ajenas a la voluntad de las partes, lo cual además es atendido por el ordenamiento jurídico para relevar a los esposos del deber de convivencia cuando ésta ponga en peligro cierto la vida, o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de ellos, de ambos o de los hijos (art. 199, primer párrafo del Código Civil).

A la luz de estas pautas exegéticas y habida cuenta que en la causa iniciada contra la ANSeS se han probado diecisiete años de unión, y que la actora ha demostrado que al momento de la muerte del titular de la jubilación estaban separados de hecho sin que tal situación le fuese imputable, el voto de la mayoría concluye que resulta procedente la demanda tendiente a obtener el beneficio de pensión derivado de la jubilación de aquél.

Asimismo, manifestó que la interpretación literal y aislada del art. 53, inc. e, 4º párrafo de la ley 24.241, no se compadece con el mandato

¹⁹ MAZZINGHI, JORGE A., Nota a fallo publicada en LL, de 12/09/05.

constitucional que garantiza la protección integral de la familia (art. 14 bis) sin limitarla a la surgida del matrimonio legítimo, ni tiene en consideración que quien debió recurrir a la justicia en defensa de su integridad física y psíquica y la de sus hijos menores, termine perjudicada por dicha acción, lo cual equivaldría a sostener que debía afrontar un riesgo a fin de asegurar un futuro beneficio²⁰. De allí, que la mayoría de los miembros de la CSJN decidan revocar la sentencia de la Cámara Federal de la Seguridad Social y reconocer el derecho al beneficio de pensión solicitado, habida cuenta que la solución satisface el interés de la actora y el carácter tutelar del derecho previsional.

III. Derechos sucesorios reclamados por la cónyuge supérstite- SCBA “Behrens, Germán o Hermann Friedrich, Suc. ab intestato”

1) Antecedentes fácticos

La Suprema Corte bonaerense ha resuelto, el 13 de junio de 2007, en votación coincidente y al hilo de distintos fundamentos, el conflicto sobre el reconocimiento de la legitimación para iniciar el sucesorio del causante por la cónyuge supérstite, sobre la base del matrimonio que ambos contrajeran en Alemania. La validez de éste depende de la inexistencia de impedimentos al tiempo de su reconocimiento al no haberse puesto en duda la existencia y validez del primer enlace celebrado en la ciudad de Buenos Aires en abril de 1937, de cuya unión nacieron tres hijos. Los cónyuges se divorciaron en mayo de 1969 mediante sentencia pronunciada por las autoridades locales, con el alcance que a aquella figura otorgaba la ley 2393²¹. En octubre de 1971, el Tribunal Regional de Berlín decretó el divorcio vincular, y en el mes de setiembre de 1977 el causante se casó en dicho país con la Sra. Ehlert, que promovió su juicio sucesorio²².

A ello se oponen los descendientes del causante, quienes arguyen que la posterior unión no puede ser reconocida en la República Argentina por afectar el orden público y por ende, les resulta inoponible. Avalan su posición en que al tiempo de contraerlo, su padre no estaba divorciado vincularmente del primer matrimonio celebrado en el país, ya que no correspondía asignarle efectos extintivos al divorcio vincular decretado en Alemania en fraude a la ley argentina y por un juez carente de jurisdicción.

En primera instancia, se rechazó la oposición formulada por los hijos del causante, otorgándole legitimación a la Sra. Ehlert para iniciar el

²⁰ Voto de los doctores Raúl Zaffaroni y Elena I. Highton de Nolasco.

²¹ Adla, 1881-1888- 497.

²² Sentencia publicada en la Ley Online.

sucesorio sobre la base de la sentencia extranjera de divorcio del causante y su posterior matrimonio en Alemania, siguiendo el criterio de actualidad del orden público establecido en el precedente de la CSJN en “Solá, Jorge Vicente”²³. La decisión es apelada por los descendientes de Behrens, que insisten en la falta de eficacia del matrimonio que aquélla contrajera en Alemania con su padre.

2) Sentencia de la Cámara

En orden a resolver la controversia planteada, la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro sostiene que el divorcio sentenciado según la ley 2393 lo era con el alcance de una mera separación legal, dejando subsistente el impedimento de ligamen. El causante pudo sanear su situación *a posteriori* de la sanción de la ley 23.515, solicita la disolución del vínculo en los términos previstos por la misma ley (art. 8) y no lo hizo pese al tiempo transcurrido entre la sanción legal y su fallecimiento (28/09/1999). Al no haber intentado siquiera la disolución del vínculo no puede tenérselo por extinguido, ya que sólo si hubiera efectuado dicha conversión se le podría conferir a este último una especie de efecto retroactivo y considerar válido el ulterior matrimonio del causante, teniendo en cuenta el concepto de actualidad del orden público. Como tal circunstancia no ha sucedido, esta solución no es aplicable

Por otro lado, argumenta que la sentencia de divorcio vincular expedida en Alemania en 1971 ha emanado de un juez incompetente en la esfera internacional, en fraude a la jurisdicción del país que siempre afecta al orden público. La afirmación se funda en el art. 104 de la ley 2393 vigente en aquel entonces, que otorgaba a los tribunales locales la jurisdicción internacional exclusiva con respecto a los procesos de divorcio de matrimonios con domicilio conyugal argentino cualquiera fuese la nacionalidad de los cónyuges. La localización de esa conexión decisiva la infiere del hecho que respecto al matrimonio celebrado el 1 de abril de 1937 en Buenos Aires, se hubiese dictado sentencia de divorcio en la ciudad de La Plata el 20 de mayo de 1969, con los efectos limitados de la ley 2393. Tal declaración de divorcio en el régimen de dicha ley encuentra su equivalente en la separación personal de la ley 23.515 y no necesariamente en el divorcio vincular de la misma, exigiéndose, en todo caso, para operar la transformación a este último régimen hacer uso de la facultad de convertir aquella sentencia firme en divorcio vincular conforme a las previsiones del art. 238 del Código Civil.

²³ CSJN, Fallos 319: 2779, sentencia publicada en LL, 1997-E-1032, Colección de Análisis Jurisprudencial, con nota de Sara Feldstein de Cárdenas, ob. cit.

Aduce además, que al tratarse de un matrimonio llevado a cabo en el extranjero en el año 1977, debe considerarse el derecho del lugar de celebración, pero ese reconocimiento tiene un límite dado por la existencia de impedimentos matrimoniales de 'orden público internacional' enumerados en el art. 166 del Código Civil. El matrimonio anterior mientras subsista, constituye un obstáculo dirimente que obsta a la eficacia extraterritorial del matrimonio celebrado en otro Estado, pues el mismo texto normativo dispone imperativamente que "no se reconocerá ningún matrimonio celebrado en un país extranjero...si mediara impedimento de ligamen" (art. 160).

Basándose en estas apreciaciones, la Sala II de la Cámara acoge el planteo de los hijos del Sr. Behrens, por lo que resolvió revocar la sentencia de la instancia anterior declarar la falta de legitimación para actuar en el sucesorio del causante por quien no ostenta título de cónyuge legítima del mismo²⁴.

Contra esta decisión, se alza la Sra. Ehlert mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en el que denuncia erróneamente aplicados los arts. 14, 14 bis, 19, 20, 33 de la Constitución Nacional; art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 14, 159, 160, 214, 217, 227, 238 y conchs. del Código Civil y de la ley 23.515 y su doctrina.

3) Sentencia de la Suprema Corte de Buenos Aires

El conflicto que plantea el caso gira en torno de la legitimación esgrimida por la recurrente para iniciar la sucesión. Dicha legitimación depende de la validez que se asigne a su matrimonio celebrado con el causante en el extranjero, subordinada a su vez, a la validez de la disolución del primer matrimonio de aquél realizado en nuestro país. Ello así, toda vez que la falta de disolución del primer vínculo, tornaría inválido el segundo por impedimento de ligamen (CCivil, art. 166, inc. 6).

En orden a hacer lugar al recurso deducido, la Corte examina y rebate distintos aspectos de la sentencia de grado:

a) Efectos del divorcio del primer matrimonio

Pese a reconocer que el divorcio decretado en la Argentina — año 1969— de la primera mujer del causante fue en los términos de la ley 2393 que no confería aptitud nupcial para contraer posterior enlace, el Tribunal destaca que la indisolubilidad del matrimonio ya no es de contenido legal. A tal efecto señala que desde el precedente de la CSJN en "Sejean, Juan B. c. Zacks de Sejean, Ana M.s/divorcio"²⁵, la indisolubilidad del matrimonio por divorcio fue admitida y receptada finalmente por la ley 23.515.

²⁴ CCiv. y Com. San Isidro, sala II, 24/06/2003, "B., G.F. o H.F. s. sucesión", sentencia publicada en LLBA, 2004-444 y en DJ, 2004-2-429.

²⁵ CSJN, 27 de noviembre de 1986, Fallos 308: 2268 o JA, 1986-IV-592.

b) Fraude a la jurisdicción nacional

El art. 104 de la ley 2393 otorgaba jurisdicción internacional exclusiva a favor de los tribunales nacionales, respecto a los procesos de divorcio de matrimonios con domicilio conyugal argentino en el momento de deducirse la demanda. Desde la decisión de la CSJN en la causa “Emilia Cavura de Vlasov c. Alejandro Vlasov”²⁶, se entiende que el domicilio conyugal es el último lugar de efectiva e indiscutida convivencia de los esposos. A juicio de la SCBA, la vigencia de esta regla al momento en que la acción de divorcio vincular fue promovida en el extranjero, conduciría a concluir que la justicia alemana decretó el divorcio de los cónyuges sin poseer jurisdicción al efecto, pues el último domicilio conyugal se localizaba en el país. Aunque esa norma ya no regía al tiempo de solicitarse el reconocimiento de la decisión foránea, igualmente los foros contemplados en el art. 227 del CCivil —último domicilio conyugal efectivo o domicilio del cónyuge demandado— pregonaban la jurisdicción argentina.

No obstante este hecho, estima que no podía interpretarse que haya sido dictado en fraude a la jurisdicción nacional, en virtud de las siguientes consideraciones:

- El mencionado art. 227 no reinvidica en modo exclusivo la jurisdicción de los tribunales locales, vedando toda otra actuación judicial extranjera. Por el contrario, el mismo establece una jurisdicción concurrente, lo que posibilita la actuación de la justicia extranjera siempre que tenga en cuenta un foro razonable, es decir, que no se haya ejercido una jurisdicción exorbitante, arbitraria, abusiva, artificial o fraudulenta. Aún cuando los dos criterios atributivos de jurisdicción remitan a los tribunales argentinos, ello no permite afirmar la existencia de una jurisdicción exclusiva y excluyente²⁷. Se tratará de una jurisdicción única, pero no exclusiva en el sentido de repeler cualquier otra bajo cualquier circunstancia²⁸.

²⁶ Ante la dificultad de Emilia Cavura de entablar la demanda de divorcio por abandono voluntario y malicioso del hogar conyugal, adulterio e injurias graves contra “Vlasov” en el extranjero, la Corte admitió la posibilidad de asumir jurisdicción a pesar de la existencia de normas que no habilitaban el conocimiento de los tribunales argentinos (art. 104, ley 2393) con la finalidad de impedir la denegación internacional de justicia dado el riesgo de un eventual conflicto negativo de jurisdicción por la declaración de incompetencia de los jueces italianos a los que se sometiera la controversia. Fallos 246:87 o J.A., 1960-III-216.

²⁷ La localización de ambos factores en territorio nacional, resultó decisiva para el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba a la hora de fundamentar el rechazo del diligenciamiento del exhorto proveniente de la República Federal de Alemania y, por ende, anticipar la ineficacia de la sentencia extranjera de divorcio. Sentencia “B.B.c.D.de B.,L.E.” de 21/12/1989 publicada en LL Córdoba, 1990-789.

²⁸ GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho Internacional Privado- Derecho de la Tolerancia*, ob. cit., p. 470.

- El Tribunal Regional de Berlín, que decretó el divorcio vincular del matrimonio argentino, asumió potestades en orden a las propias normas que lo habilitaban en razón de la nacionalidad alemana de ambos cónyuges que vivían en el extranjero (parágrafo 606, párrafo 3 del Código Procesal) juzgándose, asimismo, aplicable el derecho alemán por cuanto el actor era, al momento de interponer la demanda, ciudadano alemán (art. 17, párrafo 1 de la Ley de Introducción al Código Civil).

Aunque pueda sostenerse que la elección de la justicia alemana tuvo en miras las restricciones establecidas por el derecho material vigente en ese tiempo en Argentina, difícilmente haya espacio para considerar irrazonable la asignación de eficacia jurídica actual a los trámites cumplidos ante los tribunales del país europeo.

- Las reglas atributivas de jurisdicción contenidas en el art. 227, tienden a garantizar el acceso a la justicia y el derecho de defensa de los dos potenciales interesados en el conflicto matrimonial. Sin embargo, la primera cónyuge del causante no se opuso durante el trámite de divorcio en el país extranjero a pesar de haber sido citada por vía diplomática, no habiéndose acreditado que lo hubiera hecho con posterioridad al dictarse la sentencia y ser notificada de ello.

c) Orden público internacional

El Tribunal alude a la citada doctrina de la CSJN en “Solá, Jorge Vicente” que destaca el carácter esencialmente variable del orden público internacional, “pues expresa los principios esenciales que sustentan la organización jurídica de una comunidad dada, y su contenido depende en gran medida de las opiniones y creencias que prevalecen en cada momento en un estado determinado”²⁹. Destaca así, el criterio de actualidad con que debe considerarse el orden público a partir de la sanción de la ley 23.515 que admite la disolubilidad del vínculo matrimonial por divorcio, lo que lleva a que el orden jurídico argentino carezca de interés actual en reaccionar ante un matrimonio celebrado en el extranjero, subsistiendo el vínculo anterior³⁰ y que es invocado en el foro en virtud de los derechos sucesorios reclamados por la cónyuge supérstite.

Bajo ese razonamiento manifiesta, que no sería razonable afirmar que interese en la actualidad a nuestro ordenamiento jurídico desconocerle eficacia a sentencias extranjeras, máxime si se repara en que la ley citada admitió la disolución del vínculo no sólo para el futuro, sino para las sen-

²⁹ CSJN, “Solá, Jorge Vicente s/Sucesión ab intestato” de 12/11/1996, LL, 1997-E-1032.

³⁰ CSJN, punto 6 del voto de la mayoría “Zapata, Lucrecia Isolina c/ANSeS s/Pensiones” de 16/08/05 publicada en LL, 2005-E-260.

tencias de separación pasadas en autoridad de cosa juzgada, al permitir su conversión en sentencias de divorcio.

Desde esa óptica, cita la opinión de Germán J. Bidart Campos sobre el reconocimiento de sentencias extranjeras de divorcio disolutorio en nuestro orden jurídico interno, quien sostuvo que “si al tiempo de pretenderse en nuestro país el reconocimiento de un divorcio extranjero disolutorio ya no rige la norma de indisolubilidad sino su opuesta, la sentencia reconocible por sus demás condiciones surte aquí el efecto dirimente, en cuanto no hay repugnancia al ‘orden público’ interno al momento de hacerse valer el acto jurisdiccional foráneo”³¹. Basándose en estas apreciaciones, los jueces deciden revocar la sentencia de grado y reconocer, en consecuencia, a la recurrente legitimación para iniciar la sucesión del causante, con costas a la vencida.

IV. Vocación sucesoria de la viuda- CSJN “Ulloa, Alberto s. sucesión”

1) Antecedentes fácticos

El causante Alberto Ulloa contrajo matrimonio con la Sra. Lucrecia Beatriz Woodyatt Michel en 1980, en Perú, quien por entonces se encontraba divorciada, bajo el régimen de la Ley 2393, de su primer esposo desde el año 1975. Recién en el año 1987, se anotó marginalmente en la partida correspondiente la conversión del divorcio en vincular de conformidad con la nueva regulación dispuesta por la Ley 23.515.

La admisibilidad de la vocación sucesoria de quien alega ser la cónyuge supérstite del causante del segundo matrimonio celebrado en el extranjero, ha motivado diferentes fundamentos y pronunciamientos en las sucesivas etapas del juicio. En efecto, contra la declaratoria de herederos de primera instancia, en cuanto declaró en tal calidad como cónyuge supérstite a Sra. L.B. W, se alza la heredera (hija del causante) por cuanto resiste la condición declarada a la restante heredera, en la medida que sostiene que el matrimonio entre ambos fue celebrado en fraude a la ley argentina, pues aquélla en dicha oportunidad era de estado civil divorciada en los términos de la ley 2393 que no disolvía el vínculo entre los cónyuges. En este sentido, consideró que las normas matrimoniales, que contemplan el divorcio vincular, fueron dictadas con posterioridad a la celebración del matrimonio cuestionado, razón por la cual no lo pueden transformar en un acto válido.

³¹ BIDART CAMPOS, Germán J., “Reconocimiento de sentencias extranjeras de divorcio disolutorio”, ED, 137-403.

2) Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K

El régimen positivo argentino prevé lo que la doctrina llama *favor matrimonii*, al someter los aspectos tanto formales como sustanciales del matrimonio a la ley del lugar de su celebración. Inclusive tolera lo que se ha denominado “fraude inocuo” al permitir que las partes abandonen su domicilio para sujetarse a un derecho diferente que rija esa unión, con el fin de evitar nulidades e inexistencias matrimoniales. Todo ello, en la medida que no se contradiga la norma de aplicación inmediata del art. 160 del CCiv. —impedimentos de parentesco, ligamen y crimen— ni el orden público internacional argentino (art. 14, CCiv.) ya que éste descarta la aplicación del derecho extranjero requerido para regular la relación jurídica a pesar de haber sido indicado por nuestro sistema de DIPr.

Habida cuenta que a la fecha de la celebración del enlace en el Perú por personas domiciliadas en la República Argentina mediaba impedimento de ligamen de uno de los contrayentes, la Cámara concluye que ese matrimonio fue celebrado en fraude a la legislación argentina.

La excepción del fraude a la ley, consiste en la utilización de medios lícitos con el fin de alcanzar un resultado ilícito³². Los elementos esenciales que lo configuran pueden concretarse en los siguientes: a) constitución maliciosa y artificiosa de la conexión; b) localización de la relación en un ordenamiento extranjero; y c) pretensión de que la reglamentación dada por aquél sea reconocida como válida en el ordenamiento jurídico defraudado³³. La característica del fraude a la ley en el DIPr. radica en que “una norma de conflicto es utilizada y desnaturalizada con el único propósito de escapar a las disposiciones del derecho normalmente aplicable”³⁴. Justamente, la sanción del fraude a la norma de conflicto vendría dada por privar de eficacia a la maniobra, aplicando la ley evadida con todos sus efectos.

Ahora bien ¿En qué hechos se basa la alzada para encuadrar la causa dentro de la excepción?

Como ha resaltado W. Goldschmidt, los indicios más importantes de la intención fraudulenta son la expansión espacial y la contracción tem-

³² FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho Internacional Privado*, ob. cit., p. 355.

³³ La primera vez que se forjó la figura del fraude a la ley fue en el asunto de la condesa de Charaman Chimay, quien casada con el duque de Bauffremont se establece en Alemania y adquiere esa nacionalidad con el fin de obtener el divorcio que la ley francesa de 1878 no lo permitía. El posterior matrimonio de la duquesa con el príncipe rumano Bibesco, fue declarado nulo por la justicia francesa por haberse cometido fraude a la ley.

³⁴ CARRILLO SALCEDO, Juan A., *Derecho Internacional Privado- Introducción a sus problemas fundamentales*, Ed. Tecnos, 3º Ed., Madrid, 1983, p. 237.

poral³⁵. La pretensa heredera y el Sr. Ulloa realizaron de manera acelerada el acto matrimonial en el extranjero, no obstante carecer aquélla de aptitud nupcial conforme a la ley argentina que regía en ese momento. De allí, que el tribunal proceda a verificar la satisfacción de los recaudos de validez de la situación creada en el extranjero y que es llamada a desplegar sus efectos en el país. Ese examen lo efectúa a la luz del art. 13 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, a pesar de que éste no resultaba aplicable al caso, dado que la República peruana sólo ha ratificado el de 1889.

La invocada disposición de 1940, que es el fiel reflejo del art. 11 del texto anterior, somete la existencia y validez del matrimonio a la ley del lugar de celebración pero permite a los Estados Parte no reconocer los viciados por determinados impedimentos, como es el de ligamen.

Entre las distintas doctrinas y fallos de los jueces que discrepaban en la calificación que cabía dar a estos segundos matrimonios contraídos en el exterior - nulidad absoluta³⁶, inexistencia³⁷, cuasi—inexistencia³⁸, desconocimiento de eficacia extraterritorial o de validez internacional³⁹— la Cámara se inclina por esta última tesis. Aplica la doctrina de su fallo plenario recaído en autos “M. G. de Z., M. s/Suc.” de 8/11/1973 en el que

³⁵ GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho Internacional Privado- Derecho de la Tolerancia*, ob. cit., p. 111.

³⁶ ALBORNOZ, J./PALLARÉS, B. “Ineficacia de matrimonios celebrados en el extranjero”, en Enc. de Derecho de Familia, t. II, Ed. Universidad, Bs. As, 1992, p. 530; KALLER DE ORCHANSKY, BERTA, “La doctrina reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de los matrimonios celebrados en el extranjero en fraude a la ley argentina”, LL, 140-1117 y “Matrimonio en fraude a la ley argentina. Improcedencia de una información sumaria”, LL, 1976-C-104; ZANNONI, EDUARDO, “Hacia la declaración de nulidad de oficio del matrimonio en fraude a la ley”, LL, 138-740.

³⁷ BORDA, GUILLERMO, *Tratado de Derecho Civil Argentino-Familia*, t.I, 30 ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., n° 168; LLAMBÍAS, Jorge, opina que ese matrimonio es inexistente porque falta el consentimiento matrimonial, ya que el intercambiado por los contrayentes en tales condiciones en nada se diferencia del que se han conferido los concubinos que viven maritalmente, LL, 140-1116.

³⁸ MOLINARIO, ALBERTO, “Algunas reflexiones acerca de la cuasi-inexistencia temporal: de la unidad jurisdiccional en cuestiones familiares y del régimen de la buena fe en materia de nulidad matrimonial”, JA, 10-1971-86.

³⁹ BELLUSCIO, AUGUSTO C., propuso privar al acto de eficacia para producir efectos en el país, o sea declaró su ineficacia extraterritorial en “El segundo matrimonio celebrado en el extranjero”, LL, 122-1065 y en “Difusión jurisprudencial de la tesis del desconocimiento de eficacia extraterritorial del segundo matrimonio extranjero”, LL, 139-357. Esta posición tiene su origen en un voto del juez Barraquero, integrante de la CNCiv., sala B, 13/12/57, “R., P., suc.” (La Ley, 92-520) en donde se resolvió que la solicitud de que se declare la nulidad absoluta del segundo matrimonio celebrado por el marido en México, en virtud de subsistir el primero conforme con la legislación argentina, debe limitarse a no reconocer su validez dentro del territorio de la República. En el caso “Rosas de Egea, Manuela c. Instituto Nac. de Previsión Social” del 12/05/69, también lo admitió la CSJN al juzgar en materia previsional y revocar una decisión de la Cámara del Trabajo, LL, 135-624.

se dispuso que no será necesario promover la acción de nulidad prevista en la ley 2393 para privar de eficacia a la referida partida de matrimonio⁴⁰. No obstante reconocer que con posterioridad la CSJN sostuvo una postura contraria⁴¹, razona que no puede dejarse de lado que el art. 303 del C.P.C.C.N. impone obligatoriamente la adecuación a la citada doctrina plenaria ya que no se había dictado una nueva sentencia plenaria sobre la misma cuestión. En ese sentido, agrega que si bien es cierto que la entrada en vigencia de la ley 23.515 que admitió la disolución del vínculo por divorcio para los matrimonios tanto en los procesos en trámite como para las sentencias firmes de divorcio obtenidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley (art. 8⁴²), también lo es que esta disposición no contempla que los efectos del divorcio vincular puedan retrotraerse. “Los efectos del divorcio vincular se producen recién a partir de la sentencia firme que lo decreta, recuperando los cónyuges su aptitud nupcial de inmediato, siendo evidente que este efecto es para el futuro más nunca puede retrotraerse en el tiempo y menos aún conceder una suerte de saneamiento a un matrimonio celebrado en fraude a la ley argentina como lo fue el que se contrajera por la Sra. W. y el causante en el Perú”.

Por ello, resuelve revocar la resolución apelada, declarando inválido a los fines pretendidos el acto de matrimonio celebrado por el causante en el extranjero y, por ende, excluyó a la reclamante de la declaratoria de herederos⁴³.

Contra este pronunciamiento la pretensa heredera interpuso recurso extraordinario, afirma que la sentencia no recepta la actual doctrina de la Corte Suprema y que viola el principio *locus regit actum*, cuyo rechazo motiva la queja ante el Superior Tribunal Federal del país.

3) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Dos son las cuestiones fundamentales que aborda la sentencia: la primera, se vincula con la habilitación de la vía extraordinaria; y la segunda, con el carácter mutable del orden público internacional⁴⁴.

a) El recurso extraordinario es formalmente procedente cuando los agravios conducen a la interpretación de tratados internacionales —ley

⁴⁰ CNCiv., sala K, ED, 54-136.

⁴¹ CSJN, “Solá, J.V. s/suc.” de 12/11/1996, LL, 1997-E-1032.

⁴² El art. 8 prescribe que será facultativo de los cónyuges solicitar la conversión de los efectos de la sentencia de divorcio obtenida con anterioridad al dictado de la ley 23.515, otorgándole el carácter de vincular.

⁴³ CNCiv, sala K, “Ulloa, Alberto s/suc. ab intestato”, de 04/07/2005, publicada en LL, 2005-E-498.

⁴⁴ CSJN, “U., A. s/suc.” de 10/04/2007, sentencia publicada, en LL, 2007- D-132 con nota de Lilia María Calderón Vico de Della Savia y en LL, 2007-F- 247 con nota de Néstor E. Solari.

suprema de la Nación. art. 31 de la Constitución Nacional— lo cual suscita cuestión federal de trascendencia a los efectos de la habilitación de esa vía (art. 14, inc. 3 de la ley 48 y art. 280 del C.P.C.C.N.).

b) El orden público internacional expresa los principios esenciales que sustentan la organización jurídica de una sociedad en una época determinada que, agazapado y al acecho, espera su turno para salir a escena. Pues la función que desarrolla, es evitar la aplicación del ordenamiento extranjero reclamado por la norma de conflicto argentina e impedir la eficacia en el foro de decisiones y actos constituidos en el exterior, cuando sean “manifiestamente” contrarios al mismo. Como excepción que es al normal funcionamiento de la norma de conflicto, debe considerarse de modo restrictivo. Esta interpretación y aplicación excepcional puede apreciarse en las cláusulas específicas contenidas en numerosos convenios internacionales vigentes en nuestro sistema de DIPr⁴⁵.

Se ha visto que el orden público internacional no es un concepto inmutable y definitivo, ya que un cambio de las “circunstancias políticas y económicas, una alteración de la ideología imperante, puede alterar el espíritu de la legislación y hacer variar el concepto de orden público”, es decir, que éste “es esencialmente variable según los países y los tiempos”⁴⁶.

En el caso sometido a decisión, el alcance de la cláusula de reserva ha sido analizado desde la óptica de la ley 23.515 a los efectos de precisar el momento en el cual corresponde situarse temporalmente para determinar su contenido. Esta ley deroga el principio básico de la indisolubilidad del vínculo matrimonial que constituyó uno de los ejes fundamentales sobre los que se asentó la ley 2393⁴⁷, estableciendo la disolución del vínculo por divorcio. Con ello surge la cuestión atinente a saber si la unión contraída en el exterior con impedimento argentino subsistente por parte de uno de los contrayentes, debe ser enjuiciada, en cuanto a su compatibilidad con el orden público del foro, conforme al contenido de éste al momento de contraerla o cuando se solicita el reconocimiento de la calidad de heredera de la cónyuge supérstite. Esta última opción es la solución a la que arriba la Corte, remitiéndose *brevitatis causae* a los fundamentos vertidos en su sentencia de 12 de noviembre de 1996 en autos “Solá, Jorge Vicente s/ suc.

⁴⁵ En tal sentido, art. 5 de la Convención Interamericana de 1979 sobre Normas Generales de DIPr; art. 22 de la Convención Interamericana de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias; art. 25 de la Convención Interamericana de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores; art. 17 del Convenio de La Haya de 1978 sobre Legislación Aplicable a los Contratos de Intermediación y Representación, entre otras.

⁴⁶ KALLER de ORCHANSKY, BERTA, *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Ed. Plus Ultra, Bs. As., 1991, p.137.

⁴⁷ El art. 7 de esta ley disponía que la disolución en país extranjero de un matrimonio argentino, aunque sea de conformidad con las leyes extranjeras, si no lo fuere con las argentinas, no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse.

ab intestato”⁴⁸ porque la situación planteada presentaba circunstancias fácticas equivalentes y un análogo marco jurídico. Aunque no debemos olvidar que Ulloa contrajo nupcias en Perú, por lo que correspondía aplicar la segunda parte del art. 11 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 que es igual al art. 13 del texto de 1940 mencionado en los considerandos del fallo.

Conforme a esta normativa y dada la modificación introducida por la ley 23.515 a los principios que informan la legislación matrimonial de la República, se considera que el orden jurídico argentino carece de interés actual en reaccionar frente a un matrimonio celebrado en el extranjero con impedimento de ligamen y que es invocado en el foro en virtud de los derechos sucesorios reclamados por la cónyuge supérstite. A tenor de la tesis de la actualidad del orden público internacional, la Corte Suprema revoca la sentencia dictada por la Sala K de la CNCiv., y le confirió a la peticionante la calidad de heredera en la sucesión del causante Ulloa.

V. Marco abierto a tesis contrapuestas

Las sentencias que fueron objeto de estos comentarios, marcaron la senda para reconocer derechos hereditarios y derechos a pensión a personas domiciliadas en la República que contrajeron matrimonio en el extranjero, existiendo por lo menos para uno de los contrayentes un matrimonio anterior disuelto con los alcances limitados que le confería la ley 2393 que, como vimos, no disolvía el vínculo matrimonial, y quedaba subsistente el impedimento de ligamen.

En este contexto, resultan indiscutibles las conclusiones del Máximo Tribunal del país en cuanto a la naturaleza del orden público internacional, absolutamente dependiente de la evolución de los valores de una sociedad, y por lo tanto variable. Justamente por esta variabilidad es que su contenido debe analizarse al momento de resolver la petición de que se trate y no conforme a los principios que nutrían el ordenamiento social al tiempo de sucederse los hechos relevantes del caso. La indisolubilidad del vínculo matrimonial dejó de integrar el orden público interno e internacional, a raíz del cambio de valoraciones producido por la ley 23.515.

No obstante compartir estos argumentos, estimo conveniente destacar el otro camino de reflexión que abren algunas salas de la Cámara Nacional de Apelaciones que, si bien admiten que la indisolubilidad del matrimonio ha dejado de integrar el orden público interno, sostienen “... lo que el impedimento de ligamen protege no es la indisolubilidad sino el matrimonio monogámico, al impedir que se contraiga uno nuevo sin disol-

⁴⁸ CSJN, 12/11/1996, Fallos 319:2779 o LL, 1997-E-1032.

ver previamente el anterior que pudiera tener uno o ambos contrayentes por lo que el impedimento de referencia no es exclusivo de los regímenes que no admiten la disolución del vínculo sino común a todas las legislaciones que consagran el divorcio dirimente o disolutivo, ya que admitir lo contrario conduciría a la poligamia o poliandria. Y no puede sostenerse que la monogamia no integre el orden público, tanto antes como después de la vigencia de la ley 23.515”.

El matrimonio celebrado en fraude a la ley es un tema abierto y recurrente, que seguirá teniendo diferentes soluciones según cual sea la vía interpretativa que adopten los tribunales argentinos.



SECCIÓN IV

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO,
RELACIONES INTERNACIONALES E
INTEGRACIÓN REGIONAL

EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE UNASUR Y SU COHERENCIA CON EL MODELO DE INTEGRACIÓN DE ESE PROCESO

Zlata Drnas de Clément*

Sumario: Introducción. I- Mecanismos de solución de controversias en distintos procesos de integración. II- El tipo de proceso de integración que representa la UNASUR. Reflexiones finales.

Resumen: El presente trabajo analiza si el mecanismo de solución de controversias dispuesto en el Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) es acorde a los objetivos, sistema institucional y modelo de ese proceso de integración.

Palabras Clave: UNASUR - solución de controversias - coherencia.

Introducción

La Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR)¹, nacida formalmente de conformidad al Tratado de Brasilia de 23 de mayo de 2008, constituye la cristalización de una etapa del proceso de integración que busca configurar un “espacio regional integrado en lo político, económico, social, cultural, ambiental, energético y de infraestructura (...)”²⁻³ entre

*Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Catedrática de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Profesora Emérita de la Universidad Católica de Córdoba, Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹ Se ha elegido la referencia a “Suramérica” (Sudamérica), en primer lugar, para señalar una región geográfica, en segundo lugar, en el sustantivo compuesto “Suramérica”, se usa la letra *r* en lugar de la *d*, para hacer presente que se trata de la América del Sur mestiza, con hondas raíces indígenas y alejada de los proyectos político-sociales-culturales de Patria europea, antigua colonizadora de la región. Esta concepción es la que ha inclinado la preferencia a hablar de “Naciones” y no de “Estados”. El lema de UNASUR es “Vivir bien sin neocolonialismo”. Debe tenerse en cuenta que el tratado constitutivo de la UNASUR, en parte preambular, ha expresado que está inspirado “en las Declaraciones de ‘Cusco’ (8 de diciembre de 2004), Brasilia (30 de septiembre de 2005) y Cochabamba (9 de diciembre de 2006)” y que la Declaración de ‘Cusco’ ha sido adoptada en la Pampa de Quinua para recordar los 189 años de la Batalla de Ayacucho, último gran combate contra los realistas en las guerras de la independencia americana.

² Tercer párrafo preambular del Tratado Constitutivo de la UNASUR (TUNASUR).

³ La UNASUR tiene sus antecedentes en varias iniciativas brasileñas, entre ellas: -la constitución del *Área de Libre Comercio de Sud-América* propuesta en 1993 por el Presidente Itamar

Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Uruguay, Surinam, Venezuela. De conformidad al Art. 2 de su Tratado Constitutivo, la UNASUR “tiene como objetivo general construir, de *manera participativa y consensuada*, un espacio de integración, unión en lo cultural, social, económico y político entre sus *pueblos*, otorgando *prioridad al diálogo político*, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados” (el resaltado nos pertenece). Entre los objetivos específicos enunciados en el Art. 3 del TU, figura, en primer lugar, la referencia al “fortalecimiento del *diálogo político* entre los *Estados Miembros (...)*” (el resaltado nos pertenece).

Tal como lo señala el propio Tratado constitutivo de la UNASUR (TU), “la integración suramericana debe ser alcanzada a través de un *proceso innovador*, que incluya todos los logros y lo avanzado por los procesos de MERCOSUR y la CAN, así como la experiencia de Chile, Guyana y Suriname⁴, *yendo más allá de la convergencia de los mismos*” (el resaltado nos pertenece).

Si consideramos, agregado a lo anterior, que toda normativa UNASUR debe ser adoptada por consenso; que las únicas fuentes jurídicas que contempla el sistema son el Tratado constitutivo de UNASUR e instrumentos adicionales, los acuerdos celebrados por los Estados Miembros de UNASUR en el marco del TU, las Decisiones del Consejo de Jefes de Estado y Gobierno; las Resoluciones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y las Disposiciones del Consejo de Delegados (un representante por Estado Miembro)⁵, cabe preguntarse si la “*convergencia y más*” que se espera que este *proceso innovador* alcance —incluyendo “todos los logros

Franco; —la conformación de *Unión Sudamericana* presentada en 2000 por Fernando Henrique Cardoso; —la *Comunidad Sudamericana de Naciones* propuesta en ‘Cusco’ 2004 por Ignacio “Lula” Da Silva (reafirmando la idea de conformación de esta entidad en las Cumbres de Brasilia de 2005 y Cochabamba de 2006). En 2007, en Isla Margarita-Venezuela, en la Cumbre Energética, se decidió la creación, a más del Consejo de Energía, de la UNASUR. La región tiene 17.715.335 km², 381 millones de habitantes (6% de la población mundial); un PBI de 2,4 billones de dólares estadounidenses (sobre un total global de 62.2 billones)

⁴ Este párrafo, séptimo preambular (TU), no nombra a la República Bolivariana de Venezuela por separado, si bien es uno de los doce países integrantes de la UNASUR que suscribe el Tratado fundacional. Es de observar que Venezuela se ha retirado de la CAN en 2006 y ha solicitado ese mismo año su admisión como Estado Parte en el MERCOSUR (Miembro pleno), incorporación que a la fecha (noviembre de 2008) aún no se ha producido por la falta de las ratificaciones necesarias al Protocolo de Adhesión.

⁵ Todos los órganos citados son intergubernamentales, sin que se haya contemplado delegación alguna de competencias en órgano central alguno.

y lo avanzado por los procesos de MERCOSUR y la CAN” a más de la experiencia de los otros países miembros de la organización— puede estar respaldada en el feble modelo de solución de diferencias que el TU ha previsto: negociaciones directas; sometimiento a consideración del Consejo de Delegados a pronunciarse dentro de los 60 días de recibida la solicitud; elevación a consideración del Consejo de Ministros en su próxima reunión⁶. Para determinar ello creemos conveniente considerar, en primer término, los mecanismos de solución de controversias que los distintos proyectos de integración han elegido de conformidad a su textura institucional y su grado de profundización (I) y, en segundo término, el tipo de proceso de integración que representa la UNASUR (II).

I- Mecanismos de solución de controversias en distintos procesos de integración

Tal como lo señaláramos en un trabajo reciente⁷, el modelo de solución de controversias que se adopta en cualquier tipo organizativo jurídico es reflejo del grado de desarrollo del sistema y del compromiso asumido por los Estados Partes o Miembros en la consecución de los objetivos concertados. Ello adquiere especial significación en los procesos de integración, atento a la necesidad de garantizar no sólo el cumplimiento de la normativa del sistema, dar seguridad jurídica e impulso al sistema a través de una interpretación legal uniforme, sino también responder a la dinámica progresiva de esos procesos desde una sólida estructura jurídica central.

Varios procesos de integración han creado *tribunales de justicia* —con capacidad de “decir” el derecho— para la solución de sus controversias, constituyendo éste el mecanismo más avanzado y con mayor capacidad para contribuir al desarrollo de un modelo integrador

Así, el sistema comunitario europeo, que constituye el más exitoso proceso de integración a nivel planetario, ya desde sus inicios, se proveyó de un tribunal de justicia. La primera de sus comunidades, la *COMUNIDAD ECONÓMICA DEL CARBÓN Y DEL ACERO (CECA)* creó ya en su tratado constitutivo (París, 1951) el *Tribunal de Justicia* como órgano de la Comunidad (Art. 31 del Tratado de la CECA). Idéntico sistema de solución de diferendos adoptaron la *COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA (CEE)* (Art. 164 del Tratado de la CEE, Roma, 1957) y la *COMUNIDAD EUROPEA*

⁶ Art. 21 del TU.

⁷ “Arbitraje y procesos de integración económica regional: la experiencia en el MERCOSUR”, Relato presentado en el XXVIII Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, 2008. *Anuario del IHLADI*. Vol. 2008 (en prensa, San Lorenzo de El Escorial, España) (V. www.acaderc.org.ar).

DE ENERGÍA ATÓMICA (CEE) (Art. 136 del Tratado de la CEEA, Roma, 1957). Los tres tribunales se fusionaron en uno tras la Convención sobre instituciones comunes de 25 de marzo de 1957. El Tribunal de Justicia fue establecido como órgano comunitario responsable de asegurar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados, en calidad de intérprete supremo del Derecho comunitario. El tribunal es garante de la legalidad, de la constitucionalidad comunitaria, tiene funciones revisoras y emplea técnicas características de juez constitucional como de juez contencioso administrativo. Ha sido un decisivo impulsor del fortalecimiento y desarrollo del derecho comunitario.

Debe tenerse en cuenta que el sistema comunitario europeo constituye un orden jurídico propio, distinto del internacional ya que, a pesar de tener su origen en tratados entre Estados, el sistema ha sido ampliamente desarrollado por instituciones comunitarias con competencias normativas generadoras de derecho derivado. El sistema se ha dotado de órganos centrales comunitarios para el cumplimiento de sus objetivos⁸. Entre esos órganos se destacan, en particular, la Comisión, el Parlamento y el propio Tribunal de Justicia.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), en su calidad de órgano del sistema central comunitario responsable junto a los otros órganos del logro de los objetivos de las comunidades europeas, a través de distintos fallos, ha construido “principios” del derecho comunitario europeo, contribuyendo al desarrollo del proceso como tal. Entre esos principios se cuentan los principios de *eficacia directa de las normas comunitarias, aplicación inmediata y prevalencia de la normativa comunitaria sobre el derecho interno de los Estados Miembros* (i.a. Asuntos *Van Gend & Loos* de 5 de febrero de 1963; *Costa vs. ENEL* de 15 de julio de 1964; *Simmmenthal* de 9 de marzo de 1978; *Cassis de Dijon* de 20 de febrero de 1979; *Factortame I* de 19 de junio de 1990, etc.).

El SISTEMA DE INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA (SICA) también ha logrado que la solución de controversias esté a cargo de un tribunal: la *Corte Centroamericana de Justicia*. Conforme a su Estatuto, la

⁸ Por ejemplo, entre los objetivos y principios de la CE se cuentan: - sentar las bases de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos;- asegurar mediante una acción común, el progreso económico y social de sus respectivos países, eliminando las barreras que dividen Europa; - tener como fin esencial de sus esfuerzos la constante mejora de las condiciones de vida y de trabajo de sus pueblos; - reconocer que la eliminación de los obstáculos existentes exige una acción concertada para garantizar un desarrollo económico estable, un intercambio comercial equilibrado y una competencia leal; reforzar la unidad de sus economías y asegurar su desarrollo armonioso, reduciendo las diferencias entre las diversas regiones y el retraso de las menos favorecidas; - contribuir, mediante una política comercial común, a la progresiva supresión de las restricciones a los intercambios internacionales; etc.

^v http://europa.eu/scadplus/treaties/eec_es.htm#OBJECTIVES

Corte es un Tribunal regional de jurisdicción privativa para los Estados centroamericanos, con competencia de atribución exclusiva en materia de integración, que conoce de los conflictos entre Estados, de los litigios entre personas naturales o jurídicas residentes en el área y los gobiernos u organismos del sistema de integración centroamericana, con capacidad de dictar sentencias vinculantes y con obligación de pronunciarse. Se considera órgano “supranacional”. La doctrina de la Corte tiene efectos vinculantes para todos los Estados Partes, los órganos y organizaciones que forman parte o participan en el SICA y para sujetos de derecho privado. El Estatuto hace presente en el Art. 6 que la Corte “representa la conciencia nacional de Centroamérica”, la que es “custodia de los valores que constituyen la nacionalidad centroamericana”. Sin embargo, el promisorio modelo centroamericano ha encontrado escollos en la práctica a causa de los frecuentes avatares políticos que han obstaculizado el desarrollo pleno de las virtualidades del sistema, como así también las labores de la Corte. Además, la enmienda de 2002 al Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la ODECA, ha diluido en parte el carácter exclusivo de la Corte en materia de integración al establecer la posibilidad de sometimiento de las controversias a métodos alternos de solución de controversias, incluido el arbitraje.

La *COMUNIDAD DEL CARIBE (CARICOM)*, al igual que los procesos anteriormente reseñados, ha resuelto someter sus diferendos a un tribunal de justicia: la *Corte de Justicia del Caribe*, la que entiende en procedimientos contenciosos entre Estados Partes, entre ellos y la Comunidad y entre Estados Partes y particulares bajo determinadas circunstancias. Tiene la misión de garantizar la seguridad jurídica en lo que hace a la aplicación e interpretación del Tratado constitutivo y su normativa anexa. Es también órgano de última instancia con relación a los pronunciamientos de los tribunales de apelación de los Estados Partes.

La *COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES (CAN)* ha creado el *Tribunal de Justicia*, representando este Tribunal la primera experiencia latinoamericana en dotar al derecho integración de una instancia jurisdiccional e interpretativa. El Tribunal es órgano principal de Acuerdo, de carácter supranacional y comunitario instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros.

La *UNIÓN ECONÓMICA Y MONETARIA DEL OESTE AFRICANO (UEMOA)*. inspirada en la Unión Europea —particularmente, en el Tratado de Maastricht de 1992 (espacio económico integrado, moneda única, unión aduanera, mercado común)—, ha establecido entre sus órganos, el *Tribunal de Justicia*.

También han creado Tribunales de Justicia, la *COMUNIDAD ECONÓMICA DE LOS ESTADOS CENTROAFICANOS (CEECA)*, el *MERCADO COMÚN DE AFRICA DEL ESTE Y MERIDIONAL (COMESA)* según su sigla en inglés) y la *UNIÓN DEL MAGREB ÁRABE (UMA)*, entre otros procesos de integración.

Procesos más débiles, no dispuestos a delegar facultades en órganos centrales, han preferido los mecanismos diplomáticos no vinculantes (vg. negociación, conciliación u otros), previendo, algunos de ellos, frente a la ineficacia de los medios diplomáticos, la implementación de *sistemas arbitrales* de oficio. Los mecanismos arbitrales, si bien implican un significativo grado de compromiso por conducir a decisiones jurisdiccionales vinculantes, son órganos de las partes y no órganos centrales del sistema común o comunitario como lo son los tribunales de justicia. Los sistemas arbitrales tienen limitaciones en sus funciones ya que no tienen capacidad para “decir el derecho” del proceso de integración sino sólo dirimir la controversia conforme las normas preestablecidas por las partes.

El *MERCADO COMÚN DEL SUR (MERCOSUR)*, ha diseñado en la cúspide de su modelo de solución de diferendos un sistema arbitral obligatorio, institucional, integral, con Tribunales ‘Ad Hoc’ y un Tribunal Permanente de Revisión, estable, a disposición de las partes de modo permanente. El MERCOSUR aún no ha adoptado el Sistema Permanente de Solución de Controversias que le imponen sus normas constitucionales. Atento a los ambiciosos objetivos del proceso (similares a los comunitarios europeos) —si bien, institucionalmente continúa siendo una organización intergubernamental de cooperación—, el mecanismo de solución de controversias debería inclinarse en definitiva por la constitución de un tribunal de justicia.

Otros procesos, en particular los que sólo persiguen alcanzar áreas de libre comercio, se han inclinado —de modo acorde a sus objetivos inmediatos— por el sistema arbitral para la solución de sus diferendos. Tal el caso del *TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN-NAFTA)* en su sigla en inglés) y del *TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE REPÚBLICA DOMINICANA, CENTROAMÉRICA Y ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (RD-CAFTA)* en su sigla en inglés), la *COMUNIDAD ECONÓMICA DE ESTADOS DE ÁFRICA OCCIDENTAL (CEAO)*, la *COMUNIDAD ECONÓMICA DE LOS PAÍSES DE LOS GRANDES LAGOS (CEPGL)*.

Otros procesos, generalmente débiles institucionalmente, han evitado el sometimiento a pronunciamientos jurisdiccionales vinculantes, limitándose a solucionar sus diferendos sólo por *vías diplomáticas*.

Tal el caso de la *ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN (ALADI)*, que ha establecido en el Art. 35.m) del Tratado de Montevideo de 1980 la competencia del Comité de Representantes (órgano político permanente de la ALADI) para “proponer fórmulas para resolver las cuestiones planteadas por los países miembros cuando fuera alegada la inobservancia de algunas de las normas o principios del presente Tratado”. El Comité ha reglamentado esa competencia a través de la resolución CR/114. Conforme a ella las controversias surgidas de una norma adoptada en el marco de ALADI deben ser llevadas a consultas previas entre ellos. De no arribarse a solución, los Estados Partes deben llevar la cuestión al Comité de Representantes para que proponga fórmulas de arreglo pacífico. Por su parte el Art. 38.i) dispone que la Secretaría General está facultada para “analizar por iniciativa propia, para todos los países o a pedido del Comité, el cumplimiento de los compromisos convenidos y evaluar las disposiciones legales de los países miembros que alteren directa o indirectamente las concesiones pactadas”.

La *ASOCIACIÓN DE NACIONES DEL ASIA SUDORIENTAL (ASEAN)* ha dado preferencia a la *conciliación y a la mediación* ante órganos de la ASEAN o la propia Cumbre de Presidentes.

La *COOPERACIÓN ECONÓMICA ASIA-PACÍFICO (APEC)* cuenta como órgano de solución de controversias a una *Comisión ad hoc* designada por el Consejo Supremo de Jefes de Estado, con capacidad de emitir pronunciamientos meramente recomendatorios.

La *UNIÓN SURAMERICANA DE NACIONES (UNASUR)*, sobre la que nos detenemos en esta oportunidad, en el artículo 21 de su Carta Constitutiva (2008), ha establecido:

“Art. 21: Solución de Diferencias

*Las diferencias que pudieren surgir entre Estados Partes respecto a la interpretación o aplicación de las disposiciones del presente Tratado Constitutivo serán resueltas mediante **negociaciones directas**. En caso de no lograr una solución mediante la negociación directa, dichos Estados Miembros someterán la diferencia a consideración del **Consejo de Delegadas y Delegados**, el cual, dentro de los 60 días de su recepción, formulará las recomendaciones pertinentes para la solución de la misma. En caso de no alcanzarse una solución esta instancia elevará la diferencia al **Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores**, para su consideración en su próxima reunión”* (el resaltado nos pertenece).

Es decir, que UNASUR ha dispuesto los más débiles y politizados mecanismos de solución de controversias para asegurar los compromisos asumidos en el marco del sistema. Como lo señaláramos al inicio de este trabajo, cabe cuestionarse sobre la adecuación de esos mecanismos a la

naturaleza, los objetivos, las instituciones y las virtualidades de la UNASUR.

II- El tipo de proceso de integración que representa la UNASUR

De conformidad al Art. 1 del TU, la UNASUR “está dotada de personalidad jurídica internacional”. Es de observar que esta cláusula del Tratado carece de sustento jurídico atento a que la doctrina es conteste en considerar que para que una organización internacional posea personalidad jurídica internacional debe cumplir con ciertos requisitos, entre ellos, tener competencias distintas a la de sus Estados Miembros, si bien conferidas por ellos. Por ejemplo, Sobrino Heredia, con visión global, ha definido a las Organizaciones Internacionales como “asociaciones voluntarias de Estados establecidas por acuerdo internacional, *dotadas de órganos permanentes, propios e independientes*, encargados de gestionar unos intereses colectivos y capaces de expresar una *voluntad jurídica distinta de la de sus miembros*” (el resaltado nos pertenece)⁹. Asimismo, el Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), en su 54 período de sesiones, bajo la presidencia del Relator especial, Giorgio Gaja, en el Proyecto sobre Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales propuso el siguiente concepto de organización internacional: “A los efectos del presente proyecto de artículos, se entiende por ‘organización internacional’ una organización instituida por un tratado u otro instrumento de derecho internacional y dotada de *personalidad jurídica internacional propia [distinta de la de sus Miembros] (...)*” (el resaltado nos pertenece)¹⁰.

Todos los órganos del sistema son intergubernamentales, careciendo el sistema de órganos centrales con competencias propias. De conformidad a los Arts. 4, 5-11 del TU los órganos son:

-*Consejo de Jefes de Estado y de Gobierno*¹¹ (órgano máximo con atribución para establecer los lineamientos políticos, planes de acción, programas y proyectos del proceso de integración suramericana y decidir las prioridades para su implementación. Se reúne una vez por año);

-*Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores* (tiene capacidad *i.a.* para adoptar Resoluciones para implementar las Decisiones del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno y proponer proyectos de Decisiones y preparar las reuniones del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno. Se reúne cada seis meses);

⁹ SOBRINO HEREDIA, J. M. “Las Organizaciones Internacionales. Generalidades”, en DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M. *Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 43.

¹⁰ V. www.un.org

¹¹ El Tratado constitutivo al referirse a los órganos cita a los integrantes del mismo en género femenino y masculino (*vg.: Jefas y Jefes; Ministras y Ministros, Delegadas y Delegados*).

-*Consejo de Delegados* (conformado por un representante por Estado Miembro, tiene la responsabilidad *i.a.* de implementar mediante la adopción de las Disposiciones pertinentes, las Decisiones del Consejo de Jefes de Estado y de Gobierno y las Resoluciones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, con el apoyo de la Presidencia Pro Tempore y la Secretaría General. Se reúne cada tres meses).

-*Secretaría General* (ejecuta los mandatos que le confieren los órganos de UNASUR y ejerce su representación por delegación expresa de los mismos. El Secretario General ejerce la representación legal de la Secretaría General; es designado por el Consejo de Jefes de Estado y de Gobierno a propuesta del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, por un periodo de dos años, renovable por una sola vez, no pudiendo ser sucedido por una persona de la misma nacionalidad. Tiene capacidad para proponer iniciativas y efectuar el seguimiento de las directrices de los órganos de UNASUR. Es órgano permanente con sede en Quito, Ecuador)¹².

En consecuencia, este tipo de órganos, a más de confirmar la falta de personalidad jurídica de la entidad de conformidad al derecho internacional, permite observar la naturaleza cooperativa intergubernamental de los mismos. No sólo tiene esta naturaleza por la composición de sus órganos sino también por el modo de adopción de decisiones, resoluciones y disposiciones ya que toda normativa UNASUR debe ser adoptada por consenso¹³. Además, tal como ya lo señaláramos, las únicas fuentes jurídicas que contempla el sistema son el Tratado constitutivo de UNASUR e instrumentos adicionales, los acuerdos celebrados por los Estados Miembros de UNASUR en el marco del TU, las Decisiones del Consejo de Jefes de Estado y Gobierno; las Resoluciones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y las Disposiciones del Consejo de Delegados, todos ellos mera suma de pronunciamientos gubernamentales, verdaderos “acuerdos”, no pudiéndoselos considerar pronunciamientos de derecho derivado.

¹² El TU prevé la posibilidad de conformación de reuniones Ministeriales Sectoriales, Consejos de nivel Ministerial, Grupos de Trabajo y otras instancias institucionales que se requieran, de naturaleza permanente o temporal, para dar cumplimiento a los mandatos y recomendaciones de los órganos competentes. Estas instancias rendirán cuenta del desempeño de sus cometidos a través del Consejo de Delegadas y Delegados, que lo elevará al Consejo de Jefes y Jefes de Estado y de Gobierno o al Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores, según corresponda (Art. 5 TU. “Desarrollo de la Institucionalidad”). El mismo artículo explicita que el Consejo Energético de Suramérica, creado en la Declaración de Margarita (17 de abril de 2007), es parte de UNASUR.

¹³ Las Decisiones del Consejo de Jefes de Estado y de Gobierno y las Resoluciones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores pueden acordarse con la presencia de tres cuartas partes de Estados Miembros (EM), debiendo ser consultadas por el Secretario General (SG) a los ausentes, los que deben pronunciarse en el plazo de 30 días calendario tras la recepción del documento. En el caso de las Disposiciones del Consejo de Delegados, el plazo para pronunciarse del Estado ausente es de 15 días (Art. 12 TU).

Debe tenerse en cuenta que el Tratado constitutivo todavía no ha sido ratificado por ninguno de los Estados Contratantes¹⁴. En consecuencia, se trata de una organización en estado embrionario pero que, a pesar de la falta de voluntad política para hacer entrar en vigor su tratado constitutivo, políticamente y en los hechos está funcionando a través de Cumbres Presidenciales bajo el nombre de UNASUR¹⁵, ya que mal podría considerarse que esas reuniones han sido las del órgano *Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno de UNASUR*, entidad que aún no ha nacido.

Los objetivos de UNASUR, tal como lo adelantáramos son amplios, si bien, expresamente, privilegian el diálogo político.

El objetivo general contenido en el Art. 2 TU expresa:

*“La Unión de Naciones Suramericanas tiene como objetivo construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, **otorgando prioridad al diálogo político**, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados”* (el resaltado nos pertenece).

Los objetivos específicos enunciados en el Art. 3 TU son numerosos y vastos:

*“a)- el **fortalecimiento del diálogo político**¹⁶ entre los Estados Miembros que asegure un espacio de concertación para reforzar la integración suramericana y la participación de UNASUR en el escenario internacional;*

*b)- el **desarrollo social y humano** con equidad e inclusión para erradicar la pobreza y superar las desigualdades en la región;*

*c)- la **erradicación del analfabetismo**, el acceso universal a una educación de calidad y el reconocimiento regional de estudios y títulos;*

*d)- la **integración energética** para el aprovechamiento integral, sostenible y solidario de los recursos de la región;*

¹⁴ De conformidad al Art. 26 del TU, el tratado entrará en vigor treinta días después de la fecha de recepción del noveno instrumento de ratificación.

¹⁵ Las Cumbres de UNASUR han adoptado resoluciones en situaciones de alta sensibilidad política, *vg.*: la crisis boliviana por los movimientos separatistas en el este del país; el referéndum presidencial boliviano; el conflicto Colombia-Ecuador-Venezuela por las acciones de la FARC y las contracciones colombianas, etc.

¹⁶ El Art. 14 del TU establece: *“Artículo 14 Diálogo Político. (...) Los Estados Miembros reforzarán la práctica de construcción de consensos en lo que se refiere a los temas centrales de la agenda internacional y promoverán iniciativas que afirmen la identidad de la región como un factor dinámico en las relaciones internacionales”*.

e)- **el desarrollo de una infraestructura** para la interconexión de la región y entre nuestros pueblos de acuerdo a criterios de desarrollo social y económico sustentables;

f)- **la integración financiera** mediante la adopción de mecanismos compatibles con las políticas económicas y fiscales de los Estados Miembros;

g)- **la protección de la biodiversidad**, los recursos hídricos y los ecosistemas, así como la cooperación en la prevención de las catástrofes y en la lucha contra las causas y los efectos del cambio climático;

h)- **el desarrollo de mecanismos concretos y efectivos para la superación de las asimetrías**, logrando así una integración equitativa;

i)- **la consolidación de una identidad suramericana** a través del reconocimiento progresivo de derechos a los nacionales de un Estado Miembro residentes en cualquiera de los otros Estados Miembros, con el fin de alcanzar una ciudadanía suramericana;

j)- **el acceso universal a la seguridad social y a los servicios de salud**;

k)- **la cooperación en materia de migración**, con un enfoque integral, bajo el respeto irrestricto de los derechos humanos y laborales para la regularización migratoria y la armonización de políticas;

l)- **la cooperación económica y comercial** para lograr el avance y la consolidación de un proceso innovador, dinámico, transparente, equitativo y equilibrado, que contemple un acceso efectivo, promoviendo el crecimiento y el desarrollo económico que supere las asimetrías mediante la complementación de las economías de los países de América del Sur, así como la promoción del bienestar de todos los sectores de la población y la reducción de la pobreza;

m)- **la integración industrial y productiva**, con especial atención en las pequeñas y medianas empresas, las cooperativas, las redes y otras formas de organización productiva;

n)- **la definición e implementación de políticas y proyectos comunes o complementarios de investigación, innovación, transferencia y producción tecnológica**, con miras a incrementar la capacidad, la sustentabilidad y el desarrollo científico y tecnológico propios;

o)- **la promoción de la diversidad cultural y de las expresiones de la memoria** y de los conocimientos y saberes de los pueblos de la región, para el fortalecimiento de sus identidades;

p)- **la participación ciudadana** a través de mecanismos de interacción y diálogo entre UNASUR y los diversos actores sociales en la formulación de políticas de integración suramericana;

q)- **la coordinación** entre los organismos especializados de los Estados Miembros, teniendo en cuenta las normas internacionales, para **fortale-**

cer la lucha contra el terrorismo, la corrupción, el problema mundial de las drogas, la trata de personas, el tráfico de armas pequeñas y ligeras, el crimen organizado transnacional y otras amenazas, así como para el desarme, la no proliferación de armas nucleares y de destrucción masiva, y el desminado;

r)- **la promoción de la cooperación entre las autoridades judiciales de los Estados Miembros de UNASUR;**

s)- **el intercambio de información y de experiencias en materia de defensa;**

t)- **la cooperación para el fortalecimiento de la seguridad ciudadana, y**

u)- **la cooperación sectorial como un mecanismo de profundización de la integración suramericana, mediante el intercambio de información, experiencias y capacitación.”**

Estos objetivos (el general y los específicos) tan extensos, dilata-dos, difusos, no establecen metas concretas a alcanzar en plazo determi-nado, como suelen hacerlo otros tratados de procesos de integración. Más aún, no se observan objetivos funcionales concretos, por lo que no cabe siquiera considerar al TU tratado marco de un proceso de integración. Es un mero tratado de cooperación con perfil predominantemente declarati-vo. Los órganos con capacidad de adoptar normas UNASUR no son sustan-cialmente tales ya que toda relación internacional sin sistema institucional preestablecido se lleva adelante a través de los Jefes de Estado o Gobierno, de los Ministros de Relaciones Exteriores o delegados de esos funcionarios.

El séptimo párrafo preambular del TU, señala que los doce Estados signatarios **“ENTIENDEN que la integración suramericana debe ser alcan-zada a través de un proceso innovador, que incluya todos los logros y lo avanzado por los procesos de MERCOSUR y la CAN, así como la experien-cia de Chile, Guyana y Suriname, yendo más allá de la convergencia de los mismos”** (el resaltado nos pertenece).

Probablemente, a la luz de este párrafo pueda captarse mejor el objetivo central de UNASUR. El proceso innovador, de convergencia de procesos de integración en una nueva entidad de distinta textura (sin ne-cesidad de absorberlos), puede entenderse en realidad, como un acuerdo de asociación transregional, entendido esto en el sentido que le ha dado Söderbaum¹⁷: regionalismo de cuarta generación, que busca la unión-aso-

¹⁷ V. SÖDERBAUM, F, “The EU as a global actor and the rol of interregionalism”, *Revue d’ integration européenne*, Vol. 27, London, septembre 2005, pp. 257-258. HETTNE, B.- SÖ- DERBAUM- STÄLGGREN, P. *The EU as a Global Actor in the South* http://www.sieps.se/publ/ rapporter/2008/bilagor%202008/2008_08.pdf; HETTNE, B. – F. SÖDERBAUM, “Theorising the Rise of Regionness”, *New Political Economy*, vol. 5, no. 3 (2000), pp. 457-474; HETTNE, B. - SÖDERBAUM, B. “Civilian Power or Soft Imperialism: The EU as a Global Actor and the

ciación de varias regiones o subregiones para conformar un conjunto político unitario (regionalismo político) para una inserción externa con efecto sobre el sistema global, modelo de interdependencia que se aleja del neoliberal comercial para centrarse en el denominado solidarismo socialista. Confirma esta percepción lo expresado en el párrafo tercero del Preámbulo del TU: “la integración es un paso decisivo hacia el fortalecimiento del multilateralismo y la vigencia del derecho en las relaciones internacionales para lograr un mundo multipolar, equilibrado y justo (...)”; como también, lo manifestado en el párrafo quinto de la misma parte del TU, en el que los signatarios “afirman su determinación de construir una identidad y ciudadanía suramericanas y desarrollar un espacio regional integrado en lo político, económico, social, cultural, ambiental, energético y de infraestructura, para contribuir al fortalecimiento de la unidad de América Latina y el Caribe”.

Reflexiones finales

La UNASUR es reflejo de un proceso de transregionalismo (nuevo regionalismo de convergencias con eje en lo político-social), unión de actores regionales o subregionales que privilegian su posición política a nivel mundial por sobre los logros económicos. Una convergencia similar a la unasureña es la que ha llevado a la CAN a renunciar a uno de sus objetivos primarios —en el marco de su proceso de integración de primera generación (con fuerza directriz en el comercio) y de segunda generación (basado en la integración comercial, social, cultural)—, como ha sido el objetivo de alcanzar el Arancel Externo Común y señalar que ese objetivo se ha transformado en una meta secundaria a largo plazo, con vistas a facilitar la convergencia con otros procesos (entre ellos, MERCOSUR, UNASUR, UE) y facilitar la inserción global de la CAN¹⁸.

Observado el objetivo central de UNASUR a la luz del transregionalismo, es posible concluir que el sistema de solución de controversias establecido por el TU es el único adecuado a esa voluntad y dinámica políticas y al estadio por el que transitan el diálogo político y las convergencias.

UNASUR es un proyecto menos extremo políticamente, menos centrado en el desarrollo endógeno que la Alternativa Bolivariana para las

Role of Interregionalism”, *European Foreign Affairs Review*, vol. 10, no. 4 (2005), pp. 535–552. V. asimismo, MILLIOT, D. M. « Processus ASEM (Asia-Europe Meeting): vers l'émergence du transrégionalisme Asie-Europe ? », *AFRI*, volume V 2004 (V. <http://www.afri-ct.org>).

¹⁸ V. nuestro trabajo *La Convergencia de los Procesos de Integración Regional*, 2005 (www.acaderc.org.ar).

Américas ALBA¹⁹, si bien, ha destacado la importancia que tiene en su proyecto “*el desarrollo social y humano con equidad e inclusión para erradicar la pobreza y superar las desigualdades en la región*”²⁰, el que se considera sólo puede alcanzarse fuera del modelo neoliberal. UNASUR está liderado por Brasil, país que ha aceptado un lenguaje político que no es reflejo de la política, la cultura y la economía del gigante del Sur, pero que le permite ponerse a la cabeza de una entidad internacional regional que puede llegar a tener peso político a nivel global. El entendimiento político de este momento entre los 12 Estados de UNASUR es una situación de coyuntura que bien puede variar a corto plazo. Mal podría quedar atado a un sistema de solución de diferendos rígido que exigiera el cumplimiento de una visión política de coyuntura, que se asemeja más bien a una quimera que a un proyecto con perspectivas reales de efectivización dada la amplitud e idealidad de sus objetivos²¹ y la dependencia de una dudosa consustancialidad política a futuro.



¹⁹ La Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la Asociación de Estados del Caribe, celebrada en isla de Margarita en diciembre de 2001, anunció la creación del ALBA. El 14 de diciembre de 2004 se firmó el “Acuerdo entre el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela y el Presidente del Consejo de Estado de Cuba, para la aplicación de la Alternativa Bolivariana para las Américas”. A la fecha son Partes en el Acuerdo Venezuela, Cuba, Bolivia y Nicaragua. Entre los principios básicos de ALBA se cuentan: -oposición a las reformas de libre mercado; -no limitación de la acción reguladora del Estado en materia de liberalización económica; -armonización desde el gobierno de la relación Estado - mercado; -desarrollo endógeno; -lucha contra las políticas proteccionistas y los subsidios de los países industrializados.

²⁰ Inc. b) del Art. 3 del TU.

²¹ V. *supra*, Art. 2 y 3 del TU.

DERECHOS HUMANOS Y RELACIONES INTERNACIONALES: REFLEXIONES SOBRE EL ENTRECruzAMIENTO DE ESTAS DISCIPLINAS EN LA TEORÍA Y PRÁCTICAS INTERNACIONALES

*Carlos A. Juárez Centeno*¹

Resumen: En el presente trabajo se reflexiona sobre la relación existente entre las disciplinas de las relaciones internacionales y los derechos humanos. Se intenta observar la incidencia que ha tenido la evolución y la recepción de los derechos humanos en el sistema internacional.

Palabras claves: derechos humanos – relaciones internacionales – derecho internacional de los derechos humanos – escenario internacional – Estado.

*Llevada a su extremo, la doctrina de los derechos y obligaciones humanos del derecho internacional es contraria al principio mismo de que la humanidad debiera estar organizada como una sociedad de Estados soberanos (...) El camino está abierto para que la sociedad de Estados soberanos se subverta a favor de un principio de organización alternativo, como el de una comunidad cosmopolita.*²

Para adentrarnos en la relación o la incidencia que los derechos humanos han tenido en las relaciones internacionales, entendemos oportuno hacer algunas consideraciones previas que nos permitan determinar así en qué ha cambiado la disciplina de las relaciones internacionales y si es que ha cambiado en los últimos cincuenta años cuando el movimiento de los derechos humanos empezó a desandar su derrotero internacional.

¹ Especialista en Derechos Humanos. Director de la Maestría en Relaciones Internacionales y Profesor Titular de Derechos Humanos y Relaciones Internacionales en el Centro de Estudios Avanzados de la UNC; Profesor Adjunto por concurso en las cátedras de Derecho Político y Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Investigador categoría I en el Programa Nacional de Incentivos para los docentes investigadores del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación. cjuarezcenteno@gmail.com

² BULL, HEDLEY. "The Anarchical Society. Nueva York, Columbia University Press, 1977.p.13.

1. En primer lugar hay que hacer referencia a que ambos campos disciplinares comienzan a entrecruzarse allá por mediados del siglo pasado, más específicamente a partir de la finalización de la “Segunda Guerra Mundial” y el comienzo de lo que posteriormente se conocería como el período de la “Guerra Fría”. Y obviamente se va a ir actualizando en la post-guerra fría y el inicio de un nuevo milenio que va a ir enmarcando en diferentes contextos, tal vinculación.

Es preciso tener en cuenta que al margen de lo que puede observarse en la práctica internacional, las cuestiones teóricas de ambas disciplinas comienzan a cobrar auge en la segunda mitad del siglo pasado. El campo de las relaciones internacionales pretendía lograr especificidad propia, autonomía científica como una nueva disciplina, distinta de la Ciencia Política, y distinta también del Derecho Internacional. En este sentido el panorama no estaba tan claramente delimitado allá por 1948, cuando la UNESCO pergeña su lista tipo para delimitar lo que comprendería la temática u objeto de la Ciencia Política³, y en la que se incluía como parte de la misma tanto a la dimensión teórica como a la jurídica de las relaciones internacionales.

Por su parte, el Derecho Internacional en estos últimos cincuenta años ha evolucionado, sufriendo grandes transformaciones, como por ejemplo el surgimiento de una nueva rama, el denominado Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente a partir de la Declaración de la ONU el 10/12/1948⁴ pero también por el aporte de numerosos tratados internacionales que se han ido elaborando en el ámbito del sistema mundial, como así también en los sistemas regionales de derechos humanos, o en regímenes especiales que los Estados han venido suscribiendo e implementando, sobre todo a partir de la década de los 70 del siglo pasado.

Por último, a nadie escapa que el proceso globalizador en el que se encuentra inmersa la humanidad no ha hecho otra cosa que desdibujar, o al menos poner en tensión o cuestionar el camino que se inicia en la segunda mitad del siglo pasado.

2. En segundo lugar es conveniente hacer algunas precisiones terminológicas. A qué se está haciendo referencia cuando se habla de los derechos humanos?, lo que en nuestro idioma se denomina “derechos hu-

³ PRELOT, MARCEL. “La Ciencia Política”. Eudeba, Bs. As., 2004, 3ra Edición, 1º reimpression. pp. 59-61. La opinión del autor de este tradicional texto se la puede encontrar en pp. 102-109.

⁴ Precisamente, se han conmemorado los sesenta años de la misma y debemos recordar que por esto se instituyó al 10 de diciembre como el *Día Internacional de los derechos humanos*.

manos”, “derechos fundamentales del hombre”, “derechos naturales”, “derechos públicos subjetivos”, “libertades fundamentales”, “garantías individuales”, por sólo citar algunas de las empleadas, encierra una problemática compleja y una historia no menos conflictiva⁵. Esta pluralidad de denominaciones nos hace observar, a la vez que afirmar, una primera aproximación a la dificultad, ya que las palabras utilizadas encierran significados distintos que se basan en fundamentos ideológicos y filosóficos también diferentes.

Las múltiples denominaciones no son monopolio de nuestro idioma, así en francés se emplea el término *droits de l’homme*, pero también *droits naturels* o *libertés publiques*. En inglés se habla de *human rights* y de *political* o *civil rights*. O en italiano que se emplean los términos *diritti de l’uomo* y *diritti naturali*, por citar algunos ejemplos.

Siguiendo la postura de Gregorio Peces-Barba⁶, entre todas las denominaciones que se utilizan en nuestra lengua, creemos que la más adecuada es la de derechos fundamentales pero la que ha tenido una aceptación y divulgación más generalizada es la de derechos humanos⁷, de ahí que para este trabajo adoptemos tal denominación que encierra, además, una toma de posición por nuestra parte⁸.

3. En tercer lugar, cabe hacer referencia que en lo atinente a la fundamentación de los mismos hay infinidad de posturas. Pero aun con sus diferentes matices podemos diferenciar dos maneras de abordaje, como bien lo expresa Genaro Carrió⁹.

Por una parte están los que justifican a los derechos humanos como derechos de naturaleza moral, toda vez que su fundamento no emana de las normas del derecho positivo¹⁰. *Los derechos humanos son derechos de naturaleza moral y no criaturas del derecho positivo* toda vez que su fundamento último no emana de las normas de éste, a punto tal que mientras no han sido consagrados por él y en la medida en que no lo han

⁵ En igual opinión ver PECES-BARBA, Gregorio. “Derechos Fundamentales”, Publicación de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1983, p.13.

⁶ Ibidem.

⁷ Se justifica la preferencia desde una perspectiva científico-jurídica toda vez que los derechos —en su totalidad— son humanos. En cambio, como lo señalamos en el texto, en el lenguaje vulgar ha sido otra y como la problemática que engloba el tema excede el campo de lo jurídico, nuestra postura es la de justificar el empleo de la denominación más generalizada. Téngase presente también la carga simbólica y discursiva que tal acepción ha adquirido en los últimos 50 años y muy especialmente en la realidad latinoamericana de las últimas décadas

⁸ Ver lo expresado en la nota precedente.

⁹ CARRIÓ, GENARO. “Los Derechos Humanos y su protección”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985.

¹⁰ Enrolados en esta postura encontramos a Carlos Santiago Nino, John Rawls y Norberto Bobbio, entre otros.

sido, sirven para criticarlo y justificar su reforma. Su fundamentación pues, está intrínsecamente conectada con ciertas características definitorias del discurso o razonamiento moral en el que deben ser basados.

El otro enfoque señala que, a esta altura de los desarrollos institucionales del derecho internacional, la mejor manera de justificar los *derechos humanos* y su protección son los textos de derecho internacional convencional —derecho positivo al fin— que desde hace décadas los consagran y tutelan. Esta postura podemos rotularla como positivista.

Si alguien se pregunta por el fundamento de los derechos humanos y su protección, la respuesta más simple y menos comprometida filosóficamente es señalar como ejemplo cualquiera de los documentos internacionales adoptados a tal fin y que generaron a lo que se ha dado en llamar *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, y que como ya se expresara, tiene como documento primigenio a la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*¹¹.

Los jusnaturalistas critican a los positivistas arguyendo que dicha fundamentación deja abierto el interrogante de cómo se justifican esos textos de Derecho Internacional positivo, ya que no es poca cosa buscar tras de ellos la justificación última de prerrogativas humanas que esos textos se han limitado a “positivizar”.

Por su parte los positivistas objetan que no es necesario ahondar en razonamientos filosóficos de discutible acierto si todo queda justificado por lo ocurrido en la escena normativa internacional durante los últimos sesenta años en materia de consagración y protección internacional de los Derechos Humanos.

En conclusión, el concepto de **derechos humanos**, cualesquiera que sea la justificación filosófica a la que se adscriba¹² debe ser entendido como **prerrogativas o pretensiones de individuos o grupos de individuos que se presentan como derechos no renunciables que corresponden a sus titulares por la simple razón de ser hombres o agrupaciones de hombres**. El orden jurídico de las comunidades progresistas contiene

¹¹ Eduardo Rabossi, es un filósofo que se enrola en este tipo de fundamentaciones.

¹² Una síntesis a estos dos grandes modelos de análisis del concepto de los derechos fundamentales es el modelo dualista propuesto por Gregorio Peces-Barba. “Derechos Fundamentales”, Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1983, pp. 28-31. En esa línea argumentativa el autor sostiene que si bien sigue la postura de Antonio Truyol y Serra, “... [son] los derechos que el hombre posee por su condición de tal (...) y que lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados (...) es evidente que mientras que una sociedad política no reconoce unos determinados derechos recibéndolos en su Derecho positivo interno, o adhiriéndose a una convención internacional que los proteja, no se puede hablar de éstos en un sentido estrictamente jurídico, ni se pueden alegar antes los tribunales competentes en caso de una [violación]. La redacción entre corchetes es nuestra.

normas e instituciones que definen y protegen tales prerrogativas y pretensiones. Nos referimos a la tradicional tutela nacional de ellas, nacida con el constitucionalismo de los “bills of rights” a partir de 1689 en Inglaterra pero que se afirma contundentemente a partir de la Revolución Francesa (1789), por lo que podemos sostener que luego de un desarrollo de más de dos siglos, a partir de la mitad del siglo veinte, internacionaliza su protección hasta llegar al actual proceso de globalización, en el que el respeto a los derechos humanos parecía constituir un valor a tener mayor presencia y un lugar más destacado en la agenda internacional en un escenario que se avizoraba como multipolar. Aunque veremos en este trabajo que esto no ha sido así, especialmente por las “condicionalidades” que generaron las prácticas globalizadoras neoliberales de los noventa, el orden unipolar que caracteriza al escenario internacional de los últimos diez años y muy especialmente a partir de los hechos acaecidos el 11 S.

4. Siguiendo en la línea de los problemas conceptuales o de definición, en un cuarto lugar es necesario distinguir con claridad distintas categorías, o como más comúnmente se denomina, diferentes “generaciones” de derechos humanos. La apelación a la argumentación de las distintas “generaciones de derechos humanos” es una herramienta, un instrumento para explicar mejor la llamada “positivización” de los mismos, pero en ningún momento quiere significar algún tipo de jerarquización dentro del catálogo de los derechos humanos. Como bien lo señala Fabián Salvioli, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos que se realizó en Viena, en 1993, desestimó toda pretensión de jerarquización de derechos al reafirmar el principio de indivisibilidad, universalidad e interdependencia de los mismos¹³. En tal sentido resulta clara y gráfica aquella afirmación que sostiene: “... *todos los derechos humanos son igual de importantes ya que en la práctica se torna prioritario aquél que en ese preciso instante se reclama por estar ausente, cercenado o violado...*”¹⁴. Queda claro entonces que al sólo efecto de una mayor comprensión de la historia de los derechos humanos, tanto en el ámbito del Derecho Internacional de los derechos humanos cuanto en el interno, esto es en el orden nacional, se suele hablar de diferentes generaciones de derechos. Así, en un primer momento encontramos los llamados derechos civiles y políticos, que surgieron y fueron

¹³ SALVIOLI, Fabián O. “Algunas tendencias sobre derechos humanos en las relaciones internacionales y el derecho internacional de la posguerra fría”. EN: *Anuario de Relaciones Internacionales. CEA-UNC 1994-1995*. pp. 21-80. Córdoba, 1998. Ver especialmente pp. 47 a 51.

¹⁴ Conferencia dictada por la Dra. María Teresa Flores (UBA) en la Maestría en Relaciones Internacionales, CEA-UNC, año 2000.

encaramados a la categoría de derechos positivos por obra del constitucionalismo liberal clásico de los siglos XVIII y XIX¹⁵.

Posteriormente, en el constitucionalismo de entreguerras, surgieron los llamados derechos económicos, sociales y culturales, también conocidos como de “segunda generación”. Pero al igual que el caso anterior, la humanidad debió soportar no sólo la primera guerra mundial sino también el “crack” del ‘29 y una segunda guerra mundial para que a partir de 1940 este fenómeno adquiriera cierta relevancia mundial. Por último, mucho más cercano a nosotros, a partir de los movimientos sociales que comienzan a gestarse en el mundo desarrollado en la década de los ‘60, se receipta como derecho positivo lo que se ha dado en llamar como “derechos humanos de tercera generación” y que protegen a los llamados derechos colectivos o “difusos”¹⁶.

A los fines de comprender un poco mejor esta periodización en la recepción normativa de los distintos tipos de derechos humanos y los fundamentos que se arguyeron para su consagración, solemos apelar a que los primeros se asientan en el valor “libertad”, los segundos hacen hincapié mayor en el de la “igualdad” y los últimos en el valor “solidaridad”, de esta forma se cerraría el círculo virtuoso iniciado con la Revolución Francesa, en 1789, cuando sus protagonistas enarbolaron la bandera de la *liberté, égalité et fraternité*¹⁷.

5. Hechas estas primeras aclaraciones concernientes a lo que debe entenderse cuando se habla de derechos humanos, lo que pretendemos destacar o relacionar es la incidencia, la influencia, el cambio que ha ge-

¹⁵ Si tenemos en cuenta el origen inglés del mismo, ya podemos evidenciar un inicio de esta historia a fines del siglo XVII, pero cierto es que recién con el avance que provocan la revolución norteamericana y la francesa, —a fines del XVIII— este fenómeno adquiere cierta difusión global con las primeras constituciones del XIX.

¹⁶ Creo conveniente aclarar que hay algunos autores que hablan de derechos humanos de cuarta, quinta, etc. generación, pero son posturas aisladas. Una posición doctrinaria que está cobrando fuerza es la que nos habla de “derechos humanos de cuarta generación”. Esta categoría hace referencia al derecho a la información como un derecho fundamental que hace a la esencia de la ciudadanía en las modernas democracias complejas de estas dos últimas décadas. Cfr. Humberto Quiroga Lavié, Danilo Zolo, Manuel Castells, por sólo citar algunos.

¹⁷ Toda vez que lo fraternal implica tratar a nuestros semejantes como hermanos, incluso a pesar de las diferencias, ello supone que la *fraternidad* necesita de un comportamiento *solidario* entre los hombres. En los hechos y en la teoría opinamos que la tensión entre *libertad* e *igualdad* ha sido más representativa de la lucha por la consagración de los derechos humanos, mientras que la búsqueda de la fraternidad (hoy entendida como solidaridad) es una deuda que la teoría y la lucha de los derechos humanos tiene para consigo misma. En tal sentido, somos de opinión que cuando logremos acabadamente dar fundamento positivo y normativo a tal valor, se consagre definitivamente una sociedad respetuosa de sus semejantes, sin importar las diferencias de ninguna índole apoyados en esa tan necesaria tríada fundacional: *libertad, igualdad y solidaridad fraternal*.

nerado en las relaciones internacionales el surgimiento de lo que en la disciplina jurídica se conoce como *derecho internacional de los derechos humanos* y el abordaje que del mismo se realiza en el campo de la disciplina y la práctica de las relaciones internacionales. Todo ello enmarcado en un escenario internacional que ha tenido a los Estados como actores monoplóicos hasta bien entrado el siglo XX.

El sistema interestatal se desarrolló en el contexto de dos procesos clave: a) la afirmación de la soberanía estatal y la difusión global de las nuevas relaciones económicas a través de los mecanismos económicos capitalistas. El modelo westfaliano garantizó a cada Estado el derecho a gobernar en sus propios territorios, consagrando en última instancia, el principio de poder efectivo. El sistema plasmado consagra la independencia de cada Estado respecto a los demás, y tiene en principio, jurisdicción exclusiva sobre el territorio y los individuos que en él habitan: lo que se ha dado en llamar *jurisdicción doméstica*. Este orden westfaliano caracterizó el escenario internacional desde la segunda mitad del siglo XVII y se prolonga hasta mediados del siglo pasado.

Pero el surgimiento y desarrollo del sistema de Naciones Unidas no alteró en forma fundamental la lógica y la estructura del orden westfaliano. Los Estados poderosos aumentaron su autoridad mediante la arrogación de facultades especiales, como por ejemplo los miembros permanentes del Consejo de Seguridad y su inherente derecho de veto, por citar algún ejemplo. No obstante, el sistema de Naciones Unidas contiene desarrollos políticos y legales que apuntan a la posibilidad de un nuevo principio organizativo de los asuntos mundiales. Uno de ellos es el referido a los derechos humanos, problemática que luego con el proceso de la globalización, reconfigura la vida política, económica y social, aunque con impactos diferentes en cada uno de los Estados individuales. La expansión de las relaciones sociales a través del tiempo y el espacio mediante una variedad de dimensiones institucionales (tecnológica, organizativa, legal y cultural), y su intensificación dentro de estos dominios institucionales, crearon nuevos problemas y desafíos para el poder del Estado y el sistema interestatal. Contra ese telón de fondo, la efectividad y la viabilidad del Estado-nación territorial demarcado y soberano parecen sufrir importantes alteraciones. Cuál es la magnitud exacta de estas alteraciones es un problema todavía pendiente, especialmente porque el Estado-nación sigue concentrando lealtad, como idea y como institución¹⁸.

¹⁸ Un análisis pormenorizado del estado de la teoría sobre esta problemática puede encontrarse en Held, D.; Mc Grez, A (et al). *Transformaciones Globales. Política, economía y cultura*. Oxford, University Press, México 2002. Especialmente el capítulo 1. En igual línea de análisis se puede citar a Bonetto, María S. y Piñero, María T. *las transformaciones del Estado. De la*

6. El régimen contemporáneo de derechos humanos consiste en instituciones y convenios globales, regionales y nacionales que se superponen. Desde el punto de vista global, los derechos humanos están firmemente arraigados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y en varios convenios adoptados predominantemente en las décadas de los '60 y '70. En 1979 se elabora la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y ya en los '80, la de los Derechos del Niño. La Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas se encargaba durante ese entonces de supervisar el sistema y de atraer la atención del Consejo de Seguridad hacia los abusos persistentes¹⁹. Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se encarga de la supervisión del área de los derechos de los trabajadores. También pueden señalarse las distintas conferencias que sobre distintos aspectos de los derechos humanos se organizaron en la década de los 90.²⁰

Es importante destacar que en la actualidad, aproximadamente son 150 Estados —de un total de 192— los que han ratificado cada uno de los Convenios principales de Derechos Humanos del sistema de Naciones Unidas. Y un creciente número de ellos aceptan las obligaciones generales de protección y provisión, así como de restricción, en sus propios procedimientos y prácticas. Si bien es cierto que muchos de estos compromisos muy rara vez están respaldados por los poderes coercitivos de ejecución, las demandas de los nuevos regímenes internacionales de derechos humanos, tanto informales como formales, han creado un sinnúmero de grupos, movimientos, agencias y abogados, todos ellos nuevos actores internacionales que persiguen la adaptación de las jurisdicciones domésticas nacionales a los parámetros de dichos regímenes que son parte integrante del derecho internacional de los derechos humanos.

En la mayor parte de las regiones del mundo hay una estructura y una maquinaria legal equivalentes. Así podemos citar como ejemplos el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950²¹; La Declaración Americana (1948) y posteriormente la Convención Americana de Derechos Humanos, más vulgarmente conocida como Pacto de San José de Costa Rica, firmada en 1969 aunque su entrada en vigor recién se produce

modernidad a la globalización, 2ª edición, Ed Advocatus, Córdoba, 2003. En el capítulo V se ocupan de esta problemática, especialmente en pp. 140-141.

¹⁹ Hay que señalar que en el año 2006 dicha Comisión fue reemplazada por el Consejo de Derechos Humanos en tales funciones.

²⁰ Ver el punto 9 de este trabajo y concretamente lo que se detalla en la nota 25.

²¹ Su entrada en vigor es el 3 de septiembre de 1953.

en 1978²². Por su parte, el continente africano, con la Carta Banjul, da génesis a su propio sistema de protección regional.

7. Es importante destacar que la promoción de los derechos humanos —tanto en la práctica internacional como en los distintos marcos teóricos que se van a esbozar en el campo de las relaciones internacionales— mucho se debe a la multiplicidad de organizaciones internacionales no gubernamentales que actúan en la arena internacional²³, como por ejemplo Amnistía Internacional o la Comisión Internacional de Juristas, especialmente a partir de la década de los 70²⁴. La importancia de estas ONG no se debe a que supervisan y publican los abusos de los derechos humanos. Sino a que operan transnacionalmente, con la consecuencia que pueden pasar por alto los gobiernos y establecer poderosas redes globales o regionales de activistas. Representan así un tipo particular de movimiento social transnacional que promueve y lucha por la adopción y promoción de los derechos individuales así como por la defensa de la sociedad civil contra los posibles abusos del Estado. Un ejemplo de esta lucha transnacional lo representa la lucha del movimiento de derechos humanos en el caso argentino a finales de los setenta y principios de los ochenta, tras el golpe militar del 24 de marzo de 1976, como bien lo señalan Held, Mc Grew y otros²⁵, aunque también podemos extender nosotros la ejemplificación, a la lucha de todos los movimientos que se dieron en Latinoamérica en igual sentido como una resistencia a los gobiernos dictatoriales que asolaron la región en esas décadas.

8. Con todo, sería erróneo concluir simplemente que el régimen global de derechos humanos es un poderoso factor de disuasión para la violación de los derechos humanos. Esto es así debido a que los órganos formales del régimen no tienen poderes coercitivos para defender los de-

²² El 18 de julio de ese año, cuando Grenada se constituyó en el onceavo Estado parte en depositar el respectivo documento de ratificación o adhesión, cumplimentando así lo establecido por el artículo 21, inciso 3 de ese documento internacional.

²³ Held, D. *et al.* Señalan que en EE.UU operan en la actualidad más de 200 ONG asociadas con problemas de derechos humanos y una cantidad similar en todo Europa. El número en los países en desarrollo va en franco aumento. Op. Cit. p. 48. Por su parte Thomas Risse señala que el aumento de las ONGI a lo largo del siglo es contundente, reflejando la importancia que adquieren como actor internacional en la segunda mitad del siglo pasado: "...176 ONGI en 1909, 832 en 1951, 1255 en 1960, 2173 en 1972 y 4518 en 1988." *Relaciones Transnacionales y Política Mundial*. En: *Foro Internacional*, Oct-Dic 99. p. 379.

²⁴ Así los trabajos que se ocupan de relaciones transnacionales, o de la problemática de redes internacionales o desde la perspectiva de los regímenes internacionales, será abordado el estudio de estos actores en el tablero internacional. En el marco de las teorías, debe señalarse que mayormente desde los enfoques liberales e idealistas (constructivistas) la problemática de los derechos humanos entra a ser una temática a tener en cuenta al pensar las relaciones internacionales.

²⁵ Op. Cit. p. 49.

rechos. En este sentido son más eficaces los regímenes regionales (sistema interamericano o europeo). A este respecto, la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales es digna de mención al ser una innovación jurídica de lo más radical, una innovación jurídica en contra de la corriente de la historia del Estado, toda vez que permite que los ciudadanos individuales inicien procedimientos en contra de su propio país. En tal sentido, los Estados europeos firmantes del Convenio ya no son libres de tratar a sus propios ciudadanos como crean que es apropiado.

Así se observa un cambio gradual que se detecta en el escenario regional e internacional de los derechos humanos, experimentado y reforzado en forma desigual y que la problemática de los derechos humanos ha hecho posible: el mismo implica un alejamiento del principio que la soberanía del Estado se debe salvaguardar sin importar sus consecuencias para los individuos, grupos y organizaciones. El respeto de la autonomía del sujeto —individuo/ciudadano— y de una extensa gama de derechos humanos crea una nueva serie de principios ordenadores en los asuntos políticos, que puede delimitar y reducir el principio del poder efectivo del Estado.

9. Ahora bien, todo lo expresado debe ser también enmarcado en un escenario internacional que ha ido cambiando, del orden multipolar apenas acabada la “Segunda Guerra Mundial” —que originó el incipiente Derecho Internacional de los Derechos Humanos— al orden bipolar de la “Guerra Fría”, con la consiguiente ideologización que se observó en la teoría, práctica e implementación de los derechos humanos entre las dos superpotencias. Posteriormente con la desintegración de la ex URSS, uno de los polos de aquella bipolaridad, el advenimiento de un nuevo orden internacional que se presagiaba como esperanzador y multipolar²⁶ pero que termina desembocando en uno de tipo *unipolar* donde la potencia supérstite de aquél otro que se erige como el hegemon que mueve los hilos en el tablero internacional. Obviamente que en esos contextos la impronta de

²⁶ La Cumbre Mundial de la Infancia de 1990, en Nueva York; la Conferencia Mundial sobre Medio Ambiente de 1992, en Río de Janeiro; la de Derechos Humanos en Viena en 1993; la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo, realizada en El Cairo en 1994; las de Desarrollo Social en Copenhague y la de Derechos de la Mujer en Pekín, ambas de 1995; la de Asentamientos Urbanos en Estambul y la de Alimentación en Roma, ambas de 1996. Por último, la Conferencia Mundial contra el Racismo, realizada en Durban, en 1999. Toda esta diplomacia de las “megaconferencias”, como Salvioli la ha calificado, presagiaban un cambio en la problemática en los primeros años de la post-Guerra Fría. Parecía que los derechos humanos se instalarían definitivamente en la agenda de las relaciones internacionales y también en la de sus actores principales, los Estados. La teoría y la práctica de la disciplina se encaminaba en ese sentido.

los derechos humanos en la política internacional ha ido cambiando y que los análisis que presagiaban el triunfo de la democracia y por lo tanto de los derechos fundamentales en el ámbito nacional e internacional de la vida de los pueblos han tenido como respuesta una realidad internacional diferente, con actores, procesos y valores que no han podido servir de demostración a lo que se predecía. Primero, por lo expresado respecto al presente unipolar que se observa y segundo por la marca que ha dejado impresa en los EE.UU lo acaecido el 11-S, tanto en su política interna como en su política exterior. Ello ha generado un giro en las esperanzas que se tenían respecto a más democracia y más derechos humanos para todos los individuos del mundo. Y también ha supuesto un retroceso en la incidencia de la temática en los análisis disciplinares de las relaciones internacionales.

Entre las teorías y prácticas neo-liberales de los 90 y el terrorismo y su consecuente respuesta por parte de los Estados centrales, el panorama no es para nada alentador en el sentido que los derechos humanos esté en la agenda internacional de los Estados, aunque sí en la de los actores transnacionales: ONG's, redes de cabildeos e influencias, como así también pero en menor medida en regímenes internacionales globales y/ o regionales.

10. Si a lo señalado en los párrafos precedentes agregamos que la disciplina de las relaciones internacionales ha sido dominada mayoritariamente por los realistas y neo-realistas y que la misma es casi monopolizada por su sesgo anglo-sajón, de más está decir que se refuerza nuestra afirmación de baja densidad que tienen los derechos humanos en el núcleo duro de la disciplina y de los teóricos de las relaciones internacionales. Excepciones lo constituyen algunos marcos teóricos institucionalistas, liberales, idealistas (constructivistas) o también críticos. Como así también algunas minorías de las comunidades científicas de las regiones más perjudicadas por el orden estatuido que no se han visto cooptadas por ese sesgo disciplinar.

En tal sentido parece muy sugerente la opinión de Keck y Sikkink, quienes expresan en esta línea de análisis:

En el actual sistema político mundial los Estados siguen siendo los actores predominantes; pero incluso para propósitos meramente teóricos resulta difícil concebir al Estado como 'una unidad cerrada, estanca y soberana, completamente aislada...dado que en nuestra opinión existen suficientes evidencias de que ha habido cambios en las relaciones entre los actores, las instituciones, las normas y la ideas, consideramos que el sistema político mundial constituye el nivel de análisis apropiado, mas que la sociedad internacional de Estados. También creemos que el estudio de las redes resulta

sumamente valioso para seguir el reto y, en última, elaborar una teoría de estas relaciones [...] El problema de gran parte de la teoría de las relaciones internacionales es que no presenta un propulsor del cambio o que éste [...] ha perdido fuerza explicativa y es incapaz de dar cuenta de los orígenes o la naturaleza de de la transformación internacional que aquí estudiamos²⁷.

Por último, es importante advertir que la irrupción de los derechos humanos incide en el enfoque disciplinar de las relaciones internacionales, toda vez que logra incorporar temáticas tales como: feminismo o género, medioambiente, desarrollo sustentable, globalización y democracia, migraciones, temas todos que han tenido en las dos últimas décadas del siglo pasado y en lo que va del presente un mayor grado de aproximación desde la teoría de las relaciones internacionales, comenzando a ser parte de la agenda que hace a su objeto y práctica, aunque con las limitaciones señaladas anteriormente.

Pero si alguna observación final se puede expresar de los estudios internacionales en su relación con la óptica de los derechos humanos, nos atrevemos a afirmar que no es de extrañar que la disciplina de las relaciones internacionales, que entre 1945 y mediados de los setenta del siglo pasado gozó de cierta “normalidad”, en el sentido de tener un discurso intelectual-político de lo internacional, vinculadas al discurso realista mediante el estudio de variables como el poder y la soberanía, en los albores del siglo XXI luzca —ante la ausencia de otros discursos potencialmente dominantes— impregnada de lo que Kuhn calificó como anomalías, que se visualizan en la gran variedad de discursos competitivos. Esto ha desembocado en una diversidad y diversificación de diálogos y debates interdiscursivos, así como de encuentros transdisciplinarios entre “escuelas de teoría internacional” y enfoques críticos o interpretativos provenientes de disciplinas humanistas o de las Ciencias Sociales orientados a enriquecer, reorientar o hacer más integrativos los estudios internacionales y postinternacionales, y considerarla como una **transdisciplina**, que la misma no es una ciencia normal ni puede tratar de serlo en estos tiempos de postinternacionalización,²⁸ y un ejemplo claro en este sentido lo han constituido los discursos, los debates y las prácticas que se han pergeñado desde el campo de los derechos humanos en el de los estudios internacionales.

²⁷ KECK, M. y SIKKINK, K. “Redes Transnacionales de Cabildo e Influencia”. En: *FORO INTERNACIONAL*, Oct-Dic 99, pp. 406 y 407. Los corchetes son nuestros.

²⁸ En este sentido ver: Petráš, Vilma E. *De lo Internacional a lo Global. Reconstruyendo los Estudios Internacionales en tiempos de postinternacionalización: Aportes para el Tercer Debate*. s/d, pp.118-119.

Por todo lo señalado es que entendemos que la óptica de los derechos humanos, tanto en su teoría como en su *praxis* no debe ser patrimonio de una ideología ni tampoco de un partido político, ni de un determinado sector de la sociedad, ni sólo de algún Estado en el escenario internacional sino que debe ser una bandera de la humanidad, que tenga como objetivo defender los últimos y más básicos derechos de todos los seres humanos, en especial de aquellos sectores, grupos y colectivos —desgraciadamente muy numerosos— que ven atacadas su dignidad, esto es, de los sectores más vulnerables de la sociedad, así como de las sociedades más vulnerables en el marco del escenario internacional. De tal suerte que implementando prácticas respetuosas de los derechos humanos se generará, consecuentemente, seguridad para todos los habitantes del planeta, que es lo que reclama la sociedad mundial en su conjunto.

Máxime en un escenario internacional como el que se observa en los últimos años, signado por discursos y prácticas propios de choques fundamentalistas, de guerras “preventivas” que no hacen otra cosa que conculcar lo que tanto costó lograr y por lo que tanto se luchó en el campo de las ideas, el derecho y la política.

Quizá como lo señalara ese gran internacionalista que fue Hedley Bull,²⁹ y como también lo expresan muchos otros teóricos³⁰, la conformación de una sociedad cosmopolita que deshaga la lógica de los Estados soberanos y el escenario westfaliano sea la apropiada para llegar a conformar una sociedad internacional democrática que garantice lo que el movimiento de los derechos humanos y el derecho internacional de los derechos humanos vienen pregando desde hace ya más de sesenta años.



²⁹ Ver nota 1.

³⁰ David Held, Danilo Zolo, por sólo citar algunos provenientes desde distintos lugares de las ciencias sociales. O Immanuel Kant, quien con su opúsculo *Hacia una Paz Perpetua*, en 1795, puede señalarse como el precursor de una postura en tal sentido y el puntapié inicial para la visión idealista en el campo de la teoría de las relaciones internacionales.

EL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS Y LOS ORGANISMOS REGIONALES

Graciela R. Salas (*) (**)

Sumario: 1. Introducción. 2. Conceptos 3. El Consejo de Seguridad y los organismos regionales. 4. El sistema interamericano y el Consejo de Seguridad. 5. Las reformas propuestas.

Palabras clave: Carta de las Naciones Unidas - Reforma - Sistema interamericano

1. Introducción

La necesidad de mantenimiento de la paz y seguridad internacional, objetivo fundamental de la ONU, fue abriendo camino a temas conexos como la diplomacia preventiva y la consolidación de la paz, a partir de lo cual nos preguntamos cuál ha sido el rol de los acuerdos y organismos regionales y las posibles reformas que pudieran plantearse al respecto. La pregunta que surge, es: ¿reforma del Consejo de Seguridad a tenor de las diferentes posibilidades planteadas?, pero también ¿con qué objetivo?. Y por otra parte ¿qué reformar en las relaciones entre el Consejo de Seguridad y los acuerdos y organismos regionales?. La cuestión transita así desde la discusión en el sentido profundo del sistema de representación en un órgano restringido, hacia el objeto de esa reforma en cuanto a las competencias del mismo.

Nos detenemos así en el Capítulo VIII de la Carta y en la relación existente entre el Consejo de Seguridad y los acuerdos y organismos regionales, más específicamente con estos últimos y particularmente el sistema

(*) Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. A cargo de la Cátedra "C" de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Presidente de la Comisión Directiva del Área de Estudios sobre América Latina, de la misma Facultad. Titular de Derecho Internacional Público en la Universidad Blas Pascal, modalidad presencial y a distancia. Titular de Derecho Internacional Público, Universidad Católica de Salta, modalidad a distancia.

(**) El presente es parte del trabajo presentado por la Dra. Graciela R Salas integrando el proyecto de investigación que se llevó adelante entre los años 2006 y 2007 sobre *La reforma de la Carta de las Naciones Unidas. El Consejo de Seguridad con especial atinencia a la posición argentina*. SECYT.

interamericano. Ese capítulo corrobora la inteligencia por la que no solo se admitió su existencia en el sistema creado a partir de 1945 sino también la posibilidad de su utilización como un mecanismo más en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

Diversos autores sostienen que las competencias vagamente atribuidas por la Carta al Consejo, debieron ser objeto de una construcción más en la práctica que en base al cuerpo legal, especialmente en lo que hacía a la actuación de los sistemas regionales existentes en ese momento. La falta de precisión de que adolece la Carta, es atribuida a la desconfianza con que eran vistos esos acuerdos en 1945¹ y a razones políticas relacionadas con los intereses de las potencias que se integraron en lo que se llamó “el Directorio”, restringido grupo integrado por aquellos Estados que se reservó el derecho de veto por tener en esos momentos grandes intereses en los distintos continentes, y en algunos casos de la mano de los respectivos sistemas coloniales. Se reconoce que la regulación de las relaciones entre la ONU y los organismos regionales ha sido vaga e imprecisa y que deja planteadas preguntas fundamentales².

2. Conceptos

Es difícil encontrar una respuesta unívoca en tanto el difuso concepto de “región” ha sido utilizado en diversos sentidos y muy frecuentemente con objetivos políticos. Si analizamos la región americana, vemos que la misma se ha conformado sobre la base de antiguos territorios integrantes de distintos sistemas coloniales. Christian Walter, citando a diversos autores, nos habla de dos interpretaciones del concepto de región: una, restrictiva, que requiere de cierta cohesión geográfica entre los Estados que la integran. Una segunda corriente sostiene que el término “región” se formula simplemente por oposición a “universal” y se la define por exclusión. Para superar esta dicotomía propone una aproximación funcional a partir de la cual habrá de centrarse el análisis en saber si entre los integrantes existen vínculos lo suficientemente fuertes como para contribuir al mantenimiento de la paz y la seguridad internacional. Tales vínculos pueden ser de naturaleza geográfica, histórica, cultural u otros, pero su ausencia coloca a cualquier organización fuera del Capítulo VIII de la Carta de la ONU. La posición más difusa si se nos permite la expresión, proviene de

¹ Kodjo, Edem. *ONU. La Charte*. Sous la direction de Jean-Pierre Cot et Alain Pellet. Pág. 789.

² Walter, Christian. *Réforme de la Charte des Nations Unies et rôle des organisations régionales dans le maintien de la Paix*. Coloquio internacional Le Maintien de la Paix et la Sécurité Internationales par les Nations Unies: de la Adaptation a la réforme de la Charte. Castellón, España, 20 al 22 de abril de 2006.

la inclusión de las organizaciones defensivas en el concepto de acuerdos regionales.

A partir de lo apuntado es posible rescatar algunas precisiones que hace Edem Kodjo³ entre “acuerdo regional” y “organismo regional”. En efecto, citando a Pierre Vellas, sostiene que para ser considerados tales, los acuerdos regionales deben: 1) prever una acción para regir las cuestiones relacionadas con el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales; 2) ser firmado entre Estados geográficamente vecinos; 3) estar de acuerdo a los objetivos y principios de las Naciones Unidas. Respecto del primero sostiene que es de la esencia su contribución al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y respecto del segundo agrega que esos acuerdos regionales celebrados entre Estados vecinos, se prestan a una acción de carácter regional y que son las situaciones y no los acuerdos los que deben prestarse a una acción de carácter regional. Esto abre la posibilidad de que un grupo de Estados con un objetivo común firmen un acuerdo sin estar geográficamente unidos⁴. El tercero de los requisitos no sería entonces esencial al concepto de “acuerdos regionales” en tanto excedería largamente los objetivos de aquella⁵.

Otros autores sostienen, que los elementos necesarios y suficientes para conformar un acuerdo regional deben aparecer en un tratado que tenga por objeto el mantenimiento de la paz; que esté basado en una solidaridad sociológica particular; que las partes en dicho tratado sean estados geográficamente contiguos o vecinos, y que, por último, establezca entre los asociados instituciones de carácter permanente⁶. Como puede apreciarse el concepto aplicado se advierte más restringido en tanto limita sus objetivos al mantenimiento de la paz.

La siguiente etapa en la evolución de los conceptos que nos ocupan, estaría dada por la necesidad de distinguir los “acuerdos regionales” de los “organismos regionales” según los términos del art. 52 de la Carta de la ONU. Para Boutros Boutros Ghali, entre otros autores, el punto de inflexión estaría en el grado de permanencia de las instituciones que implican cada uno de ellos. Es decir que siendo tanto uno como otro permanentes y celebrados bajo la forma de tratados internacionales, el grado

³ Kodjo, Edem. *ONU. La Charte*. Commentaire article par article. Jean-Pierre Cot et Alain Pellet. Comentario al art. 52 de la Carta. Pág. 802.

⁴ Sería el caso del Tratado Antártico firmado en 1959 entre Estados reclamantes y no reclamantes y que ha logrado reservar el continente austral exclusivamente a la investigación científica.

⁵ Es el caso de los acuerdos comerciales regionales celebrados más recientemente en el marco de la O. M. C. (acuerdos ACR).

⁶ Gómez Robledo-Citado por Pedro Pablo Camargo, *Tratado de Derecho Internacional*, TII. Temis, Bogotá Colombia, 1983, pág. 310.

de institucionalización es mayor en los organismos regionales, pero cabría dudar que esas sean todas las diferencias existentes entre uno y otro. En efecto, un organismo regional es por esencia y surge como consecuencia de un acuerdo regional, pero un acuerdo regional no necesariamente da origen a un organismo regional. Es el caso de los recientes acuerdos de reducción de armamentos, que pueden ser considerados acuerdos regionales de conformidad con la concepción más laxa de los términos, pero no necesariamente incluyen a Estados de la misma región ni puede considerarse que constituyan un organismo regional en razón de la escasa o nula institucionalización del mismo⁷.

Otro punto a analizar es que, al parecer, la Carta de la ONU no hace mayor referencia a los organismos regionales que en materias referidas al mantenimiento de la paz, cuando en verdad ellos a menudo se han fijado objetivos más amplios y que pueden plantear un nuevo y más profundo concepto de mantenimiento de la paz.

A los efectos de ir precisando los términos utilizados en este trabajo, optamos por la expresión “organismos regionales”, en tanto permite una mayor claridad, particularmente en nuestro enfoque americano. El Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan en su mensaje “Nosotros los pueblos” no reservó mayores referencias a los acuerdos regionales en sus propuestas a la Cumbre del Milenio. Tampoco los trabajos que se fueron realizando en relación a dicho mensaje se refieren mayormente al tema más que en un sentido genérico de “región”, sin precisar los alcances del mismo.

Por otra parte, convendría que fuéramos precisando algunos otros que derivan de las competencias del Consejo de Seguridad y que son de aplicación también por parte de los sistemas regionales, más concretamente el americano.

En efecto, en el accionar de la ONU se han gestado expresiones que generaron un desarrollo propio en este tema. Es el caso de las “operaciones de mantenimiento de la paz”, definidas por Alonso Gómez Robledo Verduzco⁸ como “*una operación de preservación, no coercitiva, llevada a cabo por Naciones Unidas y sobre una base consensual*”. A partir de este concepto es posible distinguir tres actividades principales según el mismo autor: a) prevención de conflictos y edificación de la paz (*peace building*); b) mantenimiento de la paz (*peace keeping*), con base en el art. 40 de la Carta de la

⁷ A modo de ejemplo podríamos mencionar el Tratado Antártico, que aglutina a Estados que no son reclamantes, lo que los alejaría del requisito de vecindad apuntado; el Tratado de Tlatelolco que reúne a Estados de América Latina; Rarotonga, Bangkok y Pelindaba. A/RES/60/50.

⁸ Alonso Gómez Robledo Verduzco *Consideraciones en torno a las ‘operaciones para el mantenimiento de la paz’*. Pág. 3.

ONU pero que se desarrollan más allá de ese texto, a partir de los “poderes implícitos” de la misma; c) construcción de la paz (*peace making*).

Es en estos desarrollos donde creemos que más se ha extendido la actividad de los organismos regionales y mayor ha sido su contribución, especialmente en el ámbito americano. Al margen de ello, el mundo ha cambiado desde 1945 y las amenazas a la paz y la seguridad internacionales se han diversificado de manera tal que en la actualidad se reconoce que el concepto y enfoque tradicionales deben ampliarse a fin de abarcar amenazas nuevas y no tradicionales, que incluyen aspectos políticos, económicos, sociales, de salud y ambientales, fomento de la confianza y la seguridad entre los Estados Miembros para fortalecer la paz y la seguridad en el Hemisferio⁹. Se abre así una parte de los cuestionamientos a las competencias del Consejo de Seguridad, en tanto el concepto de amenaza o uso de la fuerza de 1945 se encuentra actualmente superado. Esta situación fue advertida por el sistema interamericano, y es objeto de ingentes esfuerzos.

A continuación centramos la atención en la posición de la República Argentina en el tema que nos ocupa. En efecto, ya la incorporación de nuestro país a la Conferencia de San Francisco y a la Carta de la ONU fue motivo de encontradas presiones¹⁰. La actitud argentina parece estar fundamentada en la necesidad de sustraerse a las presiones, especialmente de las grandes potencias, lo que se repite dentro del sistema interamericano. Argentina centró su posición en el rechazo permanente a la existencia del derecho de veto en el seno del Consejo de Seguridad y más recientemente, junto a España, Italia, México y otros, se opuso a la ampliación del número de miembros permanentes en el Consejo de Seguridad, aunque no de miembros no permanentes.

En el ámbito regional la presencia argentina¹¹ se hizo sentir en diversas oportunidades, tanto en aquellas ocasiones en que fue parte en una cuestión determinada¹² como cuando debió fijar una posición principista¹³.

3. El Consejo de Seguridad y los organismos regionales.

Del análisis de algunos de los artículos de la Carta de San Francisco es posible extraer algunas precisiones. Desde el artículo 33 de ese instru-

⁹ AG/DEC. 27 (XXXII-O/02). AG/CG/doc.15/02. Declaración de Bridgetown: enfoque multidimensional de la seguridad hemisférica.

¹⁰ Zorgbibe, Charles. *Histoire de Relations Internationales*. 1945-1962, pág. 28 y ss.

¹¹ Apoyado férreamente en principios de solidaridad continental, pero esencialmente de soberanía estatal y de no intervención.

¹² Cuestión de Malvinas.

¹³ La formulación de la Doctrina Drago (1902) ante los actos de intervención por parte de potencias europeas sufridos por Venezuela.

mento se deja abierta la posibilidad de que las partes en una controversia puedan recurrir a cualquier medio de solución pacífica, incluyendo el recurso a organismos o acuerdos regionales, reservándose la libertad de elección del medio a aplicar en cada caso concreto¹⁴. Particularmente el sistema interamericano incorporó una precisión en el art. 2 del T.I.A.R., en tanto los Estados americanos asumieron la obligación de someter las controversias que surjan entre ellos a los medios de solución pacífica vigentes en el propio sistema interamericano, *antes* de someterlos a la Asamblea General o al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Queda a salvo que aún en el caso en que una controversia esté siendo sometida a algún medio de solución pacífica del sistema interamericano, en el caso en que la misma fuera susceptible de poner en peligro la paz y la seguridad internacionales, el Consejo de Seguridad "*podrá recomendar los procedimientos o métodos de ajuste que sean apropiados*"¹⁵, tomando en consideración todo procedimiento que las partes hayan cumplido en la búsqueda de una solución pacífica a la controversia planteada. De allí que se afirme que las competencias del Consejo de Seguridad no son residuales sino principales, en tanto se encuentra en condiciones de retomar el tratamiento de cualquier cuestión que pueda poner en peligro la paz y la seguridad internacionales, en el momento que así lo estime necesario y también en el caso en que el recurso a un organismo regional se haya tornado infructuoso. De todos modos la decisión sobre el particular resta siempre en manos del Consejo de Seguridad quien puede inclusive rechazar la aplicación del párrafo 4¹⁶ o reenviar la cuestión al sistema regional respectivo¹⁷.

Cabría preguntarse entonces si no existe un conflicto entre ambos sistemas. De hecho se ha sostenido que no, en tanto la obligación general de los Estados que integran ambos sistemas es la de solucionar pacíficamente las controversias planteadas. Por su parte el Consejo de Seguridad se reserva la capacidad de investigar cualquier cuestión que pudiera poner en peligro la paz y la seguridad internacionales y su competencia se limita a sugerir medios de solución pacífica. Esta sugerencia no sería vinculante para los Estados en conflicto, dejando a salvo, reiteramos, la obligación de arribar a una solución pacífica y salvo que se llegara a producir una amenaza a la paz o directamente una agresión, ocasión en la que se aplicaría

¹⁴ Esta ha sido tradicionalmente la posición argentina tanto en el ámbito de la ONU cuanto de la OEA.

¹⁵ Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca. Aplicaciones. Volumen I, pág. 20.

¹⁶ Fue el caso en la cuestión planteada entre Guatemala y Honduras (1954). Así ocurrió con la cuestión planteada por Cuba (1962) y en el conflicto entre República Dominicana y Haití (1963).

¹⁷ Tal lo acontecido en 1964 entre Panamá y EEUU, conforme a lo establecido en el art. 52 pár. 2 y 3.

directamente el Capítulo VII. Como puede observarse entonces, ya la Carta de San Francisco guardaba firmes esperanzas en la capacidad de los acuerdos regionales para contribuir en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

Para el caso particular del sistema interamericano, es fácilmente constatable la existencia de contadas oportunidades en que sea posible el uso de la fuerza: en virtud de lo establecido por el art. 51 de la Carta de la ONU o en caso de amenaza o agresión, ya bajo autorización del Consejo de Seguridad, sin que por ello los Estados americanos estén obligados a hacer uso de la fuerza, de acuerdo a lo establecido en la propia Carta y en el T.I.A.R. Sin dudas situaciones como éstas fueron las que pusieron más seriamente en discusión el sistema de seguridad colectiva americana en dos casos especialmente graves: la cuestión de Cuba y la Guerra de Malvinas¹⁸.

Hasta aquí entonces la regla general establecida en el art. 52 de la Carta de San Francisco.

A continuación el artículo 53 reafirma esa competencia del Consejo de Seguridad y establece una excepción al requisito de autorización para la utilización de la fuerza por parte de los organismos regionales, en caso de agresión de un llamado "*Estado enemigo*".

Del primer párrafo de este artículo surge la *posibilidad* de que el Consejo de Seguridad aplique medidas coercitivas a través de los organismos regionales. Sin embargo no todos ellos gozan de libertad absoluta para actuar en estos casos sino que el Consejo de Seguridad "utiliza" los acuerdos u organismos internacionales, y éstos están obligados jurídicamente a aceptar cooperar con el Consejo de Seguridad en la aplicación de medidas coercitivas, en el caso en que estén en condiciones de constituir una fuerza acorde con las necesidades. Esto en el plano estrictamente jurídico. Sin embargo, podríamos agregar que, en verdad quienes tienen el deber de cooperación son los Estados que integran ambos sistemas y que su participación en las operaciones de mantenimiento de la paz es resuelta voluntariamente por los Estados y la obligación de los organismos regionales queda así vaciada de contenido. De esta afirmación da sobradas muestras y fundamentos profusa documentación emanada de la OEA. De allí que se insista que en verdad la relación existente entre ambos sistemas es más que nada de descentralización y de equilibrio, sin que tampoco pueda afirmarse que el Consejo de Seguridad posea recurso alguno contra un

¹⁸ Séptima Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores. San José de Costa Rica, 22 al 29 de agosto de 1960. Novena Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores. Washington, 21 al 26 de julio de 1964. Vigésima Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores. Washington, 26 de abril de 1982.

organismo regional que rechace la utilización de ese mecanismo para la aplicación de medidas coercitivas.

Otra de las notas características del artículo que nos ocupa radica en la derogación del principio de la obligación de autorización previa por parte del Consejo de Seguridad para que actúen los organismos regionales. En su momento se dijo que esta excepción se fundaba en la necesidad de rapidez en la adopción de medidas defensivas contra la agresión de un "*estado enemigo*". Sin embargo, el mantenimiento de esta expresión nos retrotrae a una época de medición de fuerzas entre las potencias aliadas, en vista de proteger sus diferentes pactos de alianza frente a la autoridad del Consejo de Seguridad, lo que a estas alturas ha sido largamente superado¹⁹. Sería necesario entonces al menos la revisión de este artículo si no su eliminación.

La última etapa de este apartado viene dada por la presencia del art. 54 de la Carta de la ONU, que ha sido considerado complementario de los anteriores, es decir que refuerza la obligación de información al Consejo de Seguridad por parte de los organismos regionales sin agregar mucho a lo establecido en los artículos anteriores ni mucho menos en la responsabilidad principal del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz, como tampoco implica un mayor control frente a los posibles abusos de los organismos regionales. De todos modos, la notificación al Consejo de Seguridad, sea en el momento que sea, no es en absoluto un requisito previo. Entendemos que sólo lo será en caso de que se instrumenten acciones coercitivas, en el que la competencia del Consejo de Seguridad es indiscutida.

Queda a salvo la capacidad de actuar de los organismos regionales en caso de legítima defensa colectiva²⁰ ocasión en la que están liberados de toda notificación previa, pero no de la información permanente al Consejo de Seguridad. Sin embargo, el texto del art. 51 de la Carta de la ONU, incluye a los organismos regionales sin mencionarlos específicamente, ya que la legítima defensa, sea ésta individual o colectiva abarca esencialmente a los Estados, entre ellos los que se integran en un sistema regional²¹. Creemos que la relación entre uno u otro es de género a especie. El género sería el derecho de legítima defensa del Estado, la especie es el ejercicio en forma colectiva, que puede ser o no, a través de un sistema regional, o un acuerdo de seguridad colectiva, entre otros. Junto a esto aparecía la cuestión de la obligatoriedad de la acción automática por parte de los organismos re-

¹⁹ Kodjo, Edem. Op. cit. Pág. 831.

²⁰ Arts. 51 y concordantes de la Carta de San Francisco.

²¹ Tal parece que la razón de la inclusión del art. 51 en el capítulo VII obedeció especialmente a los intereses de la URSS.

gionales. Posteriormente la cuestión no aparece planteada en demasiadas ocasiones, salvo casos puntuales. Así, en el documento final de la Cumbre Mundial 2005²² la referencia a los acuerdos regionales no sólo es escasa sino también difusa de manera que aún en la actualidad no se ha logrado avanzar demasiado en este sentido. A pesar de ello, reconoce *“la importante contribución a la paz y la seguridad que aportan las organizaciones regionales de conformidad con lo establecido en el Capítulo VIII de la Carta y la importancia de formar alianzas y arreglos previsibles entre las Naciones Unidas y las organizaciones regionales”...* (Punto 93). Particularmente en la consolidación de la paz. Sin embargo en cuanto se refiere a la reforma del Consejo de Seguridad nada agrega en punto a clarificar los alcances de la propuesta representación regional formulada por algunos miembros. De la misma forma escueta y limitada que apuntáramos en el Capítulo VIII de la Carta de la ONU, el documento final de la Cumbre de 2005, solamente dedica un párrafo (170) a las organizaciones regionales. Ante lo cual surgen muchos interrogantes: por un lado si, de no existir dichos acuerdos entre Secretarías, sería posible ampliar esas consultas y la cooperación apuntadas. ¿No sería éste un punto a tomar en cuenta en una futura reforma de la Carta?

Un párrafo aparte debe merecernos la utilización de las medidas coercitivas por parte de los organismos regionales. En efecto, de la práctica de la organización y en relación al sistema interamericano, surge con cierta claridad que la organización universal no ha adoptado una posición clara ante las situaciones planteadas. En la cuestión de las Medidas de la Organización de los Estados Americanos respecto de la República Dominicana, le cupo destacada actuación a la delegación argentina que, junto a otras representaciones, fundamentó la notificación al Consejo de Seguridad de las medidas adoptadas por el organismo regional, sosteniendo que la obligación de autorización por parte del órgano de Naciones Unidas solamente alcanzaba al caso del uso de la fuerza, y no a las medidas coercitivas. En definitiva fue ésta la posición adoptada por el Consejo de Seguridad²³.

4. El sistema interamericano y el Consejo de Seguridad.

La presencia sistemática de la mayoría de los Estados americanos en la constitución de la Sociedad de las Naciones y posteriormente de la Organización de las Naciones Unidas, necesariamente debía marcar una posición e influir en la conformación de tales sujetos del Derecho Internacional.

²² A/RES/60/1.

²³ En la 895ª sesión, celebrada el 9 de septiembre de 1960.

La firma del T.I.A.R. no sólo implicó la creación de una auténtica alianza defensiva sino que colocó a la futura (en esos momentos) organización americana en el sistema ya creado por las Naciones Unidas, y particularmente en el capítulo VIII de la Carta de la ONU. La celebración de la Carta de Bogotá concluyó con esa adaptación.

En consecuencia, si bien el sistema interamericano es previo a la creación de la ONU, no es posible hablar de uno sin el otro en una natural simbiosis y permanente retroalimentación. Desde el ámbito estrictamente americano, se ha sostenido que “...se desprende claramente, al examinar los artículos mencionados (33 a 38 del Capítulo VI, 51 del Capítulo VII y 52 a 54 del Capítulo VIII) y su redacción original en las Propuestas de Dumbarton Oaks, así como las discusiones que tuvieron lugar en San Francisco, que los acuerdos regionales tienen que ver exclusivamente con asuntos referentes al mantenimiento de la paz y la seguridad”²⁴. Es más, los representantes de los Estados latinoamericanos reunidos en la Conferencia de Chapultepec, basándose en las fortalezas de la entonces Unión Panamericana buscaron lograr la autonomía al menos de su organización regional, frente al poder del Consejo de Seguridad. En este orden al parecer la tendencia fue subordinar las organizaciones regionales al Consejo de Seguridad. Por otra parte no tuvieron eco los intentos americanos de extender las disposiciones relativas a lo económico y lo social en el ámbito de los acuerdos regionales.

La fundamentación jurídica de la relación entre el sistema interamericano y las Naciones Unidas a la luz de la normativa actualmente vigente se apoya en el art. 22 de la Carta de la OEA vigente actualmente que muestra la obligación de los Estados americanos de no recurrir al uso de la fuerza, salvo el caso de la legítima defensa, y agrega “...de conformidad con los tratados vigentes o en cumplimiento de dichos tratados”. Ello implica que los Estados americanos, que para ser miembros de la OEA, deben asimismo ser miembros de las Naciones Unidas²⁵, se encuentran ante una doble responsabilidad: ante la organización regional y ante la ONU. Esta posición abre el camino a su vez a lo establecido en el art. 24 del mismo cuerpo legal con la obligación de solucionar pacíficamente sus controversias, sin perjuicio de lo establecido por los arts. 34 y 35 de la Carta de San Francisco. Pero de la moderna Carta de la OEA no sólo surgen obligaciones para sus miembros sino también para los órganos de la misma. Finalmente el art. 131 concluye estableciendo con precisión cuáles son las relaciones

²⁴ Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca. Aplicaciones. Volumen I. 1948-1959, pág. 19.

²⁵ “Artículo 8. La condición de miembro de la Organización estará restringida a los Estados independientes del Continente que al 10 de diciembre de 1985 fueran miembros de las Naciones Unidas y a los territorios no autónomos mencionados en el documento OEA/Serpa, AG/doc.1939/85, del 5 de noviembre de 1985, cuando alcancen su independencia”.

existentes entre ambos cuerpos legales y una auténtica jerarquía normativa. Por otra parte cabe reconocer la importancia que el tema reviste para los integrantes del sistema interamericano, traducido más recientemente en resoluciones específicas de la Asamblea General²⁶.

Planteadas las restricciones apuntadas, el concepto de seguridad hemisférica fue abriéndose paso dentro del concepto general de seguridad a que hacíamos referencia más arriba. Sin embargo, la multidimensionalidad de la seguridad en nuestro continente, nos enfrenta a lo que genéricamente se llama “nuevas amenazas” o “nuevos desafíos” a la seguridad²⁷, a los valores compartidos. Tratándose entonces del concepto de seguridad en el sistema interamericano, o más modernamente del concepto de seguridad hemisférica particularmente en los comienzos del siglo que transitamos.

Sergio González Gálvez²⁸ advierte la existencia de dos problemas frente al concepto que nos ocupa aquí: la relación entre el concepto de seguridad regional y global y por otra parte el concepto de seguridad de cada uno de los Estados del hemisferio. Sin escindir la problemática de la seguridad regional respecto de la global, es importante remarcar que en el continente americano tanto el concepto que nos ocupa cuanto el de paz, se relacionan con la existencia de valores e intereses compartidos. Entre ellos la concepción de que *“la seguridad regional debe ser un proceso esencialmente preventivo y no basarse, salvo casos excepcionales y previamente definidos en medidas coercitivas”*²⁹.

Esta posición coloca la relación entre el sistema regional y el Consejo de Seguridad en una nueva tensión, en la medida que si el uso de la fuerza está bajo la responsabilidad del Consejo de Seguridad y sólo de él, las restantes acciones que no impliquen el uso de la fuerza, restarían bajo la responsabilidad del sistema regional. Por otra parte, la doctrina como así también diversos instrumentos americanos suelen hacer hincapié en el carácter de la OEA y particularmente del sistema interamericano: la primera es una organización internacional intergubernamental y por ende está basada en la cooperación, principio éste que comparte con el sistema que le

²⁶ AG/RES. 2350 (XXXVII-O/07) Obligación de los Estados miembros de respetar las normas, principios y propósitos esenciales contenidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en el Derecho Internacional para preservar y fortalecer la paz continental.

²⁷ Conceptos para la Seguridad Hemisférica. Consejo Permanente de la OEA/Comité de Seguridad Hemisférica. Cuestionario sobre Nuevos enfoques de la Seguridad Hemisférica. Misión Permanente de la República Argentina ante la OEA. A modo de ejemplo se suelen citar: el narcotráfico, el terrorismo, el crimen organizado, la corrupción, el tráfico ilícito de armas, las migraciones ilegales, la pobreza extrema, los daños al medio ambiente, la inestabilidad económica.

²⁸ CJI/doc. 11/00 rev. 1.

²⁹ CJI/doc. 11/00 rev. 1, pág. 48.

ha dado vida y fundamento. En consecuencia, la utilización de la fuerza no es sino el último recurso, al que eventualmente sólo podría llegarse en tanto hubieren fracasado los demás, propios del regionalismo americano. De esta forma, restando el uso de la fuerza en la órbita del Consejo de Seguridad, todo otro mecanismo permanece en la órbita del sistema regional.

Otra cuestión que comienza a agitarse es la extensión del concepto de seguridad hacia la seguridad humana³⁰ y la intervención humanitaria. Posición ésta aún sumamente controvertida y sobre la que no nos detendremos en esta oportunidad.

A renglón seguido nos enfrentamos a viejos planteamientos que ejercen permanente presión entre los Estados americanos: el principio de no intervención, objeto de larga lucha por parte de los países latinoamericanos y que de alguna manera, basándose el sistema interamericano en el principio de soberanía estatal, choca con las modernas concepciones que hablan de la necesidad de una intervención humanitaria en determinados casos.

De todos modos parece abrirse camino a pie firme una concepción global de la seguridad colectiva. Es éste uno de los fundamentos por los que afirmábamos en otra parte de este proyecto que el C.S. deberá afrontar la utilización de la fuerza preventiva, contra lo que se consideran amenazas. En efecto, si el uso de la fuerza resta bajo la competencia del Consejo de Seguridad y éste ha hecho un uso tan restringido de ese poder, no sólo cabría mejorar su funcionamiento sino que además se debería reconocer en la propia Carta de la ONU que aquellas competencias que no implican el uso de la fuerza pero que de alguna manera puedan prevenir el estallido de conflictos armados, restan no solo en la órbita estatal sino de los organismos regionales como el americano, a los que su integrantes han otorgado esas capacidades en sucesivas reformas y en verdaderos procesos de *aggiornamento* inexistentes aún en el ámbito de la ONU.

Por otra parte, una nueva cuestión parece abrirse camino en los últimos tiempos en nuestro continente americano: el concepto de *defensa de intereses*³¹. En efecto, llama poderosamente la atención el importante proceso de modernización de armamentos encarado por varios países latinoamericanos³² frente a la apuntada inexistencia de conflictos internacionales o internos, sean actuales o previsibles, que deja abierta únicamente la necesidad de mostrar capacidad para defender aquellos recursos naturales altamente codiciados y de los que son beneficiarios la mayoría de los

³⁰ Tal como ya se ha referido en este proyecto en el punto referido a los nuevos alcances de la seguridad a nivel general.

³¹ La Nación. Enfoques. 17.02.08, pág. 1.

³² Es el caso de Brasil, Chile, Colombia, Venezuela y en menos medida Argentina.

países de la subregión, más allá de los objetivos individuales de cada Estado implicado en la situación apuntada.

Como vemos, el concepto de seguridad se modifica con rapidez, particularmente en el continente americano.

5. Reformas propuestas

Finalmente es posible precisar las reformas propuestas dentro del tema que nos ocupa.

- El concepto de acuerdos regionales se extiende a cuestiones no relacionadas directamente con el uso de la fuerza, pero que podrían afectar gravemente el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Corresponde que en una futura reforma se formulen mayores precisiones a la hora de delimitar los alcances de los términos utilizados en la Carta y fundamentalmente de distinguir los organismos regionales de los acuerdos regionales³³.
- Deberá entonces diferenciarse el concepto de uso de la fuerza de aquellos otros mecanismos que contribuyen efectivamente al mantenimiento de la paz y que han demostrado mayor eficacia en la órbita de los organismos regionales.
- La eliminación del art. 54, atento que las razones de la necesidad de su presencia han sido superadas con el correr de los tiempos.



³³ El fundamento de esta posición fue reconocido por la OEA en la Declaración de Bridgetown: Enfoque Multidimensional de la Seguridad Hemisférica. AG/DEC. 27 (XXXII-0/02).

NOSOTROS Y LOS OTROS: CONOCIENDO-NOS

Enrique Shaw¹

Resumen: El trabajo presenta al objeto de estudio y al corpus de análisis y enuncia el marco teórico utilizado en el proyecto “Nosotros y los Otros en la Construcción Identitaria. Una visión de la política internacional según Estanislao Zeballos en *La Revista de Derecho, Historia y Letras*, 1898-1914”.

Palabras claves: Relaciones Internacionales – Zeballos - Identidad nacional.

Introducción

El siguiente trabajo forma parte de una investigación más amplia, que hace ya varios años estamos realizando en el marco del Programa de Incentivos Docentes y que ha contado con diversos subsidios de la SECyT, UNC, también los adelantos de dicha investigación fueron difundidos en distintos eventos académicos nacionales e internacionales.

Los trabajos anteriores publicados en los distintos números del *Anuario* versaron sobre diversos temas de la investigación adaptados para su publicación. La intención del siguiente artículo es presentar a los actores que son objeto de la investigación: Estanislao S. Zeballos y a *La Revista de Derecho, Historia y Letras*, cuyos artículos conforman el corpus de análisis central del proyecto. También el lector podrá visualizar el marco teórico utilizado. Un marco mixto que parte fundamentalmente del Constructivismo y que cruza distintas teorías que provienen tanto de la Historia, de las Relaciones Internacionales, de la Ciencia Política como del Psicoanálisis, que permitieron analizar y comprender las complicadas formas de la construcción social de la realidad.

Un actor:

Estanislao Severo Zeballos fue un miembro destacado de la clase dirigente argentina, que desde diversos ámbitos fue partícipe de la cons-

¹ Investigador del CIJS. Profesor titular de la Facultad de Lenguas, UNC. Profesor Adjunto –por concurso- CEA, UNC. Profesor de Política Internacional en la Maestría de Relaciones Internacionales, CEA, UNC. Investigador Categoría II.

trucción del Estado Nacional Oligárquico Argentino, miembro de la alta burocracia nativa, tan necesaria para la administración del Estado moderno, pero además un representante de la misma.

Estanislao Severo Zeballos² nació en la ciudad de Rosario de Santa Fe el 27 de junio de 1854 y murió en la ciudad de Liverpool el 4 de octubre de 1923. Hijo del teniente coronel Estanislao Zeballos y de Felisa Juárez, ingresó al Colegio Nacional de Buenos Aires en 1866 donde estableció una amistad profunda con varios de los vástagos de las prominentes familias patricias porteñas. Vínculos que en el futuro, le fueron de gran utilidad para acceder a círculos más altos de la política nacional.

Se graduó de abogado en 1874 e inmediatamente comenzó a estudiar ingeniería; pero fue durante sus estudios de Derecho donde vivió el episodio "Sánchez"³ Hecho que desencadenó una "amplia reforma" de la Universidad y propició que Zeballos participara en la creación del primer centro de estudiantes de la universidad. Colaboró, junto con la juventud más granada de la época como: Lucio V. López, Francisco y José M. Ramos Mejía, Juan Carlos Belgrano, etc., en el órgano periodístico del centro de estudiantes "13 de diciembre" con diversos artículos. Durante su permanencia en la Universidad y en ocasión de la epidemia de fiebre amarilla que azotó a Buenos Aires, Zeballos se desempeñó como secretario de la comisión popular de salubridad.

Años más tarde, gracias a sus vinculaciones forjadas en años pretéritos dieron sus frutos. Fue elegido diputado por la Capital, donde se destacaría por su oratoria cuando intervino en asuntos de Estado, especialmente en aquellos referidos a la soberanía territorial de la joven República.

Zeballos actuó como Canciller argentino en tres oportunidades: desde el 10 de septiembre de 1889 al 14 de abril de 1890, durante la presidencia de Juárez Celman (1886-1890); entre el 22 de octubre de 1891 al 12 de octubre de 1892, durante la presidencia de Pellegrini (1890-1892); y entre el 21 de noviembre de 1906 y el 22 de junio de 1908 durante la presidencia de Figueroa Alcorta (1906-1910). También se desempeñó como ministro de Instrucción Pública y Justicia.

² Los datos biográficos están tomados de: ECHEPAREBORDA, Roberto. "Zeballos y la política exterior argentina". Ed. Pleamar. Buenos Aires, 1982. Como así también de la Enciclopedia Universal Ilustrada Espasa Calpe, t. 70. Bilbao, 1930. pp. 1137-1138. En internet hemos visitado la siguiente dirección: <http://www.argiropolis.com.ar/ameghino/biografias/zeba.htm>.

³ El 13 diciembre de 1871 se produjo el suicidio del estudiante Roberto A. Sánchez, motivado por haber sido reprobado arbitrariamente en sus exámenes. Este hecho, causó un levantamiento del estudiantado, con gran apoyo de la opinión pública. Esta situación provocó la remoción de los profesores que habían evaluado a Sánchez y produjo el inicio de las primeras reformas en la Universidad de Buenos Aires. El órgano periodístico y el Centro de Estudiantes instituidos por los estudiantes de la Universidad, del cual participaba Zeballos, llevaron la denominación "13 de diciembre" fecha conmemorativa de la muerte de Sánchez.

Puede considerarse como uno de los intelectuales más prestigiosos de la época. Graduado universitario, con el título de abogado y doctor en Derecho, se desempeñó en su profesión, lo que le permitió cumplir una multiplicidad de funciones en todos los niveles de la vida pública. Haber sido parte activa del “mundo de lo jurídico” fue trascendental para el desenvolvimiento de Zeballos, dado que la importancia cuantitativa y cualitativa de ese espacio de poder era fundamental para el desarrollo del manejo de los asuntos relacionados con el Derecho Público y el Privado; porque los abogados al servicio de las clases dominantes, o miembros de ellas, dieron forma y expresión al Estado Oligárquico.⁴

Fueron abogados quienes modernizaron el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo, proporcionando a la Administración Pública los instrumentos Ideológicos de dominación jurídicos y legales necesarios.⁵ Estos instrumentos, obviamente, eran los diversos Códigos (Comercial, Civil, Penal, Procesal, etc.) que se implementaron en el ámbito nacional a partir de 1860 en adelante. La función de éstos consistió en marcar y delimitar el estatus jurídico de la propiedad privada referenciándose en los códigos burgueses más importantes de esos tiempos como el Napoleónico, el Brasileño de Tixeiras Freitas y los principios derivados del Derecho Romano.⁶ Estanislao Zeballos en 1885 presentaba el proyecto de Código de procedimientos en materia civil en colaboración con el doctor Amancio Alcorta publicado al poco tiempo en la ciudad de Buenos Aires; en 1888 en su rol de diputado nacional hizo una profunda defensa de la Ley de Matrimonio Civil en su discurso parlamentario y; en 1889 presentó el proyecto e informe “in voce” de la Comisión de Códigos de la Honorable Cámara de Diputados sobre el Código de Comercio. En 1908 publicaba su “Ceremonial diplomático argentino” y, en 1910 junto con M. A. Weiss publicaba en París su “Manual de Derecho Internacional Privado” en su rol académico.

Zeballos fue profesor titular en las Cátedras de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Buenos Aires; decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires en 1918, fue traductor de numerosos trabajos académicos y diplomáticos, los que utilizó como apoyatura para la docencia universitaria y para la política. Fue presidente en dos periodos de la Cámara de Diputados de la Nación y diez años miembro de la misma, también fue elegido diputado provincial por Buenos Aires.

⁴ ALLUB, LEOPOLDO. “Estado y sociedad civil: patrón de emergencia y desarrollo del Estado Argentino (1810-1930)”. En: ANSALDI, WALDO y MORENO, JOSÉ LUIS. “Estado y sociedad en el pensamiento nacional”, p. 129. Ver también ROMERO, JOSÉ LUIS. “El desarrollo de las ideas en la sociedad argentina del siglo XX”. A-Z Editores. Buenos Aires, 1998. pp. 17 y ss.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

Importante y destacable puede considerarse su producción historiográfica, especialmente en temas relacionados con la política internacional o la política exterior ya que como profesor y, específicamente como especialista del tema, fue referente constante de los más importantes hombres de la política internacional argentina quedando evidenciado en más de una ocasión: dos veces ministro plenipotenciario en el Brasil y los Estados Unidos de Norte América; negociador de varios tratados, entre ellos el de reciprocidad de la cláusula de nación más favorecida con Francia en 1902; miembro del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya y del Congreso Panamericano de 1910. Además, fue uno de los representantes más elocuentes de la Realpolitik en las relaciones internacionales de su tiempo. Poseedor de unas de las bibliotecas más completas e importantes de la época con 14 mil volúmenes. Además, fue Presidente de la Sociedad Rural Argentina una de las instituciones más importantes de la oligarquía argentina.

En el ámbito periodístico descolló como hábil y destacado columnista en los más prestigiosos diarios locales y extranjeros, pasión que había comenzado desde su labor en el Colegio Nacional en 1869. Además fue uno de los fundadores del Círculo de Periodistas. Particularmente importante fue su cargo de director del diario *La Prensa*, desde el cual podía “impartir cátedra” a un público mucho más amplio que el universitario, sobre los problemas de la política interna e internacional, es decir sobre la denominada baja y alta política.

Los enfrentamientos discursivos por las distintas posturas sobre la política exterior de la argentina, encontraron en Zeballos la pluma ideal. Los periódicos fueron un vehículo sumamente importante para dirimir posiciones ideológicas e intereses económicos, por lo tanto un modo cardinal para distinguirlos. Zeballos desde *La Prensa* y la oposición desde *La Nación*, libraron verdaderas y apasionantes batallas editoriales.

Fundó y dirigió numerosas publicaciones como: *Anales de la Sociedad Científica Argentina* (1872); *Anales Científicos Argentinos. Revista de Ciencias* (1874); *Boletín del Instituto Geográfico Argentino* (1879); *El mensajero* (1885); *Bulletin Argentin de Droit International Privé* (1903)

Uno de sus mayores logros fue sin duda, la fundación de la Sociedad Científica Argentina, nacida en el seno del Departamento de Ciencias Exactas de la Universidad de Buenos Aires, en 1872, siendo Zeballos uno de sus miembros iniciales más activos y autor de numerosas iniciativas de la Sociedad en sus primeros años de desarrollo. Además fue el redactor de los estatutos de la misma y unos de los fundadores del boletín de la institución

El “Zeballos” que particularmente nos interesa se remite a su condición de fundador, editor y escritor de la *Revista Derecho, Historia y Letras*

(*La Revista*) A partir de ella pretendemos visualizar la influencia que tuvo en las elites argentinas de su época, cómo se reflejó su posición de columnista especialmente en temas de política interior y exterior de la Argentina y establecer su posición ideológica de editor al seleccionar el material a publicar.

Estanislao Zeballos contribuyó a crear el imaginario⁷ e inventar la patria Argentina desde *La Revista*. Esta construcción de la nacionalidad, se dio en el plano de la elite y hacia dentro de la misma. Al fin y al cabo su papel de intelectual fue orgánico a la clase a la que pertenecía.

La Revista

Elegimos esta publicación periódica porque se trata “...de una forma de producción discursiva caracterizada por la copresencia de intelectuales que, sea cual sea su nivel de integración, no han delegado sino parcialmente en ese espacio común, sus proyectos, sus prácticas, sus utopías...”⁸ Estuvo destinada a un público especial en tanto que lector culto y académico, con un papel de difusor del mensaje en el plano de la elite. Esto puede considerarse así porque:

*...Los lectores deben ser considerados desde dos puntos de vista principales: 1) como elementos ‘transformables’ filosóficamente, capaces, dúctiles, maleables a la transformación; 2) como elementos ‘económicos’, capaces de asimilar las publicaciones y hacerlas asimilar a los demás.*⁹

Al público lector era necesario adoctrinarlo o, al decir de Zeballos, “educarlo” de manera específica, por eso, la publicación no se dirigía a un lector masificado sino a un lector más profundo y erudito. Por lo tanto, se hacía necesario asignarle un rol en el proceso de construcción social, de construcción de una realidad, en la invención de una nación, en la creación de una patria. Variables todas que intervienen en la construcción de la identidad nacional, que comprende tanto una identidad cultural como a una identidad política, que atañe a una comunidad cultural y a una comunidad política,¹⁰ en este caso la Argentina. La identidad nacional es, ante todo, la identificación que los ciudadanos de los Estados-nación hacen [y les hacen] de sí mismos, por lo tanto, su expresión plena sólo se puede apreciar dentro de un contexto moderno, aunque su evolución y cons-

⁷ CASTORIADIS, CORNELIUS. “La institución imaginaria de la sociedad” t 1 Tusquets Editores. Buenos Aires, 1993. p. 219.

⁸ ALTAMIRANO, CARLOS y SARLO BEATRIZ. “Ensayos argentinos. De Sarmiento a la Vanguardia”. Ed. Ariel. Buenos Aires, 1997. p. 262

⁹ GRAMSCI, ANTONIO. “Los intelectuales y la organización de la cultura”. Ed. Nueva Visión. Buenos Aires, 1997. p. 150.

¹⁰ SMITH, ANTHONY. “La identidad nacional”. Trama Editorial. Madrid, 1997. p. 7.

trucción revelan vínculos discernibles con una acumulación de diversos pasados históricos.¹¹ Ellos están constituidos por: imaginarios, mitos y la construcción social de la realidad, hacen a la conformación de una identidad nacional, a la nacionalidad.

Consideramos que Zeballos participó en la creación e institucionalización en la elite dirigente de un “Yo” argentino; “Yo” que puede: reconstruirse, reinventarse o inventarse plenamente,¹² que se construye desde la misma elite, y que deberá llegar a instituirse y realizarse en un “Nosotros” e instituirse imaginariamente en la sociedad.¹³ Ese “Nosotros” que significa el “Yo colectivo”, canalizado en primera instancia por medio de la familia y luego, más planificadamente, a través de la educación, constituyéndose ambos en instrumentos importantísimos tanto de socialización, como de control social.

Así, la educación es el mecanismo por el cual se lleva a cabo el proceso de “iniciación” en las creencias comunitarias¹⁴ y justamente este proceso de “iniciación” es materializado por el Estado Nacional. Por lo tanto la educación se transforma en el principal instrumento de la construcción del “Yo” y del “Nosotros”, porque a partir de ella es dónde se nos enseña qué somos, quiénes somos y quiénes son los “Otros”. Se constituye en uno de los mecanismos dónde se construye la socialización primaria y donde se nos hace tomar conciencia del “Otro”.¹⁵

Por eso, la construcción del “Nosotros” posibilita, la construcción de la identidad nacional: con “Nosotros los argentinos”, **se construye la identidad hacia adentro** y simultáneamente, **se construye así la identidad hacia afuera**, para poder ser reconocidos a nivel internacional como una nación: la Argentina. Con el sentido también de diferenciarnos de los “Otros” los chilenos y los brasileros que también están construyendo su “Yo” y tomando conciencia del “Otro” -la otredad- y de los “Otros”. Para lograrlo, Zeballos apuntó a construir la identidad desde lo elemental, esto es desde la constitución del “Yo”, un “Yo colectivo”, el “Nosotros”, con el fin de lograr una autoidentificación. También, tendió a la construcción e institucionalización imaginaria de los “Otros”, a los fines de diferenciarnos de las otras identidades nacionales, para poder ser reconocidos como un Estado con una nación propia.

Zeballos construye la identidad nacional con todos sus componentes (imaginarios, símbolos, mitos, etc.) hacia dentro y hacia afuera de

¹¹ Idem. pp. 2-14.

¹² Idem. p. 128.

¹³ CASTORIADIS, CORNELIUS. “La institución...” Op. Cit. p. 219.

¹⁴ GURRUXTAGA, ANDER. “Polisemia y paradojas del Nacionalismo”. En: *Revista de Estudios Políticos*. n. 95, enero-marzo, 1997. p. 311.

¹⁵ BERGER, PETER y LUCKMANN, THOMAS. “La construcción social de la realidad”. Ed. Amorrortu. Buenos Aires, 1989. pp. 164-174.

la “Argentina”: identificando, internamente, las políticas desarrolladas en diferentes ámbitos por el gobierno y, hacia fuera, la posición asumida respecto de la política internacional, específicamente, con la política exterior con Chile y Brasil. Posteriormente con la posición asumida con respecto a la “ingerencia” norteamericana en la región.

El periodo a investigar abarca desde la fundación de *La Revista* en 1898 hasta 1914, lapso que coincide sugerentemente con la asunción nuevamente de Zeballos a la Cancillería. Este periodo, también, coincide con el tiempo en que **él es oposición del gobierno de su propia elite**. La extensión total de *La Revista* es de 60 tomos editados desde 1898 hasta 1923 (año de la muerte de Zeballos)

También es importante señalar que dentro del marco temporal en el que circunscribimos nuestro trabajo, se puede apreciar un cambio en el “Otro”; esto es así porque desde la fundación de *La Revista* (1898), Chile representa ese “Otro”; y a partir de 1905-6 ese “Otro” es representado por otro actor: Brasil. Este proceso quedó evidenciado en la edición de *La Revista* y en la producción de Zeballos: estratégicamente hablando, surge un “Otro” diferente y se amplió el “Nosotros” con la incorporación de paraguayos y bolivianos en el juego de equilibrio de poder latinoamericano. También a partir de 1904, Zeballos hace un seguimiento detallados de las transformaciones que “nuestro hermano del norte” está realizando de la mano de Teodoro Roosevelt y su “Big Stick”

En *La Revista*, como nuestro corpus central, analizamos tanto los artículos de autoría de Zeballos como los de sus colaboradores, considerándolos desde un análisis temático y estratégico. Se profundizaría su tratamiento desde un marco teórico específico referido a las temáticas de Relaciones Internacionales, Teoría Política e Historia.

El hogaño del ayer

En su primer artículo en *La Revista*, Estanislao Zeballos hace una descripción de como él veía al mundo en ese momento, en especial la situación particular que se estaba viviendo en la República Argentina, lo que estaba pasando con su clase dirigente y la función que *La Revista* tenía que cumplir en ese contexto.

Estanislao Zeballos decía:

Las sociedades latino-americanas conservan los caracteres geniales de la raza fundadora. Su índole moral, enérgica y hospitalaria, no ha producido, sin embargo, los frutos que esperan la libertad política y la libertad civil. La civilización del Nuevo Mundo está retardada... Las instituciones pierden terreno, aunque los ganen los progresos materiales. Los héroes del desgobierno y de la licencia social alimentan el egoísmo, generado por la

*abundancia ó por las facilidades económicas. El carácter de los hombres se debilita y aparece la indiferencia cívica cediendo á los elementos inferiores y parasitarios a la suerte y el gobierno común.*¹⁶

La “raza fundadora” era la clase dirigente, “la madre de la nación”, analogía tan característica de la Generación del ‘80 y que para este periodo en algunos intelectuales aún se mantuvo, “Mi madre” desempeña el rol de La Nación, en este caso, Zeballos dedica sus notas de viaje no a su madre biológica, sino metafóricamente a la nación argentina.¹⁷ Este tipo de artículos puso el énfasis en “el hablar de uno mismo’ deja de ser una conducta natural y se convierte en un instrumento de finalidades múltiples que toman forma de acuerdo con necesidades que sobrepasan lo confesional individual”¹⁸ para dar lugar al recuerdo que vendría a ser como el proveedor del material de la confesionalidad. En muchos casos el recuerdo se concentra en lo personal, casi íntimo, con una necesidad didáctica. Así, el recuerdo estaba en estrecha relación con el viaje, que le permite “salir del grupo” y representa el círculo, el club y en especial el país, e ir a Europa. El libro de viaje adquiere significaciones diferentes no ya el perfeccionamiento intelectual, sino que el viaje mismo se sacraliza, “el que va a Europa es digno de viajar y Europa debe ser viajada por aquél, de donde el que vuelve regresa consagrado”,¹⁹ el hecho queda evidenciado en el testimonio escrito del viaje, su versión. Desde finales del siglo XIX, el viaje fue enriquecido con la mirada del diplomático, sin perder de vista el país del que se partía y la responsabilidad que se tenía.

Además, Estanislao Zeballos aludía a que esta supremacía de la “raza madre”, con sus elementos constitutivos morales, no había sabido y querido instaurar en el país un “proceso democratizador”, esto era: haber avanzado hacia una democracia más plena con un ejercicio más completo de las libertades políticas y civiles, tan necesarias para poder ingresar, plenamente al mundo civilizado.

¹⁶ ZEBALLOS, ESTANISLAO. “Revista de Derecho, Historia y Letras”. En: *Revista Derecho, Historia y Letras*. t. 1. 1898. p. 5. Las negritas son nuestras. El concepto de “raza” que es utilizado por Estanislao Zeballos en este artículo, se corresponde con la conceptualización que de la misma hacían otros colaboradores de *La Revista* (como Bunge, Ingenieros, Ramos Mexía, etc.) Debido al paradigma en boga en el periodo de estudio, correspondiente al evolucionismo spenceriano, al cual adherían la mayoría de los intelectuales argentinos. La raza era considerada como el elemento diferenciador y característico que marcaba la disparidad de los dominantes de los dominados.

¹⁷ A modo muy ilustrativo citamos el título que Zeballos daba a su diario de viaje en los tomos del año 1904 “Notas de viaje. **Diario íntimo, escrito para mi madre.** “ Las negritas son nuestras. ZEBALLOS, ESTANISLAO. “Notas de viaje. Diario íntimo, escrito para mi madre”. En: *Revista Derecho...Op. Cit.* t. 20. 1904. pp. 141-150.

¹⁸ JITRIK, NOÉ. “El mundo del 80”. Ed. Capítulo. Buenos Aires, 1982. p. 78.

¹⁹ Idem. p. 85.

Al entender de Zeballos esta situación de “desgobierno” planteada “no ha podido barbarizarlas, ni sofocar la vitalidad bondadosa de su índole”,²⁰ refiriéndose a la clase dirigente. A pesar de la situación imperante creía que todavía era posible rescatar una parte de ella, sin perder la mirada crítica que podía aportar desde sus escritos.

La importancia que Estanislao Zeballos otorgó a determinadas instituciones del derecho internacional fue fundamental y tenía, muchas de las veces, su correlato con su posición en la “Realpolitik” aunque en este caso se tratase de instituciones nacionales e internacionales. El orden debía primar en las dos esferas y, el respeto a las instituciones era lo que diferenciaba entre un estado de barbarie o el de civilización, pero este respeto estaba subordinado a los intereses nacionales lo que hacía en muchos casos letra muerta al enunciado. Además, las consecuencias que, para la clase dirigente, trajo el progreso económico fue tomado por Zeballos como una de las causas que habían propiciado el “facilismo” y la “corrupción”, y por lo tanto el abandono de la buena administración de la cosa pública. Tal era la importancia para Zeballos de este tema, que en sobrados artículos denunciaba, a lo largo de *La Revista*, los males del “progreso material” sin su correlato moral.

Entonces, ¿Cuál era la solución a estos problemas que aquejaban a la “nación”? según Zeballos: en parte divulgar estos males y sus efectos nocivos con el fin de tomar conciencia. Dentro de esos el Derecho no era ajeno, dada la “ineficiencia de la ley. “Se dice que es letra muerta en Sud América”²¹ Zeballos compartía esta situación sólo a medias y proponía darle respuesta por medio de:

*El hogar y la escuela elemental, que deciden de las inclinaciones del hombre, las facultades superiores destinadas á formar a los maestros del derecho, las asambleas legisladoras, las administraciones de justicia, la actividad ejecutiva y el ejercicio individual y común de las libertades políticas, funcionan á menudo extraviados. La fuerza, la arbitrariedad, las negligencias, el interés, los odios, la debilidad del carácter individual, la falta de tradiciones y de ideales definidos, influyen de una manera creciente en el desarrollo de los embriones nacionales del Nuevo Mundo. Pero la conclusión es aplicable también á los estados americanos de origen anglo-sajón, cuyo funcionamiento político y social no está libre de profundos vicios.*²²

Zeballos advertía que al fallar la escuela fallaba todo el sistema, el edificio se malograba desde los cimientos, al no poder transmitir, por ejem-

²⁰ ZEBALLOS, ESTANISLAO. “Revista de Derecho, Historia y Letras”. En: *Revista Derecho...* Op. Cit. t. 1. 1898. p. 6.

²¹ ZEBALLOS, ESTANISLAO. “Revista de Derecho, Historia y Letras”. En: *Revista Derecho...* Op. Cit. t. 1. 1898. pp. 5 y 6.

²² *Ibidem*.

plo las tradiciones²³ y los ideales de los mayores, de los fundadores, corriendo el riesgo que el proceso creativo embrionario de las nacionalidades abortasen antes de constituirse en naciones propiamente dichas. Esta situación que opinaba Zeballos también afectaba a los vecinos del gran norte.²⁴

Las guías para la construcción de las nuevas sociedades, debieran ser “al amparo de la Virtud, del patriotismo y de la Ley”²⁵ ¿La educación en ese momento podría hacerlo? Según Zeballos, no: “La educación adopta direcciones peligrosas y en algunas partes funestas para el porvenir de los individuos, de las instituciones y de los pueblos”²⁶ ¿Zeballos fue el único que advertía esta situación? Él nos dice “Lo han demostrado escritores notables y lo advierten los grupos dirigentes en la República Argentina y en el Nuevo Mundo; pero sus fuerzas están desalojadas ó dispersas. Es necesario contribuir á la disciplina y á la resistencia”²⁷ ¿Ahora cómo lograrlo, con qué y con quienes? “La Revista nace de estos anhelos sociales, especialmente sentidos en la República Argentina”²⁸ ¿Sentidos por quienes? “Nos lo han aconsejado patricios notables, venciendo nuestras vacilaciones para fundarla y sostenerla. Héla aquí, pués, elemento incorporado á la reacción jurídica y á la defensa social, empeñada ya por diarios y revistas”²⁹

¿Qué temas tocará *La Revista* y cómo y cuál será su ámbito?

La acción de la Revista será, en materia de Derecho, crítica y científica. Contribuirá á vigorizar las nociones del Derecho y del Deber en el hogar, en la educación, en las asambleas legisladoras, en la administración de justicia, en el funcionamiento administrativo y en el ejercicio de las libertades políticas y civiles en las naciones latino-americanas y de una manera directa y especial en la República Argentina.(...) Los estudios históricos están incorporados á las grandes escuelas jurídicas. Su enseñanza es virtud fundadora. La Revista se ocupará pues, de los hechos pasados en su relación con el desenvolvimiento orgánico de la sociedad. La crónica tiene para sus páginas un interés secundario; pero felizmente empieza para la literatura histórica en la República Argentina y en América un período de la critica y de la filosofía.

²³ Sobre este importante tema seguimos a HOBBSAWM, ERIC y RANGER, TERENCE. Editors. “The Invention of Tradition”. Ed. Canto. University Press. Cambridge, 1999. Recomendamos ver el capítulo primero donde Hobsbawm hace la distinción entre costumbre y tradición. pp. 2-3.

²⁴ ZEBALLOS, ESTANISLAO. “Revista de Derecho, Historia y Letras”. En: *Revista Derecho...* Op. Cit. t. 1. 1898. pp. 5 y 6.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Idem. pp. 6 y 7. Hay que recordar que Zeballos se desempeñaba, también, como director del diario *La Prensa*.

(...) *No será extraño á este plan el estímulo de la cultura literaria. Los países nuevos, formados por la combinación de los elementos propios con las tendencias, con el capital y con los brazos extranjeros, no pueden abandonar sus orígenes, ni su marcha á influencias eventuales. Es necesario encausarlos y defenderse de la vulgaridad utilitaria persiguiendo un ideal de arte. Consideramos por eso un deber y un honor ofrecer éstas páginas á todos los espíritus selectos que contribuyen á la civilización argentina y americana con una brillante y severa devoción a las letras.*³⁰

La cita, y ya a modo de conclusión, es muy clara sobre la finalidad de la publicación y el origen de su nombre, tanto el Derecho, la Historia como las Letras, en esos momentos y en otros, actuaron como soportes ideológicos básicos sobre los cuales se debía construir la identidad, es decir, éstas fueron las herramientas que permitieron la construcción de un sistema de dominación político, económico y cultural hegemónico. Así, los tres, le dan nombre y sentido a *La Revista*.

Es importante hacer una aclaración. Zeballos muchas veces entró en contradicciones tanto en sus formulaciones teóricas, como en el diagnóstico de las soluciones. Esto es, entre el debe ser y el ser o entre lo aconsejable y lo dado. Especialmente los temas de; la educación e instrucción, política exterior e internacional.

Bibliografía

ANDERSON, BENEDICT. "Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo". Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1997.

ANSALDI, WALDO y MORENO, JOSÉ LUIS. "Estado y sociedad en el pensamiento nacional". Ed. Cántaro. Buenos Aires, 1989.

BARBÉ, ESTHER. "Las relaciones internacionales". Ed. Tecnos, Madrid, 1998.

CAMPOS DE ALMEIDA, TÂNIA MARA. "A invenção do Estado-Nação e o caso brasileiro. En: *Revista Multipla*. v..3(4) n. 71-83. Brasília, 1998.

CASTORIADIS, CORNELIUS. "La institución imaginaria de la sociedad". t. 1 y t. 2. Tusquets Editores. Buenos Aires, 1993.

CISNEROS, ANDRÉS y ESCUDÉ, CARLOS. "Historia General de la Relaciones Exteriores de la República Argentina". Parte I, t. I. Parte II. Ed. Nuevo Hacer. Buenos Aires, 1998

— "Historia General..." Op. Cit. Parte II, tt. VII y VIII. Ed. Nuevo Hacer. Buenos Aires, 1999.

CORNBLITT, Oscar E.; GALLO, Ezequiel y O'CONNELL, Alfredo A. "La Generación del '80 y su proyecto: antecedentes y consecuencias". En: Torcuato Di Tella Comp. *Argentina Sociedad de masas*. Ed. Eudeba. Buenos Aires, 1965.

³⁰ ZEBALLOS, ESTANISLAO. "Revista de Derecho, Historia y Letras" Op. Cit. p. 7.

ETCHEPAREBORDA, Roberto. "Historia de las relaciones internacionales argentinas". Ed. Pleamar. Buenos Aires, 1978.

— "Zeballos y la Política Exterior Argentina". Ed. Pleamar. Buenos Aires, 1982.

FERRARI, GUSTAVO. "Conflicto y paz con Chile". Ed. Eudeba. Buenos Aires, 1968.

FERRARI, GUSTAVO y GALLO, EZEQUIEL. comp. "La Argentina del ochenta al Centenario". Ed. Sudamericana. Buenos Aires, 1980.

GARCIA COTARELO, RAMÓN. (comp). "Introducción a la teoría del Estado". Ed. Taide, Barcelona, 1981.

HALPERIN DONGHI, TULIO. "Historia Contemporánea de América Latina". Alianza Editorial. Buenos Aires, 1986.

HOBBSAWM, ERIC J. "La era del imperio, 1875-1914". Ed. Crítica. Buenos Aires, 1998.

HOBBSAWM, ERIC J. and RANGER, Terence. "The Invention of Tradition". Ed. Canto. Cambridge, 1999.

JELLINEK, GEORG. "Teoría General del Estado". Ed. Albatros. Buenos Aires, 1978.

LASAGNA, MARCELO. "Cambio institucional y política exterior: un modelo explicativo". En: *Afers Internationals*. n. 32. Barcelona, s/f.

LANÚS, JUAN ARCHIVALDO. "La causa argentina". Ed. Emecé. Buenos Aires, 2002.

MABRAGAÑA, H. "Los mensajes". Buenos Aires, 1910.

OSZLAK, OSCAR. "Formación histórica del Estado en América Latina. Elementos teóricos metodológicos para su estudio". Ed. CEDES. Buenos Aires, 1986.

— "La formación del Estado Argentino". Ed. Belgrano. Buenos Aires, 1990.

PARADISO, JOSÉ. "Debates y trayectoria de la Política Exterior Argentina". Grupo Editor Latinoamericano. Buenos Aires, 1993.

PIÑERO, NORBERTO. "La Política Internacional Argentina". Ed. Jesús Méndez. Buenos Aires, 1924.

RUIZ MORENO, ISIDORO. "Historia de las relaciones exteriores argentinas (1810-1955)". Ed. Perrot. Buenos Aires, 1964.

— "Historia de las relaciones exteriores argentinas (1810-1955)". Ed. Perrot. Buenos Aires, 1961.

SANZ, SANTIAGO. "Historia Argentina contemporánea, 1862-1930: la historia diplomática, desde la presidencia de Mitre, 1862, hasta 1930". En: *Academia Nacional de la Historia*. t. V. Ed. El Ateneo. Buenos Aires, 1964.

SATAS, HUGO R. "Una política exterior argentina". Ed. Hypamérica. Buenos Aires, 1987.

SHAW, ENRIQUE E. "Zeballos y la imaginación de Argentina, 1898-1906". Ed. Advocatus. Córdoba, 2003.

SHAW, ENRIQUE E. y JUÁREZ CENTENO, Carlos. "La relación entre la Argentina y los Estados Unidos en época de la Conferencia Panamericana de Río de Janeiro de 1906. Una lectura desde *La Revista de Derecho, Historia y Letras*. En *Escenarios y nuevas construcciones identitarias en América Latina*. UNC. UNVM. Córdoba, 2004.

"Inmigración y ciudadanía: un problema del '900: estudio comparado entre *La Revista de Derecho, Historia y Letras* y las tesis doctorales presentadas a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba". En: *Anuario*. n. VII. CIJS. UNC. 2004.

"A(r)mandonos: Alta Política en le escenario internacional, 1898-1914". En: *Anuario*. n. VIII, CIJS. UNC, 2005.

SOLVEIRA, BEATRÍZ. "La evolución del Servio Exterior Argentino entre 1852 y 1930". Ed. Centro de Estudios Históricos. Córdoba, 1997.

— "La política internacional: relaciones exteriores y cuestiones limítrofes (1862-1914)". Apartado de la "Nueva Historia de la Nación Argentina". t. V. Ed. Planeta, Buenos Aires, 2000.

SMITH, ANTHONY. "La identidad nacional". Trama editorial. Madrid, 1997.

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).

Memorias del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. años 1898 a 1914. (Archivo General de La Nación. Biblioteca del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de La Nación. Biblioteca del Congreso de La Nación).

Compendio de Legislación Argentina 1898/1914. (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).



EL ESTADO DE NECESIDAD COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE ILICITUD: EL CASO CONTINENTAL C. REPÚBLICA ARGENTINA

*María Alejandra Sticca**

Resumen: En este artículo analizamos la figura del estado de necesidad como causa de exclusión de ilicitud, en el marco del laudo arbitral pronunciado por CIADI en el caso Continental c. República Argentina. En primer término, presentamos los antecedentes del caso y luego nos detenemos en cada una de las condiciones requeridas para que se configure el estado de necesidad.

Palabras claves: responsabilidad internacional - estado de necesidad - inversiones extranjeras - obligaciones internacionales - CIADI - laudo arbitral

Introducción

A partir de la suscripción de los tratados sobre protección de inversiones, ha sido creciente el sometimiento de la República Argentina a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Este Centro entiende en las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someterlas al Centro.

Hoy la mayor parte de los procesos arbitrales bajo las reglas del CIADI que involucran a nuestro país se relacionan con problemas vinculados con empresas licenciatarias o concesionarias de servicios públicos.

Antecedentes del Caso Continental c. Rep. Argentina

El 17 de enero de 2003, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones¹ recibió una solicitud de arbitraje en contra

* Doctorando en Derecho (UNC). Mg. en Cooperación Internacional al Desarrollo y Acción Humanitaria. Profesora de la asignatura Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Cs. Sociales (UNC) y en la Universidad Empresarial Siglo 21. Coordinadora Académica del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Fac. de Derecho y Cs. Sociales (UNC).

¹ Para un completo análisis del CIADI, véase i.a.: Julio A. Vives Chillida; El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), Madrid, McGraw-Hill, 1998.

de la República Argentina presentada por Continental Casualty Company², empresa constituida con arreglo a la ley del Estado de Illinois (Estados Unidos de América). La solicitud se refería a la inversión de Continental en CNA Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. (“CNA ART” o “CNA”), compañía de seguros constituida en Argentina, de la cual Continental afirmó ser propietaria absoluta, y a las presuntas violaciones por parte de Argentina de los derechos que corresponden a Continental como inversionista en virtud del *Tratado sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado en 1991 entre los Estados Unidos de América y la República Argentina* (TBI)³.

El 20 de agosto de 2003, la República Argentina nombró árbitro al Licenciado Michell Nader, de nacionalidad mexicana. El 22 de agosto de 2003, la Demandante nombró árbitro a Sir Elihu Lauterpacht, nacional del Reino Unido. El 6 de agosto de 2004, el Prof. Lauterpacht renunció al cargo, por lo que la Demandante tuvo que designar como nuevo árbitro al Sr. VV. Veeder, nacional del Reino Unido. Con el acuerdo de las partes, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI nombró Presidente del Tribunal de Arbitraje al Profesor Giorgio Sacerdoti, de nacionalidad italiana.

Continental es una empresa constituida en Illinois (Estados Unidos) y es filial de CNA Financial Inc. (CNA), “una destacada proveedora de servicios financieros con oficinas centrales en Chicago”. Continental es propietaria y ejerce el control de CNA ART, que es “una de las empresas líderes en la prestación de servicios de seguros de riesgo de trabajo”. CNA ART fue constituida en Argentina en 1996 con el nombre de “OMEGA Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A.”. En junio de 1997, Continental adquirió un 70% de participación en esta empresa y aumentó dicha participación a prácticamente el 100% (99,9995%, para ser exactos) en diciembre de 2000. Acto seguido, Omega cambió su nombre por el de CNA ART.

También, Gabriela Álvarez Ávila; “Las características del Arbitraje del CIADI” en Anuario de Derecho Internacional, Universidad Autónoma de México, Vol. 2, México, 2002. Accesible desde: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm> Asimismo ver, F. Kundmüller Caminiti; “ICSID, ‘bella durmiente’ despabilada ante la atronadora globalización y el fragor creciente de las controversias en materia de inversión extranjera” en Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación, accesible desde: <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/inversion.html>

Los casos en que la República Argentina fue demandada y se encuentran pendientes de solución se pueden consultar “List of Pending Cases”, ICSID, accesible desde <http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>

² *Caso Continental Casualty Company c. República Argentina*, caso CIADI N° ARB/03/9, laudo arbitral 05 de setiembre de 2008, <http://www.worldbank.org/icsid/...> Los árbitros fueron Prof. Giorgio Sacerdoti (Presidente), Sr. VV. Veeder y Lic. Michell Nader.

³ Firmado en Washington el 14 de noviembre de 1991, en vigor desde el 20 de octubre de 1994.

CNA ART mantiene una cartera de valores de inversión con el objeto de obtener rentabilidad sobre su capital, la que consiste principalmente en “activos de bajo riesgo, tales como depósitos en efectivo, letras del Tesoro y bonos del Gobierno “. De conformidad con la reglamentación argentina de las operaciones de seguros de CNA, “salvo escasas excepciones, ese capital debe invertirse en Argentina”.

Según la Demandante, con anterioridad a marzo de 2001, la cartera de inversiones de CNA consistía principalmente en activos denominados en pesos argentinos, que en ese entonces eran plenamente convertibles a dólares de los Estados Unidos a la tasa de uno por uno. Con el fin de protegerse contra el riesgo de devaluación, la administración de CNA decidió realizar inversiones dentro de Argentina en activos de bajo riesgo denominados en dólares de los Estados Unidos. Como resultado de diversas operaciones de inversión, a partir de entonces mantuvo una cartera de cuentas en efectivo, certificados de depósito, letras del Tesoro, bonos y préstamos del Estado cuyo valor era de US\$ 100.998.000.

Continental señala que “[a] partir de diciembre de 2001, Argentina promulgó una serie de decretos y resoluciones que aniquilaron la seguridad jurídica de los activos en manos de CNA ART e impidieron a ésta cubrirse frente al riesgo de devaluación del peso”. La Demandante hace referencia a “las restricciones de Argentina a las transferencias hacia afuera de su territorio”, “la reprogramación de depósitos en efectivo”, “la pesificación de los depósitos en dólares de los Estados Unidos”, “la pesificación y el incumplimiento de sus obligaciones del servicio de la deuda”, así como a otras medidas. Continental señala que, debido a esas medidas (llamadas colectivamente “el régimen de control de capitales de Argentina”), en su calidad de inversionista en Argentina, había sufrido una pérdida absoluta del valor de sus activos de US\$ 46.412.000 y que, debido a la “congelación bancaria”, no puede o no pudo acceder a sus inversiones en Argentina.

Desde un punto de vista jurídico, Continental afirma que está protegida en virtud del TBI como “inversionista estadounidense con una inversión en Argentina”, pues su inversión protegida es, concretamente, CNA ART. Continental aduce que, debido a la conducta y las acciones expuestas en forma resumida anteriormente, Argentina ha dejado de cumplir las obligaciones contraídas, en virtud del tratado bilateral de inversiones, con respecto a ella en su calidad de inversionista estadounidense en Argentina. Continental afirma que Argentina ha violado, como mínimo, las siguientes disposiciones del TBI:

i) La obligación de observar obligaciones contraídas prevista en el Artículo II(2)(c) del TBI;

ii) La obligación de brindar trato acorde al derecho internacional, incluido un trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas, según lo previsto por el Artículo II(2)(b) del TBI, así como el trato de la NMF previsto en el Artículo II(2)(a);

iii) La obligación de permitir, sin demora, todas las transferencias relativas a una inversión, según lo estipulado en el Artículo V del TBI,

y

iv) La obligación de pagar una compensación por actos de expropiación, estipulada en el Artículo IV del TBI.

Basándose en un “Informe de valoración independiente” que presentó al Tribunal, Continental estimó sus pérdidas como sigue: i) por la violación de las obligaciones contractuales, pérdidas no inferiores a US\$ 31 millones; ii) por la violación de las obligaciones sobre expropiación, pérdidas no inferiores a US\$ 38 millones.

El 29 de junio de 2004, Argentina presentó un Memorial sobre excepciones a la jurisdicción.

El 22 de febrero de 2006, el Tribunal emitió su decisión sobre la jurisdicción⁴, en la que rechazó las excepciones de incompetencia opuestas por la Demandada y sostuvo que la diferencia de autos estaba comprendida en el ámbito de la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal.⁵

Condiciones necesarias para configure el “Estado de Necesidad”

En este artículo nos centramos en el análisis de la defensa invocada por la República Argentina basada en el artículo XI del TBI y en el estado de necesidad bajo el derecho internacional.

El Artículo XI dispone:

“El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad”.

La República Argentina niega absolutamente haber incurrido en incumplimiento de las obligaciones internacionales dimanantes del TBI en virtud de las diversas medidas adoptadas a partir del año 2001 y las cuales fueran impugnadas por la demandante. No obstante ello, y para el supuesto caso que el Tribunal la encuentre responsable, subsidiariamente presenta dos defensas que darían en todo caso legalidad absoluta a sus ac-

⁴ Puede consultarse en <http://www.investmentclaims.com>

⁵ Caso Continental, cit. parág. 42

ciones. La primera defensa se basa en el Art. XI del TBI, y la segunda en el “Estado de necesidad” reconocido en el derecho internacional consuetudinario y receptado por el Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hecho internacionalmente ilícito de la Comisión de Derecho Internacional (CDI).

El Tribunal fundamenta su abordaje, en primer término de las defensas presentadas por Argentina, antes que comenzar por el examen de las distintas reclamaciones por incumplimiento presentadas por Continental, en que por la naturaleza de las defensas *“podrían llegar a absolver a Argentina, total o parcialmente, de los presuntos incumplimientos y de la consiguiente responsabilidad por el pago de daños y perjuicios”*⁶.

No consideramos adecuado el uso del término “absolver” en el sentido de dar por libre de algún cargo u obligación, pues tanto una como otra defensas presentadas por la demandada tienen carácter transitorio y no tienen como objeto dar por terminada la obligación, sino que sólo exigen de su cumplimiento por un tiempo determinado.

Fitzmaurice observó que cuando se aplica una de las circunstancias que excluyen la ilicitud, “el incumplimiento no sólo está justificado sino que va encaminado a que se reanude el cumplimiento tan pronto como desaparezcan los factores que causaban y justificaban el incumplimiento”⁷.

En un caso concreto, la presencia de una de las circunstancias de exclusión de ilicitud determina que el hecho estatal no pueda calificarse de ilícito, por lo que no podría derivar ninguna forma de responsabilidad internacional. A los fines de la CDI, toda circunstancia que excluya la ilicitud de un hecho tiene necesariamente el efecto de excluir igualmente la responsabilidad.

Cuando media una de estas circunstancias no existe ilicitud, porque no existe el elemento objetivo del hecho internacionalmente ilícito, es decir, la violación de una obligación internacional.

“El comportamiento de un Estado, cuando tiene lugar, por ejemplo, en circunstancias de legítima defensa, fuerza mayor o ejercicio legítimo de una sanción, no constituye un hecho internacionalmente ilícito, ya que en tales circunstancias el Estado no tiene que observar la obligación internacional que normalmente debería respetar ni, por lo tanto, puede haber violación de tal obligación. Falta, por consiguiente, una de las condiciones esenciales para la existencia de un hecho internacionalmente ilícito”⁸.

⁶ Cf. Caso Continental Párag. 161

⁷ Fitzmaurice, Cuarto Informe sobre el derecho de los tratados, Anuario CDI 1959, vol. XII, p. 44.

⁸ Anuario CDI 1979, vol. II, 2º Parte, p.127.

Son causas de exclusión de ilicitud y no de responsabilidad porque tornan lícita una conducta que de otra manera sería ilícita. Estas circunstancias no anulan, no dan por terminada la obligación internacional, sólo justifican el incumplimiento. Por ello, se las debe diferenciar de las causas de terminación de la obligación en sí.

La Corte Internacional de Justicia en el párrafo 47 de la sentencia pronunciada en el caso Gabčíkovo – Nagymaros (Hungria c. Eslovaquia - 1996) observó: *“Incluso si se comprueba la existencia del estado de necesidad, no constituye una base suficiente para la terminación de un tratado. El estado de necesidad sólo puede invocarse para eximir de su responsabilidad a un Estado que no ha cumplido un tratado. Incluso si se considera justificada su invocación, el tratado no termina por ello; puede no surtir efecto mientras persista el estado de necesidad; de hecho puede ser inoperante, pero sigue vigente, a menos que las partes acuerden su terminación. Tan pronto como desaparece el estado de necesidad, renace la obligación de cumplir las obligaciones dimanantes del tratado”*⁹.

El Tribunal considera primero los argumentos vertidos por la Demandada basados en el Art. XI. El contenido de las dos defensas es diferente.

Según el Artículo XI, las obligaciones que cualquiera de las Partes haya asumido en virtud del Tratado en cuanto al trato de las inversiones y los inversores de la otra Parte “no impedirá” la aplicación de las “medidas necesarias” para la consecución de los tres tipos de intereses nacionales mencionados allí, a saber:

- a. el mantenimiento del orden público;
- b. el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o
- c. la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad.

Continúa señalando que conforme “El significado corriente de las palabras utilizadas, junto con el objeto y la finalidad de la disposición indica claramente que ninguna de las partes incurriría en incumplimiento de sus obligaciones en virtud del TBI si se hubiera adoptado debidamente cualquier medida porque era necesaria, en lo pertinente en este caso, ya sea “para el mantenimiento del orden público” o para “la protección de los intereses esenciales de seguridad” de la parte que adopta dichas medidas.

El Tribunal se inclinó por aceptar la posición del Comité *ad hoc* sobre la solicitud de anulación del caso CIADI *CMS c. Argentina*, en cuya decisión se afirma lo siguiente: “El Artículo XI es un requisito de piso: si se cumple, las obligaciones sustantivas bajo el tratado no tienen aplicación.

⁹ CIJ, Gabčíkovo – Nagymaros, 1996, p. 101

Por el contrario, el Artículo 25 es una excusa que sólo es relevante una vez que ha sido decidido que, de otra forma, dichas obligaciones sustantivas han sido incumplidas” (decisión sobre la solicitud de anulación en el caso CMS, párrafo 129). Por otra parte, si el Artículo XI resulta aplicable porque la medida en cuestión era necesaria a fin de salvaguardar intereses esenciales de seguridad, el tratado resulta inaplicable a dicha medida. A su vez, si un Estado se ve forzado, por razones de necesidad, a recurrir a una medida que resulta violatoria de una obligación internacional pero que se ajusta a los requisitos enumerados en el Artículo 25 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional, el Estado queda libre de la responsabilidad que de otro modo se derivaría de dicho incumplimiento”.

Concluye afirmando que el Artículo 25 del Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad internacional regula una situación diferente, a saber:

Artículo 25: 1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:

a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y

b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:

a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o

b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.

Cabe destacar, que las Partes en la controversia no discuten el hecho de que el Artículo 25 codifique el derecho internacional consuetudinario en la materia. El problema radica en que si bien, la CIJ ha reconocido en su sentencia pronunciada en el caso *Gabcikovo-Nagymaros* que “el estado de necesidad es una causal reconocida por el derecho internacional consuetudinario para excluir la ilicitud de un hecho que no se ajusta a una obligación internacional”, el texto del proyecto de la CDI no es una disposición de un tratado multilateral, cuya formulación precisa ha sido acordada por los Estados signatarios, sino que es una labor de codificación.

Los árbitros recordaron lo que se afirmó en el caso *Sempra*¹⁰ “*El Tribunal comparte el entendimiento de que el artículo 25 de los Artículos*

¹⁰ Caso *Sempra Energy International c. la República Argentina*, Caso CIADI N°ARB/02/16, de 28 de setiembre de 2007, parágr. 340. Árbitros Prof. F. Orrego Vicuña (Presidente), M. Lalonde y Dra. S. Morelli Rico. Cabe señalar que tanto el Presidente del tribunal como el árbitro desig-

sobre Responsabilidad de los Estados refleja el derecho internacional consuetudinario en la materia. Ello no significa que los Artículos sean un tratado, ni siquiera que formen parte por sí del derecho consuetudinario. Son simplemente la expresión experta y sistemática del derecho en materia de estado de necesidad según se ha desarrollado por las cortes, los tribunales y otras fuentes durante un período prolongado”.

Debemos recordar que cuando un Estado invoca el estado de necesidad, tiene pleno conocimiento del hecho de que opta intencionalmente por un procedimiento que no se ajusta a una obligación internacional. Éste es un argumento que no resultaría aplicable a la invocación del Artículo XI.

Las condiciones estrictas a que somete el texto de la CDI la invocación de la defensa del estado de necesidad por un Estado se explica por el hecho de que puede invocarse en cualquier situación contra cualquier obligación internacional, las condiciones requeridas tienen carácter acumulativo y sólo se la puede invocar con carácter excepcional. Estos argumentos determinan al Tribunal a concluir que la invocación del Artículo XI en el marco de este TBI, como disposición específica que limita las obligaciones generales (“principales”) de protección de la inversión, convenida bilateralmente por las Partes Contratantes, no está siempre sujeta a las mismas condiciones de aplicación que la invocación del estado de necesidad en virtud del derecho internacional general.

El tribunal continúa afirmando *“Sin embargo, hay un vínculo entre los dos tipos de regulación. En primer lugar, ambas intentan proporcionar flexibilidad en la aplicación de las obligaciones internacionales, reconociendo que la necesidad de proteger los intereses nacionales de importancia fundamental puede justificar el dejar de lado o suspender una obligación, o el impedir la imputación de responsabilidad por su incumplimiento. Asimismo, el resultado práctico de aplicar la exención prevista en el Artículo XI, en lugar de la defensa del estado de necesidad, puede ser la misma: condonar una conducta que de otro modo sería ilícita y eliminar, por lo tanto, la responsabilidad del Estado. Esto también sería cierto si se considerara al Artículo XI como una regulación bilateral específica del estado de necesidad a los fines del TBI (en consecuencia, una especie de lex specialis), apelando al recurso de la excepción consuetudinaria más restrictiva del estado de necesidad”*^{11,12}.

nado por la demandante son los mismos que intervinieron en el caso *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* del 12 de mayo de 2005. <[http://www.worldbank/icsid/...](http://www.worldbank/icsid/)>

¹¹ Esta opinión se ajusta a la expresada en la decisión sobre la solicitud de anulación del caso CMS, parágr.133.

¹² Caso Continental, parágr. 168.

Seguidamente pasamos a considerar las condiciones requeridas para que se configure el “estado de necesidad”, como defensa de carácter subsidiario y excepcional presentada por la demandada.

a) *Existencia de una obligación internacional* que surja de una *norma dispositiva*¹³ del Derecho internacional.

La obligación internacional que se pretende incumplir fundado en esta defensa tiene que estar vigente para el sujeto y no tiene que excluir la posibilidad de invocar el estado de necesidad. Esto último tiene lugar cuando la obligación internacional emana de norma imperativa (*ius cogens*) o de un tratado internacional en el que se excluyó expresamente la invocación de la citada circunstancia excluyente de ilicitud.

Al momento de surgir la controversia con Continental, pesaban sobre la República Argentina una serie de obligaciones internacionales derivadas del Tratado suscrito con los Estados Unidos de América sobre la promoción y la protección recíproca de inversiones de 1991.

Dicho tratado contiene disposiciones específicas sobre la materia, por lo que el análisis de la necesidad y emergencia no se limita al derecho internacional consuetudinario.

b) *Existencia de un peligro grave e inminente*

La inminencia del peligro alude a la inmediatez o proximidad, es decir, el peligro sobre el interés esencial debe recaer en el momento mismo en que se alega el estado de necesidad. Esto no significa que la situación de peligro deba tener obligatoriamente su origen en un acontecimiento concreto e imprevisto, sino que como dijo la CDI, la situación de peligro puede ser también el desenlace previsible aunque inevitable, de un conjunto de factores duraderos¹⁴.

La CDI indicó, en su comentario, que no se debe reducir un “interés esencial” a una materia solo de “existencia” del Estado, y que toda la cuestión debía, fundamentalmente, ser juzgada a la luz del caso particular; al mismo tiempo, incluyó entre las situaciones que podían ocasionar un estado de necesidad, “*un grave peligro a...la preservación ecológica de todo o parte del territorio de un Estado*” y especificó, con referencia a la práctica

¹³ Las normas dispositivas son aquellas que los sujetos crean mediante acuerdo de voluntades, las mismas también pueden ser modificadas o suprimidas por dichos sujetos. Estas normas se diferencian de las normas imperativas o de *ius cogens*, las cuales poseen la característica de no poder ser derogadas por los sujetos de derecho internacional, por lo tanto constituyen una limitación a la autonomía de la voluntad.

¹⁴ Adición al octavo informe sobre la responsabilidad internacional del Estado, por el Sr. Roberto Ago, p. 16 - 17.

estatal, que “es principalmente en las últimas dos décadas que la protección del equilibrio ecológico ha llegado a ser considerada un interés esencial de todos los Estados”¹⁵.

La CIJ, en el ya citado caso Hungría contra Eslovaquia, entendió que sin importar cuan serias puedan haber sido esas incertidumbres, ellas no pudieron establecer la existencia objetiva de un “peligro” en el sentido de componente de un estado de necesidad. El término “peligro” evoca ciertamente la idea de “riesgo”; que es precisamente lo que distingue al “peligro” del daño material. Pero un estado de necesidad no puede existir sin un “peligro” debidamente establecido en un punto relevante en el tiempo; la mera aprensión de un posible “peligro” no podría ser suficiente en dicho caso. Difícilmente podría, además, ser de otra manera, cuando el “peligro” que constituye el estado de necesidad debe ser al mismo tiempo “grave e inminente”. “Inminencia” es sinónimo de “inmediatez” o “proximidad” y va mucho más allá del concepto de “posibilidad”.

Es de advertir que la gravedad se refiere al daño y antes que al peligro, en el sentido que la posibilidad de ocurrencia del daño debe ser grave. El daño es grave cuando de ocurrir compromete la supervivencia misma del derecho amenazado. El riesgo de daño ha de ser capaz de amedrentar el ánimo de quien realiza el hecho necesitado¹⁶.

Como lo enfatizó la CDI en su comentario, “el extremadamente grave e inminente” peligro debe “haber sido una amenaza al interés a la fecha”¹⁷. Eso no excluye, en la visión de la Corte, que un “peligro” que aparece en el largo plazo pueda ser tenido como “inminente” tan pronto como sea establecido (...).

Maljean-Dubois consideró positivo que la Corte admita que los peligros previstos por el estado de necesidad puedan constituirse a largo plazo, puesto que generalmente los peligros ambientales presentan esa característica. No obstante al ser tan exigente con el grado de certeza, la Corte le quita valor a ese reconocimiento ya que si bien los daños pueden ser inciertos frecuentemente son irreversibles¹⁸.

En realidad, lo que se pretende evitar es que se produzca un daño grave a un interés esencial del sujeto como consecuencia del peligro que se

¹⁵ Anuario de la CDI, 1980, vol. II, Parte 2, párrafo 14.

¹⁶ BENÍTEZ CAORSI, J. *El Estado de Necesidad en la responsabilidad civil*, Revista Latinoamericana de Derecho, Año II, Número 4, Julio - Diciembre de 2005, pp. 42.

¹⁷ *Op.cit.* Anuario CDI.....párrafo 33.

¹⁸ MALJEAN-DUBOIS, S. “L’arrêt rendu par la Cour Internationale de Justice le 25 septembre 1997 en l’affaire relative au projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie -Slovaquie)”, *Annuaire Français de Droit International*, 1997, p.300.

cierno sobre el sujeto. Para Gutiérrez Espada lo que debe ser inminente y grave es el daño que de la existencia de un peligro dado se deriva¹⁹.

Para el Relator de la CDI Roberto Ago se puede invocar un estado de necesidad como excusa de las conductas estatales no conformes a obligaciones internacionales y adoptadas en casos en que se revelan necesarias, a título excepcional, para conjurar un peligro grave, inminente, si no inevitable, que amenaza a un interés esencial de orden ecológico, bien se produzca en alta mar, en el espacio ultraterrestre o en una zona sometida a la soberanía de otro Estado. Tal sería el caso de la intervención de extrema urgencia de un Estado fuera de las fronteras si fuera éste el único medio de proteger el territorio nacional contra la llegada de gases tóxicos que se escaparan repentinamente de un depósito, y que los órganos del Estado vecino carecían de tiempo o de los medios necesarios para tomar las medidas oportunas²⁰.

La demandada sostiene la existencia de un peligro grave e inminente para el Estado derivado de la situación de emergencia económica y financiera²¹.

En este aspecto, el Tribunal considera que la situación era lo suficientemente difícil como para justificar que el Gobierno adoptara medidas tendientes a evitar que ella empeorara y se produjera un colapso total de la economía.

c) Amenaza a un interés esencial del sujeto

No hay un catálogo que establezca cuáles son considerados intereses esenciales de los Estados. "El carácter más o menos esencial de un interés determinado está en función, naturalmente, del conjunto de las condiciones en que se encuentra un Estado en las diversas situaciones concretas; es preciso, pues, apreciarlo en relación con cada caso particular en que entre en consideración tal interés, y no determinarlo anticipadamente en abstracto"²². La práctica demuestra que el estado de necesidad ha sido invocado, como veremos en la parte correspondiente, ante amenazas a intereses como el mantenimiento de la paz interior, las condiciones de vida de la población, la equilibrio económico-financiero y la protección del medio ambiente.

Por su parte, Salmon sostiene que como el objeto del interés a salvaguardar por un Estado no ha sido descrito de manera uniforme por la

¹⁹ GUTIÉRREZ ESPADA, C. *El estado de necesidad y el uso de la fuerza en Derecho internacional*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 48.

²⁰ AGO, R. Adición al Octavo Informe, Anuario CDI 1980, párr. 37, p. 31.

²¹ Ver Caso Continental..., parágr. 78 y ss.

²² Op. Cit. Anuario CDI 1980....., párr. 32, p. 48.

doctrina, él propone una enumeración de qué se ha entendido por interés esencial, a saber:

- Peligro para la propia conservación del Estado o sus intereses esenciales.
- Conservación concerniente a las exigencias esenciales de la vida del Estado
- Amenaza para la existencia misma del Estado
- Protección de intereses vitales
- Protección de la existencia del Estado, de su estatuto territorial y personal presentes, de su gobierno o de la forma misma de Estado
- Catástrofe nacional, medidas de orden público necesarias para el buen funcionamiento de las instituciones o a la salvaguarda de los intereses vitales de los nacionales
- Salvaguardar valores de gran importancia, tales como la vida humana o la existencia misma del Estado²³.

El Sr. Pinto, integrante de la CDI en 1980 en la sesión 1618, sostuvo que “La palabra interés puede ser objeto de diversas interpretaciones (...) La necesidad de comparar los intereses que entran en juego, que parece exigir juicios de valor mientras no haya una escala de valores universalmente aceptada, puede plantear problemas que comprometan seriamente la utilidad de la noción de necesidad y, por tanto, del proyecto de artículos²⁴”.

En el caso que analizamos, la República Argentina funda su posición en la grave crisis económica, social y política y en la convicción de que los acontecimientos que comenzaron a desarrollarse en el año 2000 ponían en peligro la existencia misma del Estado argentino. La Demandada sostiene a este respecto que el interés económico constituye un interés esencial del Estado cuando éste corre un peligro grave e inminente.

d) *Protección de un interés superior al derecho sacrificado*

El interés protegido por el derecho subjetivo atribuido al Estado extranjero, que se sacrificaría a la salvaguarda de un “interés esencial” del Estado obligado, debe ser inferior a ese otro interés. Es una cuestión relativa, de proporción.

Para el Relator de la CDI Roberto Ago no puede invocarse el estado de necesidad si entraña el sacrificio de un interés comparable o superior

²³ SALMON, J.J.A.: “Les circonstances excluant l’illicéité”, en *Responsabilité internationale*. Institut des Hautes Etudes Internationales. Cours et Travaux, P. Weil (Director), París, 1987, p. 135-136.

²⁴ Ses. 1618, párr. 2, Anuario CDI 1980, vol. I, p. 177.

al que se trata de salvaguardar. La cuestión radica en comparar *in concreto* el interés de quien lo invoca y el derecho del Estado sacrificado y hacer primar el superior.

El Tribunal analiza si el acto en cuestión no afecta gravemente un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación internacional existe.

e) *Violación de la obligación internacional único medio de conjurar el peligro grave e inminente*

La adopción por un Estado de un comportamiento, no conforme a una obligación internacional que le liga a otro Estado, debe representar verdaderamente para él el único medio de conjurar el peligro extremadamente grave e inminente que percibe. El comportamiento en cuestión debe resultar indispensable en su totalidad, y no sólo en parte, para preservar el interés amenazado. Una vez alejando el peligro, la persistencia en ese comportamiento lo torna ilícito, por lo que, en el caso de resultar aún materialmente posible, debe reanudarse el cumplimiento de la obligación internacional afectada²⁵.

Cabe preguntarse si las medidas adoptadas por la República Argentina eran el “único modo” que tenía el Estado para salvaguardar un interés esencial. Este aspecto es discutible.

Argentina aduce que las medidas adoptadas constituyeron el único modo para salvaguardar un interés esencial de un peligro grave e inminente. Argentina sostiene que “un tribunal internacional debe analizar el punto con la más alta deferencia y no arrogarse la facultad de establecer qué otras medidas se podrían haber adoptado en lugar de las que se tomaron”. De cualquier manera, Argentina manifiesta que “[d]e no haberse adoptado las medidas hoy cuestionadas por CONTINENTAL, la acelerada fuga de depósitos y pérdida de reservas del sistema financiero argentino evidenciadas desde principios de 2001 hubieran generado un colapso generalizado de la economía argentina de mayores dimensiones al padecido”²⁶.

El Tribunal en este aspecto se remite a la jurisprudencia del GATT y de la Organización Mundial del Comercio (OMC), en la que se ha tratado extensivamente el concepto y los requisitos del estado de necesidad en el contexto de medidas económicas derogatorias de las obligaciones contraídas en el marco de ese organismo.

La necesidad de una medida debería determinarse en virtud de “un proceso de ponderación y equilibrio entre los factores”, el que normalmente comprende la evaluación de los tres factores siguientes: la importancia

²⁵ A/CN.4/318/ADD.5 A7, párr. 14, p. 22.

²⁶ Caso Continental..., parágr. 189.

relativa de los intereses o valores promovidos por la medida impugnada, la contribución de la medida al logro de los fines perseguidos por ella y el impacto restrictivo de la medida en el comercio internacional.

En el marco de la OMC, una medida no es necesaria si existe otra medida que se ajuste más o menos al trato que podría razonablemente esperarse que el Estado miembro involucrado adoptara: (...) sin embargo, es posible que se concluya que no puede “disponerse razonablemente” de otra medida, cuando es de mera naturaleza teórica, por ejemplo, cuando el miembro demandado no es capaz de adoptarla, o cuando la medida imponga una carga indebida a ese miembro, como costos prohibitivos o dificultades técnicas considerables. Asimismo, otra medida de que puede “disponerse razonablemente” debe ser una medida que preserve el derecho del miembro demandado a lograr su nivel deseado de protección con respecto al objetivo perseguido según el párrafo (a) del Artículo XIV.

Los árbitros tienen que evaluar si las medidas contribuyeron sustancialmente al logro de sus legítimos objetivos, a saber: la protección de los intereses esenciales de seguridad de Argentina en la crisis socioeconómica que encaraba. Más concretamente, si las medidas eran adecuadas para contribuir sustancial o decisivamente a tal fin, y si efectivamente dicha contribución se concretó.

El Tribunal entiende que es esto lo que sucedió. En términos generales, dentro de la situación económica y financiera de Argentina hacia fines de 2001, las medidas en cuestión (el corralito, el corralón, la pesificación, la cesación de pagos y la posterior reestructuración de los instrumentos de deuda aquí involucrados) fueron en parte inevitables o imprescindibles, en parte indispensables y, en todo caso, sustanciales y decisivas para reaccionar de manera eficaz frente a la crisis, para evitar el total descalabro del sistema financiero, la implosión de la economía y la creciente amenaza para la estructura de la sociedad argentina y, en general, para contribuir a superar la crisis. En opinión del Tribunal, había indudablemente “al respecto una relación genuina entre medios y fin”²⁷.

f) El sujeto que invoca la necesidad no tiene que haber dado lugar/contribuido a la aparición del peligro

Sobre este particular, en la CDI en 1980 se extendió Riphagen. A fin de evitar problemas al momento de interpretar este requisito, Riphagen propuso en la CDI sustituir, del proyecto de artículo 33 de Ago, las palabras *se debe a* por *las hubiera podido razonablemente ser evitado por él*, otros miembros de la Comisión (Jagota, Barboza, Tsuruoka y Pinto) preferían

²⁷ Caso Continental..., parágr. 197.

sustituir el *se debe a* por *ha contribuido al* nacimiento de la situación de necesidad. Para Ago el término *contribución* podía ser demasiado laxo y capaz de privar injustamente de la posibilidad de invocar el estado de necesidad a un Estado que pudiendo haber contribuido de algún modo al nacimiento de una situación de necesidad ésta no puede realmente considerarse que se debe a él²⁸. El artículo 33.2.c del Proyecto de la CDI reza “(c) si el Estado de que se trata ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad”²⁹.

La causa del peligro puede ser de cualquier fuente, salvo la “voluntad” del sujeto que realiza el hecho necesitado.

En los Comentarios de la CDI se aclara que esta contribución debe ser “lo suficientemente importante y no simplemente indirecta o secundaria.”

En el caso que analizamos, a pesar de la opinión de las partes, el tribunal sostiene “No puede negarse que un país siempre es responsable, en última instancia, de su política económica y de sus consecuencias, por lo menos desde el punto de vista político y económico. La conducción de los asuntos económicos, al igual que cualquier otro tipo de asuntos, le corresponde al Gobierno, de modo que el Estado es en definitiva el responsable de cualquier fracaso. La Demandante señala que las mismas autoridades máximas de Argentina reconocieron de hecho esta responsabilidad. Sin embargo, la evaluación jurídica se basa en distintos parámetros. Nuestro análisis en los párrafos precedentes revela que las políticas económicas y cambiarias, cuya insostenibilidad en definitiva llevó a la crisis, se consideraban políticas económicas acertadas que habían sido beneficiosas durante años para la economía de Argentina. El sistema de paridad fija/convertibilidad/caja de conversión fue elogiado por la comunidad financiera internacional y por muchos observadores calificados. Había sido recomendado por el FMI y recibió su abultada asistencia financiera, así como también el apoyo político de los Estados Unidos”. El Tribunal rescata también los informes sobre la situación argentina elaborados en la época sobre por el FMI.

Los árbitros teniendo en cuenta el análisis disponible y las pruebas que se les presentaron, llegaron a la conclusión de que el medio más probable para evitar la crisis y las medidas adoptadas para encararla y superarla habría sido adoptar distintas políticas años antes, en contra del aseso-

²⁸ Ses. 1618, párr. 26, Anuario CDI 1980, vol. I, p. 180.

²⁹ “La Comisión alude con ello a los casos en que el Estado que invoca el estado de necesidad ha contribuido, en una u otra forma, intencionalmente o también por negligencia al mantenimiento de la situación de la que pretende valerse para justificar su incumplimiento de una obligación internacional”. (Comentario 41 al artículo 33 de su Proyecto, Anuario CDI 1980, vol. II, 2º Parte, p. 50)

ramiento y el apoyo que Argentina estaba recibiendo del exterior. En estas circunstancias, no consideraron que Argentina por su propia conducta no pueda ampararse en las defensas invocadas.

Conclusión

El tribunal concluye que Argentina tiene derecho a invocar el estado de necesidad y se consideran dadas las condiciones necesarias y excepcionales que lo configuran. La única reclamación por incumplimiento del TBI formulada por la Demandante que tiene lugar es la relativa a la obligación de trato justo y equitativo prevista en el Art. II (2)(a) referente a la reestructuración de las LETES.

Para la invocación del estado de necesidad se deben cumplir todas las condiciones antes indicadas de manera acumulativa, por cuanto el Tribunal luego de analizar cada una de ellas concluyó que en el caso analizado se hace parcialmente lugar a la defensa invocada por Argentina.

Consideramos que este laudo arbitral hace un aporte al desarrollo del estado de necesidad como causa de exclusión de ilicitud, pues se detiene a analizarlo y se nutre de lo construido hasta el momento por la doctrina, la CDI y la práctica internacional, especialmente en el ámbito de la OMC.

Por otra parte, pensamos que para que esta defensa pueda ser invocada y se haga lugar en supuesto de incumplimiento de obligaciones internacionales motivado por graves dificultades económicas, se tendrá que ponderar el carácter relativo del requisito de no haber contribuido a tal estado de situación y de ser el único modo de evitar el peligro, pues de lo contrario difícilmente se reconozca una situación de necesidad que pueda excluir la ilicitud del comportamiento de un sujeto internacional. Prueba de lo que sostenemos resulta de un análisis de los distintos laudos arbitrales relativos a la República Argentina pronunciados en el marco de CIADI, las soluciones alcanzadas en unos y otros casos fueron diferentes. Este punto es también una resultante de las características propias del sistema de solución de controversias elegido.

Bibliografía

AGO, R. "Le délit international", *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1939-II, Paris, Sirey, 1947, t.68.

ANZILOTTI, D. *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, Florencia, Lumachi, 1902, reimpresso en SIOI, *Opere di Dionisio Anzilotti*, vol.II, Scritti di diritto internazionale pubblico, t. I, Padua, CEDAM, 1956.

BARBOZA, J. "International Liability for the injurious consequences of acts not prohibited by International Law and Protection of the Environment", RCADI 1994 - III, t. 247.

BARBOZA, J. "Necessity (revisited) in International Law", *Essays in International Law in honour of Judge M. Lachs*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, The Netherlands, 1984, p. 27-43.

BENÍTEZ CAORSI, J. *El Estado de Necesidad en la responsabilidad civil*, Revista Latinoamericana de Derecho, Año II, Número 4, Julio - Diciembre de 2005.

BOED, R. "State of Necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct", *Yale Human Rights & Development Law Journal*, vol.3, 2000.

BRONKHORST, C., "L'état de nécessité", en Netherlands Reports to the VIII th International Congress of Comparative Law Pescara 1970, Deventer: Kluwer, 1970.

BROWNLIE, I. *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1966.

CASAL, H. DANIEL; "Comentarios sobre el nuevo régimen de inversiones extranjeras" en *El Derecho*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 142 - 841.

CITARA, RUBÉN MIGUEL; "El marco normativo de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) frente a la existencia de la jurisdicción contractual pactada", en *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 2004-A-1401.

DREIZYN de KLOR, A. y FERNÁNDEZ ARROYO, D. (dir.); DeCITA 01.2004, Temas y Actualidades del Derecho del Comercio Internacional / Solución de controversias, Buenos Aires, Zavalía, 2004.

ERIZE, LUIS; "La protección de los Inversores en la República Argentina" en *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 2002-E-1063.

FITZMAURICE, G. "The General Principles of International Law", *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1957-II, Leyden, Sijthoff, 1951, t. 92.

GARCIA AMADOR, FV. "State responsibility: some new problems", *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1958-II, Leyden, Sijthoff, 1959, t. 94.

GARCÍA BOLÍVAR, OMAR E.; "La jurisdicción del Centro Internacional de Arreglos de Disputas de Inversiones (CIADI)", en *Revista de Derecho Internacional y del Mercosur*, Buenos Aires, La Ley, Año 8, N° 1, 2004.

GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. "Decisiones de tribunales arbitrales del CIADI sobre estado de necesidad y medidas provisionales: ¿Fragmentación del derecho internacional?" en *Temas recientes de la Comisión de Derecho Internacional*, CARI, 2008, pp.121 - 136.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. "International Law in the Past Third of a century", RCADI, 1978 I, t. 159.

LAUTERPACHT, H. "Regles générales du droit de la paix", *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1938-IV, 1938, t. 62.

LEOFANTI, M. A. *Derecho de Necesidad*, Edit. Astrea, Bs. As., 1980.

LISDERO, ALFREDO R. y HELBERT, Darío J.; "La Protección de las Inversiones Extranjeras en la Argentina. Los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y su interpretación jurisprudencial" en *El Derecho*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 197 - 1094.

LORENZETTI, R. "Estado de Derecho y Estado de Necesidad", LL, T.2001-C, Sec. Doctrina, pp. 1382-1395.

LOWE, V. "Precluding Wrongfulness or responsibility: a plea for excuses", EJIL 1999 vol.10 N° 2

PANELO, SANTIAGO; "La protección de las empresas privatizadas prestadoras de servicios públicos bajo los Tratados Bilaterales de Inversión" en *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 2003-E-1482.

PARRA, ANTONIO; "The Role of ICSID in the Settlement of Investment Disputes" en *News from ICSID*, vol. 16, N° 1, 1999.

ROSATTI, HORACIO D.; "Los tratados bilaterales de inversión. El arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino", *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 2003-F-1283.

ROUSSEAU, CH. *Droit International Public*, Sirey, Paris, 1953, p372-378.

SALMON, J. "Faut-il codifier l'état de nécessité en DI?" *Homenaje Lachs*, p. 236

SALMON, J. J. A.: "Les circonstances excluant l'illicéité", Responsabilité internationale. Insitut des Hautes Etudes Internationales. Cours et Travaux, P. Weil (Director), Paris, 1987.

SALOMONI, JORGE L.; "La defensa del Estado en los conflictos derivados de la aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones: El caso de las prestadoras privadas de servicios públicos", en *El Derecho*, apartado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, octubre 28 de 2003.

SCHREUER, CHRISTOPH; "Commentary on the ICSID Convention" en *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, Vol. 12, N° 2, 1997.

SCHWARZENBERGER, G. "The Fundamental Principles of International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1955-I, Leyden, Sijthoff, t. 87.

TAWIL, GUIDO S.; "Los Tratados de promoción y protección recíproca de inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional" en *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 2000-D-1106.

—Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el derecho aplicable: a propósito de las recientes decisiones en los casos "Vivendi", "Wena" y "Maffezini", *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 2003-A-914.

TEMPONE, RUBÉN EDUARDO; *Protección de inversiones extranjeras*, Buenos Aires - Madrid, Ciudad Argentina, 2003.

WEIDEN, P. "Necessity in international law", *Transactions of the Grotius Society*, vol. 24, Problems of Peace and War, Londres, Sweet and Maxwell, 1939.

YMAZ VIDELA, ESTEBAN; *Protección de inversiones extranjeras. Tratados bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas*, Buenos Aires, La Ley, 1999.

Webgrafía

ALVAREZ AVILA, GABRIELA; "Las características del Arbitraje CIADI" en Anuario de Derecho Internacional, publicación de la Universidad Autónoma de México, Vol. 2, año 2002, accesible desde: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/> [noviembre 2004].

CREMADES, BERNARDO; "Disputes arising out of foreign direct investment in Latin America: a new look at the Calvo Doctrine and other jurisdictional issues", publicación de Arbitraje y Mediación (ARyME), sección Observatorio, accesible en <http://www.aryme.com> [noviembre 2004].

CREMADES, BERNARDO y CAIRNS, D.; "La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados", publicación del Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos de Madrid, accesible desde <http://www.realinstitutoelcano.org/zonas analisis> [octubre 2004].

DALLA VIA, A. "La emergencia constitucional en Argentina y América Latina" en www.unisi.it/ricerca/dip/dir_eco/COMPARATO/Dallavia.doc

SISELES, OSVALDO; "Los Tratados de Protección de Inversiones Extranjeras. Eficacia de los mismos", publicación del Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos de Madrid, accesible en <http://www.realinstitutoelcano.org/zonas analisis> [enero 2005].



UNASUR: UNA NUEVA DIMENSIÓN DE LA INTEGRACIÓN SUDAMERICANA Y LA RELEVANCIA DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTES Y DE ENERGÍA

María Cristina Montenegro - Luis Cruz Pereyra** - Verónica Zamzem****

Resumen: La creación de UNASUR marca un nuevo paso en el proceso de integración sudamericana. El desafío de reducir las asimetrías y promover el desarrollo de los países más desfavorecidos de la región está centrado en la capacidad de llevar adelante la Iniciativa de Integración Regional Sudamericana (IIRSA), surgida en la Declaración de Brasilia de 2000, y aprobada como el paso previo tanto de UNASUR como de la Comunidad Sudamericana de

* Magíster en Relaciones Internacionales. Doctorando en Relaciones Internacionales, Universidad Del Salvador. Profesora Asistente de Historia Social Contemporánea, Escuela de Ciencias de la Información, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora de Teorías de las Relaciones Internacionales y de Historia de las Relaciones Políticas y Económicas Mundiales en la Diplomatura en Diplomacia Contemporánea. Secretaria de Post Grado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora Categoría III de la SPU . (Secretaría de Políticas Universitarias) del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación. Coordinadora de la Diplomatura en Diplomacia Contemporánea. Secretaria de Post Grado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

** Profesor Titular de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho de la UNCa. Profesor Adjunto de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la UNC. Profesor Asociado de Derecho Internacional Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UCES. Profesor Asociado de las Cátedras de Derecho Económico Internacional, Derecho I y II, Licenciatura en Comercialización Internacional de la Universidad de Congreso. Vocal de European Community Studies Association ECSA-Argentina. Secretario AADI, (Asociación Argentina de Derecho Internacional). Miembro Titular Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

*** Abogada. Doctoranda. Docente Investigadora Categoría III de la SPU (Secretaría de Políticas Universitarias) del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación, Profesora Titular Encargada de Derecho de la Navegación, Transportes y Comunicaciones (2006-2008), Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora Titular por Concurso de Derecho del Transporte (desde 1999), Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Catamarca. Profesora de Derecho Comercial Internacional en la Carrera de Especialización en Derecho de los Negocios, Secretaría de Postgrado de la Facultad de Derecho y Cs. Soc. de la Universidad Nacional de Córdoba. Prosecretaria de Ciencia y Técnica de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales (2004-2008). Universidad Nacional de Córdoba. Prosecretaria de Postgrado de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales (1997-2004), Universidad Nacional de Córdoba. Miembro Titular del Instituto de Estudios Marítimos (IDEM). Miembro Titular del Ateneo del Transporte. Miembro Titular, Secretaria y Consejera de European Community Studies Association ECSA-Argentina. Miembro Titular y Directora Sección Derecho de la Integración (2003-2005 y 2005-2007) de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI).

Naciones. La infraestructura física, energética y comunicaciones son los presupuestos del desarrollo sudamericano y del éxito de las metas fijadas para esta nueva dimensión de la integración, según se señala en el Artículo 3 de la constitución de UNASUR: *el desarrollo de una infraestructura para la interconexión de la región y entre nuestros pueblos de acuerdo a criterios de desarrollo social y económico sustentables.*

Palabras Clave: Integración sudamericana - UNASUR - IIRSA - Infraestructura física - conectividad - energía - desarrollo sustentable

I. Introducción

Algunos países latinoamericanos consideran a la integración como “una alianza estratégica” para el desarrollo nacional —caso de Venezuela, Brasil y Argentina—, y la entienden como un paso ineludible para integrar los espacios nacionales a fin de lograr una eficiente inserción continental y global. Estos procesos integrativos sudamericanos coinciden con el conjunto de iniciativas y proyectos políticos que fueron surgiendo, desde finales de la década del 80, en diversas zonas del mundo con vistas a la creación e implementación de mecanismos de integración económica regional y que se ha dado en llamar “nuevo regionalismo”.

El presente trabajo propone una análisis de la creación de UNASUR como una nueva fase del proceso integrador de Sudamérica que representa una oportunidad para profundizar y ampliar los dos esquemas de integración regional de la región —Comunidad Andina de Naciones (CAN) y MERCOSUR— incorporando a otros países sudamericanos. En este análisis se da particular importancia a la integración física y la conectividad de los sistemas de transportes, energía y comunicaciones.

II. Comunidad Sudamericana de Naciones - CSN

La reunión de Brasilia del año 2000¹ sirvió de antecedente para la III^o Cumbre Presidencial Sudamericana, celebrada en Cuzco (Perú), en diciembre de 2004, en la que participaron tanto los países que forman parte del MERCOSUR como de la CAN, encuentro en el que se decidió conformar la Comunidad Sudamericana de Naciones (CSN). En esa oportunidad se

¹ El 1 de septiembre de 2000, fue celebrada una reunión entre los Presidentes de América del Sur en Brasilia, en la que los Jefes de Estado del MERCOSUR y de la Comunidad Andina (CAN) decidieron iniciar negociaciones para establecer, en el plazo más breve posible y antes de enero de 2002, una zona de libre comercio entre ambos bloques. En este orden de ideas, el 11 de abril de 2002, los Ministros de Relaciones Exteriores de los países de la Comunidad Andina y del MERCOSUR, reunidos en San José - Costa Rica, con ocasión de la Décimo Sexta Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno del Grupo de Río, subrayaron, en un comunicado conjunto, “la prioridad económica, social y política que sus Gobiernos atribuyen a la convergencia entre los procesos de integración de la Comunidad Andina - MERCOSUR y Chile, en el marco suramericano”.

elaboró la Declaración del Cuzco² en la que se afirma que debe impulsarse el proceso de construcción de la Comunidad Sudamericana de Naciones a través de la convergencia gradual entre la Comunidad Andina y el MERCOSUR, que pueda conducir a una fusión progresiva de ambos procesos de integración sobre la base de las fortalezas acumuladas y de la asociación entre sus miembros; asimismo, se hace referencia a la necesidad de perfeccionar y desarrollar la integración física, energética y de comunicaciones en Sudamérica.

“...El espacio sudamericano integrado se desarrollará y perfeccionará impulsando los siguientes procesos: ...La integración física, energética y de comunicaciones en Sudamérica sobre la base de la profundización de las experiencias bilaterales, regionales y subregionales existentes, con la consideración de mecanismos financieros innovadores y las propuestas sectoriales en curso que permitan una mejor realización de inversiones en infraestructura física para la región.”³

De esta forma, se reconoce que el fortalecimiento y profundización de la integración andina es requisito esencial para avanzar con éxito en el proceso sudamericano, que deberá apoyarse ineludiblemente en estos bloques subregionales, tratando las diferencias y asimetrías entre los miembros a través de la aplicación de mecanismos de manejo de conflictos, si se pretende hacerse oír en los foros internacionales como una identidad regional sólida, unida en su proyecto de mejorar sus condiciones políticas, sociales, económicas y culturales.

La Iniciativa para la Infraestructura Regional Sudamericana (IIRSA) se constituye en el eje central de los esfuerzos iniciales de la construcción de la Comunidad Sudamericana de Naciones, al lado de una agenda de trabajo concreta y realista que incluye mecanismos financieros innovadores para vincular la inversión pública y privada, al igual que temas específicos de cooperación política.

En orden al objetivo planteado, los Presidentes aprobaron la Agenda de Implementación Consensuada 2005-2010 y la Cartera de Proyectos IIRSA mediante la Declaración de Ayacucho, en la que se expresa:

“...Reafirmamos nuestro pleno respaldo a la Iniciativa para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana (IIRSA) y nuestro respaldo a los avances registrados en esta iniciativa, en particular la referida a la Agenda de Implementación Consensuada 2005-2010 y la Cartera de Proyectos IIRSA. En este sentido, acogiendo la propuesta formulada en la

² 7 de diciembre de 2004

³ Declaración del Cuzco sobre la Comunidad Sudamericana de Naciones, Punto II, 8 de diciembre de 2004.

Sexta Reunión del Comité de Dirección Ejecutiva, rubricamos el mapa que contiene los proyectos incluidos inicialmente en dicha Agenda."⁴

Es por ello que el 30 de septiembre de 2005, en ocasión de la I^o Reunión de Jefes de Estado de la Comunidad Sudamericana de Naciones, llevada a cabo en Brasilia, los Presidentes firmaron la Declaración sobre Integración en el Área de Infraestructura, en la que se decide, entre otras cosas, acelerar el proceso de ejecución de los proyectos prioritarios para la integración sudamericana en las áreas de **infraestructura de transportes**, e impulsar alternativas de financiamiento que tengan en cuenta la realidad financiera de los países sudamericanos y estimulen la realización de las inversiones necesarias para la implementación de los proyectos prioritarios de integración física⁵.

Asimismo, reafirmaron la importancia de la **integración energética** de América del Sur. Ratifican los resultados de la I^o Reunión de Ministros de Energía de la Comunidad Sudamericana de Naciones (CSN), realizada en Caracas, el 26 de septiembre de 2005. En esa oportunidad se decidió continuar avanzando con pasos concretos dentro de la iniciativa Petroamérica, sobre la base de los principios contenidos en su Declaración. Se reiteró la invitación a todos los países sudamericanos a fin de que consideraran su incorporación en el proceso de estudio de un acuerdo de complementación energética regional propuesto por Uruguay en la Reunión de Ministros de Energía del Mercosur, Chile, Perú y Bolivia, realizada en Montevideo, el 22 de agosto de 2005.

Además, instó a los Ministros de los países que trabajan en la iniciativa de la Red de Gasoductos del Sur a que avancen, a la brevedad posible, en el desarrollo de ese proyecto, atendiendo a los aspectos institucionales, legales, técnicos y económicos que permitan su pronta viabilización.

La Secretaría Pro Tempore solicitaría a los organismos financieros regionales que, en conjunto con los bancos e instituciones nacionales de desarrollo, impulsaran los trabajos del Proceso Sectorial para identificar mecanismos innovadores y encontrar soluciones que permitan el financiamiento de la Cartera Estratégica de Proyectos IIRSA. Se establece que los países miembros de la Corporación Andina de Fomento (CAF) harán todos

⁴ Declaración de Ayacucho 2004, Punto 8, Pampa de La Quinoa-Ayacucho, 9 de diciembre de 2004.

⁵ Séptima Reunión del Comité de Dirección Ejecutiva, IIRSA, Anexo 8, 1 y 2 de diciembre de 2005, Asunción (Paraguay). En la misma reunión, los Presidentes emitieron la Declaración sobre la Convergencia de los Procesos de Integración en América del Sur, en la que expresan que la integración sudamericana es y debe ser una integración de los pueblos en favor de la construcción de un espacio sudamericano integrado, por lo tanto solicitan a los secretariados de ALADI, del MERCOSUR, de la CAN y de CARICOM, con la concurrencia de Chile, Guyana y Surinam, que preparen estudios sobre la convergencia de los acuerdos de complementación económica entre los países de América del Sur.

los esfuerzos para posibilitar la incorporación de todos los países sudamericanos a ese organismo financiero, como socios plenos de la categoría A, a petición de parte.

Se dispuso que la Secretaría Pro Tempore convocara un taller con la participación de representantes de los sectores público y privado y de los organismos financieros regionales, para discutir modalidades alternativas que permitan financiar proyectos de inversión económica y de cohesión social, en las más ventajosas condiciones, en especial para apoyar a las pequeñas y medianas empresas y a las cooperativas.

Por otra parte, se conformará un grupo de trabajo técnico, con la participación de los órganos de gobierno a cargo de la formulación de políticas, normas y regulación de los servicios de comunicación e Internet, con el propósito de examinar la posibilidad de impulsar el desarrollo de una infraestructura de redes, indispensable para la sociedad regional de la información, que incluya puntos de intercambio de Internet, troncales regionales y servidores primarios, respetando la situación y las necesidades específicas de la región.

Los estudios mencionados deberán incluir el objetivo de conformar gradualmente una zona de libre comercio sudamericana, así como la complementación de las economías de los países de América del Sur y la promoción de su crecimiento y desarrollo.

Poco tiempo después, en diciembre de 2005, se realiza la reunión extraordinaria de Montevideo en la que se crea la Comisión de Reflexión, formada por representantes personales de los Presidentes, que tuvo como tarea producir un Documento de Reflexión que sería presentado a la IIº Reunión de Jefes de Estado de la Comunidad Sudamericana a realizarse a fines de 2006.

Transcurridos dos años desde la Declaración de Cuzco, los Presidentes sudamericanos reunidos en Cochabamba, acordaron colocar la piedra fundamental del proceso de integración sudamericano, mediante la Declaración de Cochabamba en la que se establecieron las bases de un nuevo modelo de integración para el siglo XXI; teniendo en cuenta la influencia que el proceso de globalización ha tenido en las economías y en la sociedad de la región. En orden a lo consignado, manifestaron que la integración regional es una alternativa para evitar que la globalización profundice las asimetrías e incida en una mayor marginación económica, social y política y, por el contrario, a través de ella se pueda aprovechar las oportunidades para el desarrollo.

Asimismo, en esta reunión de Cochabamba se estableció que la IIIº Reunión de Jefes de Estado de la Comunidad Sudamericana tendría lugar en Cartagena de Indias (Colombia) en 2007, mientras que la Cum-

bre de Presidentes sobre Integración Energética se llevaría a cabo en la Isla Margarita (Venezuela), en 2007.

La Comunidad Sudamericana de Naciones, conformada por Estados democráticos y soberanos, se sustenta en una conjunción de objetivos, principios y valores que reconoce el carácter multiétnico, multicultural y plurilingüe de nuestros pueblos. Estos Estados reconocen sus bases históricas comunes, la importancia del papel de sus pueblos originarios, afrodescendientes y migrantes laborales, y de las luchas sociales de la región. La construcción de la Comunidad Sudamericana de Naciones busca el desarrollo de un espacio integrado en lo político, social, cultural, económico, financiero, ambiental y en la infraestructura de transportes y energética.

III. Unión De Naciones Suramericanas - UNASUR

Convencidos que la unidad sudamericana contribuirá al fortalecimiento de toda América Latina y el Caribe⁶, los Presidentes de Suramérica, reunidos en Isla Margarita, los días 16 y 17 de abril de 2007, al concluir su diálogo político, decidieron modificar la Comunidad Sudamericana de Naciones, y nominar en adelante a este esfuerzo integrador como la Unión de Naciones Suramericanas —UNASUR— (en portugués *União Sul-Americana de Nações, UNASUL*), creándose una Secretaría Permanente con sede en la ciudad de Quito (Ecuador) y nombrando como Primer Secretario General al ex-Presidente ecuatoriano, Rodrigo Borja Cevallos.

Hasta llegar a esta instancia, el proceso de constitución de este bloque tuvo dos hitos fundamentales: las Cumbres de Brasilia (30 de septiembre de 2005) y la de Cochabamba (9 de diciembre de 2006), donde los Presidentes otorgaron claros mandatos para profundizar la integración. Asimismo, una Comisión Estratégica de Reflexión aportó las bases para el establecimiento de UNASUR.

a) Bases y objetivos

En la Declaración se establecen acciones en:

1. Concertación y coordinación política y diplomática de la región.
2. Convergencia entre MERCOSUR, Comunidad Andina y Chile en una zona de libre comercio. Surinam y Guyana se podrán asociar a este proceso sin perjuicio de sus obligaciones con el CARICOM.
3. *Integración física, energética y de comunicaciones en América del Sur, impulsado por la Iniciativa de integración regional Sudamericana (IIRSA).*

⁶ Declaración de Cochabamba, 9 de diciembre de 2006

4. Armonización de políticas de desarrollo rural y agroalimentario.
5. Transferencia de tecnología y de cooperación horizontal en todos los ámbitos de la ciencia, educación y cultura.
6. Creciente interacción entre las empresas y la sociedad civil en la integración.

A tal fin, se establecerán progresivamente medidas, acciones y ámbitos de acción conjunta sobre la base de la institucionalidad existente.

Este histórico esfuerzo regional, que une a los doce países suramericanos por primera vez en un único esquema integrador, tuvo su acto fundacional orgánico en la Reunión Extraordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno en la ciudad de Brasilia, República Federativa del Brasil, el día 23 de mayo de 2008, donde fue suscripto el Tratado Constitutivo de UNASUR que nació como una organización política y económica dotada de personalidad jurídica internacional⁷. La Unión de Naciones Suramericanas tiene como objetivo construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, **la energía, la infraestructura**, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados.

Sus principios rectores son: irrestricto respeto a la soberanía, integridad e inviolabilidad territorial de los Estados; autodeterminación de los pueblos; solidaridad; cooperación; paz; democracia; participación ciudadana y pluralismo; derechos humanos universales, indivisibles e interdependientes; reducción de las asimetrías y armonía con la naturaleza para un desarrollo sostenible.

Concretamente, el artículo 2 del Tratado define el objetivo⁸ y por ende el alcance de la organización creada, y en el Artículo 3 se fijan los nu-

⁷ En dicha oportunidad, la Presidenta de Chile, Michelle Bachelet, asumió la presidencia Pro Tempore de Unasur, 2008-2009, período en el que espera dinamizar y fortalecer los grupos de trabajo en integración energética, finanzas, infraestructura, políticas sociales, educación y solución de controversias de inversión.

⁸ La Unión de Naciones Suramericanas tiene como objetivo construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados.

merosos objetivos específicos enunciados en 21 incisos⁹, estableciendo en primer lugar el del “fortalecimiento del diálogo político entre los Estados Miembros que asegure un espacio de concertación para reforzar la integración suramericana y la participación de UNASUR en el escenario internacional”. A los fines del presente trabajo nos interesa especialmente los *inc. d) y e) del Artículo 3º, referidos al desarrollo de una infraestructura para la interconexión de la región y entre nuestros pueblos, y al desarrollo energético, de acuerdo a criterios de desarrollo social y económico sustentables.*

⁹ La Unión de Naciones Suramericanas tiene como objetivos específicos: a) el fortalecimiento del diálogo político entre los Estados Miembros que asegure un espacio de concertación para reforzar la integración suramericana y la participación de UNASUR en el escenario internacional; b) el desarrollo social y humano con equidad e inclusión para erradicar la pobreza y superar las desigualdades en la región; c) la erradicación del analfabetismo, el acceso universal a una educación de calidad y el reconocimiento regional de estudios y títulos; **d) la integración energética para el aprovechamiento integral, sostenible y solidario de los recursos de la región; e) el desarrollo de una infraestructura para la interconexión de la región y entre nuestros pueblos de acuerdo a criterios de desarrollo social y económico sustentables;** f) la integración financiera mediante la adopción de mecanismos compatibles con las políticas económicas y fiscales de los Estados Miembros; g) la protección de la biodiversidad, los recursos hídricos y los ecosistemas, así como la cooperación en la prevención de las catástrofes y en la lucha contra las causas y los efectos del cambio climático; h) el desarrollo de mecanismos concretos y efectivos para la superación de las asimetrías, logrando así una integración equitativa; i) la consolidación de una identidad suramericana a través del reconocimiento progresivo de derechos a los nacionales de un Estado Miembro residentes en cualquiera de los otros Estados Miembros, con el fin de alcanzar una ciudadanía suramericana; j) el acceso universal a la seguridad social y a los servicios de salud; k) la cooperación en materia de migración, con un enfoque integral, bajo el respeto irrestricto de los derechos humanos y laborales para la regularización migratoria y la armonización de políticas; l) la cooperación económica y comercial para lograr el avance y la consolidación de un proceso innovador, dinámico, transparente, equitativo y equilibrado, que contemple un acceso efectivo, promoviendo el crecimiento y el desarrollo económico que supere las asimetrías mediante la complementación de las economías de los países de América del Sur, así como la promoción del bienestar de todos los sectores de la población y la reducción de la pobreza; m) la integración industrial y productiva, con especial atención en las pequeñas y medianas empresas, las cooperativas, las redes y otras formas de organización productiva; n) la definición e implementación de políticas y proyectos comunes o complementarios de investigación, innovación, transferencia y producción tecnológica, con miras a incrementar la capacidad, la sustentabilidad y el desarrollo científico y tecnológico propios; o) la promoción de la diversidad cultural y de las expresiones de la memoria y de los conocimientos y saberes de los pueblos de la región, para el fortalecimiento de sus identidades; p) la participación ciudadana a través de mecanismos de interacción y diálogo entre UNASUR y los diversos actores sociales en la formulación de políticas de integración suramericana; q) la coordinación entre los organismos especializados de los Estados Miembros, teniendo en cuenta las normas internacionales, para fortalecer la lucha contra el terrorismo, la corrupción, el problema mundial de las drogas, la trata de personas, el tráfico de armas pequeñas y ligeras, el crimen organizado transnacional y otras amenazas, así como para el desarme, la no proliferación de armas nucleares y de destrucción masiva, y el desminado; r) la promoción de la cooperación entre las autoridades judiciales de los Estados Miembros de UNASUR; s) el intercambio de información y de experiencias en materia de defensa; t) la cooperación para el fortalecimiento de la seguridad ciudadana, y u) la cooperación sectorial como un mecanismo de profundización de la integración suramericana, mediante el intercambio de información, experiencias y capacitación.

IV. Importancia de la infraestructura de transporte como factor de integración

Todo proceso de integración o de regionalización tiende a facilitar y otorgar mayor dinamismo en las zonas de fronteras al tránsito de personas, vehículos y mercaderías, que redundan en una actividad comercial fluida y competitiva, para la que resulta imperioso obtener un descenso en el valor de los fletes que se pagan por los productos transportados.

Los altos costos del transporte carretero, como así también las demoras que se producen en las fronteras terrestres —debidas fundamentalmente a trámites burocráticos que deben cumplirse—, inciden negativamente en la competitividad de los productos originarios de esta región. Asimismo, en este contexto es dable observar el deterioro sufrido por la red ferroviaria sudamericana, situación que en nada contribuye a lograr la tan necesaria integración física regional.

En función de la situación expuesta, se intenta revertir las dificultades apuntadas a través de la implementación de programas directamente vinculados a la infraestructura física, habida cuenta que la amplia superficie geográfica de América del Sur sigue siendo un espacio fragmentado, en el que el tema del transporte y sus costos posee relevancia ante el crecimiento del comercio entre los países de la región, y entre éstos y terceros países, ya que la integración en el área de transporte es considerada un motor de la integración regional en América del Sur, en la que debe darse preferencia a la configuración de redes multimodales que articulen de manera eficaz las vías terrestres y fluviales, que son las más usadas en el comercio intrazona, complementándolas con las marítimas y aéreas que resultan imprescindibles para el intercambio comercial con el resto del mundo.

Para ello es necesario establecer un orden de prioridades de los proyectos de infraestructura de transporte, teniendo en cuenta el impacto que los mismos produzcan en términos de integración regional, favoreciendo las interconexiones de redes viales y ferroviarias.

Se debe propiciar la uniformidad de las características técnicas de las infraestructuras, teniendo en mira la creciente coordinación de modos y medios de transporte en los diversos países, de manera tal que pueda desarrollarse un sistema integrado de transporte en la región ampliada.

Es necesario, también, difundir la utilización de las nuevas tecnologías de transportes, facilitando su aplicación en pos de obtener la reducción de costos operativos.

En el marco de ejecución de la Cartera de Proyectos y la Agenda de Implementación Consensuada 2005-2010 de IIRSSA, para el presente año 2008 se han previsto diversas acciones en el área de transporte:

- Transporte terrestre de carga: fortalecer y trabajar en la regulación y armonización de procedimientos en los pasos de frontera.
- Transporte fluvial: fortalecer los proyectos fluviales que promuevan la integración regional y eliminar las barreras existentes.
- Temas aeronáuticos y aeroportuarios: mejorar la seguridad aeronáutica y apoyar la existencia de transporte aéreo entre poblaciones fronterizas.
- Transporte multimodal: incentivar la creación de redes de transporte multimodal.
- Seguridad vial: incrementar la seguridad vial a través de la cooperación entre los diversos órdenes gubernamentales.

En pos de cumplir con las mismas, se han organizado catorce reuniones y talleres de trabajo durante el año 2008, a realizarse en varios países participantes, donde se avanzará en la concreción de los proyectos aprobados oportunamente.

En este contexto, la geografía sudamericana siempre constituyó un problema a resolver, debido a las barreras naturales existentes que impiden la comunicación fluida entre regiones y Estados, haciendo altamente necesario el desarrollo de una infraestructura de integración física regional que facilite un mayor desarrollo comercial, lo que inducirá a profundizar la cooperación en otras áreas.

Esas políticas de desarrollo regional se instrumentan mediante un conjunto de acciones que tienen lugar dentro del espacio regional y están dirigidas a:

- Mejorar las infraestructuras;
- Suplir las carencias y mejorar los factores inmateriales del desarrollo; y
- Fortalecer la capacidad de organización del territorio regional.

V. Iniciativas de desarrollo de infraestructuras de transporte, energía y comunicaciones

La Unión de Naciones Suramericana comenzó a desarrollar sus planes de integración con la construcción de la Carretera Interoceánica que unirá el Perú con el Brasil pasando por Bolivia, dándole a éste una salida al mar, a Brasil una salida al Océano Pacífico y a Perú, una salida al Océano Atlántico. La construcción comenzó en Septiembre del 2005, financiada en un 60% por Brasil y en un 40% por Perú; se prevé que culmine para el año 2009.

Le siguió a ésta, el Anillo Energético Sudamericano, para lograr que Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay sean abastecidos de gas peruano; la propuesta ya ha sido ratificada y se espera el inicio de su construcción.

El Gasoducto Binacional entre Colombia y Venezuela, un proyecto energético de integración, será construido desde mediados de 2006 durante 24 meses por la estatal petrolera venezolana PDVSA. El costo inicial de construcción es de U\$S 300 millones. También se incluye el Poliducto Binacional, el cual se extenderá en un futuro cercano para permitir a Venezuela exportar petróleo al Lejano Oriente a través de la costa pacífica de Colombia.

VI. Desafíos y oportunidades

A) Desafíos de UNASUR.

El *primero* está relacionado con su coexistencia con dos esquemas de integración que perviven —la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR)—, los cuales tienen normativa y procedimientos propios, jurídicos, económicos y comerciales. “Armonizar los procedimientos de la nueva organización con las pre-existentes tomará un considerable tiempo y esfuerzo”.¹⁰

La UNASUR podrá absorber gradualmente en su desarrollo institucional las estructuras establecidas de los dos esquemas de integración (incluyendo también las burocracias). No obstante, debe mencionarse que el sistema intergubernamental fue preservado en el diseño institucional de la UNASUR, en detrimento de la supranacionalidad.

El *segundo desafío* es de orden financiero, recursos humanos y prioridades. La UNASUR estará compitiendo con la CAN y el MERCOSUR por escasos recursos financieros y gerenciales. Incluso los países más prósperos de la región —como Argentina, Brasil, Chile y Venezuela— sufren restricciones de orden financiero y la falta de funcionarios especializados en temas de integración para cumplir con la misión de la nueva integración. A su vez, la restricción financiera y de recursos humanos calificados determina que cada país tenga que revisar sus prioridades en relación a la nueva organización. De esta manera, es muy probable que con excepción de Brasil —principal impulsor de la UNASUR—, los demás socios del MERCOSUR tengan como prioridad la solución de los problemas del bloque en

¹⁰ NOGUEIRA, UZIEL, Unión Sudamericana de Naciones: desafíos y oportunidades, Columna de Análisis de la Carta Mensual INTAL 142, Boletín de difusión, uzieln@iadb.org, Junio 2008

<http://www.comunidadandina.org/prensa/articulos/mercosurABC-6-08.htm>

detrimento de la nueva organización. Algo similar podría también ocurrir en el ámbito de la CAN.

B) Oportunidades de UNASUR

En primer lugar, se establece un mecanismo interesante para apoyar el proceso de unión de los países sudamericanos, sustentado por una infraestructura regional y la integración económico—comercial. En este sentido, se debe mencionar que el trabajo realizado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) a través de la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional (IIRSA), ocupa un rol central tanto en el fortalecimiento de la integración sudamericana como en la construcción de economías más prósperas que fortalezcan el proceso democrático y el combate efectivo a la pobreza y la desigualdad social.

El tratado fundacional de UNASUR, se inspira en el ideal europeo de *integración solidaria*, al fijar como objetivos la eliminación progresiva de las asimetrías económicas existentes entre los doce países, de manera que las economías más pequeñas y más pobres puedan ser relativamente más beneficiadas. La experiencia de la reciente creación del Fondo para la Convergencia Estructural del MERCOSUR (FOCEM) ofrece un modelo que podría ser aprovechado en el nuevo esquema.

En segundo lugar, genera una nueva entidad geopolítica en una parte del mundo en la que existen vastas reservas de recursos naturales, tales como minerales, agua, tierras cultivables y energía. Esta dotación de recursos naturales —apoyada por una infraestructura de primer nivel y explotada por recursos humanos bien entrenados— puede tornarse en una de las más importantes áreas económicas en un mundo globalizado que demanda grandes cantidades de alimentos, materia prima y energía¹¹. Asimismo, grandes reservas y producción de petróleo, gas natural, hidroelectricidad y la producción de biocombustibles, permitirían una sólida integración energética regional con beneficios para los doce países, principalmente a los importadores de energía como Chile, Paraguay, Uruguay, Surinam y Guyana¹².

En el marco de la XII Sesión Plenaria del Parlamento del MERCOSUR del 18 de agosto de 2008, el titular de Relaciones Exteriores de Brasil, Celso Amorim, hizo referencia a la importancia que su gobierno confiere a la firma del Tratado Constitutivo de UNASUR, al expresar que “en un mun-

¹¹ El caso del petróleo es bastante ilustrativo. Si fuesen comprobadas las reservas brasileñas “off shore” -que podrían superar los 50.000 millones de barriles- las reservas combinadas de Brasil y Venezuela serán superiores a las de Arabia Saudita, estimadas en 250.000 millones de barriles.

¹² NOGUEIRA, UZIEL,, pub. cit.

do de grandes bloques y que cada vez más se organiza en regiones, la firma del tratado amplía nuestra perspectiva integracionista, confiando mayor equilibrio a los distintos procesos asociativos en la región”.

Asimismo, en la presentación del plan de la presidencia pro tempore brasileña del MERCOSUR, —julio a diciembre de 2008—, señaló que *“Un Mercosur que se extienda del Caribe a Tierra del Fuego, con su gran potencial productivo, su capacidad energética y su diversidad climática y biológica, tendrá gran peso en las relaciones internacionales”*.

¿Cuál es el dilema actual?

Consideramos que la existencia de asimetrías y situaciones diferenciadas a nivel nacional y regional exigirá la flexibilización de compromisos asumidos —en función siempre de intereses solamente nacionales— en la construcción de UNASUR. Esta exigencia está instalada con fuerza en la agenda del MERCOSUR¹³, pero también estará presente en la agenda de la Comunidad Andina y en la articulación de ambos bloques con la Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR). Abordar la cuestión de la flexibilidad de un acuerdo de integración regional, en sus múltiples dimensiones y modalidades prácticas, será por lo tanto cada vez más importante en el debate sobre el futuro de la integración sudamericana.

“Las flexibilidades a que hacemos referencias pueden ser muy diferentes en sus alcances políticos y en sus efectos prácticos. Un *primer tipo de flexibilidad* es la que permitiría a cada socio realizar, si así lo deseara, negociaciones bilaterales con otros países, como por ejemplo con los Es-

¹³ Pero es una cuestión que se ha actualizado por otras declaraciones que conviene mencionar. Una es la de Marco Aurelio García, asesor internacional del Presidente Lula, en una entrevista que le hiciera Eleonora Gossman en Clarín (diario Clarín del 3 de agosto de 2008). La pregunta fue formulada en los siguientes términos: “Hay quienes proponen que se flexibilice el Mercosur. Es decir, que se revise la decisión tomada en el 2000 de negociar en forma conjunta acuerdos de libre comercio con terceros países. ¿No sería apropiado dar más libertad a cada socio?” Y la respuesta fue la siguiente: “Es una antigua propuesta de algunos sectores empresariales interesados en que Brasil o Argentina negocien en forma separada acuerdos con Estados Unidos. Esos empresarios no tienen cura porque vienen haciendo la misma propuesta desde hace mucho tiempo.

Brasil no quiere flexibilizar el Mercosur. Todo lo contrario. Y si no, basta mirar los acuerdos firmados recientemente: el régimen para la industria automotriz que ahora se extendió a todo el bloque y el sistema de comercio en pesos y reales que debe entrar rápidamente en vigencia”. Marco Aurelio García hizo luego referencia a la necesidad de retomar negociaciones con la Unión Europea y con los Estados Unidos. Fue un tema también presente en el antes mencionado discurso del Presidente Lula.

La otra declaración es la formulada por el Embajador Elbio Roselli, Director de Asuntos Económicos y del Mercosur de la Cancillería del Uruguay, en el Semanario Búsqueda. Según la versión publicada en el diario La Nación, el 8 de agosto de 2008, Roselli señaló que el Gobierno uruguayo pedirá al Mercosur “flexibilidad” para que los socios puedan avanzar a velocidades diferentes en las negociaciones de acuerdos comerciales con Estados Unidos y la Unión Europea.

tados Unidos. Fue éste un tema instalado hace un tiempo por el gobierno del Uruguay ante sus socios del Mercosur. Es algo que en el Brasil también han planteado sectores empresarios, cuando proponen que el Mercosur deje de ser una unión aduanera y se transforme en una zona de libre comercio¹⁴.

La coexistencia de ambas agendas introduce distorsiones y conflictos¹⁵. “Y desde la perspectiva de la integración física, uno de los principales obstáculos para progresar en los proyectos sistematizados dentro de la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Sudamericana (IRSA) fue, según lo advirtió la misma entidad, su desconexión con las demandas de los mercados y las poblaciones afectadas.

Las carreteras son necesarias primero para llevar insumos a regiones remotas, y luego para poder extraer minerales, cosechas y otros productos, y es aquí donde aparece una particularidad sudamericana: la mayor parte de las exportaciones se dirigen a destinos en otros continentes. Es decir, “los actuales proyectos de interconexión física, antes que coordinar las zonas sudamericanas entre sí, están ordenados como ejes de transporte para llegar a los puertos en el océano Pacífico y en el Atlántico¹⁶. Por lo tanto, la llamada “integración física”, antes que una “integración” para articular la producción, promueve “interconexiones”, carreteras que permitan alcanzar los puertos de salida a Europa, Asia o Estados Unidos.¹⁷

Las indefiniciones de esta UNASUR podrían explicarse a la luz de los conflictos de intereses y controversias ideológicas que atraviesan el continente. De tal modo, el Tratado no parece contribuir a la búsqueda de un mecanismo regional destinado a la evaluación económica y social de la integración física, ni para la apreciación de necesidades y compromisos —también regionales— de integración física, a la hora de negociar o profundizar el acceso a los mercados”¹⁸

¹⁴ PEÑA, Félix, OMC/ Mercosur. Flexibilidad en las negociaciones comerciales 15/8/2008. Texto completo en www.felixpena.com.ar

¹⁵ Hemos asistido, por ejemplo, a requerimientos de Brasil y la Argentina para su abastecimiento energético que implicaron el ofrecimiento, a Bolivia y Venezuela, de concesiones comerciales. Estas actitudes no consideraron la posible vulneración de compromisos con terceros países ajenos a esas negociaciones pero que a la vez participan de los mismos vínculos de integración económica con los países demandantes de energía.

¹⁶ GUDYNAS, Eduardo, CAN, MERCOSUR, CSN, ALBA, IIRSA, TLC, TCP, UNASUR. La sopa de la integración, *Publicado en el suplemento Energía N° 7, La Diaria, 25 de mayo de 2007.* <http://www.integracionsur.com/americalatina/GudynasSopaIntegracion.htm>

¹⁷ Brasil en particular los fomenta, en tanto los necesita para poder extraer la producción de las zonas centrales de su territorio y alcanzar los puertos oceánicos peruanos de manera de abaratar los fletes de sus embarques hacia China

¹⁸ Halperin, Marcelo, para LA NACION, Martes 10 de junio de 2008,

VII. Conclusiones

- La UNASUR puede tornarse en un instrumento que viabilice el proceso de integración económica y la unión entre los doce países de la región. Su principal desafío será construir una organización regional eficiente, en una región en la cual predominan las instituciones nacionales frágiles.
- Para ello, es imprescindible trabajar con una visión integral de la infraestructura que permita una planificación territorial formulada a través de consensos entre los países que la constituyen, coordinando actividades con IIRSA, lo que facilitará la complementación de acciones entre el sector público y el privado, como también la asistencia financiera de organismos regionales, tales como BID, CAF y FONPLATA.
- En este sentido, IIRSA es un foro de intercambio de experiencias entre los países integrantes que podrá coadyuvar a la cooperación intergubernamental para lograr en UNASUR una visión multisectorial de la integración física, comprensiva tanto del transporte como de la energía y de las comunicaciones.
- De ese modo, la integración regional —acompañada por políticas socioeconómicas sustentables en cada país— podrá traer prosperidad para todos, especialmente para los países de menor desarrollo relativo.



SECCIÓN V
HISTORIA DEL DERECHO

EL SACRAMENTO DE LA CONFESIÓN. LOS MANUALES Y LAS SUMAS DE CONFESIÓN

Marcela Aspell

Resumen: Los *Manuales* y las *Sumas de Confesión* que proliferan a partir del siglo XVI, dirigidos básicamente a los confesores pero también a los penitentes atendían a un propósito eminentemente didáctico: enseñar a los confesores a administrar el sacramento, cuya obligatoriedad anual de practicarlo por lo menos una vez al año se exigía desde el Concilio de Letrán y orientar a los segundos a llevar a cabo un buen examen de conciencia. Estos textos exigen el rastreo minucioso de los recovecos del alma para alcanzar la deseada absolución, era común pues la inclusión de interrogatorios exhaustivos para orientar la investigación de la conducta del pecador. En este sentido, los Manuales establecieron una precisa conformación de un rígido universo de pautas de moralidad sexual exigidas a la población por sus custodios eclesiásticos.

Palabras Claves: Sacramento de la Confesión - Manuales - Sumas - Moral Sexual

El púlpito y el confesionario guiaron, con su enlazada armonía, la vida cristiana de Occidente.

Era imperioso escapar del Infierno.

Las jocosas verbas que el púlpito lanzaba sobre fieles y penitentes hallaban su perfecta doble faz, en la templanza del confesionario, donde el pecador encontraba refugio a su inquietud y perdón a sus pecados.

Los *Manuales de confesores* fueron un género muy importante para la formación del clero durante el Antiguo Régimen.

La "*Sumas de confesión*", los *Manuales de confesores*, los sermones, catecismos, cartas de espiritualidad, las instrucciones a los confesores, se detenían una y otra vez sobre las características que debía reunir el confesor modelo, *dulcis affabilis, atque suavis, prudens, discretus, mitis, pius atque benignus* que Santo Tomás resumía, consejos que desde Aquinatese hasta San Alfonso de Ligorio se habían multiplicado por toda Europa cristiana.

Las ochenta y seis ediciones incunables del "*Interrogationes et doctrine quibus quilibet confessor debet interrogare confitentem*", del obispo español Andreas de Escobar recreaba con mayor minuciosidad los principios sostenidos por Santo Tomás.

Debe quien confiesa:

*...ser dulce corrigiendo, prudente instruyendo, amable castigando, afable interrogando, amable aconsejando, discreto imponiendo la penitencia, dulce escuchando, benigno absolviendo.*¹

Antonino de Florencia publicaba por su parte, en 1469 su *Confessionale* que logro, antes que finalizara el siglo, el record de cien ediciones. Las obras escritas en un lenguaje despojado y sencillo aconsejaban al confesor como llevar a cabo su ministerio guiando el interrogatorio que debía efectuar al penitente, detalle que aseguro su éxito.

La formación de los sacerdotes en tal delicada misión es una preocupación constante en las paginas de esta literatura didáctica, que se multiplica a partir del descubrimiento de la imprenta. En la *Práctica del Confessionario* del capuchino español Jaime de Corella, el autor admite el descuido que se imponía en el ejercicio cotidiano del sacramento.²

San Alfonso de Ligorio se expedía en parecidos conceptos: *“Llora la Iglesia viendo como muchos de sus hijos se pierden por culpa de los malos confesores, mientras tendrán ciertamente grande recompensa y el cielo asegurado los buenos confesores entregados a la salvación de los pecadores”*, anota San Alfonso en la Introducción a su *Instrucción Practica para un Confesor*³ y continua en sus primeros párrafos: *“Para cumplir los deberes*

¹ Andreas de Escobar: *Interrogaciones et doctrine quibus quilibet confessor debet interrogare confitentem*, citado por Jean Delumeau *La confesión y el perdón*. Madrid, Alianza Editorial, 1992, pág. 29.

² Corella, Jaime de, 1657-1699. *Práctica del confessorario, y explicación de las sesenta y cinco proposiciones condenadas por la santidad de N.S.P. Inocencio XI... El Rmo. P. Fr. Jaime de Corella*. En Madrid: En la Imprenta de Geronimo de Estrada, 1704. Se ha consultado la Edición existente en la Biblioteca Mayor de la Universidad Nacional de Córdoba: BJ 891.

³ La preocupación por el sacramento de la confesión recorre las sucesivas redacciones de toda la obra de San Alfonso de Ligorio, nacido en Nápoles el 27 de Septiembre de 1696 de familia noble y distinguida, que lo animo a obtener su doctorado en derecho civil y canónico en la Universidad de Nápoles. Su *Teología Moral*, de decisiva influencia en la formación del clero, aparece en 1748 en Nápoles en una primera versión que luego sufrirá múltiples redacciones, hasta alcanzar la correspondiente al periodo 1757-1767 cuando logra su mayor vuelo y densidad. En la *Instrucción Práctica para un Confesor*, publicada en italiano en 1757 y traducida luego al latín como *Homo apostolicus*, texto que dará origen posteriormente a la *Guía del confesor para la dirección de los campesinos* de 1764, San Alfonso insiste en aconsejar al sacerdote confesor como es en realidad debe cubrir el rol de padre, medico, maestro y juez. El Santo murió 2 meses antes de cumplir 91 años, la noche del 31 de julio al 1 de agosto de 1787. El Papa Pío VI en 1796 decreta la introducción de la causa de beatificación de Alfonso María Ligorio. La beatificación se concreta en 1816. Fue canonizado en 1839. En 1871 fue declarado Doctor de la Iglesia y propuesto como Patrono de los confesores y los moralistas, carácter que el papa Pío XII confiere, el 26 de abril de 1950: *“Con la plenitud de nuestra autoridad apostólica, elegimos y constituimos a San Alfonso María de Ligorio celestial Patrono ante Dios de todos los moralistas y confesores”*. El Congreso Teresiano de Madrid del año 1923 proclamo: *“Ningún confesor ni director espiritual debe ignorar el tratado Práctica del confesor de San Alfonso María de Ligorio, donde esta recopilada toda la doctrina mística y ascética de Santa Teresa de Jesús, de San Francisco de Sales y del mismo San Alfonso”*.

de un padre, el confesor debe mostrarse lleno de caridad, y el primer uso que debe hacer de esa caridad consiste en acoger con igual benevolencia a todos los penitentes, pobres, sin instrucción y cubiertos de pecado”

Esta necesidad de proporcionar a los sacerdotes la instrucción indispensable para llevar a cabo cuidadosamente su ministerio en la administración del sacramento de la penitencia, lleva a la Asamblea General del Clero francés a traducir y distribuir entre sus pastores las *Instrucciones a los Confesores*, escritas por el Arzobispo San Carlos Borromeo,⁴ un hombre profundamente preocupado por la reforma de la Iglesia, doctorado en Derecho por la Universidad de Milán, verdadera *Alma Mater* del Concilio de Trento, cuyas sesiones logro continuar, cuando se desempeñaba como Secretario de Estado de su tío, el Cardenal Médicis, nombrado Papa con el nombre Pío IV,

El Manual del Arzobispo San Antonino, *Defecerunt Confessionale*, dominico, nacido y muerto en la ciudad de Florencia (1389-1459) que lograra el verdadero record de ciento diecinueve ediciones incunables, aconseja al confesor prudencia, habilidad, diligencia, pero también benevolencia, dulzura, afecto y piedad hacia la falta del otro “*suavizando, consolando, prometiendo el perdón*”.

Otra obra que logra gran difusión alcanzando la publicación de noventa ediciones de incunables, amén de su impresión, a partir del siglo XVI en las principales ciudades de Europa es el *Manipulus Curatorum* de Guy de Montrocher que equipara al sacerdote con el medico “*que acoge al enfermo del alma*” y que con dulces palabras, lo lleva hacia el arrepentimiento y el perdón.

Tras los Pirineos, San Jean Eudes⁵ coincidía en esa doble función que debían cumplir púlpitos y confesionarios: la reprimenda y el perdón.⁶

⁴ Nació en Arjona (Italia) en 1538. Murió en la noche del 3 al 4 de noviembre de 1584 diciendo: “*Ya voy, Señor, ya voy*”.

⁵ Nació en Ri, Francia el 14 de Noviembre de 1601. Murió en Caen el 19 de Agosto de 1680. Se ordeno sacerdote el 20 de Diciembre de 1625 comenzando su vida apostólica con trabajos heroicos, ayudando a las víctimas de la plaga que entonces asolaba al país. Se destaco como misionero. Escribió una serie de libros notables recorridos por la exaltación de la doctrina y por la sencillez estilística. Sus trabajos principales son: “*Le Royaume de Jésus*”; “*Le contrat de l’homme avec Dieu par le Saint Baptême*”; “*Le Mémorial de la vie Ecclésiastique*”; “*Le Prédicateur Apostolique*”; “*Le Coeur Admirable de la Très Sainte Mère de Dieu*” y el texto que aquí nos interesa: “*Le Bon Confesseur ou Avertissement aux confesseurs contemans les qualitez que doivent avoir tous specialmente les missionnaires*” que alcanza su primera edición en 1644. Sus virtudes fueron declaradas *heroicas* por el Papa León XIII el 6 de Enero de 1903. Los milagros propuestos para su beatificación aprobados por el Papa Pío X el 3 de Mayo de 1908, impulsaron su beatificación que se concreto el 25 de Abril de 1909. San Juan Eudes fue canonizado en 1925. Su festividad se celebra el 19 de Agosto.

⁶ Al mismo tiempo no dejaba de advertir las dificultades de la tarea confiada a los confesores: “*La acción que hacéis es penosa pero debéis recordar que costo mucho a vuestro Redentor para*

Cuando se sube al púlpito a predicar la palabra de Dios hay que llevar a él, cañones y rayos para fulminar el pecado. Pero al confesionario sólo hay que llevar un corazón lleno de mansedumbre y una boca llena de leche y azúcar, nunca vinagre, sólo aceite y miel, porque es cierto que se cazan más moscas con una cucharada de miel que con un tonel de vinagre. La dulzura, es en este caso todopoderosa, con la dulzura se hace cuanto se quiere, nada se le puede resistir, mientras que con la acritud se hecha todo a perder.

Con el mismo propósito aconsejaba el benedictino Pierre Milhard *"Cuando alguien por si mismo o interrogado dice sus pecados no hay que agravarle sus pecados ni reprenderle de modo que esto le haga callar, sino mas bien por compasión, mostrarle cara benigna alentarle a que con audacia y confianza, diga todo y con toda sinceridad"* ⁷

San Francisco de Sales ⁸ insistía en el mismo sentido. En los *Avertissements aux confesseurs* le pide a los confesores *"Mostrad una cara amable y grave que no debéis cambiar con ningún gesto ni signos exteriores que puedan testimoniar aburrimiento o pesar... cuidad sobre todo de no usar palabras demasiado duras con los penitentes porque a veces somos tan austeros en nuestras correcciones que nos mostramos en efecto mas dignos de censura que de la que son culpables aquellos a quienes reprendemos"*

Toda su obra esta recorrida por estos sentimientos del amor y del perdón que los confesores deben extremar al administrar el sacramento. En su maravilloso *"Tratado del Amor de Dios"* escribió: *"La medida del amor es amar sin medida"*. Su libro *"Introducción a la Vida Devota"* nacido de las notas que el Santo conservaba acumulando las instrucciones y consejos proporcionados a su prima política, M. de Chamois, confiada a su dirección espiritual y que San Francisco decide en 1608, publicar, con reflexiones y advertencias mas elaboradas, es considerada una de las obras maestras de la ascética, traducido a diversos idiomas y continua la línea que, en la materia que nos ocupa, alcanza mayor elaboración en 1695 en las *Conferences ecclesiastiques du diocese d'Amiens sur la penitence* donde San Francisco dice: *"Todavía se ven confesores que, en vez de oír a sus penitentes con paciencia y dulzura, se agrian contra ellos, lo cual es causa de que olviden o escondan una parte de sus pecados. El confesor debe oír de seguido durante todo el tiem-*

rescatar las almas" Jean Eudes *"Le Bon Confesseur ou Avertissement aux confesseurs contemans les qualitez que doivent avoir tous specialmente les missionnaires"* Lyon, 1669, pág. 102.

⁷ La cita corresponde a la edición de Pierre Milhard *La Vray guide des cures vicaires et confesseurs* editada en Paris en 1619 luego condenada por la Sorbona.

⁸ San Francisco que había nacido en el Castillo de Sales, en Saboya, el 21 de agosto de 1567 falleció a los 56 años de edad, el 28 de Diciembre de 1622, fiesta de los Santos Inocentes. Había sido obispo por 21 años. Fue beatificado por el Papa Alejandro VII en el 1661, y cuatro años mas tarde canonizado por el mismo Pontífice, cuando apenas habían transcurrido 43 escasos años de su muerte.

po, con una gran paciencia y una gran atención al penitente al que encuentre obediente a las primeras advertencias que le hace. No debe interrumpirle, ni reprenderle, ni interrogarle, sino después de que haya acabado todo lo que se haya propuesto decir. Aunque los pecados que se le confiesen sean gravísimos y enormes debe cuidarse mucho de no dejar traslucir ninguna señal por lo que el penitente pueda conjeturar que se aburre o escandaliza y se asombra de los pecados que oye. Antes bien ha de disimularlos y pasarlos como si no oyese nada. Y, de ser posible debe abstenerse de escupir sobre todo cuando el penitente declara pecados de impureza, no vaya a ser que el penitente crea que eso procede del horror del confesor ante sus pecados y la vergüenza y la turbación le impidan acabar la confesión que ha empezado... No hay que espantar al penitente, no vaya a ser que eso sea causa de que suprima algún otro pecado considerable. Al contrario, hay que alentarle a acusarse de todos sus crímenes por enormes y sucios que sean”⁹

Jaime de Corella, que consideraba al padre confesor un maestro que enseñaba y un medico que curaba las penas del alma, decía por su parte “El confesor no debe acoger al penitente con dureza ni mostrarle un rostro apenado ni hablarle con palabras rigurosas, Dado que el pecador suele estar paralizado por la vergüenza, es preciso que el confesor lo anime como un padre y le sostenga como un pastor, Si el confesor añade el temor a las reticencias que el penitente arrastra consigo la aspereza de las apalabras, la dureza de las actitudes, la rigidez del comportamiento y, si contra el consejo del espíritu Santo, aflige el corazón del pobre pecador, evidentemente así lo desanimara a confesar su falta. Ha de ser el confesor afable y benévolo, pronto y caritativo para alzar de su miseria al que ha caído. Debe estar preparado, como lo estuvo el divino Pastor con la oveja descarriada, a cargar sobre sus hombros el peso de las almas. Debe ayudar al penitente mediante sus preguntas a expresar del mejor modo posible sus faltas. Debe aplicarle el dulce remedio de una tierna exhortación. Debe consolarlo si lo ve abrumado bajo el pesos de enfermedades muy enormes, no asustarse y así no lo asustara. Debe prometerle por el contrario, la segura esperanza contenida en el inmenso tesoro de la infinita bondad de nuestro misericordiosísimo Señor”¹⁰

La figura del sacerdote confesor aquilató de este modo una creciente importancia social y política. Señala Stephen Haliczzer como de los veintinueve confesores reales que son designados desde el comienzo del

⁹ Conforme *San Francisco de Sales*. Biblioteca Electrónica Cristiana. En el 1878 el Papa Pío IX, considerando que los tres libros famosos del santo: “*Las controversias*”; “*La Introducción a la Vida Devota*” (o *Filotea*) y “*El Tratado del Amor de Dios*” (o *Teótimo*), tanto como la colección de sus sermones, conferencias y advertencias constituían por sus intrínsecos valores *verdaderos tesoros de sabiduría*, declaró a San Francisco de Sales “*Doctor de la Iglesia*”, siendo llamado “*El Doctor de la amabilidad*” Biblioteca Electrónica Cristiana.

¹⁰ Jaime de Corella op. Cit. s.p.

reinado de los Reyes Católicos hasta el final del gobierno de su nieto Carlos V, cinco alcanzaron el cargo de Inquisidores Generales, en tanto gran número de los restantes confesores desempeñaron cargos de consideración en los Consejos de Estado o como Comisarios de las Cruzadas.¹¹

Los *Manuales y las Sumas de Confesión* que proliferan a partir del siglo XVI, dirigidos tanto a confesores como a penitentes, exigen el rastreo minucioso de los recovecos del alma para alcanzar la deseada absolución, era común en estos textos la inclusión de interrogatorios exhaustivos para orientar la investigación de la conducta del pecador.

Los *Manuales* dirigidos básicamente a los confesores pero también a los penitentes atendían a un propósito eminentemente didáctico: enseñar a los confesores a administrar el sacramento, cuya obligatoriedad anual de practicarlo por lo menos una vez al año se exigía desde el Concilio de Letran y orientar a los segundos a llevar a cabo un buen examen de conciencia. Como bien ha sostenido Asunción Lavrin: "*Establecieron los parámetros generales de la moralidad sexual transmitidos a la población en general por sus guardianes religiosos*"¹²

En tanto las *Sumas de Confesión* se orientaron al abordaje de cuestiones canónicas, la impresión de *Manuales* se multiplicó y estas ediciones llegaron a las bibliotecas y repositorios americanos, cuyos inventarios las registran en abundancia.¹³

Entre los *Manuales* de mayor circulación se encuentran: Martín de Azpilcueta Navarro: *Manual de confesores y penitentes, que clara y brevemente contiene la universal y particular decisión de quasi todas las dudas, que en las confesiones suelen ocurrir de los pecados absoluciones, restitucio-*

¹¹ Conforme Stephen Haliczzer: *Sexualidad en el confesionario. Un sacramento profanado*. Madrid, Siglo XXI Editores, 1998, pág. 46. Entre ellos se destaca la figura de Tomas de Torquemada el primer Inquisidor General de decidida influencia en la política de expulsión de los judíos en 1492.

¹² Asunción Lavrin: *La sexualidad en el Méjico Colonial: un dilema para la iglesia* en Asunción Lavrin Coordinadora: *Sexualidad y matrimonio en la América Hispánica. Siglos XVI-XVII*. Méjico, Editorial Grijalbo, 1989, pág. 57.

¹³ En nuestra jurisdicción se han encontrado noticias de la existencia de las "*Instrucciones para predicadores y confesores*" de Fray Joseph Gavarrí. Madrid, 1679; "*Modo practico y fácil de hacer una confesión general*" del padre Pedro de Calatayud, la "*Consulta espiritual en la que un pecador verdaderamente arrepentido propone con deseo de acertar el infeliz estado de su alma para una buena confesión general*" del Fr. Thomas Navarro; Jaime de Corella, *Práctica del confessorario, y explicación de las sesenta y cinco proposiciones condenadas por la Santidad de N.S.P. Inocencio XI...* El Rmo. P. Fr. Jaime de Corella. Madrid: En la Imprenta de Geronimo de Estrada, 1704; Diego de Torre: *Vida Natural y Católica*, Imprenta del Convento de la Merced, Madrid, 1734; Thomas Navarro: *Consulta espiritual en la que un pecador verdaderamente arrepentido propone con deseo de acertar, el infeliz estado de su alma para una buena confesión general*, Gerona, 1771 y el conocido texto del padre Pedro de Calatayud, escrito hacia mediados del siglo XVIII *Modo practico y fácil de hacer una confesión general*, que aconsejaba a los penitentes detenerse en la detallada exposición de la materia atinente al sexto mandamiento.

nes, censuras, irregularidades, Salamanca, Andrea de Portonaris, 1556¹⁴ Fray Bartolomé de Medina: *Breve introducción de cómo se ha de administrar el sacramento de la penitencia*, Burgos, Juan Baptista Varesio, 1612; Francisco de Carrasco: *Manual de escrupulosos y de los confesores que los gobiernan*, Valladolid, Francisco Márquez, 1686; Pedro de Ciruelo: *Arte de buen confesar*, Sevilla, Dominico de Robertis, 1548; Juan Daza y Berrio: *Tesoro de confesores y perla de conciencia para todos estados*, Madrid, Imprenta Real, 1648; Cristóbal Delgadillo: *Cuestión moral o resolución de algunas dudas acerca de la frecuente confesión*, Madrid, Domingo García Morras, 1660; J. B. Díaz de Lugo: *Aviso de curas y provechoso para todos los que ejercitan el oficio de curar animas*, Joan de Broocar, Alcalá de Henares, 1545; J. de Dueñas: *Remedio de pecadores por otro nombre llamado confesionario que habla de la sacramental confesión, de la cual tratan tres cosas. Que ante Della, que en ella y que después Della hacerse debe*, Juan de Villaquiron, Valladolid, 1545; Antonio de Escobar y Mendoza S.J. *Examen de confesores y práctica de penitentes en todas las materias de la teología moral*, Madrid, Maria de la Quintana, 1650; Pedro Espinar: *El confesor instruido*, Madrid, 1695; Juan de Espinola Baeza: *El confesor instruido*. Madrid, Juan García Infazon 1695; Fray Felipe de Meneses: *Luz del alma cristina en el cual se da la luz así a los confesores como a los penitentes*, Sevilla, Sebastián Trujillo, 1564; Alonso Fernández: *Documentos y avisos que D. Cristóbal de Rojas y Sandoval, obispo de Córdoba dio a los rectores y confesores de su obispado acerca de la prudencia que devian guardar consigo mismos*, Córdoba, Juan Bautista Escudero, 1569; Pedro Galindo: *Parte segunda del directorio de penitentes y practica de una buena y prudente confesión*, Madrid, Antonio de Zafra, 1680; José Gavarrí: *Noticias Singularisimas de la preguntas Necesarias que deben hacer los padres Confesores con las personas que oyen de confesión las cuales hasta hoy no le han impreso con este método y claridad. Sacolas a la luz el M.R.P. Fray José Gavarrí, Predicador Apostólico de la religión de N.P.S. Francisco de la Provincia de Aragón. Las mismas servirán para los que desean confesarse con las mas regulares noticias que hasta hoy se han escrito en lo moral, adquiridas con la practica de dieciochos años de misiones que se han hecho. En esta impresión se han enmendado muchos yerros, Con Licencia en Barcelona por Antonio Lacavalleria en la Librería*, 1678; también sus *Instrucciones predicables y morales que deben saber los padres predicadores y confesores*, Madrid, 1679; y las *Noticias singularisimas que sacho a luz de las preguntas necesarias que deben saber los confesores con las personas que oyen de confesar*, Granada, Francisco de Ochoa, 1676; Jaime de Corella, 1657-1699. *Práctica del confessorario, y explicación de las sesenta y cinco proposiciones condenadas por la santidad*

¹⁴ Entre los años 1553 a 1620 la obra de Martín de Azpilcueta Navarro: *Manual de confesores y penitentes...* alcanzo ochenta y dos ediciones en español, latín, portugués e italiano.

de N.S.P. Inocencio XI... *El Rmo. P. Fr. Jaime de Corella*. En Madrid: En la Imprenta de Geronimo de Estrada, 1704; Felipe de la Cruz: *Norte de confesores y penitentes*, Valladolid, Jerónimo Morillo, 1629; Fray Luís de Granada: *Guía de Pecadores*; Francisco de Luque Fajardo: *Fiel desengaño contra la ociosidad y los juegos utilísimo a los confesores y penitentes justicias y los demás a cuyo cargo esta limpiar de vagabundos, tahúres fulleros la republica cristiana*, Madrid, Miguel Serrano de Vargas, 1603; Juan Machado de Chaves" *Perfecto confesor y cura de almas*; Martín de la Naja: *El misionero perfecto*, Zaragoza, 1678; Bernardo de Villegas S.J. *La esposa de Christo instruida*, Murcia, Juan Fernández de Fuentes, 1635; Diego Pérez de Valdivia: *Aviso de gente recogida* impresa en 1585, L de la Puente: *Directorio espiritual de los sacramentos de confesión y comunión*, Sevilla, 1625, etc.

Autores que han estudiado el tema han destacado la presencia de *Manuales* dirigidos a orientar el ejercicio de la confesión en el mundo indígena.

Rene Millar Carvacho cita para el caso del Perú el *Confesionario para los curas de indios. Con la instrucción contra sus ritos y exhortación para ayudar al buen morir* del Concilio Provincial de Lima, 1583; la obra de Ludovico Bertonio: *Confesionario muy copioso en dos lenguas, Aymará y Española con una instrucción acerca de los siete sacramentos de la Santa Iglesia y otras variadas cosas*, impresa en 1612 en Lima y el trabajo de Iván Pérez Bocanegra: *Ritual formulario e Instrucción de Curas para administrar a los naturales de este reino los santos sacramentos del bautismo, confirmación eucaristía y viático, penitencia, extremaunción y matrimonio*, editada en Lima en 1631.¹⁵

El estudio de los *Manuales* impresos en Méjico registra, por su parte, la presencia del anónimo: *Ave Maria Purísima: Breve Instrucción a los cristianos casados y útiles advertencias a los que pretenden serlo*, Imprenta de los Herederos del Licenciado Don José de Jáuregui, México, 1791; Juan Bautista: *Advertencia para los confesores de los naturales*, M Ocharte, México 1605; Gabino Carta: *Practica de confesores: Practica de administrar los sacramentos en especial el de la penitencia*, Viuda de Bernardo Calderón, México 1653; *Cinco circunstancias de una buena confesión y método de examinar para ella la conciencia. Por un religioso de la regular observancia de N.P.S. Francisco*, Felipe Zúñiga y Ontiveros, México 1798; Vicente Ferrer: *Suma Moral para examen de curas y confesores*, Imprenta Nueva Madrileña de Don Felipe de Zúñiga y Ontiveros, México 1778, Clemente de Ledesma: *Confesionario del despertador de Noticias de los Santos Sacramentos*, Maria de Benavides, Viuda de Juan Ribera, México 1695; Juan Antonio de Oviedo *Destierro de ignorancias: En orden al mas acertado y fácil uso de los santos sacramentos*, Imprenta de D. Francisco Xavier Sánchez, México 1738; Pa-

¹⁵ Conforme Rene Millar C. op cit pág. 356.

blo Senero: *El penitente instruido para confesarse*, Juan José Guillena Carrasco, México 1696 etc.¹⁶

Las precisas instrucciones contenidas en los *Confesionarios* insisten en el peligro de la familiaridad que proporcionaba el breve y acotado, oscuro e íntimo espacio de un confesionario y lo que podía llegar a significar para la penitente y el confesor, que actuaba, curando los males espirituales de aquella y proporcionándole consuelo y dirección.

“Para evitar el confesor la familiaridad con mujeres, y más las que oye en confesión, llena esta la Sagrada Escritura y los Santos de esta doctrina, de cuan peligrosa es la familiaridad entre hombre y mujer, y que entre las peleas la mayor es la de la castidad, donde la batalla es ordinaria y rara la victoria”¹⁷

La práctica de la confesión.

En tierras americanas, el tema de la confesión tornó a afinar la consideración de sus matices propios.¹⁸

Avanzada la conquista de las Indias, autorizadas voces de la Iglesia, volvieron a razonar sobre el impacto que las voces excesivamente piadosas o dulces podían provocar en la confesión femenina.

La “*Carta a una religiosa para su desengaño y dirección*” de Jorge Mas Theóforo, seudónimo que amparaba la personalidad del presbítero de Puebla de los Ángeles, José Ortega Moro, obra cuya circulación fue prohibida el 18 de enero de 1774 advertía:

¹⁶ La mención es simplemente enunciativa y tiene en cuenta los textos de las instrucciones y Manuales que con mayor frecuencia fueron utilizados en América.

¹⁷ Fernandez de Cordoba, A. Instrucción de Confesores, Granada, 1627, pág. 69.

¹⁸ Cuando Castilla descubre el Nuevo Mundo y se lanza al colosal esfuerzo de la evangelización el tema logra alcanzar asimismo un notable desarrollo en territorios americanos ¿Cómo lograr que el alma de los indios no se hunda en idolatrías que lo alejen de la verdadera fe? ¿Cómo luchar contra las erráticas creencias del aborigen? ¿Cuántos misioneros son necesarios para evitar que los paganos reincidan en la superstición inspirada por el ángel malvado? Obras como el *Confesionario mayor en lengua castellana y mexicana de fray Antonio de Molina* de 1565, detiene su mirada en el examen de la confesión introducida a los indígenas por los misioneros que muy temprano percibieron las dificultades que debían afrontar en su trabajo cotidiano para desarraigar las idolatrías. Afirma Oscar Martiarena que la temática de la confesión y la penitencia preo cupo de manera prioritaria a los padres misioneros. Motolinía, Mendieta, Torquemada, Basalenque, Sahagún, Landa, Acosta, dedicaron buena parte de sus vidas y de sus obras escritas a ponderar la necesidad y las dificultades de la confesión en el ámbito indiano. Un copioso número de *Sumas de Confesión y Manuales* se redactaron para doblegar la idolatrías indígenas, en la certeza de que el nativo era refractario a la sanación de su alma descarriada, como se insiste en *Luz y método de confesar idólatras*, publicado en 1692 por Diego Jaymes Ricardo un autor empeñado en sostener que el mayor mal de los que han existido en el mundo es la idolatría. Conforme Oscar Martiarena, *Culpabilidad y resistencia. Ensayo sobre la confesión en los indios de la Nueva España*, Universidad Iberoamericana, Departamento de Historia, México. 1999 Para los territorios del Perú el *Manual de Confesión* de Diego Torres, escrito hacia 1584, entre otros, cumplió una misión parecida.

Hacer fervorosa caricias a las mujeres por espirituales que sean, tratarlas con acciones de sobrada familiaridad y llaneza y finalmente el conversar con ellas, sin muy grande modestia y mesura, es digno de corrección y de enmienda...

Tal vez lo que parece caridad es deleite; lo que parece vocación es recreación; lo que parece espíritu es carne... puerta de mayores peligros por que estas llanezas facilitan otras de grandes riesgos y desdichas... ¿A la sierva de Dios, sea o no religiosa, por qué la has de llamar tú, ni hermana mía, a la esposa de Jesucristo?...

*La blandura y suavidad del devoto que entre los hombres puede tener utilísimos efectos entre mujeres puede tenerlos sumamente peligrosos, porque con ellas la severidad es conveniente, sexo blando, amoroso, deleznable, flaco, que la mayor parte se arroja al amor sin fuerza y apenas tiene dentro de sí vigor para contenerse en lo bastante, sin llegar con sus desordenados afectos a lo prohibido.*¹⁹

La admonición, no hurtaba al tratamiento de la cuestión, sus perfiles más ríspidos:

*...La familiaridad es un peligro casero... cuanto... más crece, más enferma el principal motivo... y de ahí empieza uno a apetecer la presencia corporal del otro, para lograr la presencia mental y con esto, la espiritual devoción poco a poco se convierte en corporal y carnal... y por esto el consuelo que tienen verdaderamente sensual, asientan que es espiritual y divino. Y así, deslumbrados con la carnal concupiscencia, convierten en carnales las conversaciones divinas. De tal suerte, que si no es por la urgencia del tiempo, una u otra inevitable causa, no pueden apartarse uno del otro y entonces lo hacen forzados y tristes y esta tristeza es indicio ciertísimo de que están ligados con vínculo carnal.*²⁰

La consideración del tema no estaba ausente en las recomendaciones de *Manuales y Sumas de confesión*. El jesuita Bernardino de Villegas aconsejaba que se vigilara especialmente otorgar la calidad de confesores de religiosas a sacerdotes de instrucción superior y probada *paciencia y madurez* para afrontar las difíciles circunstancias de orientar la espiritualidad de mujeres cuyo estado de aislamiento y emotividad excesiva no se le escapaban.²¹

La confesión de las religiosas mostró asimismo otro rostro la exaltación infundada de monjas a las que Llorente definía como “*escrupulosas*”

¹⁹ Jorge Mas Theoforo: *Carta a una religiosa para su desengaño y dirección*, Citado por Nuria Salazar de Garza, *La vida común en los conventos de monjas de la ciudad de Puebla*, Puebla de los Ángeles, Biblioteca Ángelo Politana V, 1990, pág. 53.

²⁰ Idem, pág. 54.

²¹ Bernardo de Villegas S.J. *La esposa de Christo instruida*, Murcia, Juan Fernández de Fuentes, 1635 pág. 588-589.

y *simples*" que ponía en peligro la virtud del confesor por dudas o malas interpretaciones de sus palabras y consejos.

Razonaba el autor: "*Si los aficionados a confesar monjas viesan los papeles del Santo Oficio, perderían su inclinación a la vista del peligro que les amenaza. Por fortuna los inquisidores de los últimos tiempos estaban ya, generalmente hablando, persuadidos de que debían desprestigiar la delación de la monja que se fundaba en proposiciones positivamente inhonestas o hechos claros e intergiversables*"²²

El autor se detenía a continuación en las exigencias que debían reunir los confesionarios de las religiosas, mandados colocar a la vista de las personas que están en el templo, mediando entre el confesor y la confesada una pared, "*cuya parte destinada a oírse mutuamente se halla cerrada con hoja de lata, cuyo agujeros de comunicación sean tan pequeños que no permitan la entrada de un dedo*"²³

Todo ello apunta a una realidad cuyo merito no evadió afrontar la iglesia, el sacerdote era la única figura masculina, revestida asimismo de un aura de autoridad y respeto con que la monja tenía contacto, fuera de contadas y esporádicas visitas familiares, el sacerdote era a su vez el único hombre al que en susurros le revelaba, en el silencio y la oscuridad de la iglesia sus íntimos sentimientos, culpas y pecados. Circunstancia que podía llevar a generar una dependencia emocional excesiva y que alteraba la esencia misma del ministerio.

La *sollicitatio ad turpia*.

Las advertencias señaladas no eran gratuitas y apuntaba sin eufemismos a una precisa forma herética que perseguía el Santo Oficio. La sollicitación de mujeres en el confesonario.

Por *sollicitatio ad turpia* se define todo comportamiento del sacerdote que, en el ejercicio de su rol de confesor, y vinculado al acto mismo del sacramento de la confesión, tenga por objetivo la seducción, impulso, inducción o instigación del penitente para compartir un acto sexual.

El delito de sollicitación se comete en tanto operen estas condiciones: que el penitente sea provocado por su confesor, a cometer un acto

²² Juan Antonio Llorente *Historia Crítica de la Inquisición en España*. Ediciones Hiperior, Tomo III pág. 30. Madrid, II Edición 1981.

²³ Idem, pág. 30 La seguridad para eficazmente evitar "la ejecución de proyectos criminales que allí se formasen" se completaba con la recomendación de guardar la clausura con dos o mas porteras *religiosas, ancianas graves, respetables y libres de toda sospecha*, elevar considerablemente la altura de las cercas del convento, huerta y corral, reforzar las verjas en las ventanas de las celdas "y por otras varias cautelas tomadas en este punto por las preladadas españolas, a quienes sin agravio no se puede negar la prenda de honestísimos y verdaderas amantes del honor religioso" Idem pág. 30.

contra la castidad, en conexión con la administración del sacramento de la penitencia.

Juzgada inicialmente por los tribunales episcopales, que no la diferenciaron de la barraganía, torpeza u otras irregularidades de la vida eclesiástica, fue objeto posteriormente de una regulación específica, que delimitó la figura y precisó las pautas de su juzgamiento y punición.

La sospecha de la utilización de un sacramento para fines que no eran los propios obligó a extremar la cautela e incluirla entre las herejías que combatía la Inquisición, aún cuando no reuniera, *lato sensu*, la forma de una proposición herética.

Se ha destacado cómo prácticamente recién a partir del establecimiento del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición proliferaron las denuncias sobre sollicitación, lo cual no indica que antes no se produjera la *sollicitatio ad turpia*, sino que el secreto de una nueva confesión, que la solicitada y el solicitante, podían efectuar con otro sacerdote, echaba un manto de olvido, sobre el delito y el pecado.

A diferencia de la manceba, que no suele acudir a los tribunales eclesiásticos para denunciar al clérigo con el que tiene trato, y en ocasiones es padre de sus hijos, desde el establecimiento de los Tribunales del Santo Oficio, la mujer solicitada en confesión, realizó la denuncia de la sollicitación, acongojada por la suspensión de la absolución que al confesarse con un nuevo sacerdote, éste le imponía, hasta tanto radicase la denuncia en el Tribunal Inquisitorial.

En el primero de los casos, la Iglesia tomaba conocimiento de la barraganía por las murmuraciones y el escándalo que causaba la situación social de un eclesiástico, envuelto en los infortunios de la vida mundana, en el segundo, el secreto de la confesión tornaba imposible el discernimiento del acto de sollicitación hasta el momento mismo de la denuncia efectuada por la propia víctima, por mandato expreso de un nuevo pastor.

De este modo se fue elaborándole concepto de la sollicitación en el acto de la confesión a la que se designó con los términos *sollicitatio ad turpia* que comprendía todas las palabras, gestos, insinuaciones o ademanes que tenían como, propósito provocar la seducción del penitente durante la práctica de la confesión, antes o después de ella, o cuando el acto se fingía para encubrir otras intenciones.

Considerado pues que el delito se cometía cuando mediaba una incitación de raíz sexual relacionada con el sacramento de la penitencia en un contexto de espacio y tiempo, la *sollicitatio ad turpia* constituía en sí misma una violación del celibato eclesiástico que además, atentaba con lo normado en el sexto mandamiento, pero la utilización del espacio en que se desarrollaba la penitencia para llevar a cabo este acto torpe y abusivo

que ofendía la pureza del sacramento buscado, le imprimía además un carácter herético y sacrílego que habilitaba la intervención del Santo Oficio.

Aunque es dable sospechar que la sollicitación de penitentes en el confesionario bien pudo haber existido desde tiempos lejanos la cuestión encontró eco desde 1559

De todos modos, el delito de sollicitación no tardó en aparecer en los Edictos de Fe, que periódicamente se exhibían en los templos de mayor concurrencia de la ciudad, recordando a los fieles el deber de denunciar la presencia de las herejías.

Suspendido luego por los muchos inconvenientes que el conocimiento de la vida licenciosa de los clérigos podía ocasionar a la feligresía, fue más tarde reimplantado por Carta Acordada del 2 de marzo de 1576 remitida a todos los Tribunales Inquisitoriales.

Aunque no faltan, y el Archivo del Comisariato de Córdoba no es una excepción, denuncias que comprometen la sollicitación de penitentes masculinos requeridos en el confesionario, la sollicitación se configuró mayoritariamente con mujeres. Amparado en la precisa circunstancia que era el confesionario era el escenario donde la mujer abría el mundo de su sexualidad al sacerdote que la confesaba.

Aún así y a pesar de las lecturas periódicas de los Edictos de Fe, es rara la presentación espontánea de la mujer denunciando haber sufrido casos de sollicitación. En realidad, fue el temor de perder la absolución, el auténtico móvil que la guió a presentarse ante el Tribunal del Santo Oficio, orientada como dijimos por el mandato de un nuevo confesor.

El ejercicio de la confesión había pasado por distintas etapas:

Desde el Concilio de Letrán, celebrado en 1215, que impuso a los fieles la obligación de la confesión siquiera anual, su cumplimiento fue vigilado celosamente.

Pero fue indudablemente en el Concilio de Trento, que la Iglesia llevó a cabo entre los años 1545 y 1563, en plena expansión de la reforma protestante y para contrarrestar sus efectos, cuando reflexionó sobre los siete sacramentos que Jesucristo impuso a la Iglesia Católica, bautismo, penitencia, eucaristía, confirmación, matrimonio, orden sagrado y extremaunción, perfilando cuidadosamente los mecanismos de su administración.

La confesión había sido el blanco de fuertes críticas por los reformadores protestantes, cuestionándose su calidad sacramental.

El modo de ejecución que guardaba en la iglesia romana fue considerado, tan sólo un artificio engañoso para los fieles, a través del cual las jerarquías eclesiásticas obtenían lucro material, a la par de un efectivo poder sobre la comunidad cristiana.

Se imponía, pues, regular y controlar estrictamente su modo de suministro, para impedir que avanzara la denotación de los impugnadores.

Sobre el particular se ha juzgado:

*A mediados del siglo XVI, cuando los reformadores protestantes atacaban la doctrina sacramental de la Iglesia y alegaban que era un invento de los clérigos para explotar a los fieles, la jerarquía católica se propuso como objetivo limpiar de toda sospecha los sacramentos. En primer lugar, había que velar por la pureza de su administración, evitando facilitar argumentos a sus detractores. Dada la importancia que adquirió la penitencia, la solicitud en confesión se convirtió en un delito muy especial no era una simple trasgresión del celibato eclesiástico, sino algo mucho más grave: un sacrilegio cometido en el transcurso de uno de los sacramentos fundamentales de la Iglesia. De esta forma, mientras el amancebamiento siguió siendo objeto de un tratamiento bastante laxo por parte de los tribunales episcopales, la solicitud en confesión pasó a la jurisdicción del Tribunal Inquisitorial.*²⁴

La Bula *Dum Sicut Nuper*, del 18 de febrero de 1559 del Papa Pablo IV, dirigida al Arzobispo de Granada, concedió jurisdicción a los Tribunales del Santo Oficio de la Inquisición granadinos para entender en las causas de solicitud en confesión, facultad que años más tarde, el 16 de abril de 1561, Pío IV extendió a toda España.

El marco de aplicación de la legislación pontificia, permitía la punición del sacerdote que solicitase mujeres en confesión, se encontraban excluidas pues, la solicitud masculina y hasta aquellos casos en que se alegara una confesión ficta, es decir la ausencia del sacramento.

El tema alcanza, empero, su encuadre definitivo años después, a fin de evitar maniobras desmañadas y regular minuciosamente la buena administración de los santos sacramentos, Gregorio XV emitió, el 30 de agosto de 1622, la Bula *Universi Dominici Gregis*, dirigida *urbi et orbi* y que incluía en el delito de solicitud tanto a hombres como mujeres, siempre que el requerimiento se realizara durante el acto sacramental de la confesión, antes o después de ella, tanto en la propia ocasión, o a su pretexto.²⁵

Un siglo después, Benedicto XIV, en la Bula *Sacramentum Poenitentiae*, dictada el 1 de junio de 1741, intentaba cubrir algunos espinosos as-

²⁴ Adelina Sarrion Mora: *Sexualidad y confesión: La solicitud ante el Tribunal del Santo Oficio (Siglos XVI- XIX)*. Madrid, Alianza Universidad, 1994, pág. 59.

²⁵ Afirma Eduardo Galván Rodríguez que en su texto fueron condensadas las Fuentes normativas proporcionadas por las Constituciones de Paulo IV del 18 de febrero de 1559, las de Pío IV del 16 de abril de 1561, Clemente VIII del 3 de diciembre de 1592 y Paulo V del 16 de septiembre de 1608. Conforme Eduardo Galván Rodríguez: *La praxis inquisitorial contra confesores solicitantes (Tribunal de la Inquisición de Canarias años 1601-1700)* en Revista de la Inquisición Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, Numero 5, 1996 pág. 106.

pectos del tema, que conspiraban para impedir el adecuado conocimiento del delito por los tribunales del Santo Oficio: la subsiguiente absolución que el confesor otorgaba a la penitente solicitada en confesión, paralizaba aparentemente una investigación posterior, al calmar las angustias, el desasosiego o los remordimientos que podía experimentar luego la solicitada y que la empujaban a buscar el alivio de una nueva confesión con un sacerdote distinto.

Para impedir el uso de este subterfugio, *Sacramentium Poenitentiae*, prohibió entonces al solicitante bajo pena de excomunión, otorgar la absolución.

El erudito estudio de Juan Antonio Alejandro²⁶ se ha detenido minuciosamente en el análisis de los alcances de los términos *solicitare, provocare, allicere, tentare* contenidos en los documentos pontificios.²⁷

La interpretación que teólogos y moralistas llevaron a cabo de la normativa papal, traducida, a su vez, en la misma labor que los tribunales inquisitoriales realizaron a lo largo de los siglos insistió en la necesidad de incluir en la condena de la *sollicitatio ad turpia* las formas de la *sollicitatio inmediate ante vel post confessionem*, la *sollicitatio in occasione et praetextu confessionis*, la *sollicitatio extra confessionem in loco confessionalis et in confessione simiulata*.

Con el propósito de lograr evitar los fraudes a la aplicación de la ley se admitía la figura de la sollicitación, tanto en los momentos que precedían o preparaban la práctica de la confesión, como los que seguían a la misma, también se incluían los tratos deshonestos que los confesores podían llegar a enlazar con sus hijas e hijos espirituales fuera de los lugares destinados al sacramento de la confesión pero bajo la apariencia y el pretexto de la misma, o cuando la relación con la penitente se había trabado por su misión específica y derivaba luego en tratos lascivos y pecaminosos.

No se considera como excusatorio el tiempo transcurrido entre la confesión y el pecado de sollicitación, sino su decisiva vinculación conceptual. El tiempo penitencial se iniciaba cuando la mujer se acercaba al sacerdote, espiritualmente dispuesta, con intención de aliviar su conciencia, se preparaba, se persignaba, iniciaba sus oraciones preparatorias, y concluía con la absolución que le impartía su confesor. Tampoco era causa de excusación la circunstancia que la sollicitación se hubiera llevado a cabo después de la confesión en el mismo confesionario, en la sacristía, en otras partes del templo e incluso fuera de el.

²⁶ Juan Antonio Alejandro: *El veneno de Dios. La Inquisición en Sevilla ante el delito de sollicitación en confesión*, Madrid, Siglo XXI, 1994.

²⁷ Las Bulas *Dum Sicut nuper* del 16 de abril de 1561 de Pio IV y Paulo V *Cum sicut nuper* del 16 de septiembre de 1608

El *Examen y practica de confesores y penitentes en todas las materias de la teología moral* de Antonio de Escobar y Mendoza no dejaba dudas al respecto: “*Todos los confesores que solicitan en la confesión a sus penitentes, hombres o mujeres, a actos torpes, pecan sacrilegamente y deben ser denunciados al Santo Oficio de la Inquisición*”²⁸

Las actas inquisitoriales contienen repetidamente las expresiones de *solicitud bajo pretexto de confesión o en ocasión y lugar de la confesión*, es decir que aluden explícitamente que en las circunstancias que rodean. Originan, motivan, sustentan o completan el acto de confesión, relacionadas directamente con la misma, bajo su excusa o por haber conocido a la mujer y relacionarse con ella por su rol de confesor o se llevaba a cabo la solicitud.

Este era el recurso más eficaz para descubrir la comisión del delito. Cartas Acordadas expedidas en 1713 al Tribunal de Lima insisten sobre el particular, la primera de ellas, fechada el 17 de junio recordaba los confesores, que si tomaban conocimiento en la practica de la confesión de la comisión del delito de solicitud, instaran a las mujeres a denunciar a su confesor, preguntándoles además si se habían confesado con otros sacerdotes y que les habían aconsejado estos, tratando asimismo que procedieran a su completa identificación. Por su parte, la Carta Acordada del 25 de noviembre insistía en la obligación de denunciar la solicitud, aun para el caso de la mujer que la hubiera consentido, ordenando “*que a las mujeres solicitadas no se les pregunte ni escriba, aunque voluntariamente lo quieran decir, nada que pueda perjudicarlas, como ni tampoco a los solicitantes... si dijieran o quisieren decir alguna cosa contra ellas*”

Otros matices que merecieron la preocupación de las jerarquías de la Iglesia en el tema en estudio, fue la exigencia de un espacio propio para la verificación de la confesión, obligación que se impuso desde el Concilio de Trento.

Salvo casos de extrema necesidad, se prohibió la administración del sacramento en casas particulares, residencias de clérigos o en lugares cerrados, aún en el espacio físico de la iglesia, tales como capillas, sacristías, clausuras, escalinatas, claustros y jardines de los monasterios etc.

Cartas Acordadas del Consejo de la Inquisición vuelven puntualmente sobre el tema. La primera de ellas, emitida el 17 de septiembre de 1625, advertía a los Inquisidores:

Por haberse visto algunos inconvenientes que hay que los confesores oigan de penitencia a las personas que se confiesen con ellos en las celdas y capillas secretas de los conventos de sus órdenes, consultado, ha parecido

²⁸ Conforme Antonio de Escobar y Mendoza: *Examen y practica de confesores y penitentes en todas las materias de la teología moral*. Se ha consultado la edición impresa en Paris, 1665, Parte II, Libro III, cap IV Numero 41 pág. 275.

que en recibiendo ésta, deis señores órdenes a los superiores de los conventos de ese distrito que la den a sus súbditos para que de aquí en adelante no confiesen hombre ni mujer, hombres ni muchachos, sino en el cuerpo de la iglesia y en confesionarios públicos. ²⁹

Pese a estas admoniciones, la utilización de los confesionarios con áreas aisladas entre el confesor y los penitentes, se concretó recién, a partir del siglo XVIII.

En América fue frecuente, en el siglo XVIII, la recepción de edictos que recordaban a los Comisarios del Santo Oficio, la exigencia de finas rejillas en los confesionarios femeninos que impidieran ver y tocar a confesor y confesante.

Ordenar se prevenga a los curas, deben cumplir con lo mandado en dichos edictos, en orden a no permitir se confiesen sin rejilla menuda, de modo se oiga y puedan verse el confesor y la penitente. ³⁰

Se les encomendó una y otra vez velasen especialmente por el cumplimiento de esta medida *...estando informadas de que en algunas iglesias de ese distrito se mantiene el abuso de estar sin rejillas los confesionarios y que en ellas se confiesan mujeres...*, ³¹ requisito claro, que no era exigido para la recepción de la confesión masculina.

El edicto debía publicarse en la forma acostumbrada y fijarse su texto en el pilar del agua bendita.

Del mismo modo se ordenaba al Tribunal de Lima cuidara que los confesores prolongaran conversaciones con los penitentes, antes u después de la confesión, debiéndose proceder con igual severidad, vigilancia y cuidado en las confesiones de hombres y mujeres.

Estas son, en definitiva, los imperativos del Concilio de Trento, que pretendían impedir el coloquio amoroso entre el confesor y la penitente.

Pero Trento no logró ahuyentar las concretas formas de solicitudación de mujeres, y las denuncias ocurridas ante el Comisario del Santo Oficio de la Inquisición de Córdoba del Tucumán, que en otro trabajo hemos analizado ³² dan cumplida cuenta de la solicitudación femenina llevada a cabo en este remoto espacio de Hispanoamérica colonial.



²⁹ Archivo Historico del Arzobispado de Córdoba, Legajo XVIII, Tomo III

³⁰ Ibidem.

³¹ Ibidem.

³² Véase Marcela Aspell: "*Los Comisarios del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en Córdoba del Tucumán. La solicitudación en el Siglo XVIII*". Investigación publicada en Cuadernos de Historia. Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Córdoba, 1994. Tomo IV. Pág. 141-165.

EL LEGADO A LA CULTURA JURÍDICA DE TRES OPERADORES CULTURALES—PARRAS, MURIEL Y MACHONI— EN LA LIBRERÍA DE PREDICADORES DE CÓRDOBA (SIGLO XVIII) ¹

*Matilde Tagle de Cuenca * -Diego Robledo **
Natalí S. Libera *** -Angeles Olmedo *****

Resumen: Después de una década investigando ideas y libros en la Librería de Predicadores de Córdoba —a partir de un proyecto iniciado en 1996 en la Universidad Nacional— hemos decidido ir tras los pasos de tres referentes de la cultura jurídica como lo son Domingo Muriel, Antonio Machoni y Pedro Joseph Parras. Religiosos y educadores, estas tres personalidades que vinieron en una misión apostólica y que se establecieron en Córdoba tuvieron un lugar destacado en el ámbito universitario del siglo XVIII. ¿Podríamos decir que estos religiosos fueron operadores culturales? Entendemos por operador cultural aquella persona que revela actitudes especiales para convocar grupos para la gestión cultural, crecer, prestar servicios y hacer realidad sus proyectos. En este sentido advertimos que el período histórico que estudiaremos comprende dos momentos claves en relación a la historia de la universidad: una primera etapa jesuítica (1613-1767) en la

¹ Proyecto de Investigación —en curso— aprobado por SECYT por Res. 69/08 como categoría “A”

* Directora del Proyecto de Investigación. Profesora Titular de la Cátedra de Historia del Libro en la Escuela de Bibliotecología de la Facultad de Filosofía y Humanidades de UNC. Licenciada en Historia. Perteneció a la Academia del Plata —Sección Córdoba—. Bibliotecaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Ha desarrollado una línea de investigación iniciada en 1996 sobre la Librería de la Orden de Predicadores de Córdoba sita en el Convento de la Orden de Santo Domingo. <cuencatagle@uolsinet.com.ar>

** Integrante. Becario de Investigación —CIJS— con el proyecto titulado “*Sistema de Protección del Derecho a la Libertad Religiosa en MERCOSUR*”, dirigido por la Dra. Zlata Drnas de Clément (en curso). Alumno de 5º Año y Ayudante Alumna de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de UNC. Investigador del Programa “La Fraternalidad en las Ciencias Jurídicas, Políticas y Humanas”. Becario de la República de Corea (2008). Integra el Seminario de Estudios Interreligiosos de COMIPAZ y UCC. Asociado activo de la Organización Argentina de Jóvenes para las Naciones Unidas (OAJNU) <drobledo@oajnu.org >.

*** Integrante del equipo de investigación. Alumna de Quinto año y Ayudante Alumna de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y de la Escuela de Letras Modernas de la Facultad de Filosofía y Humanidades, ambas de UNC. <ns.libera@hotmail.com>

**** Integrante del equipo de investigación. Bibliotecaria. Adscripta en la Cátedra de Historia del Libro en la Escuela de Bibliotecología de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la UNC. Desde 2007 integra el equipo de investigación sobre la Librería de Predicadores de Córdoba.

que se ubican Muriel y Machoni y una segunda etapa correspondiente a la regencia franciscana en la que encontramos a Parras.

Nos planteamos como objetivo analizar la cultura jurídica cordobesa dieciochesca en las obras de estos tres operadores culturales y su proyección a nuestros días. Vale aclarar que la literatura preceptiva contenida en el género teológico amplía el horizonte jurídico al vincularlo con la teología. Consideramos al Derecho como un fenómeno cultural, a partir del cual se pueden distinguir, un sujeto creador de la cultura, un objeto cultural –portador, testigo y legado— y un sujeto receptor de la cultura o legado.

La interdisciplinariedad propuesta en la investigación exige una metodología apta para comprender, explicar e interpretar el legado a la cultura jurídica de Machoni, Muriel y Parras. Por ello, analizamos la producción escrita de los tres religiosos a saber, “Palatij eloquentiae vestibulum sive tractatus duo de método variandae orationis” –Machoni—, “Fasti novi orbis et ordinationun apostolicarum ad Indias” –Muriel— y Gobierno de los Regulares de la América ajustado religiosamente a la voluntad del Rey –Parras—. Palabras clave: Derecho y Teología— Librería de Predicadores de Córdoba (siglo XVIII)— Cultura jurídica - Operadores culturales— Domingo Muriel S.J., Antonio Machoni S.J. y Fr. Pedro José Parras—

Sumario: Introducción - La Córdoba dieciochesca - La cultura jurídica a través de los libros y bibliotecas - Operadores culturales - Domingo Muriel - Antonio Machoni - Pedro José Parras - Reflexiones finales

Introducción

Este trabajo refleja los avances de un esfuerzo mancomunado de investigación que sigue una línea de trabajo iniciada en el año 1996 acerca de la Librería de Predicadores. En esta ocasión nos hemos dedicado al estudio de tres educadores a través de las obras existentes en aquel Fondo antiguo.

A propósito del “Decenio a la Educación para el Desarrollo Sostenible” aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas para un período de diez años, que comenzó en 2005², dedicamos esta investigación a estos educadores de Córdoba virreinal, como homenaje a la “Declaración Mundial de Educación Superior para el Siglo XXI: Visión y Acción” de UNESCO que cumple sus diez años.

La propuesta es reconocer la vigencia del pensamiento y el legado de tres operadores culturales del siglo XVIII —Domingo Muriel, Pedro Joseph Parras y Antonio Machoni—, presentes en la Librería de Predicadores de Córdoba obra y escritos que son relevantes desde la perspectiva del Derecho, la Historia, y las Letras que se proyectan a nuestros días.

Para llevar a cabo esta labor recurrimos a fuentes primarias –sus obras— y fuentes secundarias –sus comentaristas—. Por lo demás, trabajamos con los métodos analítico, deductivo, inductivo, integral, comparati-

² A/RES/57/254

vo, histórico –heurístico— y el histórico comparativo. No esta demás aclarar que trabajamos interdisciplinariamente³.

Esta exposición está compuesta de tres partes. En primer lugar, describiremos brevemente Córdoba en el Siglo XVIII a modo de marco histórico, demarcando tiempo y espacio de esta investigación. En segundo lugar nos ocupamos de la cultura jurídica, los libros y las bibliotecas, mostrando sus relaciones. En tercer lugar presentamos el concepto de operador cultural y en particular de los jesuitas Domingo Muriel, Antonio Machoni y el franciscano Pedro José Parras. Finalizamos con unas reflexiones.

La Córdoba dieciochesca

La Córdoba que sirve de marco para esta investigación, está ubicada en la periferia del vasto Imperio Hispano. Alejada del poder central metropolitano empero dependiente de la administración española y por tanto receptor de influencias políticas, económicas y culturales, se presentaba pobre aunque embellecida por las fábricas de sus Iglesias.

Formó parte del Virreinato del Perú; desde 1776 del Virreinato del Río de la Plata y desde 1783 fue Gobernación-Intendencia de Córdoba del Tucumán. Una ciudad indiana, de tránsito, que pronto se convertirá en cabecera de arzobispado y sitio donde las distintas órdenes religiosas fundarían sus residencias y conventos, colegios y la universidad, con importantes bibliotecas. En un primer período, el jesuítico —desde 1613 hasta que son expulsados de todos los dominios americanos por Real Cédula del 27 de febrero de 1767—, se ubican Domingo Muriel y Antonio Machoni. En un segundo momento, que corresponde a la universidad bajo la dirección de los franciscanos, se desenvuelve Pedro Joseph Parras.

Conviven en Córdoba tres educadores religiosos, intelectuales ilustres que dejaron plasmados en obras —editadas en el exterior— su cosmovisión acerca del Derecho y la Cultura de aquél entonces, a saber:

- ❖ El Padre **Domingo Muriel**⁴, profesor de la Universidad de Córdoba del Tucumán, Visitador, Rector del Monserrat y último Provincial de la Orden de los Jesuitas en la Provincia del Paraguay;

³ La *interdisciplinariedad*, a su vez, está presente también en la conformación del grupo de investigación, ya que están representados: Derecho, Historia, Letras, Bibliotecología, y Cultura. Además vale notar que en el grupo hay un encuentro *intergeneracional*, que reúne, profesores, bibliotecarios, y estudiantes.

⁴ También se lo conoce bajo el pseudónimo “Cyriaco Morelli”; una helenización de Domingo (Kirios-dominicus-Domingo) y Morelli una italianización de Muriel.

- ❖ **Antonio Machoni**, perteneciente también a la orden de los jesuitas, profesor del Colegio Monserrat y Rector de la Universidad;
- ❖ **Pedro Joseph Parras**⁵, padre de la Provincia del Paraguay, de la Orden de San Francisco, Rector y Cancelario de la Universidad de Córdoba del Tucumán.

Esta investigación pretende contribuir junto a otros trabajos que abordan distintos aspectos de la cuestión a rearmar ese entramado de ideas que conforman la cultura jurídica de la sociedad virreinal.

La cultura jurídica a través de los libros y bibliotecas

Cultura, en palabras de Fernando Martínez Paz, es *“la expresión de una particularidad histórica, una manera de mirar y construir el mundo y una matriz de vida dotada de sentido”*⁶. María Inés Bergoglio, por su parte, la caracteriza como adquirida, distintivamente humana y acumulativa⁷.

Advertimos que mientras cultura es el género, el adjetivo jurídico evidencia que es una de sus especies. Luis Moisset de Espanés precisa *“el Derecho es un producto cultural en el que se reflejan las tendencias que señalan las líneas de evolución de un grupo social”*⁸. En verdad, Derecho y Cultura están íntimamente relacionados.

Pensamos que hay que entender la cultura integralmente y por eso, vemos a la cultura en tres planos: pasado, presente y futuro. En su **pasado**, la historia nos permite sostenernos en nuestras raíces, tradiciones, saberes populares, hallazgos arqueológicos, libros, en fin, una herencia o un legado que posibilita comprender nuestro presente. En su **presente**, la cultura viva se manifiesta sobre toda la realidad de todos los hombres y en todo el hombre, brindando sentido y orden a su realidad. En su **futuro**,

⁵ En su obra *Gobierno de los Regulares de la América ajustado religiosamente a la voluntad del Rey* firma como P. Fr. Pedro Joseph Parras y en un artículo de Efraín H. Bischoff lo advertimos como Pedro José Parres Cfr. “Las letras de molde y la Universidad” en *Máximas Honores II, Recopilación de Conferencias de Doctor Honoris Causa 2003 de la Universidad Nacional de Córdoba —UNC—*, 2004, Secretaría de Extensión Universitaria UNC, p. 7.

⁶ MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO y CARRERA, DANIEL P. *El Mundo Jurídico Multidimensional* Ed. Advocatus, Córdoba, 1996, p. 16.

⁷ Cfr. BERGOGLIO, MARÍA INÉS *La matriz del orden social. La cultura en la sociedad*, Colección Ciencia, Derecho y Sociedad, Serie Textos de Estudio, Publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC), Córdoba, 2003, p. 19.

⁸ MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, “Cambio social y legislativo” artículo publicado en: *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, N° 320, mayo 2002, p. 59-83; la primera versión de este tema se publicó en *Anuario de Derecho Civil*, 1980 - I, p. 105, sobre la base de una conferencia dictada el 29 de mayo de 1979; también se encuentra publicado en Internet en <http://www.acader.unc.edu.ar/artcambiosocialycambiolegislativo.pdf>, pág. 8

se presenta como una tarea —incluso intergeneracional—, un desafío, una permanente construcción, como decía Jorge Luis Borges, “*no es lo que va a pasar, sino como lo que vamos a hacer*”⁹.

“[...P]iedras, documentos, objetos [...] y fundamentalmente libros... fieles testigos del pasado, permiten recrear la génesis de nuestra propia cultura”¹⁰ escribe Matilde Tagle, imaginando un pasado distante, pero sólido cimiento sobre el cual se realiza el presente y se construye el futuro.

El libro puede ser considerado “*un embajador de la cultura*”¹¹ que nos permite conocer la realidad de tierras lejanas e incluso de tiempos pasados. Esto revela su carácter de puente o buen mediador entre el tiempo y espacio como enseña Rosa Ávila Paz “*el desafío del siglo XXI consiste en construir puentes en vez de muros*”.

Poco se conocen las bibliotecas antiguas y la influencia que éstas ejercieron en la historia cultural de Córdoba. “*Fue el siglo XVIII explica Llamosas el de mayor auge de la Universidad de Córdoba, cuando los testimonios llegan a comparar el Colegio Máximo con las casas europeas. Y de la mano de los estudios allí impartidos, la época de oro de su biblioteca, que crecía acompañando el esplendor de las lecciones*”¹².

En este contexto enmarcamos al estudio de las siguientes obras —que pertenecen a la cultura escrita de Córdoba en el siglo XVIII—, a saber:

- MACHONI, ANTONIO SJ (1671-1753) *Palatij eloquentiae vestibulum sive tractatus duo de método variandae orationis AC de prolusiorum praeceptionibus; studiofis a primo limini suavelo*

⁹ Cfr. ROBLEDO, DIEGO, “La Protección de la Cultura en las Relaciones Internacionales. Dedicado a la memoria de S.S. Juan Pablo II” obra distinguida con el primer premio del *Concurso de Monografías La Cultura en las Relaciones Internacionales* convocado por el Instituto de Federalismo y el Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho a la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y las filiales de Córdoba del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales —C.A.R.I.—, del Instituto Argentino Chileno de Cultura, y de la Academia del Plata. Actualmente se encuentra publicado en Internet en la página Web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en el sitio: <http://www.acader.unc.edu.ar/artproteccionculturarelacionesinternacionales.pdf> consultado con fecha 14-11-2008.

¹⁰ TAGLE CUENCA, MATILDE, *Cuatro Siglos de Edición - La Biblioteca Antigua de Pedro J. Frías*, Ediciones El Copista, Córdoba (RA), Abril de 2004, pág. 8.

¹¹ ROBLEDO, DIEGO, “*Retrato de la Cultura Coreana: El trabajo, los días y las fervorosas ansias de casarse de un joven en otoño*” trabajo premiado en el Primer Concurso de Críticos de Libros de Cuentos Coreanos realizado en la Argentina organizado por la Embajada de la República de Corea junto al Instituto de Traducción de Literatura Coreana, según certificado de fecha 22 de junio de 2007 y firmado por Director del Instituto de Traducción de Literatura Coreana Sr. Yoon Ji-kwan, inédito.

¹² LLAMOSAS, ESTEBAN F., *La Literatura Jurídica de Córdoba del Tucumán en el siglo XVIII. Bibliotecas corporativas y privadas. Libros ausentes. Libros Prohibidos*. Tesis Doctoral aprobada en 2003 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (RA), Lerner Editora S.R.L., 2008, pp. 21-22.

quantiam falutantibus valde utiles Madrid, Ex Thytopographia viduae Petri Enguera, 1739

- —*El nuevo superior religioso instruido en la práctica y arte de gobernar por varios dictámenes de la religiosa prudencia*. Puerto de Santa María, Roque Gómez Guiraum, 1750.
- MURIEL, DOMINGO “MORELLI, CYRIACO” (1718-1795) *Fasti novi orbis et ordinationun apostolicarum ad Indias*. Venecia, apud Zatta, 1776.
- PARRAS, PEDRO JOSEPH, RPF (-1787) *Gobierno de los Regulares de la América ajustado religiosamente a la voluntad del Rey*. Madrid, Joaquín Ibarra, Impresor de Cámara de su Majestad, 1783. (2 Tomos)

Estas obras se hallan en el fondo bibliográfico antiguo de Santo Domingo, un fondo excepcional que nos traslada a los días quietos de Córdoba del Tucumán.

La pasión por la lectura y el libro están presentes en los ex libris, a través de firmas, lemas y sentencias de los lectores y propietarios. Los libros documentan el paso del tiempo, revelan ideas, creencias. El estudio del libro permite conocer las ideas jurídicas, políticas, religiosas, hechos históricos, formas de vida. Las distintas lecturas —de estudio, de ocio, de oración, etc.—, lo que se enseñaba, se debatía, las influencias importadas de Europa y las ideas locales testimonian, en definitiva la cultura cordobesa dieciochesca que dio sentido a una realidad y ha quedado plasmada en los libros.

Este análisis merece que le sumemos el factor humano, los *lectores* que han dejado sus ex libris —firmas y anotaciones manuscritas— y los autores, así se completa la ecuación entre autor que crea cultura plasma su pensamiento en un objeto —libro— que es leído por otro sujeto llamado lector. Una biblioteca alberga todo este tesoro.

Operador cultural

Rosa Angélica Ávila Paz enseña que “[e]l hombre por su naturaleza es persona, es un ser social, crea y construye cultura”¹³. En este sentido Armando S. Andruet agrega “[n]o existe vida personal que no sea en el contexto de lo humano, y el humano, porque hace de su realización con el otro una hermandad impostergable; no puede relacionarse sin hacer de ello un fenómeno cultural”¹⁴.

¹³ AVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA ANGÉLICA (Directora) *Manual de Teoría General del Proceso*, Tomo I, Ed. Advocatus, Córdoba, 2005, p. 10.

¹⁴ ANDRUET, ARMANDO S., “Presentación” en *Preservación del Patrimonio Cultural*, Colección de Derechos Humanos y Justicia, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Oficina de

Hace veintiocho años S.S. Juan Pablo II advirtió que “[l]a cultura es aquello a través de lo cual el hombre, en cuanto hombre, se hace más hombre”¹⁵, es decir, se humaniza. “[e]l hombre, y sólo el hombre, es “autor”; o “artífice” de la cultura; el hombre, y sólo el hombre, se expresa en ella y en ella encuentra su propio equilibrio”¹⁶.

“La cultura nace del hombre y se dirige siempre al hombre”¹⁷ indica Raúl Crespo Montes. Este autor distingue por un lado, al creador de cultura quien “tiene derecho de expresarse, de hacer conocer sus ideas, creaciones, sus adelantos científicos o técnicos de tipo utilitario”; y por el otro lado, “el otro hombre al cual van esencialmente dirigidas estas realidades, estas creaciones del intelecto” quien “debe tener la libertad de aceptarlas o no, de aplicarlas o no, de querer asimilarlas o rechazarlas”.

Además del sujeto creador y del receptor hay dos sujetos más, el tutelador, garante y estimulador del quehacer cultural, el Estado¹⁸; y por otro, el “operador cultural”. Entendemos por este último concepto aquella persona que revela aptitudes especiales para convocar grupos para la gestión cultural, crecer, prestar servicios y hacer realidad sus proyectos. Es en definitiva, la mediación entre el creador, el garante y el receptor, aquél que sirve de puente entre ellos.

Pedro José Frías pensaba que la cultura es, en definitiva, “el hombre manifestándose”¹⁹. En este orden de ideas, sostenemos que la cultura tiene en su centro al ser humano, quien desde su dignidad y alteridad, es decir, en sociedad, se presenta como un ser creador y receptor, el escritor y el lector, el artista y el espectador, el remitente y el destinatario²⁰.

Derechos Humanos y Justicia, Ed. Advocatus, Diciembre de 2005, pág. XVII.

¹⁵ JUAN PABLO II, *Discurso del Santo Padre ante UNESCO en su Visita Pastoral a París y Lisieux*, París, 02-06-1980, consultada el 05-11-2008 en http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/speeches/1980/june/documents/hf_jp-ii_spe_19800602_unesco_sp.html, punto 6-7.

¹⁶ JUAN PABLO II, *Discurso del Santo Padre ante UNESCO 1980*, ob. cit., punto 7.

¹⁷ CRESPO MONTÉS, RAÚL M. *La Cultura*, Academia de Ciencias y Artes de San Isidro, Academia de Ciencias y Artes de San Isidro, Ed SERGRAF S.A., 5 de Marzo de 2002, p. 11.

¹⁸ Raúl M. Crespo Montes explica que el Estado también tiene responsabilidad en lo cultural, “no como creador propiamente dicho, (...) pero sí en cuanto a estimulador, protector y garante del quehacer cultural [...] debe asumir una actitud de responsabilidad, tendiente a crear las condiciones que aseguren la creación cultural y el goce de las mismas por todo el pueblo.” Cfr. *Ibidem*, p. 11.

¹⁹ FRÍAS, PEDRO JOSÉ, “Reflexiones para los tiempos que vienen” en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Universidad Nacional de Córdoba*, Vol. 6 N° 1, Córdoba, Año 1998, p. 209.

²⁰ Cfr. ROBLEDO, DIEGO, “La Protección de la Cultura en las Relaciones Internacionales. Dedicado a la memoria de S.S. Juan Pablo II” ob. cit.

Domingo Muriel

Sacerdote jesuita que descolló en el siglo XVIII en sus estudios ius-filosóficos en la Universidad de Córdoba, en donde se desempeñó como profesor y también como Visitador. Posteriormente cumplió funciones como Rector del Colegio de Monserrat. Fue Provincial de la Orden en la Provincia del Paraguay.

Domingo Muriel nació el 12 de marzo de 1718 en la Villa de Tamames del Reino de León (España), siendo sus padres Antonio y María Sánchez García. En 1734 decide ingresar a la Compañía de Jesús, vocación a la que fue fiel a lo largo de toda su vida. Estudió filosofía y teología, por su vocación pidió el pase a las Indias para "*poder servir más a Dios...*" En 1749 llegó en el navío Villanueva a Buenos Aires junto al P. Miranda y cuatro novicios procedentes de Portugal.

El P. Muriel tenía 30 años cuando se estableció en Córdoba. Comenzó a dictar Lógica y Filosofía. Enseñó Ética y Filosofía Moral, usando un Compendio que él mismo redactó. La "Nueva Filosofía" penetró en la Universidad hasta tal punto que en 1756 los revisores romanos de la Compañía desaprobaron dieciséis conclusiones filosóficas enseñadas en el Colegio Máximo. En 1751, el P. Muriel fue designado Ministro del este Colegio (equivalente a Vicerrector) durante dos años. Luego volvió a la cátedra y a la enseñanza de la Teología Moral. Además de Filosofía antigua y moderna, era muy versado en teología moral, escolástica y dogmática, en Sagradas Escrituras, en obras de los Santos Padres, conocía la disciplina eclesiástica profana y natural, los concilios y Derecho Canónico Civil y Municipal de España y de Indias. Sus obras "*Fasti novi Orbis...*" y "*Rudimentos de derecho natural y de gentes*", revelan su talento. Guillermo Furlong se refiere a Muriel como un "*insigne varón, tal vez, el más grande hombre de ciencia que hubo en el Río de la Plata, con anterioridad a 1810*"²¹.

Confirma el doctor Roberto I. Peña sus valores cuando afirma

*"[s]us libros permiten afirmar la calidad de su enseñanza y la exactitud del aserto [...] y agrega] Lector de Prima de Teología y de Filosofía, canonista de vastísimo saber [...] Sus contemporáneos y los que han estudiado después su pensamiento ponen de manifiesto la riqueza y variedad de las cuestiones que trató en sus cátedras y el conocimiento acabado que tenía de los grandes escritores, políticos, filósofos y científicos de la Europa moderna"*²².

²¹ FURLONG, GUILLERMO S.J., *Nacimiento y Desarrollo de la Filosofía en el Río de la Plata 1536-1810*, Publicaciones de la Fundación Vitoria y Suárez, Ed. KRAFT, Buenos Aires, 1952, p.178

²² PEÑA, Roberto I. "La Universidad Jesuítica de Córdoba del Tucumán (1613-1767). El P. Domingo Muriel s.j. (1718-1795)" en *Cuadernos de Historia* del Instituto de Historia y de las

Luego de cuatro años en la cátedra de filosofía, fue designado Rector del Monserrat donde estuvo menos de un año, porque fue elegido Secretario del Provincial de Paraguay. Desde este puesto, Muriel visitó todos los Colegios y Residencias desde Córdoba a Tarija, las misiones de los mocovíes, abipones, lules, mataguayos, vilelas, tobas y chiriguano. En esta tarea pasó casi un año. Regresó a Buenos Aires como Secretario del Visitador P. Contucci enviado por los graves problemas surgidos por la rebelión de los guaraníes a raíz del tratado de límites de 1750 y las calumnias contra la Compañía. En 1759 gracias a sus esfuerzos junto al Virrey Cevallos se puso fin a esta tragedia. En 1762 se le designó Maestro de Novicios y en 1764 la Congregación Provincial lo envió a Europa a reclutar nuevos misioneros para América, llevando consigo los originales del *"Fasti novi Orbis"* y cuatro obras más como único equipaje según relata, su biógrafo y discípulo, el P. Miranda²³

El P. Muriel (1718-1795) fue un teólogo que conocía la naturaleza, la lógica metafísica. Era una época en que teología y derecho formaban parte de un mismo orden preceptivo—; Guillermo Furlong menciona su labor en cuanto profesor de filosofía —principal motor de la "nueva filosofía"—, destacando su sapienza así como su humildad. En el mismo sentido, Ana Castro de Cabanillas rescata su obra como filósofo del derecho.

Ideas Políticas de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, N°6, Ed. El Copista, Córdoba, 1996, p.19.

²³ . El 27-02-1767, el rey Carlos III convencido que los jesuitas representaban un peligro, decretó el extrañamiento de los religiosos; sacerdotes, coadjutores, legos, profesos y novicios si querían seguirlos. El P. Muriel estaba en el Puerto de Santa María esperando barco para pasar a América con los nuevos misioneros, el 3 de abril se le notificó la orden de expulsión quedando detenido tres meses con sus compañeros. En este tiempo tradujo el *"Contemptus mundi"* de Kempis al castellano. Fue trasladado con 400 jesuitas a Cartagena y luego de cuatro meses abandonados en la isla de Córcega. El gobierno francés los reembarcó para Génova, cruzó la Toscana y entró en los Estados Pontificios llegando a Faenza con el p. José Robles el 17 de octubre de 1768. En Faenza, el P. Muriel encontró a ochenta jesuitas nativos de estas tierras a los que él llamaba *"queridos paraguayos"*. Primero ocuparon el palacio de Imola, donado por el conde Cantoni y se dedicaron al estudio, siendo designado rector del Colegio el P. Muriel. A los tres años fue designado Provincial, el último Provincial de la Provincia Jesuítica del Paraguay. En ese momento ya empezó a preveer la extinción de la Compañía, la que se produjo en 1773 por medio del breve *"Dominus ac Redemptor"* del Papa Clemente XIV, no obstante transmitió a sus escolares que él ya empezaba a esperar la restauración de la Compañía de Jesús. Veintidós años de vida le quedaron al P. Muriel que se desarrollaron en Faenza en una tremenda pobreza. Totalmente apartado del mundo, teniendo sólo que atenderse a sí mismo y a Dios, se sepultó en su aposento del cual sólo salía para celebrar misa en la Iglesia del Sufragio, cualquiera fuera el clima reinante, pasando el resto del día escribiendo, orando y estudiando, sin salir ni para comer. Finalmente, el 23-01-1794 murió por las inclemencias del tiempo en Faenza, este hombre sólido, sabio y santo, a los 77 años, dedicado al estudio, la oración y la penitencia.

Cfr. CASTRO DE CABANILLAS, ROSA ANA, *Domingo Muriel. Un filósofo del Derecho en la Córdoba del siglo XVIII*, Córdoba, 1983.

Roberto Ignacio Peña por su parte lo distingue como internacionalista²⁴, y canonista, puesto que ordenó las fuentes más importantes del Derecho Canónico Indiano. Señala además que estudioso de las bases ontológicas del Derecho Penal, de la relación entre Iglesia y Estado, entre otros temas.

Antonio Machoni

El jesuita Antonio Machoni (1671-1753) nació en Cagliari, Cerdeña. Después de su ordenación se trasladó al Paraguay hacia 1698. Misionero por vocación, al poco tiempo formó parte de la expedición al Chaco que organizó Don Esteban de Urizar, gobernador del Paraguay.

Por su gran deseo de evangelizar, trabajó entre los lules y años más tarde fundó la reducción de San Esteban de Miraflores. Este hombre de fe y de sólida cultura, con conocimientos de etnografía, cartografía era también un eximio gramático y retórico.

Trasladamos las palabras de una carta del P. Ladislao Orosz a su persona pues el misionero Machoni fue designado en 1704 docente de la cátedra de Filosofía y paralelamente Rector, cargo que ocupó hasta 1728.

Esta carta escrita en Córdoba del Tucumán el 28/7/1738 expresa:

*“Jamás me he arrepentido de haber venido a las Indias, a pesar de que se me hizo pesado al principio que se me atara a la cátedra, cuando a todos mis compañeros de viaje se les dio la deseada libertad para predicar el Evangelio a los infieles”*²⁵.

Quizás el Padre Machoni podría haber escrito también:

*“Apenas llegado a estas tierras, tuve la esperanza de poder cultivar alguna vez estos campos /misionales/, pero pronto, se desvaneció esta esperanza porque mis Superiores me han ocupado en las escuelas en Córdoba, donde cuido el quinto año del colegio de nobles pensionistas”*²⁶.

²⁴ En *“Rudimenta iuris naturae et Gentium”* —esta obra está en la Librería de Predicadores pero no en el Catálogo, hallamos su edición en español en la Biblioteca Mayor con una edición de 1911 de La Plata, con notas manuscritas de un lector anónimo— vemos que Muriel aborda temas sobre el Derecho de Mar que era lo que en aquél entonces se debatía. “Los principios de Derecho Internacional están también estudiados” señala Peña. Cfr. PEÑA, Roberto I. “La Universidad Jesuítica de Córdoba del Tucumán (1613-1767). El P. Domingo Muriel (1718-1795)” ob cit. p.26. Así mismo al estudiar la relación entre Iglesia y Estado señala cuestiones *ius bellum* o derecho a la guerra —elaborando una teoría de guerra justa—. Peña sintetiza diciendo “[s]ostiene la tesis que a los principes temporales corresponde el poder de hacer la guerra para proteger a los predicadores, pero no la tienen por sí mismos: emana del derecho espiritual”. No es ajeno tampoco el estudio de los tratados internacionales. Cfr. Ibidem p.27 y ss.

²⁵ FURLONG, GUILLERMO, “Ladislao Orosz, ex profesor y ex rector de la Universidad de Córdoba” ob. cit., p. 332.

²⁶ FURLONG, GUILLERMO, “Ladislao Orosz, ex profesor y ex rector de la Universidad de Córdoba” en *Estudios de la Academia Literaria del Plata*, n^o 5 Buenos Aires, noviembre de 1936, p. 329.

Sólidas vocaciones que poseían el sentido de la obediencia. Tanto Orosz como Machoni afirmarían

*“... si mis superiores me quisiesen mandar otra cosa, con la misma tranquilidad de ánimo estaría en la clase con los tucumanos o en la misión entre los patagones”*²⁷

Enviado a España y a Roma como Procurador de la provincia jesuítica regresó de Europa entre los años 1731 y 1733 con treinta misioneros y 700 volúmenes para la Biblioteca del Colegio Máximo²⁸, adquiridos por la generosidad de varias personas.

En 1739 fue designado provincial de la provincia jesuítica del Paraguay permaneciendo en el cargo hasta 1743, al lado del padre Ladislao Orosz quien renunció como rector en el Colegio Convictorio de Monserrat, para ser su secretario. Murió diez años más tarde en Córdoba del Tucumán.

La Librería de Predicadores guarda entre sus anaqueles un texto de Machoni dedicado a los adolescentes estudiosos del arte de la retórica de la Academia de Córdoba.

*Palatij eloquentiae vestibulum sive tractus duo de método variandae orationis AC de prolusiorum praeceptionibus; studiofis a primo limini suavelo quantiam falutantibus valde utiles*²⁹ Madrid, Ex Thyphographia viduae Petri Enguera, 1739 texto que conserva aún el ex libris “Es del Colegio Monserrat”.

Furlong advierte que tanto este libro como el *Buen gobierno de las comunidades religiosas* revelan que Machoni era un retórico y un asceta, pero ninguno de sus escritos nos orientan sobre la índole de sus enseñanzas en la Cátedra de Filosofía³⁰. Pocos datos quedan acerca de este autor, sólo algunas de sus obras.

²⁷ FURLONG, GUILLERMO, “Ladislao Orosz, ex profesor y ex rector de la Universidad de Córdoba” ob. cit., p. 332.

²⁸ FURLONG, GUILLERMO, *Bibliotecas argentinas durante la dominación hispanica* p. 48 en Silvano B Moya *Reformismo e ilustración. Los Borbones en la Universidad de Córdoba*. Córdoba, 2000 p. 135

²⁹ La traducción del título: Entrada al palacio de la retórica o sea dos tratados sobre el método para variar los discursos y sobre la enseñanza de los prólogos, desde el comienzo para los aficionados a la elocuencia en el decir, muy útiles.

Tiene 230 páginas y 16 cm.

Encontramos Ex libris: “Diego de Leon de Villafañe” con rúbrica. “Gusman” con rúbrica. “no soy el mencionado arriba que es Benito Luis camino a que le compró al tal en tres reales. Córdoba”. “Es de la Librería de Predicadores de Córdoba”. Hay dos firmas femeninas: Antonia Ledesma — Lorenza Castro.

³⁰ FURLONG, Guillermo S.J. *Nacimiento y Desarrollo de la Filosofía en el Río de la Plata 1536-1810*, Publicación de la Fundación Vitoria y Suárez. Ed. Guillermo KRAFT Limitada, Buenos Aires, 1952, pp. 146-147.

En la dedicatoria el maestro expone los objetivos y fines del manual.

“Velando por vuestro provecho y por la falta de libros que en esta región muy lejana experimentais, principalmente sobre la enseñanza de los prólogos y sobre el método para la modificación de los discursos conocidos, asumí el grato esfuerzo de escribir este pequeño libro que estimé necesario por el bien vuestro.

He llegado hasta lo más sagrado, si alguno de vosotros quisiera penetrar en ello; este librito muestra el umbral del palacio de la retórica y enseñanza (...).

Tenedlo entre vuestras manos, para recibir, no con poca ventaja, de este libro mio publicado, mi deseo de ayudaros. Adiós a vosotros”

En relación al contenido divide los distintos temas en varias partes que denomina *Instrucciones* que abarcan: la sintaxis de la oración, la sinonimia, la voz verbal (activa-pasiva), la clasificación de sustantivos y adjetivos, la enálage (consiste en cambiar partes de la oración o algunos de los accidentes de las palabras) y la clasificación de oraciones según la intención del hablante. Todos los temas gramaticales están claramente definidos y con abundantes ejemplos. Luego aparecen los recursos propios de la lengua literaria, esto es perífrasis, metonimia, metáfora e hipérbolo.

La primera parte finaliza con una clasificación semántica de sustantivos y adjetivos, en la que se opone lo positivo y negativo. A modo de ejemplo señala Luz-victoria /guerra - derrota o los adjetivos: honesto - bueno / infiel inepto

Para el autor, los prólogos, prefacios y la introducción en su texto deben caracterizarse por la agudeza del emisor, la fuerza de la sentencia, la apelación a los afectos, la invocación al destinatario y la solemnidad del estilo.

El “librito” como lo denomina Machoni, constituye un verdadero manual de retórica que analiza todos los recursos de la lengua, de los que puede valerse el emisor para la producción de sus discursos. Además, incluye gran cantidad de ejemplos que clarifican perfectamente los conceptos.

El texto significa una herramienta valiosa para el “buen decir”, oral o escrito, cuyo objetivo es, ni más ni menos, una comunicación eficaz. Sin duda, representa un innegable aporte para el discurso jurídico porque enseña a informar, apelar y persuadir, de un modo muy agradable.³¹

³¹ En nuestros días, observamos que siguen vigentes estas ideas en:

- la obra de Mooney sobre Oratoria, con el propósito de que los abogados hablen y escriban bien

- en los consejos de Pablo Lazzatti “Sencillez en la pluma, grandeza en el espíritu” en *Revisita del Colegio de Abogados de la Plata*, Año XLIV, N°65, La Plata, 2005, p.9 y ss.

Finalmente, destacamos otros de sus escritos, sumamente raros en la actualidad:

- *Arte y vocabulario de la lengua lule y tonocoté compuestos con facultad de sus superiores por el Padre Antonio Machón de Cerdeña*. Madrid, herederos de Juan García Infançon, 1732.
- *Las siete estrellas de la mano de Jesús por el Padre Antonio Machoni de la Compañía de Jesús, natural de Cerdeña, Rector del Colegio Máximo de Córdoba del Tucumán y Procurador General a Roma por su Provincia del Paraguay...* Córdoba, en el colegio de la Assumpcion por Joseph Santos Balbás, 1731.
- *El nuevo superior instruído en la practica y arte de gobernar por varios dictámenes de la religiosa prudencia, sacados de la Sagrada Escritura, Santos Padres...* Puerto de Santa María, D. Roque Gomez Guiraum, 1750.

Pedro José Parras

Hablar del franciscano Pedro José Parras es hablar de una de esas historias que una vez oídas no se olvidan jamás. El largo peregrinar de su vida y obra es consecuencia de su elección por el derrotero del sacrificio y la obediencia. Fr. Pedro José Parras fue un hombre que hizo sus palabras y habló sus hechos.

De esta manera, para comprender la trayectoria de Parras y el contenido de su obra es necesario adentrarnos en el contexto sociopolítico y en el ambiente intelectual de mediados de siglo XVIII para el pensamiento de una de las genialidades de la cultura dieciochesca.

En 1767 la expulsión de la Compañía de Jesús era un hecho consumado y su disolución poco tiempo después habría de dejar una estela de rencores y sufrimientos.

Los jesuitas eran críticos de una corriente de pensamiento que tuvo su origen en el siglo XVIII llamado *Jansenismo*³². Las ideas sobre el ascetismo y la nueva relación entre la autonomía del ser humano y la gracia divina fueron arduamente combatidas por los jesuitas de la Universidad de Lovaina que consideraban herejes a los jansenistas.

De esta controversia nos interesa destacar que a partir del siglo XVIII la voz jansenismo amplió su campo semántico, aplicándose a situaciones que no tenían que ver con lo puramente teológico. Así, y en conso-

- en un Seminario sobre Oratoria dictado en el marco de la Especialización en Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de UNC dictada en el año 2008.

³² Cfr. Voz "*Jansenismo*" en SACRAMENTUM MUNDI, Enciclopedia teológica, Barcelona, Ed. Herder, t.IV, 1973, p.3.

nancia con la consolidación de la dinastía borbónica, lo que comenzó siendo una disputa religiosa, pronto se convertiría en una disputa política³³.

Emergió un nuevo jansenismo con otras características: el rigorismo en materia moral; el episcopalismo favorable a una reforma eclesiástica³⁴ y el mantenimiento de las regalías de la Corona. Como consecuencia se produjo una sustitución de la Iglesia en términos de centro de irradiación de poder por la preeminencia de la figura del Rey como actor político indiscutible. No debe extrañarnos entonces que la época estuviera marcada por un fuerte antijesuitismo ya que la defensa tenaz del poder institucional de la Iglesia en todas las esferas de la vida social, le valieron a la Compañía el rechazo de ciertos sectores que adscribían al poder oficial.

Por otro lado el *Regalismo*³⁵ que surgió con el ascenso de la casa de los Borbones a la Corona de España, se constituyó en la ideología dominante en los ámbitos de la vida social y cultural del momento.

Sobre el particular escribe Llamosas:

*Para estudiar el regalismo presente en la Universidad cordobesa en los siglos XVIII y XIX, es indispensable vincularlo a los debates teológicos que lo alimentaron, y analizar con detenimiento el rigorismo opuesto al probabilismo jesuita, las posiciones jansenistas importadas de España, el papel del humanismo jurídico en la cátedra de Instituta y la reelaboración que harán de estas ideas los hombres del proceso revolucionario*³⁶.

Pedro José Parras fue un hombre hondamente preocupado por la realidad del nuevo continente, recorrió gran parte del territorio americano y descubrió que las particularidades regionales, tan disímiles unas de otras, obligaban al operador jurídico a poner cuidados especiales en su aplicación ya que ésta debía tener en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar³⁷.

³³ Cfr. LLAMOSAS, ESTEBAN F., "Jansenismo, regalismo y otras corrientes en la Universidad Nacional de Córdoba" en *Cuadernos de Historia*, N° 16, Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas Roberto I. Peña de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba (RA), 2006, p. 157.

³⁴ Cfr. LLAMOSAS, ESTEBAN F., "Jansenismo, regalismo y otras corrientes en la Universidad Nacional de Córdoba" en *Cuadernos de Historia*, N° 16, Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas Roberto I. Peña de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba (RA), 2006, p. 157.

³⁵ LLAMOSAS, ESTEBAN F., "*Jansenismo, regalismo y otras corrientes en la Universidad Nacional de Córdoba*", ob. cit, p. 156.

³⁶ Llamosas, ESTEBAN F., "*Jansenismo, regalismo y otras corrientes en la Universidad Nacional de Córdoba*", ob. cit, pp. 155-156.

³⁷ José María Mariluz Urquijo señala que "Fray Pedro José de Parras, con la autoridad que le daba haber recorrido buena parte de la América Meridional, insiste en la inconveniencia de tratar de solucionar de un modo general los problemas americanos sin tener en cuenta las múltiples variantes regionales. Es imposible —sostiene— que una misma ley pueda comprender a todos sin distinción de circunstancias ni tiempos "así como no es adaptable a toda

El año 1768 debió abandonar Buenos Aires porque fue convocado a participar de un Capítulo General que se celebró en Valencia³⁸. Después de instalarse en Madrid asumió un cargo en el Archivo general de la Orden de San Francisco y esto le dio la oportunidad de entrar en contacto con los informes que se enviaban desde las Provincias de América donde constaban los entredichos que se producían entre los Padres Ministros Generales y los Comisarios Generales de las Indias. Esta circunstancia habría de llamar la atención del franciscano hasta el punto tal de querer indagar el origen de la falta de entendimiento entre ambas instituciones³⁹.

Escribió “*Gobierno de los regulares de la América, ajustado religiosamente a la voluntad del rey*”⁴⁰ hacia el año 1775, en dos volúmenes presentes en la Librería de Predicadores con varios ex libris⁴¹.

En la dedicatoria expresó claramente todo aquello que lo motivó a escribir el libro, logrando de esta manera y en pocas palabras, explicar y justificar todo el contenido de su obra. Identificamos tres objetivos: comprender la importancia que las providencias de los Superiores religiosos fueran supervisadas y aprobadas por el Consejo de Indias, quien debía informar acerca de los resultados de su ejecución. El segundo intentar que las constituciones, estatutos y actas de los Regulares de las Indias conciliaran siempre con las Leyes Reales porque lo contrario obligaba al Rey a tener que corregir aquellas. Finalmente la necesidad que los Prelados conocieran las leyes del Patronato para evitar inconvenientes con los Virreyes, gobernadores, audiencias y demás autoridades del poder real⁴². En otras

especie de gente y en todo temperamento un mismo vestido”. Por eso en el gobierno de Indias se han dejado y dejan infinitos asuntos al prudente arbitrio de sus gobernadores.”

Cfr. URQUIJO, JOSÉ MARÍA MARILUZ, “Historia de las ideas jurídicas del setecientos rioplatense. Problemas de una investigación” en *Homenaje a Alberto de la Hera.*, Universidad Nacional Autónoma, México, 2008

³⁸ PARRAS, Pedro J, *Gobierno de los regulares de la América, Ajustado religiosamente a la voluntad del Rey*, Madrid, 1783, t.I p. IX

³⁹ PARRAS, *op. cit.* p. X

⁴⁰ Resulta útil advertirle al lector interesado por la obra de este religioso que la Biblioteca Mayor cuenta con una versión digitalizada del mismo y que podrá encontrar en la Colección Clásicos Tavera: Textos Clásicos de Literatura Jurídica Indiana (I) compilados por Ismael Sánchez Bella.

⁴¹ Ex libris hallados:

- “Pertenece a la Librería del Convento de Predicadores de Córdoba, Año 1805

Tiene una firma con rúbrica dice: “Carmen”, ya que perteneció al Fray Manuel del Carmen.

⁴² En su libro Parras señala “*En una palabra: mi intención se reduce á manifestar la dependencia que tienen de vuestro Real Consejo todas las providencias que los Superiores deben expedir para el gobierno de sus Provincias de Indias. Dependan de este Tribunal Soberano en su formación y despacho, y debe ser informado de las resultas de se ejecución. Quiero que entiendan todos esto mismo, y que las constituciones, estatutos y actas de los Regulares de las Indias se han de conciliar siempre con vuestras Leyes Reales; y si les faltase esta esencial circunstancia, V.M. tendría mucho que corregir: el zelo de vuestros Virreyes, Presidentes, Audiencias y Gobernado-*

palabras, el libro pretendía ser un manual de aprendizaje para la instrucción jurídica de los religiosos con el fin de evitar los males que pudiera causar el desconocimiento de las leyes reales y en consecuencia que pudieran cumplir la voluntad del Rey.

Casi al final de la dedicatoria llama la atención que el Fr. Parras señale:

“[...] si con la protección y amparo de V. M. logro el justificado fin que me he propuesto [...] habré servido a V. M. cuyas Leyes, Cédulas, Decretos, Ordenes y Resoluciones y su sabio enlace con las de los Regulares son el alma del gobierno religioso en sus Provincias de Indias”⁴³.

Sin duda esta aserción sumada a la circunstancia que el libro está dedicado a su majestad el Rey, evidencia ideología regalista del autor. No debe sorprendernos entonces que parta de la premisa que siempre había que aceptar o ajustarse a la voluntad del Rey. En este sentido, la creación del Consejo de Indias fue la institución que tuvo por objetivo central el ser la voz de los intereses reales en estas tierras. Así, la fiscalización de la actividad de los Prelados Generales no tenía otro fin que el de conciliar la actividad de los religiosos con la voluntad de su majestad.

Dice Fr. Parras en el prólogo de su libro

“Vino a ser el gobierno de los Regulares en la América un gobierno mixto verdaderamente. Quiero decir: un gobierno, cuyos expedientes no deberían arreglarse por el solo instituto y constituciones de las Órdenes, ni tampoco por las Leyes Reales, Cédulas y demás providencias de S.M únicamente, sino por unas y otras religiosamente conciliadas entre sí, debiendo darse a éstas la preferencia [...]”⁴⁴

Dentro de la Orden recibió algunas críticas. El Fr. Antonio Abián argumentaba que su contenido era ofensivo y que disminuía las competencias de la Orden al establecer que sus miembros no estaban versados en la materia legal o en el gobierno de las Indias⁴⁵. Como consecuencia de ello este fraile encarnó todos los esfuerzos por censurar y retrasar la edición de la obra.

Comprendiendo que carecía del apoyo de la Orden procuró los medios y las influencias para hacer que su obra viera la luz contra todo

res embarazaría frecuentemente su execucion: las competencias y disensiones con los Diocesanos serian inevitables en muchas ocasiones, y las resultas fatales y aun escandalosas en algunos casos [...]” PARRAS, Pedro J, *Gobierno de los regulares de la América, Ajustado religiosamente a la voluntad del Rey*, Madrid, 1783, t.I p VI-VII

⁴³ PARRAS, *op. cit.* p. VII

⁴⁴ PARRAS, *op. cit.* p. XVI-XVII

⁴⁵ GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, JAIME, “Tribulaciones de un autor residente en América. El caso del rector de Córdoba Pedro José de Parras (1775-83)” En: *Revista Complutense de Historia de América* Année: 1991 / vol. 17

afán de resistencia. Pronto logró la confianza de quien se convertiría en el primer Virrey del Río de la Plata, Pedro Antonio de Ceballos. En 1776, junto a una delegación del Virrey, Parras regresó a las tierras de las que hubo partido alguna vez.

Conociendo el pensamiento regalista de Parras y su elocuente defensa de las prerrogativas reales, después de la expulsión de los jesuitas, Parras se presentó como el candidato ideal para encarar la tarea de limpieza de las ideas jesuíticas en el ámbito universitario⁴⁶. En 1778 asumió el cargo de Rector del Colegio Máximo. Resulta de interés detenernos en la descripción de un hecho de singulares características que lo tuvo por protagonista.

Ardua fue la tarea de conseguir una imprenta para la casa de estudios cordobesa aún cuando en otros países de América ya contaban con una. Fue recién en 1750⁴⁷ cuando fue comisionada a los padres jesuitas Pedro de Arroyo y Carlos Gervasoni, aun cuando tardaría unos 14 años en llegar al Colegio Máximo. Entre dimes y diretes, unos materiales (la falta de papel), otros legales (la falta de un permiso especial de acuerdo a la Real Cédula del 28 de octubre de 1741), la imprenta fue una realidad recién en el año 1764. El hermano Pablo Karen, con ahínco y perseverancia logró en 1766 editar el primer libro titulado *Laudationes quinque*. Texto que contiene cinco oraciones laudatorias en honor a D. Ignacio Duarte y Quirós⁴⁸.

Después de la expulsión de los jesuitas la imprenta fue abandonada, hasta que don Juan José de Vertíz, Virrey del Río de la Plata supo que estaba guardada en el sótano de la casa de los Duarte. Leyendo a Efraín Bischoff⁴⁹, creemos que el Virrey habría sido anoticiado de la existencia de la imprenta por el reconocido tipógrafo bonaerense, Silva y Aguiar quien habiéndolo persuadido del poder que le daba su cargo de autoridad máxima del Virreinato, le había sugerido mandara a pedir la única imprenta del país para ser enviada a Buenos Aires.

Como sea que se hayan sucedido los acontecimientos, lo cierto es que el Virrey ordenó el inmediato traslado de la imprenta a Buenos Aires. Su pedido encontró eco en un hombre de férreas convicciones en el poder institucional y de una voluntad presta a cumplir con sus órdenes. No pode-

⁴⁶ GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, JAIME, *op. cit.* p. 141

⁴⁷ BISCHOFF, EFRAÍN, "Las letras de molde y la Universidad" en *Máximos Honores II. Recopilación de las conferencias de Doctor Honoris Causa 2003 de la Universidad Nacional de Córdoba*. Ed. Secretaría de extensión universitaria de la UNC, 2004, p. 6

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ BISCHOFF, EFRAÍN, *Las viejas imprentas de la Universidad*, Instituto de Estudios Americanistas, Dirección Nacional de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (RA), 1976, p. 22

mos estar hablando de otra persona más que de Pedro José Parras quien en ese momento era rector de la Universidad.

Al momento de contestar la solicitud del Virrey, resulta llamativa la conducta del religioso no sólo su prestancia para cumplir con el pedido del virrey sino además su respuesta que incluye una descripción precisa y detallada de todo lo encontrado en el sótano de los Duarte. Esto es una muestra acabada de la fidelidad que Parras guardaba por las instituciones reales, hombre que actuaba de acuerdo con sus convicciones, conciliando el discurso con la praxis. Transcribimos un fragmento de la carta que Parras le envió al Virrey

[...] dieciocho quintales de letras mezcladas, grandes y chicas, con otros elementos tipográficos, como también letras nuevas, todavía en los paquetes que vinieron de Europa; diez quintales y libras, con seis planchas de cobre usadas, destinadas a imprimir muestras, según parece de varias formas de letras para las Escuelas⁵⁰.

En 1780 la imprenta fue enviada a Buenos Aires y encontró un curioso destino en la “Casa de Niños expósitos” donde vieron la luz toda clase de papeles e incluso el periódico “Telégrafo Mercantil” aunque con el tiempo sus tipos tuvieron también un uso sofisticado: servir de proyectiles para defender la montonera de Felipe Varela, en Salta, en el año 1867⁵¹.

Reflexiones finales

Parras, Muriel y Machoni, tienen en común que fueron religiosos y educadores en el ámbito universitario de la Córdoba dieciochesca. Estos intelectuales plasmaron su pensamiento, sus lecciones, los hechos del nuevo mundo, en sus libros. En definitiva la cultura que dio sentido a su realidad. Trasladaron los libros a sus experiencias y su experiencia a los libros como reza William Shakespeare “*que la acción responda a la palabra y la palabra a la acción*”⁵². Nos preguntamos si fueron ellos operadores culturales y si su legado sigue vigente en nuestros días.

En primer lugar, vale señalar que los tres son operadores culturales. Cada uno, de acuerdo a las funciones que desempeñaron. Viajaron por las vastas extensiones del territorio americano, algunos interactuaron con poblaciones indígenas, enseñaron y plasmaron sus experiencias en libros. Vale notar que no es muy común encontrar autores cordobeses o extranjeros que desde esta ciudad escribieran. Las dificultades para escribir y editar un libro no eran pocas; no obstante, ellos lo hicieron.

⁵⁰ BISCHOFF, Efraín, “Las letras de molde y la Universidad”, ob.cit., p. 7

⁵¹ Ibidem.

⁵² Tal como señala la Declaración Mundial de Educación Superior: Visión y Acción de la UNESCO, de 1998.

Muriel precisa los hechos del nuevo mundo, y recopila numerosísimas bulas. Y es a través de la lectura de "*Fasti novi urbis*" que Europa se entera de lo que acontece en estas tierras. También esta obra representa un verdadero manual de Derecho Indiano. **Machoni**, es quizás la persona que menos se conoce, de él rescatamos su preocupación por la palabra, pues a través de ella se dialoga, se argumenta, se plasman ideas, estableciendo puentes humanos. Los Jesuitas tuvieron gran influencia en la formación cultural de la Ciudad, en especial los Padres Muriel y Machoni. A través de la lectura de **Parras** podemos comprender aspectos como el regalismo; Peña advierte que "*el sutil fraile libraba a los funcionarios seglares de las excomuniones de la Bula In Coena Domini rigurosa en sus sanciones con los usurpadores de la jurisdicción eclesiástica*"⁵³. Podemos decir que los tres fueron operadores culturales que legaron obras de ese tiempo fundacional que constituyen los cimientos de nuestra cultura jurídica.

En segundo lugar, creemos que está vigente el mensaje humanista de estos religiosos educadores. Tienen en común haber enseñado filosofía en nuestra Universidad. Maestros de quienes con el tiempo ocuparán cargos destacados en la sociedad colonial. El legado humanista de jesuitas y franciscanos está presente en el Escudo Universitario de la Universidad Nacional de Córdoba (art.1º del Estatuto de UNC), el cual tiene una leyenda en latín que dice "*Llevar mi lema al corazón de las gentes*", señalando al decir de Alfredo Poviña⁵⁴ que el destino del mensaje humanista, es el corazón de las gentes. Luego el obrar de los tres no quedó sólo en los libros sino también se extendió a los corazones.



⁵³ PEÑA, Roberto I. *Los Sistemas Jurídicos en la Enseñanza del Derecho en la Universidad de Córdoba (11614-1807)*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Vol. III, Córdoba 1986, p.222

⁵⁴ POVIÑA, Alfredo "Discurso pronunciado en el Acto Académico de Colación de Grados de la UNC el 27-11-1963", en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba —350º Aniversario de UNC—*, 2º Serie, Año IV, 1964, pp. 1007 y ss.

LA FACULTAD DE DERECHO DE CÓRDOBA. SU CREACIÓN EN 1795*

Félix A. Torres **

Resumen: El artículo reconstruye los trámites académicos – burocráticos realizados por las autoridades de la Universidad de Córdoba, para la fundación de la Facultad de Derecho y de este modo poder otorgar grados académicos a los alumnos que venían cursando Leyes, desde la creación de la Cátedra de Instituta en 1791. El trabajo incluye las cátedras, las funciones académicas necesarias para obtener los grados en Jurisprudencia y otros aspectos funcionales al desarrollo de la enseñanza del Derecho, por primera vez, en nuestro país.

Palabras claves: Historia - Derecho Argentino - Facultad de Derecho - Universidad - Córdoba - Educación.

El funcionamiento de la cátedra de Instituta, erigida en el año 1791, se realizó con normalidad, completándose de esta forma lo que podríamos llamar el “año académico”. De tal modo que tres meses después de la fundación de aquella, el 17 de noviembre, nueve alumnos del total de once, rindieron el primer curso obteniendo todos las cinco aprobaciones de rigor que prescribía el reglamento¹. Teniendo en cuenta lo reducido del año lectivo, los exámenes debieron ser bastante benévolos, afirma Raúl Orgaz,

* Este artículo forma parte del proyecto de Investigación “Historia de la Facultad de Derecho en la Universidad de Córdoba. Primera parte 1791-1820”, actualmente en curso.

** Licenciado en Historia. Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Autor de numerosos ensayos y libros de Historia, entre otros *Dalmacio Vélez Sársfield en la Universidad y su correspondencia en Córdoba*; *Manuel Antonio de Castro y la Primera Reforma Universitaria en Córdoba 1818*; *Joaquín V. González. Su formación intelectual en Córdoba. 1875-1886*; *San Martín y Córdoba. Las cartas desconocidas del Libertador 1814-1822*; *Santiago Liniers. Sus cartas desde la Historia y el Psicoanálisis. Dalmacio Vélez Sársfield. Obras de su biblioteca personal (compilador e Introducción)*.

¹ LUQUE COLOMBRES, CARLOS; “El doctor Victorino Rodríguez, primer catedrático de Instituta en la Universidad de Córdoba”, en *Para la historia de Córdoba*, Ediciones Biffignandi, Córdoba, 1973, p. 378; ORGAZ, RAÚL A., “Para la historia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Primeros maestros y primeros graduados”, en *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año V, marzo-junio 1941, N° 1-2, Córdoba, p. 3; Marcela Aspell y Ramón Yanzi Ferreira (en adelante Aspell y Yanzi Ferreira), *Breve historia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba 1791-1991*, Córdoba, 1993, Apéndice documental p. 3.

aplicándose en esa ocasión el criterio consagrado en los estatutos del padre Rada, “de que el alumno atingat mediocritatem”².

En el transcurso del año lectivo 1792, alumnos y profesores comenzaron a plantearse el problema de la continuidad de los estudios de jurisprudencia. Esto era de esperar teniendo en cuenta que la expectativa de los estudiantes estaba puesta en la obtención de, por lo menos, el grado de Bachiller en Leyes, pero para ello era necesario que la universidad pudiera extender grados en esa facultad. Así lo entendió el profesor Victorino Rodríguez, quien en fecha 1º de diciembre de 1792 elevó una nota al gobernador Sobremonte, solicitándole el apoyo necesario para que el gobierno español autorizara a la universidad el otorgamiento de los grados en derecho³. Entre los fundamentos citados por el catedrático, incluyó el hecho de que ese privilegio sería el aliciente para la juventud estudiosa, además de “evitar los crecidos gastos que son indispensables en el dilatado viaje hasta la [universidad] de Charcas para recibir el grado”⁴.

Sobremonte en su doble rol de “tutor” y padre espiritual de los estudios de derecho en su gobernación, remitió al día siguiente la nota de Rodríguez al rector de la universidad, para que el Claustro iniciara lo más urgente posible los trámites para el otorgamiento de grados en Leyes. Reitera los argumentos del titular de la cátedra, además de mencionar las utilidades de todo tipo y el prestigio que para la institución educativa y la gobernación, significaría ese logro. Como resultado de esas gestiones la universidad comisionó con fecha 9 de diciembre, al rector fray Pedro Guitián a trasladarse a Buenos Aires para solicitar al virrey “y los demás que estime conveniente”, el establecimiento de otra cátedra de derecho civil. Debemos recordar que por reales cédulas de 1770 y 1786, era necesario la existencia de al menos dos cátedras dictadas en forma continuada, para que las universidades españolas y americanas pudieran otorgar el grado de Bachiller en cualquiera de sus facultades⁵. De allí entonces que la erección de una segunda cátedra permitiría a la universidad solicitar a posteriori el otorgamiento de grados en jurisprudencia.

Las gestiones del rector Guitián iniciadas en abril de 1793 dieron buenos resultados, de tal forma que el 15 de junio el virrey Arredondo firmó un auto creando la segunda cátedra de Jurisprudencia Civil y otra de Cánones⁶. Esta última solicitud personal del rector que, en este caso, se extralimitó en la petición por cuanto el Claustro lo había autorizado únicamente

² ORGAZ, RAÚL, op. cit., pág. 3.

³ COCCA, ALDO ARMANDO, *La primera Escuela de Leyes*, El Ateneo, Bs. As., 1951, pág. 174.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*, pág. 179

⁶ *Ibidem*, pág. 173; Orgaz, Raúl, *Para la Historia de la Facultad de Derecho*, Córdoba, 1950, pág. 14; Luque Colombes, Carlos, op. cit., pág. 378.

a pedir por la de Leyes. Como de hecho se desprende del texto de autorización que dice así: “ (...) pueda solicitar [Gutián] el establecimiento de otra cátedra a fin de que puedan conferirse en ella los grados en derecho, como se confieren en la de la Plata...”⁷ Los recursos económicos para solventar la nueva asignatura procedían del excedente de fondos destinados oportunamente para sostener la primera cátedra de Instituta; en el caso de la segunda la dotación era de 200 pesos anuales, y la de Jurisprudencia Canónica de 115 pesos por año⁸. A través del mismo auto el virrey designaba profesor en la primera de las cátedras al presbítero doctor José Tristán y Moscoso, y regente de Cánones a fray Angel Díaz; dejando constancia de que en lo futuro esas cátedras deberán proveerse por oposición⁹. En este nombramiento no se tuvo en cuenta la opinión del gobernador Sobremonte, como en la primera cátedra de Instituta, además de no respetarse la real cédula que impedía expresamente designar a miembros del clero en cátedras de Derecho Civil. No debemos descartar en este caso la influencia que ejercía el rector Guttián sobre Arredondo, que se consolidó a partir del pleito que el rector tuvo unos años antes con Sobremonte, por el vicepatronato sobre el Colegio de Monserrat y la universidad.

Con respecto al punto central de la solicitud de Guttián y de especial interés para la casa de estudios, como era el de otorgar grados académicos en Derecho, el virrey no se expidió argumentando que esa disposición debía concederla el Rey, de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto del 26 de febrero de 1791. Añadiendo a continuación que la Universidad de Córdoba podía acudir al Soberano con esa solicitud, “dándosele para ello el testimonio o testimonios que pida de lo conducente”¹⁰. Es decir, el virrey no podía otorgar esa facultad, pero tampoco se oponía a ella, dejando abierta la puerta a futuras gestiones de la universidad ante el monarca español. Y estas son precisamente las que el rector Guttián llevó a cabo en la corte de Madrid a fines de 1793 y durante todo el año siguiente, que dieron por resultado la real cédula de 20 de setiembre de 1795 por la cual se concedía a la universidad la potestad de otorgar los grados de Bachiller, Licenciado y Doctor en Derecho, convirtiendo de esta manera lo que podríamos llamar

⁷ COCCA, ALDO, op. Cit., pág. 183; Orgaz, Raúl A. op. cit., pág. 15; Luque Colombres, Carlos, pág. 381.

⁸ A.U.N.C., Documentos, Libro N° 3, folios 371-372, citado en Apéndice Documental de Coca, op. cit., GARRO, Juan M., *Bosquejo histórico de la Universidad de Córdoba*, Bs. As., 1882, pág. 179.

⁹ A.U.N.C., Documentos, Libro N° 3, folio 384.

¹⁰ *Ibídem*, folio 384.

la escuela de Leyes en Facultad de Derecho¹¹. Fecha que para Raúl Orgaz es la fundación oficial de nuestra facultad¹².

Mucho debió influir en esta cédula real de 1795 el dictamen favorable del Fiscal del Consejo de Indias, que con fecha 30 de octubre de 1792 se expidió sosteniendo que “será muy propio de la notoria piedad y justificación de V. M. el que para mayor fomento de la Universidad de Córdoba del Tucumán, y evitar gastos excesivos a lo que se dediquen al estudio de la jurisprudencia, se les conceda la licencia que solicitó el virrey de dar grados de Bachiller, Licenciado y Doctor en dicha facultad”¹³. El fiscal fundamentó su resolución en que ya existían en la universidad las cátedras de Moral y Derecho Canónico, a las cuales debían asistir los estudiantes juristas, además de la Instituta, completándose este modo el requisito de las dos cátedras mínimas dictadas en forma continuada para otorgar los grados¹⁴. Pero este dictamen era desconocido todavía en Córdoba, ya que los vericuetos de la burocracia colonial lo habían frenado en una de las tantas oficinas del Consejo de Indias. Al enterarse de ello el rector Guitián aceleró el trámite del expediente en Madrid, con el resultado ya conocido. Es así que cuatro años después de la apertura del curso de Instituta, la universidad estaba en condiciones legales de otorgar los grados en Derecho. El virrey Pedro Melo de Portugal, sucesor de Arredondo, ordenó al Claustro universitario el cumplimiento de la real cédula el 23 de febrero de 1796, la que fue leída y acatada por la universidad en la sesión del 31 de marzo¹⁵. Con respecto a este acontecimiento, el acta del último día de marzo dice textualmente: “(...) y oído por todos los concurrentes, se pusieron de pie, tomaron dicha Real Cédula en la mano, la besaron y pusieron sobre sus cabezas, acatándola como a carta de su Rey y Señor natural; y mandaron que poniéndose en este libro la correspondiente copia se guarde en el Archivo de la universidad y que se cumpla y ejecute en todas sus partes (...)”¹⁶.

Sobre ese acto protocolar existen dos versiones. La de Cocca que afirma “pocas veces la Universidad de Córdoba experimentó tanta alegría como cuando recibió el testimonio de este soberano decreto”; apoyándose para su conclusión en el propio texto del acta mencionada¹⁷. Por su parte Raúl Orgaz escribe que “cuando la cédula ereccional fue leída en el Claustro (...) no debió de provocar excesivo entusiasmo, pues el acta se

¹¹ *Ibidem*, folio 386.

¹² *Ibidem*, folios 390 a 393.

¹³ ORGAZ, RAÚL, *op. cit.*, pág. 16.

¹⁴ BUSTOS, ZENÓN, fray, *Anales de la Universidad Nacional de Córdoba. Segundo Período (1778-1795)*, U.N.C., Córdoba, 1902, pág. 941.

¹⁵ BUSTOS, ZENÓN, *op. cit.* pág. 940; Orgaz, Raúl, *op. cit.* pág. 16.

¹⁶ A.U.N.C., Sesiones del Claustro, Libro N° II, claustro N° 243.

¹⁷ *Ibidem*.

ciñe a los términos protocolares”, citando a continuación el mismo párrafo documental¹⁸. Es decir, los dos autores utilizan el mismo documento para extraer conclusiones totalmente opuestas. Nuestra opinión está más próxima a la de Orgaz —sin que esto signifique que el Claustro estaba descontento— porque el acta no menciona expresamente actitudes formales de sus miembros, que manifiesten “tanta alegría”; y por otra parte el funcionamiento universitario de la época, sujeto a rígidos cánones de “pompa y circunstancia”, no permitían exteriorizaciones enfáticas de alegría o de tristeza. Más bien un comportamiento mesurado y monocorde debía caracterizar las expresiones exteriores del Claustro. Cito el ejemplo, simplemente, para señalar cómo de un mismo documento dos historiadores pueden extraer distintas conclusiones, colocando en ellas su apreciación emocional, subjetiva e incluso ideológica al momento de escribir el discurso histórico. Reforzando de este modo el concepto de que la objetividad en la construcción historiográfica —al estilo de Ranke— es en el mejor de los casos una honesta expresión de deseos.

Pero volvamos a la sesión del 31 de marzo de 1796. Allí se dispuso que una comisión universitaria examinara el reglamento para conferir los grados otorgado por el monarca, aquella se expidió el 14 de abril pero únicamente en lo concerniente al grado de Bachiller, que por otra parte era el necesario para litigar en la Audiencia de Buenos Aires. Sobre los otros dos, el de Licenciado y Doctor, la comisión evitó pronunciarse hasta tanto no se consultaran debidamente los estatutos de la Universidad de Lima, que por el momento no estaban disponibles¹⁹.

Para la obtención del grado de Bachiller los comisionados tomaron como base lo dispuesto por la real cédula de 1770. En consecuencia aquel se obtenía después de completar cuatro años de estudio, que incluían exámenes parciales de fin de año y un examen general denominado Previa, que consistía en una lección de media hora sobre temas indicados con veinticuatro horas de anticipación. Posteriormente debían responder durante un cuarto de hora a cada uno de los argumentos propuestos por dos examinadores, para finalmente contestar correctamente durante otros quince minutos a las preguntas sueltas de un tercer examinador, sobre todas las Instituciones de Justiniano²⁰. Una vez superado este examen, el alumno debía abonar sesenta pesos para que se le entregue el grado, de los cuales cincuenta eran para la Caja universitaria y diez para el graduante.

¹⁸ ORGAZ, RAÚL, *op. cit.*, pág. 16.

¹⁹ LUQUE COLOMBRES, CARLOS, *op. cit.*, pág. 382; Orgaz, Raúl, *op. cit.* pág. 16; COCCA, ALDO, *op. cit.* pág. 198.

²⁰ COCCA, ALDO, *ibidem*; ORGAZ, RAÚL, *op. cit.* págs. 16-17; LUQUE COLOMBRES, CARLOS, *op. cit.*, págs. 382-383.

Con estos requisitos académicos y administrativos poco tiempo después se recibieron los primeros cinco bachilleres en Leyes, que fueron los siguientes: José Manuel de Allende, Jerónimo Salguero de Cabrera, José Dámaso Jijena, José de Seide y Juan José de Lami²¹.

Para los grados mayores, esto es, Licenciado y Doctor, la comisión designada a tales efectos resolvió que se obtuvieren, durante el tiempo de pasantía, mediante un examen de las Leyes de Toro, el desempeño de dos parténicas y finalmente el acto denominado “Ignaciana”, que era similar al que rendían los alumnos de la facultad de Teología. Más adelante, en 1804, el Claustro resolvió que para obtener el grado de Licenciado separado del de Doctor, era necesario rendir una parténica y un examen de Leyes de Toro; después con la “Ignaciana” se lograba el grado de Doctor en Jurisprudencia²². Este acto académico era público y consistía en la lectura durante una hora, de un determinado tema jurídico y la réplica por espacio de cuatro horas de los miembros del tribunal; el tema de la disertación —la pica-ta— lo conocía el doctorando con dos días de anticipación, y las réplicas se originaban en conclusiones establecidas de antemano²³.

El último acto académico para el graduado en la universidad, lo constituía la fórmula de juramento. Esta ceremonia solemne fue reglamentada en diciembre de 1797, y consistía en aceptar la creencia de la Concepción Inmaculada de María, la obediencia al monarca, sucesores, virreyes y reales audiencias, acatamiento a los mandatos del rector “in lícito et honestis” y a las constituciones de la universidad.

El plan de estudios de la flamante facultad —vigente hasta 1808 en que se puso en práctica la real cédula de 1800— se adaptó al existente en la de Teología, “es decir, se distribuyó en seis años, cuatro de cursos con exámenes anuales y dos de pasantía durante los cuales se estudiaban las Leyes de Toro por Antonio Gómez, y se desempeñaban los ejercicios llamados parténicas”. Estos, que no estaban mencionados en el auto ereccional, fueron agregados por el Claustro a propuesta del catedrático de prima doctor Rodríguez²⁴. Las materias comprendían el estudio de la Instituta, las Leyes de Toro, además de las cátedras de Cánones y Teología Moral, ambas pertenecientes a la facultad de Teología. Con respecto a estas cátedras, incluidas en el Derecho Eclesiástico, “los estudiantes no debían rendir exa-

²¹ LUQUE COLOMBRES, CARLOS, *ibidem*; ORGAZ, RAÚL, *ibidem*.

²² ORGAZ, RAÚL, *ibidem*; Cocca, Aldo op. cit., pág. 199.

²³ COCCA, ALDO, op. cit., pág. 202.

²⁴ ORGAZ, RAÚL, “La enseñanza del derecho”, en *Historia de la Nación Argentina*, dirigida por Ricardo Levene, vol. IV, 2ª Sección, Buenos Aires, El Ateneo, 1961, pág. 171; Garro, Juan M., “Comienzos de la Facultad de Derecho en la Universidad de Córdoba”, en *Páginas dispersas. Escritos y discursos*, Buenos Aires, pág. 155.

men alguno, y sólo era obligatorio su asistencia a clase, aunque no existen constancias que se cumpliera estrictamente tal formalidad”²⁵.

A pesar de las limitaciones curriculares propias de todo nuevo emprendimiento académico, “el improvisado plan que gobernó los estudios de jurisprudencia durante la época del doctor Rodríguez (...) contribuyó eficazmente al afianzamiento de la facultad de Derecho. Los escasos elementos con que se contaba fueron hábilmente utilizados para que se logran con decoro los fines de la creación, y una mayor intensidad reemplazó a la extensión con que era impartida en otros centros”²⁶.

Paralelamente a las actividades propias del ámbito académico, en el cual existían rígidos controles para la observancia de los dogmas religiosos y de la sujeción indiscutida a la monarquía española, existían sobre los alumnos —incluidos los de Derecho, obviamente— estrechos controles tendientes a separarlos de un contexto social “inconveniente o malsano” para la formación de los estudiantes. Por lo demás, se implementó un severo régimen para la inclusión en las casas de estudio, donde “no todos los habitantes de las colonias podían matricularse (...) pues no solo se excluía de las aulas a los negros, mestizos, zambos o mulatos, sino que se trató de restringir por todos los medios, el ingreso de los criollos a los cursos de abogacía”²⁷. Esta última intención no pudo ser cumplida por las autoridades coloniales, al menos en Córdoba y Chuquisaca y en esas universidades se formó una cohorte de profesionales del derecho que posteriormente, constituyeron los cuadros principales del partido revolucionario de 1810.

Durante los últimos años del siglo XVIII la facultad de Leyes de Córdoba se desarrolló con normalidad, dentro de la precariedad económica que caracterizó los estudios universitarios en esta etapa. La matrícula todavía es baja, así en 1799 los inscriptos en 1º, 2º, 3º y 4º año apenas llegan a 12 alumnos²⁸, si tenemos en cuenta que el primer curso en 1791 se abrió con 11 estudiantes, el aumento en la matrícula es casi inexistente. Al respecto Raúl Orgaz escribe: “Era muy natural que la iniciación de la carrera del derecho fuese obscura y mezquina en un instituto que durante más de un siglo, sólo había cultivado con amor las disciplinas teológicas”²⁹.

Paralelamente a la actividad educativa se fue conformando el “status” universitario para los profesores de Derecho. De esta forma, por resolución del Claustro de junio de 1800, “los doctores de la facultad de jurisprudencia debían tener, entre los de Teología, el asiento correspondiente

²⁵ COCCA, ALDO, op. cit., pág. 205; LUQUE COLOMBRES, CARLOS, op. cit., págs. 383-384.

²⁶ LUQUE COLOMBRES, CARLOS, op. cit., pág. 384.

²⁷ ANTOKOLETZ, DANIEL, *Historia del Derecho argentino*, Tomo II, Buenos Aires, 1929, pág. 271, citado en Cocca, op. cit., pág. 203.

²⁸ BUSTOS, ZENÓN, *Anales...*, 2º Período, (1795-1807), Vol. III, Córdoba, 1910, págs. 867-868.

²⁹ ORGAZ, RAÚL, op. cit., pág. 54.

a la antigüedad de su grado, sin que pudiera precederlos ninguno de estos que hubiese recibido el suyo posteriormente". Y en cuanto a los derechos y obligaciones sociales universitarias, "estaban sujetos a las mismas cargas y pensiones que los demás graduados, entre ellas el costear la fiesta de la universidad"³⁰.

El férreo control de las autoridades sobre los alumnos universitarios, incluía el hecho de que éstos no podían contraer matrimonio —según real cédula de 1792— sin el consentimiento de los virreyes y presidentes de las Reales Audiencias, además de los padres. A esto se agregó en 1801 la designación de Censores Regios encargados de controlar todo lo relacionado con la actividad académica, tema sobre el que volveremos en otra oportunidad. En ese mismo año y dentro de la actividad ya estrictamente universitaria, se destaca el nombramiento firmado por Sobremonte desde Buenos Aires, de Felipe Funes como pasante en la cátedra de Instituta. El sobrino del deán vino a cubrir ese cargo por renuncia al mismo del doctor Pedro Ignacio de Castro [Barros], que lo venía desempeñando³¹.

Sobremonte, siempre vinculado a la facultad de Leyes de una forma u otra, ya en calidad de virrey aprobó en octubre de 1805 que el titular de la cátedra de Instituta, dispusiera que el pasante de la misma se ocupe a título de carga académica, de "uno de los dos argumentos de prueba que hay en una de las funciones (...) llamada Previa, en atención a la escasez de sujetos que quieran encargarse de él"³². Es decir que el ayudante pasaría a formar parte del tribunal examinador en ese examen necesario para obtener el grado de Bachiller en Leyes.

Otra de las novedades en relación a la cátedra de Instituta fue la renuncia, en junio de 1806, del Pasante doctor Felipe Funes y la posterior solicitud del Licenciado Miguel Gerónimo Salguero para ocupar ese cargo. En consecuencia el titular doctor Victorino Rodríguez, dispuso designar interinamente en ese puesto a Salguero, hasta tanto las autoridades virreinales decidieran finalmente aceptar o no, lo resuelto por Rodríguez que ya contaba con la aprobación del rector.

Aquel año de 1806 los matriculados en los cuatro cursos de Leyes alcanzaron apenas a nueve alumnos, y al año siguiente último de la regencia franciscana, se inscribieron en la facultad once estudiantes.³³



³⁰ GARRO, JUAN, op. cit., pág. 184.

³¹ A.U.N.C., Documentos, Libros N° IV, folio 17 r., Buenos Aires, 28/7/1801.

³² A.U.N.C., Documentos, Libro N° IV, folio 43 r., Buenos Aires, 29/3/1803.

³³ *Ibidem*, folio 59, Buenos Aires, 23/10/1805.

EL MIEDO A LOS “HEREJES LUTERANOS”. CÓRDOBA DEL TUCUMÁN, 1806-1807.

*Jaqueline Vassallo **

Resumen: En este artículo intentaremos identificar los miedos sociales desencadenados por la presencia de prisioneros ingleses en la jurisdicción de Córdoba —con motivo de la invasión inglesa producida en 1806—; dando cuenta, asimismo, de los mecanismos de control y represión que activaron las autoridades coloniales locales, con el objetivo de restablecer su seguridad.

Palabras clave: miedo social- extranjeros- religión-inquisición.

I. A manera de presentación.

En este trabajo nos proponemos identificar los miedos sociales desencadenados por la presencia de prisioneros ingleses en la jurisdicción de Córdoba —con motivo de la invasión inglesa producida en 1806—; dando cuenta, asimismo, de los mecanismos de control y represión que activaron las autoridades coloniales locales, con el objetivo de restablecer su seguridad.

Esta primera aproximación al estudio del miedo entre los años 1806 y 1807, surge de la necesidad de identificar nuevos elementos que promuevan una mejor comprensión de las causas y los efectos de los conflictos y la violencia en nuestra historia colonial. En este sentido, procuraremos abordarlo desde la perspectiva del “otro”, para analizar cómo los prejuicios frente a los “enemigos extranjeros” se hallaban fuertemente impregnados en la sociedad cordobesa de entonces (y de la América colonial toda). Esta nueva perspectiva, nos permitirá poner el acento en el status de extranjero de estos individuos, cuya identificación no es arbitraria, ya que el inglés representaba la forma más concreta de irrupción de la figura del extraño, del extranjero —asociado especialmente a los piratas y a la “herejía”— en la vida cotidiana y en el universo mental de la sociedad colonial¹.

* Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Investigadora del CONICET. Dicta clases de Historia del Derecho en la Facultad de Derecho y Cs Sociales y Profesora Titular por Concurso de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la UNC. Directora de la Colección de Ciencias Sociales de la Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba.

¹ El interés por el tema del miedo, tuvo su inicio, en las primeras décadas del siglo XX con la renovación historiográfica protagonizada por los franceses Marc Bloch y Lucien Febvre,

En este punto, resulta imprescindible aclarar que entendemos por miedo a lo que se encuentra como identificado o conocido —a diferencia de la angustia—, que se diluye en lo desconocido².

Las fuentes que utilizaremos serán las actas capitulares labradas entre el 5 de julio de 1806 y el 18 de septiembre de 1807, es decir, documentación oficial elaborada por la elite que gobernada el cabildo por entonces, en la ciudad de Córdoba³.

II. Ingleses en el virreinato del Río de la Plata.

Entre 1806 y 1807 tuvieron lugar en el Río de la Plata, dos invasiones inglesas, que produjeron cambios políticos y sociales en Buenos Aires, que repercutieron en el virreinato, y que tomaron especial forma en algunas regiones, como en el caso de Córdoba. Entre ellos podemos mencionar, la deposición del virrey Sobremonte y la designación de Liniers, la adhesión de la mayoría del clero de Buenos Aires a los ingleses, la sumisión del cabildo y la Audiencia —con sede en Buenos Aires—, la incapacidad del imperio español de defender el virreinato en el terreno militar o de tomar la dirección política de la resistencia, la creación de milicias urbanas en las que prevalecieron criollos —lo que produjo su incipiente ascenso social—. Por su parte, en Córdoba, al calor de la caída de Sobremonte, se produjo el avance del grupo orientado por los hermanos Funes que se tradujo en el control del cabildo de Córdoba —alcanzado a principios de 1807 con al designación de Ambrosio como alcalde de primer voto— y la hegemonía de la Universidad, con al designación del Deán como su Rector en enero de 1808⁴.

quienes en sus investigaciones se preocuparon por la comprensión de ciertos elementos psicológicos de carácter colectivo. De esta manera, los fundadores de la Escuela de los Annales, comenzaron a reflexionar sobre el temor y el deseo de seguridad desde el punto de vista histórico. De este empuje inicial, a partir de la década del 60 se produjo la apertura de nuevos campos de estudio —como la historia de las mentalidades— que renovaron el interés por estos temas. En este contexto, se enmarcan los trabajos de Jean Delumeau, cuya obra, *Le peur en Occident* constituye el primer intento de sistematizar estos estudios. Desde esta perspectiva, nuestro propósito es estudiar el miedo a partir de un caso histórico particular: el impacto de las invasiones inglesas, en el virreinato del Río de la Plata, haciendo especial hincapié en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán. DELUMEAU, JEAN: "La religión y el sentimiento de seguridad en las sociedades de antaño". *Historiografía Francesa. Corrientes temáticas y metodológicas recientes*. México DF, Instituto Mora, 1996. pp. 17-35; ROSAS MOSCOSO, FERNANDO: "El miedo en la historia: lineamientos generales para su estudio". *El Miedo en el Perú. Siglos XVI al XX*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú., 2003. pp. 23-35.

² ROSAS MOSCOSO. Op. cit. p. 25.

³ *Actas Capitulares*. Córdoba, Archivo Municipal de Córdoba, 1969.

⁴ Desde 1805, el Virreinato del Río de la Plata quedó expuesto a sufrir las consecuencias de la expansión de las guerras europeas al espacio del océano Atlántico; espacio que había quedado bajo dominio inglés, después de que las tropas españolas y francesas fueran derrotadas en Trafalgar.

Ahora bien, la presencia de soldados ingleses, primero como invasores triunfantes y luego como prisioneros, tanto en la ciudad de Buenos Aires como en otras ciudades y lugares del interior donde fueron trasladados luego de la Reconquista —por temor a una nueva invasión— provocaron en la población una serie de temores, inquietudes, curiosidades, rechazos, admiraciones, empatías y hasta enamoramientos, que variaron de acuerdo a la posición social de los involucrados.

Recordemos que los ingleses eran percibidos como “el otro”, el “extranjero”, que tenía connotaciones muy claras en la sociedad colonial —por entonces caracterizada como tradicional, estamental y patriarcal—. Sociedad que había sido gestada como un “ethos cerrado de lo español y cristiano, cuyos símbolos y valores escondían una profunda connotación

Hacia 1806, una fuerza militar inglesa —bajo el mando de William Beresford—, que provenía de apoderarse de Cabo de la Buena Esperanza (una colonia holandesa situada en el sur de África), arribó al Río de la Plata y el 27 de junio, y tomó la ciudad de Buenos Aires (por entonces, capital del virreinato), sin encontrar resistencia alguna.

El virrey Sobremonte se replegó al interior, con el objetivo de reclutar tropas para enfrentar al enemigo. El lugar elegido fue Córdoba, donde encontró —como pensaba— “fidelidad y auxilios”, y a la que declaró “capital interina del Virreynato”.

En Córdoba fue recibido con cordialidad: realizó reuniones con el gobernador Victorino Rodríguez y el cabildo —recordemos que en este sector gozaba de prestigio por su labor como Gobernador Intendente—. El 31 de julio salió de Córdoba y camino a Buenos Aires le escribió a Liniers para comunicarle que marchaba con el objetivo de reconquistar la capital. Recordemos que por entonces, en el Plata, la resistencia se había iniciado: en Montevideo, Santiago de Liniers —un oficial francés al servicio de la corona española— organizaba la tropa, a la que se sumaron las milicias urbanas organizadas en la capital del virreinato. Finalmente, la reconquista fue consumada al mando de Liniers, el 12 de agosto. Ocho días más tarde, el gobernador Rodríguez comunicaba oficialmente a los cabildantes la derrota de los ingleses.

En el ínterin, Sobremonte fue desplazado de sus funciones militares por el cabildo abierto del 14 de agosto, que sesionó en Buenos Aires; mando que recayó en Liniers.

Al poco tiempo, una ola de rumores comenzó a propagarse en la capital, temiendo que llegaran refuerzos ingleses, con el objetivo de volver a tomarla.

En este contexto, las autoridades de Buenos Aires decidieron enviar los prisioneros ingleses al interior. Córdoba era uno de los lugares señalados.

El 10 de febrero de 1807, una Junta de Guerra declaró cesante en sus funciones de virrey a Sobremonte, y Liniers ocupó su lugar.

Inmediatamente, el nuevo ataque inglés se concretó en Montevideo: tropas británicas al mando del general John White Locke desembarcaron allí, para luego hacerlo nuevamente en Buenos Aires durante el mes de junio. Primeramente lograron eludir a las fuerzas de Liniers, y entraron en la capital, pero allí se encontraron con la defensa organizada por Alzaga; por cuanto White Locke no estuvo dispuesto a entrar en combate, y se rindió el 15 de julio de 1807. Como consecuencia de ello, se dispuso que los prisioneros que estaban en el interior, debían retornar a la capital del virreinato, para luego ser embarcados a Inglaterra. FERRERO, ROBERTO: *Breve Historia de Córdoba*. Córdoba, Alción, 1999; BISCHOFF, EFRAÍN. *Historia de Córdoba*. Buenos Aires, Plus Ultra, 1979; TONDA, AMÉRICO. *El Obispo Orellana y la Revolución*. Córdoba, Junta Provincial de Historia de Córdoba, 1981; GOLDMAN, NOEMÍ. “Crisis Imperial, Revolución y guerra (1806-1820) *Nueva Historia Argentina*. Tomo III. Buenos Aires, Sudamericana, 1998. pp 23-69.

xenofóbica y excluyente”⁵. En este sentido, el extranjero era concebido como un “enemigo peligroso” cuya presencia constituía una amenaza para la monarquía católica.

En este punto, debemos preguntarnos a quién consideraba extranjero la corona española, ya que no fue una cuestión fácil de zanjar, puesto que en algunos momentos de su historia, llegaron a ser súbditos de la monarquía, portugueses, alemanes, napolitanos, etc. Por entonces no existía la noción de “estado nacional”: los súbditos se hallaban unidos por “la devoción y fidelidad al monarca”. Los largos siglos que habían combatido en la península contra los árabes, llevaron a los españoles vindicar “lo cristiano como parte consustancial de su ser, de su naturaleza y su propio destino”; y, por ende, la identidad hispana se fue configurando sobre la “pureza de sangre”, el cristianismo y la tradición cultural⁶.

No es casual, entonces, que la Corona haya dispuesto, que los extranjeros no podían ingresar a América, tanto por motivos religiosos como políticos —la “defensa” de la religión católica” y el temor de que otras potencias europeas tomaran conocimiento de las debilidades locales y luego, invadieran los territorios que habían sido “donados” por el papa Alejandro VI, a la Corona de Castilla en 1493—.

El jurista Gaspar de Escalona y Agüero, expresó a la perfección los prejuicios de la sociedad colonial, frente al extranjero, a quienes consideraba “*gente forastera, de disimil naturaleza, costumbres y ministerio, que desmembrándose de sus domicilios y repúblicas, apetece ingerirse en las ajenas y tener participación en sus honores, oficios, comercios, utilidades y granjerías, en que, ingeridos una vez, como favorecidos de la fortuna que siempre corre más feliz en el suelo ajeno que en el patrio, se apoderan de todo*”⁷.

Cuando los ingleses desembarcaron e Buenos Aires, a principios del siglo XIX, para la Corona española eran extranjeros todos aquéllos que no fueran originarios de Castilla, León, Aragón, Valencia, Cataluña, Navarra, Mallorca y Menorca.

La vigencia de la prohibición para viajar a América llevaba varios siglos de vigencia; como asimismo, la de contratar —aunque lo hicieran por interpósita persona—, con el riesgo de que las mercaderías fueran decomisadas y embargados los bienes de los que fueran titulares. Sólo excepcionalmente la corona entregó “licencias” a comerciantes de algunos países europeos (siempre que pudieran acreditar que eran católicos), bajo

⁵ FLORES GUZMAN, RAMIRO. “El enemigo frente a las costas. Temores y reacciones frente a la amenaza pirata, 1570-1720”. *El Miedo en el Perú. Siglos XVI al XX*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú., 2003. pp. 33-50.

⁶ Idem. pp. 34-35; PRESTA, ANA MARÍA: “ La sociedad colonial: raza, etnicidad, clase y género. Siglos XVI y XVII”. *Nueva Historia Argentina*. Tomo II, Buenos Aires, Sudamericana, 2000.

⁷ FLORES GUZMAN. Op. cit. p. 35.

la condición de que permanecieran en los puertos, donde podían ser controlados por las autoridades locales; en su defecto, podían ser expulsados. Paralelamente —y debido a que muchos de ellos decidieron permanecer en estas tierras y hasta contrajeron nupcias con mujeres americanas— se les otorgó la posibilidad de naturalizarse, ya que jurídicamente el extranjero era considerado inferior al indígena. Las condiciones impuestas fueron las siguientes: haber residido de manera continua durante 20 años (casi una vida), diez de los cuales debería haberlos vivido teniendo propiedades, “casa poblada” y haber contraído matrimonio con una persona nacida en la península o América. Situación que debía ser acreditada mediante una “información” interpuesta ante las autoridades locales, que luego elevaban al Consejo de Indias —autoridad que en definitiva debía resolver—. Durante el reinado de Felipe II —tiempos en que la corona requirió de manera imperiosa el ingreso de caudales, debido a la cantidad de guerras que llevó adelante el monarca— facilitó la obtención de la naturalización, pagando una “composición”⁸.

Ahora bien, los ingleses no sólo fueron considerados extranjeros, y enemigos, sino que también se los asoció desde el discurso oficial a la piratería, y al “luteranismo”, razón por lo cual fueron considerados “herejes”. Su presencia en el Río de la Plata, era percibida por las autoridades y la población como una “amenaza a la estabilidad del virreinato, sustentada en la fe católica y la obediencia al Rey”⁹. Así lo evidenciamos en las notas de Mariquita Sánchez, quien relató en su diario algunas sucesos, como el primer desfile de los soldados ingleses por las calles de Buenos Aires: “*Todo el mundo estaba aturdido mirando los lindos enemigos y llorando por creer ver que eran judíos y que perdiera el Rey de España esta joya de su corona. Nadie lloraba por sí, sino por el Rey y la religión*”¹⁰.

La asociación con la piratería tiene relación con el hecho de que fueron los ingleses los primeros en arribar a América como piratas: basta recordar al corsario Francis Drake, cuando en 1578 atravesó el estrecho de Magallanes, y asoló los puertos de Coquimbo, Valparaíso y Arica, para finalmente llegar a Callao un año después. Ocho años después, Thomas Cavendish, hizo lo propio en Pisco, Chérrepe y Paita; y finalmente, Richard Hawkins hacia 1594¹¹.

⁸ TAU ANZOATEGUI, VÍCTOR- MARTIRE, EDUARDO. *Manual de Historia de las Instituciones Argentinas*. 7º edición. Buenos Aires, Histórica, 2006. pp235-236.

⁹ FLORES GUZMAN. op. cit. p. 34.

¹⁰ ZAVALIA LAGOS, JORGE. *Mariquita Sánchez y su tiempo*. Buenos Aires, Plus Ultra, 1986 p. 71. En este punto es preciso aclarar que, según Vicente Fidel López el término judío “ es la palabra con que el vulgo calificaba entonces [siglo XVI] a los protestantes”. LOPEZ, VICENTE FIDEL. *La Novia del hereje o la Inquisición de Lima*. Buenos Aires, Emecé, 2001. p 69.

¹¹ FLORES GUZMAN. Op. cit. p. 38.

Y si bien durante el siglo XVIII los piratas ingleses fueron desapareciendo de escena, ya que con la firma del tratado de Utrecht (1713) España otorgó a Inglaterra una posición privilegiada en el comercio americano, pensamos que estas representaciones pudieron ser reforzadas por las autoridades virreinales del Perú, al prestar auxilio a las del Río de la Plata, con la llegada de las tropas de Beresford primero, y las de Whitelocke, después.

Pero sin lugar a dudas lo que a las autoridades coloniales les inquietaba, era la consideración de protestantes —“luteranos” en lenguaje inquisitorial— es decir, los seguidores de la “*falsa y dañada Secta de Martin Lutero y sus sequases*” que perseguía el Santo Oficio¹².

No es casual, entonces, que la Inquisición de Lima haya juzgado a varios de los piratas que fueron apresados por las tropas españolas. Bajo la imputación de “luteranos”, siete ingleses que pertenecían a la armada de Cavendish fueron procesados: tres resultaron condenados a muerte, en la plaza de Lima el 5 de abril de 1592 (Walter Tiller, Eduard, Tiller y Henry Oxley, éste último fue quemado vivo); mientras que el resto resultó “reconciliado”. Años más tarde, el mismísimo Hawkins fue apresado y conducido a las cárceles inquisitoriales, hasta que fue deportado a Inglaterra¹³.

Las consideraciones que los habitantes del Perú tenían en relación a las creencias religiosas de los súbditos de Inglaterra, han quedado plasmadas en un legendario poema dedicado a Francis Drake:

Este inconstante reino, en fe mudable

*crió aquel capitán, cuya memoria
será en futuros siglos perdurable*

.....

*Oh, venturoso Drake, aqúeste empleo,
aunque de fe católica estás falto,
guárdole Dios, por su juicio justo,
para que de él hicieses a tu gusto”¹⁴.*

O el poema de Arcediano Centenera, al referirse a la toma del barco San Juan de Orton, que hizo Drake, (barco que estaba lleno de causales y que navegaba hacia España):

*“San Juan de Orton, navío muy nombrado,
con la plata del rey había salido:*

¹² AYLLON, FERNANDO. *El Tribunal de la Inquisición. De la leyenda a la historia*. Lima, Ediciones del Congreso del Perú, 1997. p. 697.

¹³ Idem.

¹⁴ MIRAMONTES Y ZUARZOLO, JUAN DE. *Armas Antárticas*. Caracas, Biblioteca Ayacucho, 1978. El destaque es nuestro.

*en breve el luterano le ha alcanzado,
y como de improviso le ha cogido*¹⁵.

.....

III. Protestantes en la Córdoba de las campanas.

A fines del año 1806, y luego de la reconquista, una ola de rumores comenzó a propagarse en la capital dando cuenta de la inminencia de una nueva invasión. En consecuencia, temiendo que llegaran refuerzos y que los prisioneros residentes en ella, se plegaran en la nueva toma, las autoridades decidieron enviarlos al interior. Por entonces se eligió Córdoba del Tucumán, una región suficientemente alejada de la posible zona de lucha¹⁶.

De esta manera, fueron arribando a Córdoba los prisioneros ingleses, que fueron albergados tanto en la capital de la Intendencia, como en Calamuchita, Alta Gracia, La Carlota, San Ignacio y Candelaria. Otros también marcharon hacia Catamarca, San Luis y San Juan¹⁷.

En estos lugares asignados, los ingleses comenzaron a relacionarse y a convivir con las familias, ya que muchos fueron alojados en casas de particulares. Lo mismo había acontecido en Buenos Aires, según hace mención en reiteradas oportunidades Mariquita en su diario: *"La oficialidad que vino en esa expedición era muy fina. Así empezaron a visitar las casas y a conocer la fuerza de la costumbre o la moda y a reírse, unos y otros, del contraste"*¹⁸. Posteriormente, luego de la reconquista, el *"Cabildo reparó en la Casa decentes a los oficiales prisioneros. Pobres ingleses, aquí empezaron a pagar sus culpas. En muchas casas les deban de comer, y lo que necesitaban, pero no los trataban por sus ideas religiosas, pero en otras los tenían en familia"*¹⁹.

Los prisioneros destinados a la ciudad de Córdoba también llevaban una intensa vida social, recorrían libremente las calles y frecuentaban lugares públicos²⁰. Y el hecho de que fueran llevados a San Ignacio, no les impidió realizar visitas a los vecinos cercanos, como relata Gillespie, al mencionar las actividades diarias en las que ocupaban el tiempo:

¹⁵ LOPEZ. Op. cit. p.67. El destacado es nuestro.

¹⁶ La consideración de Córdoba como un lugar central para confinar "europeos peligrosos" fue también utilizada por los gobiernos revolucionarios de 1814, al combatir contra los españoles en las guerras por la independencia. TORRES, FÉLIX. *La Historia que escribí*. Córdoba, Lerner, 1990. p. 234.

¹⁷ BISCHOFF, op. cit; FERRERO, op. cit.

¹⁸ SAENZ QUESADA, MARÍA. *Mariquita Sanchez. Vida política y sentimental*. Buenos Aires, Sudamericana, 1995. p. 46.

¹⁹ ZAVALIA LAGOS, Op. cit, p. 76.

²⁰ Acta del 24 de noviembre de 1806. *Actas Capitulares*. Op. cit.

cabalgatas, “hacer visitas”, juego de pelota, ejercicios, lecturas, estudio de la gramática española y la realización de excursiones²¹. Resulta imperdible la descripción de una reunión dominguera campestre a la que fue invitado en la casa de don Diego Berrotarán, junto a una serie de hombres, un sacerdote y un grupo de mujeres que comían, jugaban a los naipes y bailaban: “*Su recepción fue abundante y bondadosa y por ser el domingo previo el regreso a su casa, invitaron al padre para comer con ellos, quien tuvo poca conversación, pero se dedicó a los naipes inmediatamente después, sentándose hasta la noche, mientras las muchachas y los demás bailaban*”²².

En este contexto, se desencadenaron entre las autoridades coloniales locales y la elite cordobesa, una serie de miedos sociales —no necesariamente compartidos por todos los sectores—: el miedo a la presencia del extranjero (que conllevaba la calificación de “hereje”), a nuevos ataques, a una sedición de los ingleses que se hallaban en calidad de prisioneros, a la plebe, a que las mujeres fueran violadas; es decir, todos miedos asociados al temor de la inversión del orden social, político y religioso.

La aparición de la “herejía” materializada en las personas de los ingleses, generó temor entre la elite gobernante de Córdoba. El miedo a la subversión del orden espiritual, aparece porque operaba por entonces un “orden espiritual” representado por la presencia de una religión de estado, firmemente articulada en la sociedad, bajo los términos de la imposición (o de aceptación, según el caso)²³. La posibilidad de que propagaran sus creencias religiosas —vislumbrada por las autoridades coloniales— representaba una amenaza para la seguridad del Estado²⁴. Resulta ampliamente ilustrativo el encabezamiento de la sesión extraordinaria convocada por el cabildo el 24 de noviembre de 1806, en cuya acta se anota que se hallaban motivados por “*el amor a la Religión, al Rey, y á la Patria puntos que no dan un momento de suspension á las determinaciones que interesan a la subsistencia de todas*”²⁵

²¹ Alejandro Guillespie formó parte de la expedición inglesa, a mando de Popham que ocupó Buenos Aires en 1806. En su “*Buenos Aires y el Interior*” formula severas apreciaciones sobre la sociedad que observaba. Llegó a conocer y describir el interior, en calidad de prisionero confinado, primeramente en San Antonio de Areco, para pasar luego a su segundo destino en el Valle de Calamuchita de Córdoba, donde permaneció un año, habiendo recibido la orden de retornar a su país el 2 de agosto de 1807. SEGRETII, Carlos. *Córdoba Ciudad y Provincia (Siglos XVI-XX) según los relatos de viajeros y otros testimonios*. Córdoba, Centro de Estudios Históricos, 1998.

²² Idem.

²³ ROSAS MOSCOSO. Op. cit. p. 29.

²⁴ EIMERIC, NICOLAU- PEÑA, FRANCISCO. *Manual del Inquisidor*. Barcelona, Atajos, 1996.

²⁵ *Actas...*Op. cit. Acta del 24 de noviembre de 1806.

Los ingleses, aparecen aludidos reiteradamente en dichas actas como “*enemigos d e la religión, y sus bienes*”, “*infieles y falsos en sus juramentos*” o “*enemigos del Estado y de la Religión*”²⁶.

Es importante destacar que la presencia de ingleses, no era nueva en Córdoba, ya que dieciocho años antes de los sucesos aludidos, habían sido traídos por el gobierno español, con el objetivo de que hicieran tareas de exploración en la región de Santa Rosa, en busca de metales, pero al poco tiempo fueron expulsados del continente, bajo el cargo de “herejes”: “...*pero cuya conducta, mientras estuvieron allí, los había hechos sospechosos y, por sus dogmas heréticos, perjudiciales para el pueblo...*”²⁷.

Por todo lo aludido, no es casual que cuando el cabildo recibió un oficio del virrey —fechado en 7 de setiembre de 1806— en el que se disponía que cuatrocientos prisioneros ingleses marchaba a Córdoba—, el cabildo por unanimidad haya protestado y solicitado el envío a distintos partes del interior de la jurisdicción: “*suplicandole, que en atencion a estar intimidado este Pueblo con solo esta noticia, y no tener gentes algunas para reclutar, y reforzar la corta guarnición, y custodia de cien hombres que tiene al presente, hallandose casi desierto el Pueblo, y su campaña y carecer enteramente de todas armas, y aun de las casas destinadas para su alojamiento, por reclamarlas los Curas Rectores para los ejercicios espirituales que actualmente están dando en ellas como reparadas á sus expensas: se digne permitir el que se transfiera la mitad de esta tropa inglesa en partes proporcionadas, según la aptitud de los Pueblos Rioja, y Catamarca, de modo que solo queden en esta doscientos hombres, y de estos sean distribuidos entre los Partidos de su jurisdiccion ciento; con encargo á los Pedáneos de vigilar sobre sus operaciones, y que en caso de no estimar esta suplica por combeniente, se digne á lo menos debolber trescientos, ó quatros-cientos hombres de estas milicias, para consolar y tranquilizar esta Ciudad, y dar el debido lleno á sus ordenes superiores*”²⁸.

El temor a sufrir nuevos ataques, (que de hecho se materializó en junio de 1807) se halla latente en todas las actas labradas ese año; como asimismo, el de sufrir sublevaciones de los prisioneros que se hallaban en la ciudad. Así lo observamos en la lectura del acta del 22 de noviembre de 1806, cuya reunión extraordinaria fue solicitada por el defensor de pobres y menores don Benito Rueda: “*Hallase este Pueblo con un numero de enemigos prisioneros, suficientes para un cáos de confusion si llegasen a sublevarse, (que es factible, segun mil ejemplares que tenemos de otros) y*

²⁶ Actas. Op. cit. Actas correspondientes al 7 de julio, 6 de diciembre de 1806 y 2 de junio de 1807.

²⁷ GUILLESPIE. Op. cit.

²⁸ Actas... Op. cit. Acta del 19 de setiembre de 1806. El destacado es nuestro.

aguardando por otra parte cincuenta y seis mas de los mismos, que todos estarán como hasta aquí sin el numero completo de los cien hombres que se há prevenido por la Superioridad para su custodia. **Vemos que la libertad que se les há franqueado dio margen a la comunicación, y satisfacciones que ya tienen con barias familias de la Ciudad, y en particular con los pardos libres, y esclavos, y propensos á corresponderse, y anoticiar a sus compatriotas hasta de lo más mínimo que ocurra en esta ciudad, escasísimo armamento, y municiones con que se halla y mas asuntos que pueden ser perjudiciales á nuestro amado Soberano**²⁹.

En este punto, resulta sumamente ilustrativa la versión de los hechos que dio Guillespie, sobre el temor que él percibió, cuando las tropas al mando de Witheloke, tomaron Montevideo en febrero de 2007: **“La caída de Montevideo había producido un pánico general, causado por una alarma para la capital por un ataque de los supernumerarios de aquella guarnición, combinados con refuerzos que, según noticias, estaban en camino desde Europa. Tan extendido y poderosa era la impresión de nuestro éxito final, que los jefes de cada familia, en que nuestros oficiales se había alojado en su marcha al interior, solicitaban al partir algún testimonio escrito de buen tratamiento, para mostrarlo como protección de esos invasores, que el temor había ya convertido en vencedores. Si por temor de que las empleáramos o como expediente para armar a su población, no lo sé, pero fueron buscadas todas las armas de fuego y quitadas a nuestros oficiales, por el capitán de la nueva guardia, cuando ésta llegó**³⁰.

Incluso hasta corrieron rumores de que sucedería una sedición en Alta Gracia: unos pocos días antes del segundo desembarco en Buenos Aires, el gobernador Rodríguez convocó por bando a los vecinos para que defendieran la ciudad, ante informes de haberse levantado en armas los prisioneros de Alta Gracia. En este sentido, Bischoff afirma que esta falsa alarma tuvo que ver con la probable exaltación de los ánimos que por entonces vivían en Córdoba³¹.

El texto aludido, nos permite conectar asimismo, otro miedo de la elite: la estructuración de una alianza entre los ingleses y los grupos subalternos de la sociedad —“pardos libres y esclavos”—. Una posible coalición entre ambos grupos —si bien los ingleses eran pocos, pero los pardos y los esclavos, muchos— era percibida como una peligrosa inclinación de la balanza del poder que podría haber derivado en la caída del régimen colonial.

²⁹ Actas... Op. cit. Acta del 22 de noviembre de 1806. El destacado es nuestro.

³⁰ GGUILLESPIE. Op. cit. El destacado es nuestro.

³¹ BISCHOFF. Op. cit.

La posibilidad de que los sectores subalternos de la sociedad se sublevaran fue una idea sustentada y preconcebida por las autoridades del virreinato del Perú, cuando los corsarios atacaban sus costas y poblados³². La elite estaba convencida de que los ingleses podían instarlos a liberarse, debido a que por su condición de "herejes" no tenían la misma idea de orden social (de tipo tradicional) que concebía la monarquía católica: cada uno de los grupos sociales ocupaba un lugar determinado, porque Dios [el de los católicos, se entiende] así lo había querido.

Estos miedos, también pudieron estar sustentados, por el ya clásico "temor a la plebe" que desde fines del siglo XVIII había aumentado su número en toda América —además de haber protagonizado una serie de levantamientos, como el de Tupac Amaru—. En este contexto, sumada a las nuevas políticas borbónicas en materia económica, la corona dispuso una serie de políticas de control social destinados a este sector de la población; políticas que en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán fueron impuestas por Sobremonte como gobernador intendente y que al momento de las invasiones, subsistían³³. Pensemos, asimismo, que como parte del estereotipo de "la plebe" se destacaba la idea de que no eran religiosos, que no iban a misa y por ende, no obedecían a ninguna autoridad; por cuanto las autoridades vieron una combinación explosiva entre ellos y los "luteranos"³⁴. Así podemos leerlo en el texto de la asamblea capitular del 24 de noviembre, ya aludida: "*La falta de Religión que posee esta nación se introducirá en los corazones de nuestros esclavos, como propensos á ello, y amantes a su libertad, no dudo un punto, que podrán reunirse á los vivos deseos de los otros enemigos nuestros*"³⁵.

Finalmente, debemos hacer alusión a otro de los miedos desatados por entonces: que las mujeres de la región se involucraran con los ingleses, con lo cual también se ponía en jaque el orden social, ya que las mujeres sólo debían relacionarse —y hacer uso de su sexualidad— en el marco de un matrimonio —devenido en "sacramento" desde el Concilio de Trento—, celebrado según los ritos de la iglesia católica. Por entonces, el orden social patriarcal se sostenía con familias —gobernadas, controladas y disciplinadas por un patriarca católico y devoto del Rey—. Una unión fuera de estos parámetros —que se agravaba por ser una de las partes un "hereje"— no sólo podía ser calificada y juzgada como un delito-pecado

³² FLORES GUZMAN. Op. cit.

³³ VASSALLO, Jaqueline. *Mujeres Delincuentes. Una mirada de género en la Córdoba del siglo XVIII*. Centro de Estudios Avanzados. Universidad Nacional de Córdoba, 2006.

³⁴ O'PHELAN GODOY, Scarlett: "La construcción del miedo a la plebe en el siglo XVIII a través de las rebeliones sociales". *El Miedo en el Perú. Siglos XVI al XX*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003. pp.123-138.

³⁵ *Actas...* Op. cit. Acta del 24 de noviembre de 1806.

—amancebamiento—, sino que también la mujer también podía ser impudada de “cómplice de herejía” y ser juzgada por el Santo Oficio.

Pero, independientemente de lo aludido, entre algunas de las mujeres del virreinato y los ingleses existió atracción mutua. Las féminas de Buenos Aires manifestaron una evidente preferencia por la oficialidad inglesa; basta leer los textos de Mariquita Sánchez para confirmar lo expresado: *“el regimiento 71 de Escocia, mandado por el general Pack [tenía] las más lindas tropas que se podían ver, el uniforme poético, botines de cintas punzó cruzadas, una parte de la pierna desnuda, una pollerita corta, unas gorras de una tercia de alto, todas formadas de plumas negras y una cinta escocesa corta punzó. Este lindo uniforme, sobre la más bella juventud, sobre caras de nieve, la limpieza de las tropas admirables, ¡qué contraste tan grande!*³⁶.

Por su parte, las mujeres también acapararon la atención de los recién llegados: *“A los ingleses los desconcertaban las mujeres elegantes que usaban basquiña (miriñaque) en la calle y pollera encima con una hilera de guarniciones “ d e modo que marcaba todas las formas, como s estuvieran desnudas.” Sorprendente también era el comportamiento de las porteñas: los recibían en sus habitaciones, con camas y sábanas muy adornadas d e encajes, riéndose a carcajadas y tomando por sordos y tontos a todos ellos porque no sabían hablar español ¡Dios mío! Cuando pienso en esto todavía me da vergüenza*³⁷.

Ignacio Núñez confirma estos dichos en sus Memorias: los generales ingleses *“paseaban de braceté por las calles con las Marcos, las Escaladas y Sarrateas*³⁸. Y Guillespie, llegó a escribir que *“existía evidente preferencia por parte de las mujeres hacia los oficiales ingleses*³⁹.

No es casual, entonces, que las autoridades de Córdoba hayan afirmado que *“ la plebe del otros sexo demuestra una inclinación ázia ellos muy apasionada, y desonesta*⁴⁰. Pensemos que sobre este grupo de mujeres recayeron presunciones de “ liviandad sexual”, sin olvidar que, asimismo, pertenecían al sector social que debía ser “controlado” desde el poder⁴¹.

La seguridad de las mujeres de distintas familias que vivían en los campos, en los que podían alojarse o contactarse con ingleses también fue materia de preocupación y debate en el cabildo, en la reunión extraordinaria convocada el 11 de diciembre porque: *“ siendo común en las casa de campo, que los maridos, hermanos, y sirbientes varones (diariamente) se*

³⁶ ZAVALIA LAGOS. Op. cit. p. 71.

³⁷ SAENZ QUESADA. Op. cit. p. 46.

³⁸ Idem.

³⁹ GUILLESPIE. Op. cit.

⁴⁰ Actas... Op. cit. Acta del 24 de noviembre de 1806.

⁴¹ VASSALLO, op. cit.

ausenten á las faenas de campaña, seria necesario que quedasen los prisioneros en las casas solo por lo regular sin otra guardia que las indefensas mugeres y niños, y por lo mismo expuestas aquellas a muchas violencias, y otras funestas resultas, y dichos prisioneros con facilidad de ausentarse gloriosa de sus excesos."⁴².

Pero más allá de la existencia de barreras legales tanto seculares como religiosas que unos y otros reconocían —Guillespie llegó a afirmar que la "única barrera para vínculos más estrechos era la diferencia de credo"⁴³— algunas parejas se formaron y hasta formalizaron, mediando "conversión" de los ingleses que cuando estaban por ser repatriados a Inglaterra, solicitaron permanecer en Córdoba⁴⁴. Y por los nombres de las mujeres involucradas, podemos deducir que los ingleses escogieron sus esposas entre las del grupo privilegiado: John Pullen y Rafaela Avila, John Ross y Justa Vega, James Cooper y Teresa Cáceres, John Esley con Manuel Tissera, Thomas Wilson con Ana Arias de Cabrera, Thomas Kaemms con Agustina Alfonso, entre otras.

Ahora bien, la conjugación de estos miedos creó un sentimiento de inseguridad en las autoridades virreinales y en la élite colonial que activó una serie de mecanismos de control y represión con el propósito de lograr seguridad en diferentes niveles. Así se desarrolló un abanico de medidas destinadas al control del "enemigo" que se hallaba en el territorio de la jurisdicción, como también rogativas públicas, misas y procesiones para la feliz culminación de la guerra.

En este sentido, se dispuso la reclusión, confinamiento, desarme y vigilancia de los prisioneros; asimismo, y de forma paralela se formaron ejércitos y milicias para combatirlos⁴⁵. Paralelamente, también existieron medidas menos secularizadas —a las que las sociedades tradicionales recurrían habitualmente—, como las misas rogativas (para pedir por el triunfo de las tropas) y las de agradecimiento por los triunfos o la realización de procesiones.

Sin lugar a dudas la iglesia, tuvo un papel relevante en el liderazgo de una efectiva campaña contra los ingleses. En estas ceremonias religiosas (a las que toda la población era convocada por bando), la piedad y la propaganda iban de la mano para llegar a la "conciencia del buen cristiano"⁴⁶.

⁴² *Actas...* op. cit. Acta del 11 de diciembre de 1806.

⁴³ GUILLESPIE. Op. cit.

⁴⁴ *Actas*. Op. cit. Acta del 24 de julio de 1807

⁴⁵ *Actas*. Op. cit. Actas labradas entre julio de 1806 y septiembre de 1807.

⁴⁶ ROSAS LAURO, CLAUDIA: "El miedo a la revolución. Rumores y temores desatados por la Revolución francesa en el Perú, 1790-1800". *El Miedo en el Perú. Siglos XVI al XX*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú., 2003. pp.139-166.

A manera de ejemplo, citaremos el oficio que envió Victorino Rodríguez al cabildo, dando cuenta de que por la primera invasión, había acordado con el Dean Funes, la realización de un *Te Deum* en la catedral el domingo 6 de julio: “*se cantase una misa solemne en la Santa Iglesia Catedral con rogación, sin perjuicio de las demás que se están practicando en la misma Iglesia, y la de los Regulares por el feliz éxito de las armas de nuestro Soberano en la presente guerra; y en especial de las tropas de esta Ciudad que van a socorrer á la Capital de Buenos Ayres...*”⁴⁷. A lo largo de estos meses, hubo cuantiosas misas, según podemos evidenciar a través de las actas.

Las procesiones también fueron otro recurso utilizado: la figura “protectora” elegida fue la Virgen del Rosario. La primera propuesta fue realizada en la sesión del 28 de junio por el alcalde de segundo voto, don Francisco Gache —por entonces ya se hallaba en Córdoba, Sobremonte—: “*en atención á las actuales circunstancias de la guerra, era de sentir se pasase un oficio al R. P. Prior de Santo Domingo, suplicando se sirva disponer se saque en procesión por las calles á la Serenísima Reyna de los Angeles, y Señora Nuestra María Santísima del Rosario, la del nicho, á fin de implorar á Dios por su interseccion por la felicidad de las armas católicas contra los enemigos británicos que se han apoderado de la Capital (...) y que para ello se conviden las Religiones ...*” Debían asistir no sólo el cabildo, el gobernador Rodríguez y el mismísimo Sobremonte.. Fue convocado el “pueblo” para la asistencia y compostura de calles por donde ha de pasara Nuestra Señora, y á cuya función ah de asistir también el Exmo Sr. Virrey⁴⁸.

Recordemos que los “santos” eran considerados como eficaces “intercesores” en la “corte celestial para obtener una gracia”. Ellos podían —desde la óptica de los hombres de entonces—, calmar tempestades, diluir tormentas, huir animales malignos, y derrotar ejércitos de enemigos⁴⁹.

III. A manera de conclusión.

A través de esta ponencia hemos intentado reflexionar sobre los múltiples rostros del miedo que padeció la elite cordobesa, durante los años 1806 y 1807, con motivo de las invasiones inglesas . El miedo presentaba múltiples aristas, que emanaban de temores diversos, unos soterrados y de antigua data, otros de carácter coyuntural. Este “gran miedo” encerraba otros tantos como el miedo a la subversión d el orden social, político

⁴⁷ Actas. Op. cit. Acta del 19 de septiembre de 1806.

⁴⁸ Actas. Op. cit. Acta del 28 de junio de 1807.

⁴⁹ SALMANN, JEAN- MICHEL. “ Lo imaginario en el mundo mediterráneo de la época moderna”. *Historiografía Francesa. Corrientes temáticas y metodológicas recientes* . México DF, Instituto Mora, 1996. p. 41.

y religioso. Todos salieron a la luz durante esta coyuntura, generando un estado de inseguridad especialmente en los ámbitos del gobierno, la Iglesia y los estratos elevados de la sociedad. Estado que intentaron —a través de múltiples acciones— restaurar el sentimiento de seguridad por entonces perdido. Pero ninguno de sus protagonistas sabía aún que con estos acontecimientos, el orden colonial, comenzaba a tambalear y que nuevos miedos se generarían después de mayo de 1810.



LA ENSEÑANZA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EN LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA (1857-2008)

Ramón Pedro Yanzi Ferreira*

Resumen: El trabajo analiza el origen y desarrollo del Derecho Constitucional en la de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Se inicia en 1857 por ser ese año en que la materia adquirió autonomía en los planes de estudio de la carrera de abogacía. Concluye en el año 2000, al entrar en vigencia el nuevo plan de estudios, aprobado por el Honorable Consejo Directivo de esa unidad académica mediante Resolución número 207/99.

Palabras claves: Luis Cáceres- Jerónimo Cortés- Universidad Nacional de Córdoba - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - Enseñanza del Derecho - Derecho Constitucional

Introducción

Esta investigación, que es parte de un trabajo mayor sobre la Historia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, a través de la historia misma de sus Cátedras, se inicia en 1791, al crearse la Facultad de Jurisprudencia en la *Universitas Cordubensis Tucumanae*¹ y concluye en 1999, en oportunidad de la entrada en vigencia del Plan de Estudios 2.000, aprobado por el Honorable Consejo Directivo de la Facultad, mediante Resolución Número 207/99 de fecha 2 de agosto

* Abogado. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor titular de la Cátedra C de Historia del Derecho Argentino, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho; Miembro de Número de la Junta Provincial de Historia del Derecho; del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano; Miembro Fundador y Director del Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas, Roberto I. Peña, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro Correspondiente de la Sociedad Chilena de Historia y Geografía en la República Argentina. Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas en la Provincia de Córdoba. Presidente de la Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho.

¹ El tema ha sido tratado por Aspell, Marcela y Yanzi Ferreira, Ramón Pedro en *Breve Historia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba 1791-1991*. Ed. Advocatus, Córdoba 1993.

de 1999, que aumentó la presencia de los contenidos de Derecho Público, con la incorporación de nuevos núcleos disciplinares en las dos nuevas materias: *Derecho Procesal Constitucional* y *Derecho Procesal Administrativo*, amén del ciclo de las materias optativas entre cuyas ofertas académicas se registra: *Derecho Parlamentario y Técnica Legislativa*, *Derecho Electoral Argentino*, *Derechos de la Integración*, *Historia del Pensamiento Político*, *Derecho Municipal y Profundizado*, *Derecho Constitucional Comparado*, *Derecho Tributario Constitucional*, *Funcionamiento de las Organizaciones Internacionales Intergubernamentales*, *Regiones, Provincias y Municipios en los Procesos de Globalización e Integración*, etc.

En tal sentido, damos a conocer la evolución de los planes, programas y vida y obra de los catedráticos que enseñaron la asignatura Derecho Constitucional². Esta Cátedra se encuentra por su parte, aglutinada hoy, en el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho.

Los Protagonistas

El proceso de enseñanza del Derecho Constitucional reconoce una larga tradición histórica. El 28 de febrero de 1834, por decreto del Gobernador de la Provincia de Córdoba, José Antonio Reynafé, se creó la Cátedra de Derecho Público³.

La nueva distribución de materias que planteaba el Gobernador Reynafé, disminuía el estudio de los Derecho Civil y Canónico, incorporando en el cuarto año el Derecho Público, que contó entre sus primeros catedráticos a los doctores Santiago Derqui, Agustín Pastor de la Vega, Enrique Rodríguez y Ramón Ferreira.

El estudio de la materia se hacía de la siguiente manera: Primer año, elementos de derecho público, político y de gentes con el texto *Espíritu del*

² Una investigación completa sobre el tema de la enseñanza del Derecho Público por Ramón Pedro Yanzi Ferreira se encuentra en *La enseñanza del Derecho Público en la Universidad de Córdoba. 1834-1999*. Cuadernos de Historia Número 12. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas Roberto I. Peña. Córdoba 2002.

³ Consideraciones previas al decreto: “*Considerando este gobierno que los conocimientos en la gran ciencia de legislar son la huella donde el País debe marchar a su organización, y que son los únicos que pueden hacer a ésta producir los efectos que aseguren la felicidad del Estado, y viendo por otra parte, que tal paso se ha cuidado de instruir a la juventud en códigos e ideas que están en perfecta conformidad con las bases y formas de gobierno adoptadas en el mundo civilizado, se ha descuidado enseñar lo que puede ponernos en la aptitud de acomodar a ellas nuestra legislación, ha creído uno de sus más sagrados deberes poner a la parte que las circunstancias le permiten un remedio a este mal adoptando medidas que perfeccionará en mejor oportunidad...*”. Archivo de la Universidad Nacional de Córdoba. Libro de Actas de Sesiones 1828-1836. Sesión del claustro del 3/3/1834.

derecho de Alberto Fritot; Segundo año, derecho constitucional u orgánico, con el texto *Curso de política constitucional* de Benjamín Constant y en el Tercer año economía política donde se utilizaría el texto que oportunamente fijara el catedrático.

La cátedra perduró hasta el 3 de Marzo de 1841, donde a pedido del claustro universitario fue suprimida por decreto del gobernador delegado Claudio Antonio Arredondo.

Bajo el régimen de la Universidad nacionalizada en 1854, los viejos planes de estudio de la secular *Universitas Cordubensis Tucumanae* se vieron nuevamente modificados.⁴

En 1856 se volvió a dictar Economía Política⁵ suprimida en 1841. En 1858, el gobierno de la Nación, a solicitud del Rector de la Universidad Nacional de Córdoba, mediante decreto de fecha 26 de enero de 1858, creó en la Facultad de Derecho la cátedra de Derecho Público Eclesiástico. El primer catedrático fue Emiliano Cabanillas.

En esa época se encontraban vigentes los sensibles adelantos introducidos por la reforma de 1857, en cuanto establecía dos cursos de cuatro años.

En el primer año, se estudiaba el Derecho Romano, el Derecho Canónico y el Derecho Natural, mientras que el segundo año comprendía los estudios de Derecho Romano, Derecho Canónico y Derecho Internacional. El Derecho Patrio, el Derecho Canónico y la Economía Política abarcaban el tercer año y los estudios de Procedimiento y de Derecho Constitucional Argentino integraban el cuarto año. Es decir, en este plan de estudios de la carrera de abogacía, esta última adquiere autonomía.

En el claustro del 16 de junio de 1858 se establece como texto del Derecho Constitucional los *Comentarios a la Constitución de los Estados Unidos* de Story.

La sucesión de los profesores que tuvieron a su cargo la enseñanza de esta disciplina establece el siguiente orden cronológico: El primer catedrático de Derecho Constitucional fue el doctor Luis Cáceres, entre 1860 y 1862 la cátedra estuvo a cargo del doctor Jerónimo Cortés, en 1862 asumió nuevamente la titularidad el Doctor Luis Cáceres, quien se mantuvo a cargo de la misma hasta 1871.

⁴ Toda la información aquí condensada ha sido obtenida de los fondos documentales custodiados en el Archivo Histórico de la Universidad Nacional de Córdoba y en el Archivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

⁵ Un estudio sobre la enseñanza de la Economía Política ha sido abordado por Yanzi Ferreira, Ramón Pedro en *Los estudios de la Economía Política en la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba (1834-2007)*. Anuario X. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Córdoba 2008

Al año siguiente ocupó la titularidad de la cátedra el doctor Cayetano Lozano, desempeñándose hasta 1876 en que la misma pasó a manos del doctor Luis Vélez.

Entre 1880 a 1884 ejerció la titularidad de la cátedra el doctor Alejandro Vieyra, en tanto entre 1884 a 1892 lo hizo el doctor Ramón Figueroa y desde ese año hasta 1898 el doctor Francisco Alonso.

Entre 1900 y 1905 se desempeñó como profesor titular el doctor Juan Del Campillo. Entre 1905 a 1931 la cátedra estuvo a cargo del doctor Guillermo Rothe.

En 1931 fue designado titular de cátedra el doctor Carlos A. Tagle.

Entre 1947 a 1956 el titular de cátedra fue el doctor Carlos Pizarro Crespo, quien enseñó el Derecho Constitucional desde la vertiente de las ciencias políticas, habida cuenta que Pizarro Crespo ejerció activamente la docencia en las cátedras de Derecho Político, Filosofía Jurídica, Constitucional y Administrativo. Desde 1957 hasta 1976 la cátedra fue ejercida por el doctor César Enrique Romero.

Más tarde tendrían a su cargo la enseñanza de la disciplina, los doctores Ricardo Haro, Guillermo Becerra Ferrer, Carlos A. Tagle Achával, Antonio María Hernández, Jorge Gentile, Alfredo E. Mooney y Guillermo Barrera Buteler, cuya actuación científica y académica analizaremos más adelante.

El 6 de enero de 1870, durante la presidencia de Domingo Faustino Sarmiento, y siendo Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública Nicolás Avellaneda, se dicta el decreto mediante el cual se aprueba la nueva organización proyectada por el Consejo de Catedráticos de la Universidad de Córdoba para la Facultad de Derecho de esa Universidad, con lo que quedó reformado el plan de estudios y se señalan los textos que han de emplearse. Disponía el mencionado decreto: *“Teniendo a la vista las actas de las sesiones celebradas bajo la presidencia del ministro de Instrucción Pública por el Consejo de Catedráticos y empleados de la Universidad de Córdoba en los días 3, 4, 11, 25 y 30 de noviembre de verificar una reforma en los cursos superiores de la Facultad de Derecho, ampliando la enseñanza de algunas materias, introduciendo el estudio de otras nuevas y cambiando los textos establecidos por el plan de estudios, decretado en 1864 a fin de adoptar otros que respondan de un modo más completo a las necesidades de la enseñanza y al estado actual de las ciencias: El presidente de la República ha acordado y decreta. Art. 1º: Apruébase la nueva organización proyectada para la Facultad de Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba por los acuerdos claustales de 11 y 30 de noviembre de 1869, quedando distribuidos sus estudios del modo siguiente: Primer año, Derecho Romano, Derecho Internacional Público y Privado, Derecho Canónico Público y Privado. Segundo año:*

*Derecho Romano, Derecho Internacional Público y Privado, Derecho Canónico Público y Privado. Tercer año: Derecho Civil Patrio, Derecho Mercantil, Economía Política. Cuarto año: Derecho Civil Patrio, Derecho Penal, Derecho Constitucional, Economía Política. Art.2º: Quedan adoptados como textos para la enseñanza de las ciencias mencionadas en el artículo anterior los siguientes libros: para el Derecho Romano, el Tratado de Mackeldey y la Instituta de Justiniano. Para el Derecho Civil, el nuevo Código hasta que el catedrático haya redactado una Instituta. Para el Derecho Público Eclesiástico, Vélez Sársfield. Para el Derecho Canónico, el Tratado de Walter. Para el Derecho Penal, el proyecto de Código del doctor Tejedor. Para el Derecho Internacional, Heffter. Para el Derecho Constitucional, los libros de Kent o Story elección del profesor. Para Economía Política, el tratado de Courceil Seneuil o el de Garnier en la última edición. Para el Derecho Mercantil, el Código hasta la formación de la Instituta".*⁶

Cinco días más tarde, es decir el 11 de enero de 1870, razonaba el Poder Ejecutivo Nacional: "... que para la ejecución del plan de estudios aprobado por decreto del seis del presente, son necesarios en la Universidad de Córdoba el establecer de dos nuevas cátedras y la provisión de otra que tiene su respectiva consignación en el presupuesto. Que la creación de nuevas cátedras no puede hacerse sino por ley, puesto que importa la creación de otros tantos representado la necesidad que hay de adoptar un temperamento provisorio, para que las nuevas cátedras puedan funcionar desde principio del próximo año escolar, porque de lo contrario vendría a aplazarse por dos años la introducción de mejoras urgentes reclamadas en la enseñanza, esperando la apertura de nuevos cursos..."⁷

Por dichas razones, teniendo el presidente muy a la vista la distribución de las cátedras proyectadas por el cuerpo universitario en la sesión del día 11 del mes de enero de 1870, disponía por decreto: "...Las cátedras de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba serán desempeñadas del modo siguiente: la de Derecho Civil por el catedrático doctor Rafael García; la de Derecho Internacional y Derecho constitucional, por el catedrático doctor Luis Cáceres; la de Derecho Canónico, por el catedrático doctor Emiliano Cabanillas; la de Derecho Mercantil y Derecho Penal, por la persona a quien designe el rector y los catedráticos hasta que esta cátedra sea provista por oposición con las otras cuya creación se pedirá al Congreso. Autorízase al Rector de la Universidad para que, asociada al consejo de Catedráticos nombre dos personas competentes que desempeñen en comisión las cátedras de Derecho Romano y Economía Política hasta que sean autorizadas por una ley del Congreso. Una vez obtenida del Congreso la autorización de que

⁶ Registro Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 1898.

⁷ Idem.

se habla en el artículo precedente, el rector de la Universidad anunciará con seis meses de antelación, que tanto las dos nuevas cátedras, como las de Derecho Mercantil y Penal, serán provistas por oposición según los estatutos y prácticas de aquel establecimiento..."⁸

Estas fueron, pues, las notas características de la reforma introducida a los planes de estudio en 1870, donde además de la incorporación de las nuevas materias, según hemos visto, se dispuso la supresión de las cátedras de Derecho Natural y Público y de Procedimientos.

Análisis de los contenidos de los Programas y Bibliografía utilizada para el estudio de la Asignatura.

Los Programas de Derecho Constitucional ofrecieron una variedad de propuestas desde los lejanos diagramas docentes de los primeros diseños curriculares que se limitaban a señalar la adopción de textos de estudios hasta la formulación de distintos recorridos temáticos que incorporaban una multitud de aspectos sobre el derecho de los ciudadanos en sus funciones políticas, la organización del estado y los poderes, etc.

Desde el clásico *Story* señalado en el siglo XIX como la vertiente propia para alimentar los estudios sobre el estado, su conceptualización política y el régimen de los poderes frente a los derechos del ciudadano hasta la cuidada diagramación de las estrategias docentes del siglo XX, los contenidos de la materia albergaron desarrollos que oscilaron entre los temas de la sociedad política su historia y formación, el concepto de la soberanía y su evolución, las libertades públicas de los ciudadanos (religiosa, de palabra y prensa, *derecho de tener y llevar armas*, igualdad, propiedad, seguridad personal, inviolabilidad de domicilio y de la correspondencia individual) las formas de gobierno, régimen electoral, formación y alcances del sistema de tripartición de poderes etc, como aparece señalado en los programas del doctor Ramón T. Figueroa, presentados para su aprobación al Consejo de la Facultad en 1886.

El programa del catedrático Francisco Alfonso correspondiente a 1893 introduce el estudio histórico de los ciclos constitucionales ingleses, norteamericanos y argentinos, amén de la minuciosa proyección histórica de cada uno de los temas contenidos en la estrategia curricular que no varía sustancialmente de su antecesor.

Este programa es mantenido, con ligeras variantes en los cursos sucesivos y hasta el en el programa presentado por Juan del Campillo que mantiene el tono anterior con algunos matices críticos. El programa del

⁸ Idem.

profesor Guillermo Rothe presentado en 1907 define el concepto de derecho constitucional, su campo disciplinar, sus relaciones con otras ramas del derecho, estudia luego la configuración de un modelo nacional propio y sobre el sus relaciones con los sistemas constitucionales de otros estados. Introduce el estudio del estado de sitio y el régimen de los gobiernos provinciales. El diagrama se mantiene en los programas de José Cortés Funes.

El programa del profesor Horacio Seghesso se constituyó en un verdadero programa de historia constitucional argentina. Por Ordenanza 207/53 se suprimió del Plan de Estudios la enseñanza de la asignatura *Historia del Derecho Argentino*, siendo reemplazada por *Historia Constitucional*, que se ubicó en el segundo año de la Carrera. Que concluía con una notable dedicación al estudio de los temas de la doctrina política del partido que gobernaba. A modo de elocuente ejemplo citaremos estos puntos contenidos en las últimas cinco unidades del programa: *La revolución Justicialista, el proceso de defensa de la soberanía política, la independencia económica y la justicia social La reforma constitucional de 1949, la tercera posición, valoración justicialista de las fuerzas fundamentales de la humanidad, superación de la lucha de clases por la colaboración social y la dignificación humana* etc.

Los programa del profesor Carlos A. Tagle retornaron a los esquemas anteriores profundizando en método y sistematización, circunstancia que alcanzo mayor grado de elaboración conceptual en el programa de Cesar Enrique Romero que incluía el estudio de los conceptos de estado y derecho, ciencia política, derecho político y derecho constitucional, tipología constitucional, formas de estado y de gobierno, democracia, monocracia, los sistemas de contralor constitucional, los estados de emergencia. El programa requería lecturas de bibliografía extranjera, española y francesa entre las que se encontraba la obra de Burdeau, Duverger, Sánchez Agesta, Fraga Iribarne, etc. Por su parte, el programa de los profesores Guillermo Becerra Ferrer y Ricardo Haro ordenaba la exposición de temas en 20 unidades que cubrían los temas de derecho Constitución concepto y método, el desarrollo del constitucionalismo, el estudio de la constitución argentina, sus antecedentes, organización constitucional, caracteres tipología, supremacía, reforma constitucional, el estado, las declaraciones derechos y garantías la forma de gobierno y la organización y funcionamiento de los tres poderes del estado. Los textos señalados para el estudio abarcaban la manualística de Haro, Becerra Ferrer, Bidart Campos, Sagués, Linares Quintana, Romero, González Calderón, Mooney, Sahab, Ramella, Ekmekdjian, Quiroga Lavié etc.

El programa aprobado cuando los titulares de cátedra eran Guillermo Becerra Ferrer y Ricardo Haro fue actualizado en el año 1995, para

adecuar sus contenidos a la reforma constitucional de 1994 incorporándose nuevos temas en el mismo esquema de división por bolillas. Así se añadió entre los antecedentes históricos, el proceso que concluyó en dicha reforma, como también temas tales como el nivel jerárquico de los tratados internacionales, la integración supranacional, el Pacto de San José de Costa Rica, el derecho de respuesta, el derecho ambiental, los derechos de los usuarios y consumidores, el hábeas corpus y el hábeas data y los decretos de necesidad y urgencia; también se incluyeron en el programa las nuevas instituciones creadas por la reforma: la Auditoría General de la Nación, el Defensor del Pueblo, el Jefe de Gabinete, el Consejo de la Magistratura y el Ministerio Público. También se agregaron, como subtemas del punto Recurso Extraordinario, el "writ of certiorari" y el "per saltum", asumiendo la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema en esa materia. El programa así actualizado se mantiene vigente a la fecha para los alumnos que todavía quedan del denominado "plan viejo".

Con el nuevo plan de estudios (Plan 2000), aprobado por resolución del Honorable Consejo Directivo número 207/9, presentaron los Profesores Hernández, Gentile y Mooney un nuevo programa que, manteniendo los lineamientos y concepción en general del programa anterior, reestructura en parte los contenidos de la asignatura. Se mantiene el número de bolillas y se suprime el tratamiento de los puntos que hacen al Derecho Procesal Constitucional, tales como el Recurso Extraordinario Federal y el desarrollo en detalle de otros procesos constitucionales como el amparo, el hábeas corpus y el hábeas data. A la vez, adquieren más presencia explícita los institutos incorporados por la reforma constitucional de 1994. Este nuevo programa se diferencia del anterior porque menciona expresamente algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que marcan rumbos en determinados temas. Al ocuparse del constitucionalismo agrega a la tradicional división entre constitucionalismo clásico y social, el de tercera generación. Aparece ahora con claridad la doble fuente del sistema de protección de los derechos fundamentales: la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos. También se advierte una mayor presencia de los temas federales que ahora ocupan dos bolillas del programa en lugar de una, incluyéndose el concepto de estado "regional", la noción de región, el régimen municipal argentino y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, además de los relativos al federalismo fiscal.

Se amplía la bibliografía, agregándose un gran número de obras, principalmente de autores nacionales, algunos clásicos como Alberdi, Esquiú y Joaquín V. González y otros contemporáneos como Bidart Campos, Vanossi, Linares Quintana, Badeni, Colautti, Midón, Haro, Cerro, Hernán-

dez, Gentile, Money, Nino, López Rosas y Ortiz Pellegrini, entre otros. También se incluyen autores extranjeros como Hamilton, Madison y Jay, Maritain y Giovanni Sartori.

Con el objeto de adecuar el método de enseñanza a la nueva realidad que impone el Plan 2000, que llevó la asignatura desde el 4º año de la carrera al 1º año y a la vez, con la finalidad de uniformar contenidos y niveles de exigencia, la Cátedra C, a cargo del Profesor Barrera Buteler, puso en práctica a partir del año 2003 la utilización de los "Cuadernos de Estudio", que reformula el orden de los contenidos del programa, incluye el desarrollo de algunos temas de más difícil acceso para los alumnos y, para todos los temas, una guía de estudio con preguntas clave, casos prácticos a resolver por los estudiantes como actividades y selección de párrafos de jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación.

En el nuevo plan de estudios de la carrera de abogacía 207/99 se estableció como contenido mínimo de la materia Derecho Constitucional, el siguiente: *Teoría Constitucional. Concepto. Método y Relaciones del Derecho Constitucional. Poder Constituyente. Génesis de la organización constitucional argentina. Artículos de fe política argentina. Ideología de la Constitución. Personas y Sociedades intermedias. Declaraciones. Derechos y Garantías. Poder de Policía. Estado argentino. Gobierno Federal. Poder Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Ministerio Público.* Mientras que para el Derecho Procesal Constitucional se elaboró como contenido mínimo, el que a continuación se expresa: *Supremacía Constitucional. Recurso Extraordinario. Amparo. Habeas Corpus. Habeas Data. Acción Declarativa de Inconstitucionalidad. Certiorari. Casación Federal. Recurso por salto de la instancia.*

Los Catedráticos: Obra científica y académica.

A continuación se especifica una reseña biográfica más sobresaliente de los Profesores Titulares y encargados de la materia Derecho Constitucional:

Luis Cáceres

Nació en Córdoba el 9 de octubre de 1822, fue bautizado como Luis José Dionisio. Falleció en Córdoba, el 26 de marzo de 1874. Era hijo de Don Bernardino Cáceres y de Doña Josefa Martínez y Sársfield. Casó el 27 de abril de 1858 con Dolores Argüello, nacida en 1841 y fallecida el 12 de febrero de 1917, hija de Don Cipriano Argüello y Moynos y de Doña Isabel Torres de la Quintana. Durante los años 1957, 1958 y 1959 se desempeñó como titular de las Cátedras de Derecho Constitucional y de Derecho Na-

tural en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, convirtiéndose en su Primer Catedrático de la citada en primer término. Asumió, asimismo la Gobernación interina de la Provincia del 26 de julio al 6 de noviembre de 1866. Fue legislador en 1847, 1851 y 1854. No dejó producción bibliográfica sobre la materia

Jerónimo Cortés:

Nació en 1883, hijo de Don José María Cortés, natural de la Isla de León, Cádiz; prisionero en la batalla de Maipú, en 1818 y Doña Teresa Funes y Allende. Contrajo matrimonio en primeras nupcias el 20 de marzo de 1869, con Doña Belisaria Ferreyra y en segunda s nupcias lo hizo en Tucumán, con Doña Agustina Bascari. Cursó sus estudios secundarios en el Colegio Nacional de Montserrat. En 1854 se graduó en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Fue Profesor de Derecho Natural y de Gentes, de Economía Política y Derecho Constitucional. Ejerció la titularidad de la Cátedra de Derecho Administrativo. Fue Comisionado de la Provincia de Córdoba en la cuestión de límites con la Provincia de San Luis, Juez de Primera Instancia y fiscal de la Cámara de Apelaciones. En 1869 integró la Convención Constituyente de la Provincia de Córdoba y fue designado miembro de la Comisión encargada de redactar el proyecto de reforma. En 1883 actuó como Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires. Se desempeñó, asimismo como Diputado y Senador Nacional. Entre sus publicaciones se destacan: *Apuntes de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1910. *Vistas Fiscales expedidas en el carácter de fiscal de la Cámara de Apelaciones de la Capital. Estudios de los Derechos Territoriales de las Provincias. La Reforma Constitucional Provincial de 1870.*

Falleció, en Buenos Aires en 1891.

Cayetano Lozano

Nació en Córdoba el 2 de mayo de 1836, fue bautizado con el nombre de Ramón Cayetano del Espíritu Santo. Falleció el 10 de agosto de 1888. Era hijo de Don Cayetano Lozano y Goyechea y de Doña Flora Fragueiro del Corro. Contrajo primeras nupcias el 29 de setiembre de 1870 con Teresa Páez, nacida en 1847 y fallecida el 14 de setiembre de 1871, hija de Don Eufrasio Páez y de Doña Petrona Coutiño, en tanto en segundas nupcias casó el 25 de julio de 1881 con Dolores Robles, nacida en 1847 y fallecida el 12 de abril de 1915, hija de Don Luis Robles y Gigena y de Doña Teodora de la Lastra y Fragueiro. Entre 1872 a 1876 fue titular de la Cátedra de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Fue Senador por Río Seco de 1872 a 1874. No dejó producción bibliográfica sobre la materia.

Luis Vélez

Nació en Córdoba el 24 de agosto de 1831. Falleció el 20 de septiembre de 1881. Era hijo de Juan José Vélez y Arana y de Mercedes Moyano y Armesto. Casó en Córdoba el 22 de septiembre de 1858 con Ventura Román, fallecida el 25 de septiembre de 1911, hija de José Alejo Román y Allende y de Rosa Arredondo de la Corte. Fue profesor titular de la Cátedra de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Se desempeñó, asimismo como Senador por Río Primero de 1872 a 1876, fue Diputado Nacional y Senador Nacional.

Alejandro Vieyra

Nació en Santiago del Estero, hijo de Robustiano Vieyra y de Amadea Contreras, casado en 1881 con Mercedes Pizarro, fallecida el 9 de agosto de 1907, hija del Doctor Laureano Pizarro y Leániz y de Permenia Posse y Martínez. Durante los años 1880, 1881, 1882 y 1883, se desempeñó como titular de la Cátedra de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Fue Diputado en 1881 y 1882; Constituyente en 1883 y Diputado en 1887. No dejó producción bibliográfica sobre la disciplina.

Ramón Figueroa

Nació en Córdoba, hijo de Indalecio Figueroa y Martínez y de Zoila Torres y Echenique; casado en 1885 con Rita Castaño, hija de Julián Castaño y de Tomasa González. Ejerció la titularidad de la Cátedra de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba entre 1884 y 1892. Fue Senador por el Departamento de San Javier de 1887 a 1891. No dejó producción bibliográfica sobre la materia.

Francisco Alfonso

Fue profesor titular de la Cátedra de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, desde 1892 hasta 1898. No dejó producción bibliográfica sobre la materia.

Juan del Campillo

Nació en 1870 y falleció el 17 de junio de 1927. Era hijo de D. Juan Bautista del Campillo y Gómez y de Doña Eulogia Caballero y Lazcano.

Casó el 12 de agosto de 1895 con Antonia Domínguez, su prima hermana, nacida en 1874 hija de D. Benjamin Domínguez y de Doña Catalina del Campillo y Gómez. Obtuvo él título de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad Nacional de Córdoba con una Tesis Doctoral titulada: "*Juicio Arbitral*". Entre 1900 y 1905 ejerció la titularidad de la Cátedra de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Ocupó significativos cargos públicos: fue Senador por Colón de 1899 a 1903, Constituyente en 1900, Diputado entre 1904 a 1905 y Senador por Totoral de 1906 a 1910.

Guillermo Rothe

Nació en Totoral el 10 de diciembre de 1879, hijo de Enrique Rothe y de Lisaura Armesto. Casó el 16 de agosto de 1905 con Matilde Molina De La Quintana, hija de Modesto Molina y Figueroa y de Concepción de la Quintana Alcorta. Obtuvo el título de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad Nacional de Córdoba. Su Tesis doctoral se refirió a "*La inamovilidad de los jueces*". Entre 1905 y 1930 se desempeñó como titular de la Cátedra de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Actuó, también, como Convencional Constituyente en la reforma constitucional provincial de 1912.

Carlos A. Tagle

Nació el 29 de marzo de 1897, en la ciudad de Córdoba. Cursó sus estudios primarios y secundarios en el colegio Santo Tomás de esa ciudad. En 1919 egresó con el título de Abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, y posteriormente obtuvo el título de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales en esa Casa de Altos Estudios con un meduloso trabajo sobre la reforma constitucional de 1923. En 1922 casó con doña Carlota Achával de cuya unión nacieron 9 hijos. En 1926 fue designado Profesor de Derecho Público, Provincial y Municipal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. En 1927 se desempeñó como profesor suplente en la Cátedra de Derecho Constitucional, posteriormente fue designado encargado de Cátedra, y en 1943 fue nombrado profesor por concurso de esa asignatura hasta el año 1946. Finalmente el doctor Carlos A. Tagle fue reincorporado al ejercicio de la docencia en 1955. Su renuncia para acogerse a los beneficios de la jubilación, fue presentada en 1968. En 1940 fue designado profesor titular por concurso de Ética y Moral en la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Nacional de Córdoba. Fue Presidente del Colegio

de Abogados de la Provincia de Córdoba hasta 1942. En 1943, es designado Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Fue autor de importantes trabajos y conferencias, entre los que sobresalen: *Estado de derecho y equilibrio de poderes en la Constitución argentina*; *El amparo judicial de los derechos individuales*; *Alberdi, patrono civil de los abogados argentinos*; *El centenario del Pacto de San José de Flores*; *La revolución de mayo de 1810: su elevado principismo y generosas finalidades*; *La obra constructiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*; *La labor institucional de la asamblea de 1813*; *Juristas de Córdoba en la Corte Suprema de Justicia de la Nación*; *El sesquicentenario de la independencia argentina: la actitud de Córdoba*; *Dalmacio Vélez Sársfield: el jurista eminente del derecho público*; *La reforma constitucional laboral de 1957*. El Doctor Carlos Tagle.

Falleció en la ciudad de Córdoba el 9 de junio de 1976.

Carlos Pizarro Crespo

Egresado como Abogado en 1922 a los 20 años, alcanzó, al año siguiente, el lauro de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Su trabajo de tesis se tituló "*Seguridades Reales y Mobiliarias*". Fue Subsecretario de Gobierno, Diputado Nacional y Periodista. En 1928 fue designado Profesor Titular de la Cátedra de Filosofía Jurídica y Miembro del Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. En tanto, en 1946 le fue confiada la titularidad de la Cátedra de Derecho Político. Un año después se desempeñó como Profesor en Derecho Constitucional y Administrativo, alejándose de la docencia en 1956 por acogerse a los beneficios de la jubilación. El Doctor Pizarro Crespo fue el primer director, del entonces llamado *Departamento de Derecho Público*, que fuera creado por resolución del 21 de agosto de 1952, años más tarde dicho Centro de Estudios, se convirtió en el *Departamento de Ciencias Políticas*. Fue autor de varios trabajos de su especialidad disciplinar entre los que sobresalen: *La Justicia en el idealismo crítico*. 1928. *La equidad y las funciones en el Derecho*. Publicado en Revista Internazionale de Filosofia del Diritto. *El orden político y social en la Edad Media*. Publicado en el Boletín de la Facultad, en el año 1938. *La conspiración en el Código Penal Argentino*. Conferencia en el Salón de Grados, 1944. Esencia y naturaleza del estado. 1946. Inédito, ejemplar inédito existente en la Biblioteca de la Facultad. *Estudios de filosofía jurídica de James Goldschmidt*, traducción, notas y comentarios por Carlos Pizarro Crespo y Roberto Goldschmidt. Editorial La Ley 1947. *El problema de la extinción de los estados y la situación actual de Alemania*. Publicado en Revista Jurídica de Córdoba, 1948. *La concepción del Estado en Rodolfo Smend*. Imprenta de la Universidad, año 1949. Finalmente, tie-

ne importancia incluir, dentro de su tarea de producción de material docente los *Apuntes de Derecho Político*, tomados de clases que dictara para guiar preponderantemente el estudio de la disciplina entre sus discípulos. El doctor Pizarro Crespo participó, asimismo en importantes Seminarios científicos y dictó innumerables conferencias y cursos de postgrado en su área de especialidad, el Derecho Público.

César Enrique Romero

Nació el 1 de junio de 1916 de la ciudad de La Rioja, hijo de Cesar Paulino Romero y Carrizo de la Viña y de Hulda Enriqueta de Herrera y Cáceres. Egresó a los 17 años como Maestro Normal Nacional de la Escuela Normal Nacional de Maestros *Pedro Ignacio de Castro Barros*, en tanto, en el mes de febrero de 1935 egresaba como Bachiller Nacional del Colegio Nacional *Doctor Joaquín V. González*, ambos de la ciudad de la Rioja. Radicado posteriormente en Córdoba, ingresa a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, donde en el mes de noviembre de 1940 alcanza el título de Abogado. Pedro J. Frías lo dirige en sus estudios doctorales, que corona con su Tesis Doctoral *Poderes Militares en la Constitución Argentina*. Más tarde fue Catedrático de Derecho Constitucional. Fue asimismo Profesor y Fundador del Bachillerato Nocturno General José de San Martín, Decano Interventor de la Facultad de Derecho durante el Rectorado del Doctor Agustín Caeiro, Asesor Letrado de la Universidad, Ministro de Educación y Cultura de la Provincia, Fiscal de Estado y Tierras Públicas.

Ejerció la titularidad de la Cátedra de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de Córdoba y Nacional de Buenos Aires como también en las Universidades del Salvador y en la de Belgrano. Fue Director del Instituto de Derecho Político Constitucional Administrativo y Público Provincial y Municipal de la facultad de Derecho. Fue Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Vicepresidente de la Asociación Argentina de Ciencia Política y profesor visitante de nueve universidades españolas por más de 10 años. Ha publicado numerosos trabajos entre los que sobresale: *Introducción al Derecho Constitucional; Estructuras reales de poder en la República Argentina; Temas constitucionales y políticos; Derecho Constitucional, Legitimación Política del Poder, El Poder Ejecutivo en la realidad contemporánea, La democracia como forma política, etc.*

Ricardo Haro

Nació el 9 de junio de 1933. Realizó sus estudios de Bachillerato Humanista en el Colegio Nacional de Monserrat. Se graduó como Abogado

y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Posteriormente llevó a cabo estudios de Postgrado en el Instituto de la Administración Pública de la Universidad de Alcalá de Henares (España). Es Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba, Académico de Número y Ex Vicepresidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Argentina de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Se ha desempeñado como Director del Departamento de Derecho Público de la Universidad Nacional de Córdoba. Su larga carrera docente lo registra como Profesor Titular por Concurso de Derecho Constitucional y Administrativo, en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba, (1969-1978), Profesor Titular por Concurso de Derecho Constitucional desde 1989 hasta 1999, en que es designado Profesor Emérito, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Anteriormente fue Profesor Adjunto por Concurso (1964-1988), Profesor en los Cursos de Postgrado de Especialización en Derecho Público de la Universidad Nacional de Córdoba, desde 1992, Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Privada Blas Pascal de Córdoba, desde 1997 hasta 2005, Profesor Extraordinario de la Universidad Católica de Salta, Profesor Invitado en los Cursos de Postgrado de Doctorado para Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de Neuquén, 1998 y en los Cursos de Post-grado de 1999 en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán, en la Universidad Nacional de La Pampa y en la Fundación Alta Dirección de la ciudad de Mendoza, Profesor Honorario, en la Facultad de Derecho y Ciencia Políticas de la Universidad Peruana Los Andes. Profesor Visitante en las Universidades de Complutense, Santiago de Compostela, de Salamanca, Carlos III (Madrid); Universidad Nacional de Educación a Distancia (Madrid) y en las Universidades del Rosario y Sergio Arboleda de Bogotá (Colombia). Ha publicado numerosos trabajos, entre los que sobresalen: *Constitución, Gobierno y Democracia* Universidad Nacional de Córdoba, 1987, prologado por el Dr. Pedro J. Frías, *La Competencia Federal - Legislación, Jurisprudencia y Doctrina*, 1989, prologado por el Dr. Germán Bidart Campos. Registra también participación en capítulos de más de 30 libros, entre los que sobresalen: *Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje al Centenario de la Cátedra de D. Administrativo de la Universidad de la República (Montevideo)*, Edit. Universitaria, 1979. *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix Zamudio*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, 2 ts. "Manual de Derecho Constitucional", Edit. Advoca-

tus, Córdoba 1993, 2 ts. *El Derecho Público Actual*, en homenaje al Prof. Dr. Pablo A. Ramella, Depalma 1994. *Estudios en Honor de Pedro J. Frías*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994, 3 tomos. *Comentarios a la Reforma Constitucional*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1995. *La Constitución Argentina de nuestro Tiempo*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996. *Desafíos del Control de Constitucionalidad*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires 1996. *La Constitución Reformada - Primer Seminario sobre la Reforma de 1994*, Ministerio del Interior, Buenos Aires 1996. *Las Leyes Reglamentarias de la Reforma Constitucional - Pautas y Sugerencias Fundamentales*, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Bs. As. 1996. *La Reforma de la Constitución Argentina en perspectiva comparada*, Cuadernos y Debates N° 64, editado por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, en 1996. *Direito Constitucional - Estudos em Homenaje a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, libro colectivo, Editorial Dialéctica, São Paulo, año 1999. *Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield*, obra en 5 ts. editado por la Academia Nacional de Derechos y Ciencias Sociales de Córdoba, en Córdoba en el año 2000. *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en Honor de Pablo Lucas Verdú*, Universidad Complutense de Madrid e Instituto Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Madrid 2001. *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica - Libro Homenaje a Germán Bidart Campos*, publicado por la Sección Peruana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Editorial Grijley, en Lima, Abril del año 2002. *Homenaje a Juan Bautista Alberdi*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba Año 2002, 2 tomos. *Constitución, Poder y Control*, Ed. Universidad Autónoma de Madrid. *Control de Constitucionalidad* prologado por Jorge Reinaldo Vanossi. Asimismo es autor de más de 60 trabajos publicados en diversas revistas especializadas, tanto nacionales como extranjeras, así como más de 130 notas y reseñas bibliográficas. Participó como Presidente, Relator, Panelista, Coordinador, etc. en más de cien Jornadas, Encuentros, Congresos, Seminarios, etc., tanto en el país como en el extranjero. Dictó más de 140 cursos y conferencias en el país y en el extranjero. Es miembro de más de 30 instituciones especializadas, nacionales y extranjeras, pudiéndose mencionar entre muchas otras: Asociación Argentina de Derecho Constitucional donde actuó como Presidente. Miembro Titular entre muchas otras, del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; de la Asociación Argentina de Ciencia Política; Instituto de Derecho Constitucional Joaquín V. González de la Universidad Nacional de Córdoba; del Instituto de Estudios Legislativos de la F.A.C.A.; Asociación Argentina de Estudios Parlamentarios; Vocal Titular del Consejo Directivo de la Asociación de Magistrados de la Justicia Federal, etc.

Es Miembro Correspondiente del Instituto de D. Político y Constitucional Carlos Sánchez Viamonte de la Universidad Nacional de La Plata; del Instituto de D. Parlamentario del H. Senado Nacional; de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional; de la Asociación de Constitucionalistas Colombianos; del Centro de Estudios de la Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político; de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Durante cuarenta y tres años (1951-1994) realizó su carrera judicial a la que se incorporó como Auxiliar Ad-honorem y luego de ocupar los cargos el escalafón de empleados, fue Oficial de Justicia desde 1958 a 1968 y Secretario del Juzgado Federal N° 1 a partir de 1968. Posteriormente se desempeñó como: Defensor Oficial ante los Tribunales Federales de Córdoba a partir del año 1974; Juez de la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba en 1976, nombramiento ratificado por el acuerdo del H. Senado de la Nación del 11 de Junio de 1984. Presidente del Tribunal en diversos períodos. Hasta el 28 de Diciembre de 1994, fecha en que le fue aceptada la renuncia presentada a fin de acogerse a los beneficios de la jubilación. Presidente de la H. Junta Electoral Nacional en el año 1994. Director de los Cursos que la Escuela de Capacitación Judicial, realizó en la sede judicial de Córdoba durante los años 1989 y 1990. Conjuez de la Excma. Cámara Federal de Apelaciones (Ley N° 18.464), desde el año 1999 hasta 2002. Actualmente es Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde Noviembre de 2002 con acuerdo del Senado de la Nación. Se le han otorgado numerosas distinciones, entre otras: "Orden Francisco de Miranda", condecoración otorgada por el gobierno de la República Venezolana, premio Konex en Humanidades 2006, etc.

Guillermo Becerra Ferrer

El doctor Guillermo Becerra Ferrer constituye un paradigmático ejemplo de precocidad intelectual. Abogado a los 19 años, Subsecretario de Gobierno a los 27, Catedrático de Derecho Constitucional a los 31, Ministro a los 32, Académico de Número a los 42 años. Sobre el particular, al presentarlo como Académico de Número en el seno de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, juzgaba el Profesor Pedro J. Frías: "Ha sido precoz no por el apuro de vivir, sino por la idoneidad para crecer en responsabilidad. Tuvo el privilegio de sumar madurez a su juventud y de merecer desde ahora juventud para su madurez. Nació el 19 de Enero de 1935. Casó con Marta Maldonado Díaz. El 26 de Mayo de 1954 egresó como Abogado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Mas tarde alcanzó el grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, con una Tesis Doctoral titulada "Bases para una futura Reforma Constitucional", calificada de sobresaliente el 10 de Octubre de

1962. Fue Miembro Fundador de la Asociación Argentina de Ciencia Política del 2 de Junio de 1959, Miembro titular del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional con sede en México, del Instituto de Derecho Constitucional, "Joaquín V. González" de la U.N.C, Director por elección de los Profesores del Instituto de Derecho Constitucional "Joaquín V. González" de la U.N.C. (1977-1986). Profesor por concurso de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor titular por concurso de Derecho Constitucional y Administrativo, en la Facultad de Ciencias Económicas de la U.N.C. desde el 1-10-63 al 20-04-73 y Profesor titular de Derecho Constitucional en la Universidad Católica de Córdoba, años 1960-1966. Miembro del Directorio del Colegio de Abogados de Córdoba, período 1964-1966. Sub-Secretario de Gobierno en 1962. Ministro de Gobierno, Culto y Justicia, en 1966 y 1967. En 1977 ingreso en calidad de Académico de Número a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Fue asimismo Secretario General de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional en los períodos 1979-1981 y 1981-1983. Ha publicado numerosos trabajos entre los que se destacan: *Estado de guerra interno en Cuadernos del Instituto de Derecho Constitucional* (año 1956). *Reflexiones sobre una futura reforma constitucional* en *Revista Jurisprudencia Argentina* (año 1956). *Hacia un correcto ejercicio de la función pública* en *Revista La Ley* (año 1957). *La libertad política*, en *Revista Jurídica La Ley. Facultades de las Convenciones Constituyentes*, en *Revista Jurisprudencia Argentina. La Idoneidad constitucional* en *El Derecho* 1º. *Recurso de Amparo* en "Revista Jurisprudencia Argentina. Delegación de facultades legislativas en *La Ley. Bases para una futura reforma constitucional* (inérita). *Partidos Políticos* en *Boletín de la Facultad de Derecho. Un consejo económico-social en Argentina* en Cuadernos de los institutos Número 103, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

Falleció en la ciudad de Córdoba, en 1998.

Carlos A. Tagle Achával

Nació en Córdoba el 12 de Agosto de 1923. En 1948 egresó de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, con el título de Abogado con medalla de oro y premio Universidad, en distinción al mejor egresado de la promoción. En 1963 obtuvo el grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por su tesis *El Federalismo*, calificada como "sobresaliente". Se desempeñó en su provincia natal como: Ministro de Educación y Cultura de la Provincia de Córdoba en 1973- 74, Diputado Constituyente en la Convención reformadora de la Constitución de Córdoba en 1986-87, Sub-secretario de Educación y Cultura de la Provincia de Córdoba en el período de Mayo a Diciembre de 1958, Vocal Director en

el Instituto de Asuntos Agrarios y colonización de Córdoba (IPAAC), 1959-62. Profesor Consulto de la Universidad Nacional de Córdoba.

Entre sus publicaciones se destacan: *Ensayo sobre las Revoluciones*, Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, 1961; *El Régimen Político Argentino* después de la reforma constitucional de 1866, Edición del autor, 1967; *Historia de las Instituciones Políticas Argentinas* (2 vols.), 1967; *Historia Constitucional* (3 vols.), Depalma Bs As, 1976; S.R.L (obra de teatro), 1957; *La Cabeza de la Hidra* (obra de teatro, que versa sobre la obra de Domingo Martínez de Irala); *Cuando Perón llegó a la Casa Rosada* (obra de teatro), 1985; *Cuando Teresa Rati conoció la verdad* (obra de teatro), 1982; *La Legitimidad de la actual Constitución Nacional*, 1993; *Legitimación y Reforma de la Constitución*, Atenea, Córdoba 1994; *Nueva Constitución de la República Argentina* (con trabajos de otros autores), Dobarro Bs As., 1994; *Pietro de Angelis, un sabio napolitano en la cultura argentina*, editado por el Instituto de Cultura; *Las motivaciones de la lucha política argentina*, de Caseros a 1880, trabajo inserto en el Libro Congreso Nacional de Historia Argentina, editado por la Comisión Post Congreso Nacional de Historia Argentina, Bs As., 1997; *El Derecho Constitucional y su proyección sobre el caso Bussi*, Ed. Copiar, 2000. Es autor asimismo de más de 300 artículos periodísticos. Ha dictado numerosas conferencias, cursillos y seminarios y participó en diversos congresos, mesas redondas y paneles, en el país y en el extranjero.

Falleció en la ciudad de Córdoba, el día 15 de Abril de 2004.

Antonio María Hernández

Nació en Villa María, Provincia de Córdoba, el 13 de marzo de 1949. Está casado con María Alejandra Buteler y es padre de cinco hijos: Luz María, Pilar, Antonio María, Gonzalo y Jaime María. En la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, obtuvo respectivamente los títulos de Abogado (1970) y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (1975). Es, asimismo, Diplomado en "Administración Municipal y Desarrollo Rural" en el Instituto de Estudios de Administración Local (1978) de Madrid, España. En la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba se desempeña como Catedrático de Derecho Constitucional, y Profesor Plenario de Derecho Público Provincial y Municipal. Es actualmente Director del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Autor y coautor de varios libros, entre los que se destacan: *Derecho Municipal*, Prologo de Pedro J. Frías, 2ª. Ed. Actualizada y aumentada (1997), Depalma, Buenos Aires, que en 1998 fuera premiado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires con el Accesit al Premio

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Prólogo de Germán Bidart Campos, (1997), Depalma, Buenos Aires, *Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios*, Prólogo de Eduardo García de Enterría (2000), Depalma, Buenos Aires, "El Caso Fayt y sus implicancias constitucionales", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, (2001), Córdoba, "Las emergencias y el orden constitucional", (2002), Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires. Ha pronunciado numerosas conferencias en el país y en el extranjero, destacándose las dictadas en las Universidades Complutense, Carlos III de Madrid, Salamanca y Santiago de Compostela, España. Ha sido Concejal electo en la Municipalidad de Córdoba (1983), Subsecretario de Gobierno de la Provincia de Córdoba (1983-1987), Presidente del Bloque de Diputados Provinciales de la UCR (1987-1991) y Diputado de la Nación (1991-1995), ocupando la Presidencia de la Comisión de Legislación Penal y la Vicepresidencia del Bloque. Finalmente, fue Candidato a Vicepresidente de la República por la UCR en las elecciones presidenciales de 1995. También se desempeñó en tres Convenciones Constituyentes: en la Provincial (1987), en la Nacional (1994), donde fuera Vicepresidente de la Comisión de Redacción y en la Municipal de la Ciudad de Córdoba (1995), donde fuera designado Presidente de la misma. Fue asesor del Gobierno de la Provincia de Córdoba en la redacción del Tratado Interprovincial de creación de la Región Central, en 1998, Miembro de la Comisión 301 designada por el Presidente de la República para analizar los problemas derivados del contrato de concesión del Sistema Nacional de Aeropuertos, entre los meses de abril a julio de 2001. En 1999 fue designado Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Desde ese año se desempeñó como Vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional hasta asumir la Presidencia en octubre de 2001, actualmente es Presidente Honorario. En noviembre de 2001 fue electo Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, por el período 2001-2003. Académico correspondiente de la Academia Argentina del Ambiente, de la Academia Nacional de Ciencias Políticas y de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Ha sido categorizado en el régimen de Docentes Investigadores como Profesor de Categoría 1 como Investigador. Actualmente participa de estudios y publicaciones de derecho comparado sobre Federalismo y Derecho Constitucional Provincial con las Universidades *Pompeu Fabra* de Barcelona y la *Rutgers University of New Jersey*. Fue designado Miembro de la Comisión Consultiva de Expertos para la Reforma Político-Electoral de la Provincia de Córdoba por decreto del Gobernador de la Provincia, de Octubre de 2007.

Jorge Horacio Gentile

Nació en Córdoba en 1940. Realizó sus estudios primarios en el Colegio Normal Alejandro Carbó, y los secundarios, alcanzando el título de bachiller, en el Colegio Nacional de Monserrat. Obtuvo su título de Abogado en la Universidad Católica de Córdoba y el grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad Nacional de Córdoba. Es profesor titular por concurso de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Córdoba y en la Universidad Católica de Córdoba. Fue profesor de historia argentina en el Instituto Secundario Juan Zorrilla de San Martín. Ha sido convencional constituyente en la provincia de Córdoba entre los años 1986 y 1987, habiendo actuado como Vicepresidente de la Comisión de Coordinación y Redacción final de dicha Asamblea, como así también en la Convención Constituyente Provincial de la reforma a la Carta Provincial del 2001 donde asimismo se desempeñó como Miembro de la Comisión Redactora del Proyecto de Reforma. Fue Diputado de la Nación entre 1989 y 1991, donde actuó como vicepresidente del bloque Demócrata Cristiano, Secretario de la Comisión de Legislación General, integrante de la de Relaciones Exteriores y Culto, Comercio y Modernización Parlamentaria, y Secretario de la Comisión Parlamentaria binacional argentino-chilena. Fue convencional municipal constituyente en la ciudad de Córdoba en 1995. Ha publicado: *La reforma constitucional: una nueva constitución argentina*, Ediciones Ciudad Argentina 1.985; *Algunas ideas y criterios para superar la decadencia argentina*, Marcos Lerner Editora Córdoba, noviembre de 1.990; *Primera rendición de cuentas como Diputado de la Nación; Congreso de la Nación, noviembre de 1.990; Segunda rendición de cuentas como Diputado de la Nación, Congreso de la Nación, junio de 1.991; Tercera rendición de cuentas como Diputado de la Nación, Congreso de la Nación, diciembre de 1.991; Gestión Parlamentaria*, trabajo elaborado para el Centro Latinoamericano de Administración para el desarrollo y las Naciones Unidas, en el Programa Regional de Reforma del Estado en América Latina y el Caribe con el auspicio del Parlamento Latinoamericano, 1996; *Derecho Parlamentario* Ediciones Ciudad Argentina, febrero de 1997. "Vivencias políticas y constitucionales, Ed. Alveroni, Córdoba, febrero 2000. En colaboración con otros autores ha publicado: *Manual de Derecho Constitucional; co-autor, tema: Poder Legislativo*, Ed. Advocatus, dos ediciones de 1993 y 1995; *Juntos por Córdoba, co-autor con el doctor Ignacio Vélez Funes*, Ed. Advocatus, Córdoba agosto de 1993; *Carta orgánica y constitucional para la ciudad de Córdoba. Proyecto, co-autor con el doctor Ignacio Vélez Funes*. Córdoba, 1995; *Leyes reglamentarias de la reforma constitucional, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, en el tema: La comisión bicameral permanente. bases constitucionales*, noviembre de 1996. *Temas*

de derecho del trabajo, Tema: Lo contencioso administrativo en materia laboral, publicación dirigida por el doctor Rene Mirolo, Ed. Advocatus, Córdoba, octubre de 2000. Ha sido observador en las elecciones de El Salvador de 1988, Chile de 1989, y de las presidenciales de Estados Unidos de América en 1992, 1996 y 2000. Ha asistido invitado a cursos, seminarios y congresos en Argentina, Alemania Federal, España, Chile, Uruguay, México, Perú, Venezuela, Italia y USA. Es miembro en la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Es director de la sección Derecho Constitucional del Instituto de Estudios Jurídicos del Colegio de Abogados de Córdoba. Es el actual tesorero de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Es miembro de la Secretaría de Culto de la Nación. Dirigió y disertó en las Jornadas de Derecho Parlamentario que la Fundación Humanismo y Democracia y la Universidad Católica de Córdoba organizaron en los años 1989, 1990, 1991 y 1992. Fue Director del Seminario de Derecho Parlamentario organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba en 1994. Ha disertado sobre temas parlamentarios en las legislaturas de la provincias de Santa Fe, Entre Ríos, Misiones, Catamarca y en el Congreso de la Nación, en seminarios organizados por el Instituto de Capacitación Parlamentaria de la Cámara de Diputados de la Nación. Participó como Director de un panel en el Congreso Mundial de Parlamentarios llevado a cabo en Buenos Aires en el año 1990 y organizado por la Comisión de Modernización del Parlamento que integraba de la Cámara de Diputados de la Nación. Ha escrito y escribe sobre temas de su especialidad en diarios, periódicos y revistas como: *La Prensa, El Cronista Comercial, La Ley, El Derecho, Criterio, C.I.A.S. y Esquiú de Buenos Aires, La Capital de Rosario, La Nueva Provincia de Bahía Blanca, El Liberal de Santiago del Estero, El Independiente de La Rioja, Río Negro de General Roca, El Puntal de Río Cuarto, La Voz de San Justo de San Francisco, Diario del Valle de La Falda, La Voz Del Interior, El Correo del Cerro, Comercio Y Justicia, Pagina 12 Y La Ley de Córdoba, Revista Tribuna del Colegio De Abogados de Córdoba, y la del Colegio de Abogados de Río Cuarto* entre otras publicaciones de la República Argentina. *Fue nombrado Miembro de la Comisión Consultiva de Expertos para la Reforma Político-Electoral de la Provincia de Córdoba por decreto del Gobernador de la Provincia, de Octubre de 2007*

Alfredo E. Mooney

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, graduado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Su Tesis Doctoral se tituló: "La ideología de la Constitución. Actualmente es Profesor Titular Derecho Público. Es Profesor Titular de Oratoria y de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencia Política y Relaciones

Internacionales Universidad Católica de Córdoba, donde asimismo fue Decano. Actualmente se desempeña como Vocal de Cámara Séptima en lo Civil y Comercial del Poder Judicial de Córdoba. Registra una importante actuación en Universidades públicas y privadas. En 1973 fue designado Director del Instituto de Derecho Político de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y en 1974, Encargado de la Escuela de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Córdoba. Es miembro de importantes sociedades científicas tales como la Sociedad Católica Argentina de Filosofía, la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, la Asociación Argentina de Derecho Constitucional etc. En 1994 fue designado Director de la "Sala de Derecho Constitucional", del Colegio de Abogados de Córdoba. Ha publicado: *Influencia del Jurista en el Desarrollo Económico y Social de su País bajo el Imperio de la Ley*, Año 1961, con 2ª Edición en Ed. Jus, en 1972; *El Congreso y la Representatividad*, año 1970; *Comentario al Estatuto de los Partidos Políticos*, Ed. Jus 1970; *La Ideología de la Constitución Nacional*, Tesis, Ed. Jus año 1970, segunda edición en 1986; *Constitución Nacional - Su Reforma*, año 1971; *La Representatividad y el Sistema Educativo*, 1972; *El Fuero Sindical*, Ed Jus 1972; *La Ley del Ballotage a la Luz de las Elecciones del 11 de marzo y la Realidad Política*, La Ley 24/05/73; *Representatividad Cultural: la Representatividad y Sistema Educativo*, separata de la Revista Notarial de Córdoba N° 24, 2/1974; *Representatividad Política, El Congreso y la Representatividad*, Cuadernos N° 123, año 1974, Universidad Nacional de Córdoba; *La Nueva Estructura del Poder*, el tema del Cuarto Hombre desde la Ciencia Política, La Ley 15/05/78; *La Nueva Estructura del Poder (El Actual Poder Ejecutivo)*, La Ley 16/10/78; *El Tránsito de los Gobiernos de Facto a los Gobiernos de Jure en la República Argentina*, un análisis politológico, en colaboración con la Licenciada Giorgia Blanas de Marengo. Trabajo realizado bajo el auspicio del C.O.N.I.C.E.T. Según Resolución N° 600/79. En la Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba. *Apreciaciones Sobre la Ley 22.105 de Asociaciones Gremiales de Trabajadores y del Decreto Reglamentario 640 a la luz del Derecho y de la Ciencia Política*, La Ley 13/06/80; *La Nueva Estructura del Poder - El Actual Poder Ejecutivo*, La Ley, 1980; *El Rol Presidencial*, La Ley, 1980; *El Régimen Político-Constitucional en Japón*, trabajo conjunto con el Dr. Carlos Váldez: 1ª Edición en Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 41, Mayo - Agosto, 1981; *El Actual Esquema de Poder*, La Ley, 06/09/82; *Comentario al Estatuto de los Partidos Políticos*, La Ley, 22/11/82; *Las Cláusulas Programáticas y Operativas en el Derecho Público Provincial Argentino*, año 1984; *El Fuero sindical en el Derecho Público Provincial Argentino*, año 1984; *El Caso de la Madre No Casada*, Revista Pleno

Derecho N° 3, Marzo 1985; *La Elección del Poder Ejecutivo Nacional – Legadidad Versus Legitimidad*, La Ley 30/10/85; *Cláusulas Programáticas y Operativas*, Comercio y Justicia. Córdoba, 22/08/85; *Reflexiones y Aportes para la Reforma de la Constitución de la Provincia de Córdoba*, Ed. Comercio y Justicia, 1987; *Partidos Políticos en Formación. Nombre, Sigla y otras Cuestiones Conexas*, La Ley 06/05/86; *El Juicio por Jurados en el Sistema Constitucional de la República Argentina*, año 1986; *El Juicio por Jurados en el Derecho Público Provincial Argentino*, La Ley 13/08/86); *Los Derechos Humanos como Legado de Artigas*, Ed. Comercio y Justicia, 1986; *El Régimen Político Constitucional de Japón*, 1º Edición México, año 1987; *El Régimen Político constitucional de Japón*, co-autor, 2º Edición, año 1987; *El Divorcio Vincular no es un Derecho Humano sino de Creación Legal*, La Ley Córdoba N° 5, Mayo 1987; *La Ideología en el Derecho Público Provincial*, Revista del Colegio de Abogados de Córdoba – 1989; *El Poder Constituyente*, año 1987; *Ciencia Política y Retórica en la Formación del Abogado*, Revista del Colegio de Abogados N° 25, año 1986; *La Ideología de la Constitución Nacional*, La Ley Córdoba, Año 1990; *La Reforma de la Constitución Nacional*, 2º Edición por U.N.C., año 1990; *Estado de Derecho o Derecho del Estado*, La Ley Córdoba, año 1988; *Opinión sobre la Reforma de la Constitución de Córdoba*, Comercio y Justicia, 04/11/89; *Juicio por Jurados*, obra conjunta con Alfredo Lemon. Ed. Lerner, 1989, con 2º Edición en 1996, con prólogo de Néstor Sagués y Pedro Baquero Lazcano; *Justicia y Participación de los Jurados*, con Alfredo Lemon, Comercio y Justicia 20/08/90; *Derecho Constitucional*, 1º Edición en 1990, 4 tomos, Ed. Elías, 1991; *La Constitución de Córdoba. Concordada, Doctrina y Jurisprudencia*, con prólogo de Antonio Hernández, Ed. Advocatus, Córdoba 1991; *Derecho Público Provincial*, 2 tomos, Ed. Advocatus, Ediciones 1992 y 1993; *Oratoria*, Ed. Alveroni, año 1992; *Cuestiones Fundamentales de Ciencias Políticas*, con Eduardo Arnoletto, Ed. Alveroni, 1993; *La Constitución de Córdoba con Jurisprudencia*, 2º Edición.

Falleció en la ciudad de Córdoba, el 5 de Junio de 2003.

Guillermo Barrera Buteler

Nació en la ciudad Córdoba, 21 de septiembre de 1956. Egresó con el título de abogado en 1980 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. En 1995 alcanza el grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales en dicha Unidad Académica, con una tesis doctoral sobre “La provincia en la nación” calificada como “sobresaliente”, con recomendación de publicar. Fue seleccionada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales como modelo de tesis doctoral de esa casa

para su elevación a la C.O.N.E.A.U a los fines de la acreditación de la carrera de abogado.

Es profesor titular por concurso de las Cátedras de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal.

Profesor en los cursos y carreras de Postgrado sobre Diplomatura en Derecho Municipal, de la Carrera de Especialización en Derecho Público y de Derecho Procesal, de Capacitación y Perfeccionamiento en Derecho Constitucional, etc.

Pronunció conferencias en distintos foros y participó en congresos como en jornadas, seminarios y simposios en el área de su especialidad.

Recibió premios entre los que se destacan: "*Premio Provincias Unidas*" Edición 1997 de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, "Mención Especial" otorgada por la Facultad de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales de la Universidad Nacional de Córdoba, en reconocimiento a la participación en meritoria labor en transferencias de tecnología en 1998, y Distinción Académica "Ut Portet Nomen Meum Coram Gentibus" otorgada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de dicha Universidad en 1997.

Fue Consejero del Honorable Consejo Directivo de esa Casa y Consiliario del Honorable Consejo Superior de la Universidad Nacional de Córdoba en representación docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales desde el 2002 y reelegido en 2004 y 2006.

Además es autor de libros, capítulos de libros y publicaciones entre las que sobresalen: *Provincias y Nación*. Ediciones Ciudad Argentina, Bs. As. 1996; *Derecho Constitucional - Cuadernos de estudio - Cátedra C*" (en coautoría con las Ab. Magdalena Álvarez y Andrea Lucas Garín). Edición de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2004; *Propuesta para la reforma constitucional*, obra en co-autoría con el Dr. Rafael Vaggione, Ed. Advocatus, Córdoba, 1994; *Constitución de la Provincia de Córdoba - Concordancias, legislación, jurisprudencia*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2007.

En colaboración con otros autores ha publicado: *Protección Constitucional de Vivienda Familiar*, publicado en Jurisprudencia Argentina 92-4-923; *Anteproyecto de Reforma a la Constitución chaqueña*, en Revista *La Ley*, Córdoba, año X Número 3, Marzo de 1999; *La Nueva constitución de Córdoba*, Ed. M. Lerner, Marzo 1988, y actualizada 2000; *Cartas Orgánicas Municipales*, Ed. Mateo García, Córdoba 1991; *Manual de Derecho Constitucional*, obra dirigida por los doctores Guillermo Becerra Ferrer y Ricardo Haro, Ed. Advocatus, Córdoba 1993 (2da. edición); *Ciencias, Derecho y Sociedad*, material de estudio de Introducción a los estudios a la carrera de abogacía, años 1999-2000 y 2001; etc.

Miembro del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, desde el 9 de octubre de 2006.

Es Vocal de la Cámara de Apelaciones de 3ª Nominación en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Córdoba desde el 10 de mayo de 2004.

Conclusiones

En el plan de estudios de la carrera de abogacía de 1857, la disciplina Derecho Constitucional adquirió autonomía.

Los profesores que tuvieron a su cargo la enseñanza de la materia Derecho Constitucional desde 1857 y hasta la fecha fueron, entre otros: los doctores Luis Cáceres, Jerónimo Cortes, Cayetano Lozano, Luis Vélez, Alejandro Vieyra, Ramón Figueroa, Francisco Alfonso, Juan del Campillo, Guillermo Rothe, Carlos A. Tagle, Carlos Pizarro Crespo, Cesar Enrique Romero, Ricardo Haro, Guillermo Becerra Ferrer, Carlos A. Tagle Achával, Antonio María Hernández, Jorge Gentile, Alfredo E. Mooney y Guillermo Barrera Buteler.

Es importante destacar que desde ese inicial año de 1857 y hasta la fecha, todos los planes de estudio de la carrera de abogacía, incorporaron siempre la asignatura Derecho Constitucional.

Las Cátedras de Derecho Constitucional se encuentra por su parte, aglutinada desde el 13 de Marzo de 1985, por ordenanza dictada por el Honorable Consejo Directivo Numero 2/85 y hasta la fecha en el Departamento de Derecho Público.

A partir de la aprobación del Proyecto llamado Plan de estudios de la carrera de abogacía 207/99 del Honorable Consejo Directivo de ese año, la materia Derecho Constitucional debe ser cursada en el segundo semestre de la carrera.

Es importante destacar que desde ese inicial año de 1857 y hasta la fecha, todos los planes de estudio de la carrera de abogacía, incorporaron siempre la asignatura Derecho Constitucional.



SECCIÓN VI
FILOSOFÍA

¿EXISTEN DERECHOS QUE NO SEAN SOCIALES?

SOBRE EL ORIGEN DE LAS DIFICULTADES DEL ANÁLISIS LIBERAL DE LOS DERECHOS

*Celia B. Abril**

Resumen: El propósito es dilucidar los presupuestos básicos que dan lugar a las dificultades centrales del análisis liberal de los derechos que conduce a la exclusión de los derechos sociales. Considero que son dos las fuentes principales de la dificultad, a saber: en primer lugar, una concepción predeterminada del individuo, o bien, una descripción del sujeto con prescindencia de la comunidad y, en segundo lugar, la naturaleza adversativa atribuida a los derechos que erige en condición necesaria de su existencia la posibilidad de ser exigibles judicialmente. La evaluación crítica del análisis liberal de los derechos tiene como finalidad exponer la necesidad de un giro epistemológico que conduzca a un análisis articulador y sincrético del concepto de derechos con otros conceptos interconectados —individuo, ciudadano, deberes, etc.— y, de ese modo, superar las incoherencias y el apartamiento del uso habitual del concepto general de los derechos.

Palabras Claves: Derechos subjetivos, derechos sociales, deberes, individuo, persona, ciudadano, exigibilidad.

1.- Introducción

La primacía de los derechos surge a partir de los principios políticos del liberalismo y su influencia en la moralidad. El derecho natural, considerado de modo ancestral como una doctrina de los deberes se ha transmutado a partir de la vigencia de la cultura liberal en la doctrina de los derechos naturales del hombre. Los derechos naturales suministran una explicación tanto de la necesidad de un gobierno que los garantice, como de los límites al poder de gobierno impuestos por el principio de inviolabilidad de los derechos naturales. La fuerte influencia de Locke condujo a la implantación de leyes y declaraciones de derechos fundamentales que se convirtieron en un soporte esencial de las ideas políticas de libertad del individuo y gobierno restringido.

* Profesora Adjunta de Introducción al Derecho y Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba.

Los derechos individuales son considerados por el liberalismo derechos inherentes a la naturaleza del hombre cuya existencia precede a toda forma de asociación humana. Los derechos son protecciones frente a cualquier arbitrariedad del sector dominante de la comunidad. Toda forma de organización social o comunidad es una creación artificial o antinatural y, por ende, los derechos naturales son oponibles a ésta. Una consecuencia inmediata de esta concepción es que los derechos sociales no pueden ser considerados derechos porque su existencia presupone alguna forma de asociación entre los hombres. El liberalismo, al conferir primacía a los derechos civiles y políticos de los individuos, conduce a consecuencias paradójicas pues, por un lado, la idea de derechos sociales resulta incompatible con la noción derechos y, por otro, si los derechos son concebidos en su origen como oponibles a la comunidad política, entonces, el liberalismo no puede sostener, sin incurrir en contradicción, la idea de Estado de Derecho como una construcción dirigida a proteger y promover los derechos individuales.

El surgimiento del positivismo jurídico clásico rompe con la doctrina del derecho natural, afirma la idea de derecho como expresión de la voluntad del soberano y sostiene la autonomía del derecho respecto de la moral y la política. Esta perspectiva pone el acento en el aspecto jurídico de los derechos y redundante en la interpretación dogmática de las leyes y el dominio de la legalidad. Si los derechos se perfilan como expresiones de los deseos o expectativas del pueblo soberano, entonces, el ciudadano se define por su pertenencia a la comunidad y el derecho configura un instrumento que los ciudadanos tienen para promover cambios en la conformación de la organización social. No obstante, los derechos sociales no pueden ser absorbidos por el derecho positivo pues, a pesar de estar expresados en la parte sustantiva de las constituciones de los estados, no se incorporan a la práctica institucional debido a su escasa exigibilidad. De ese modo, los derechos individuales que surgen de acuerdos o contratos entre sujetos determinados siguen siendo los principales receptores de protección jurídica.

En la actualidad esta tendencia sigue vigente y algunos filósofos liberales sostienen una noción de los derechos en general a partir de una concepción jurídica, en especial la de Hohfeld y su teoría de los opuestos jurídicos, que caracteriza los derechos subjetivos en función de su correlatividad con los deberes u obligaciones. Según éste punto de vista los ciudadanos son considerados acreedores no sólo en relación a los otros miembros de la comunidad sino, también, respecto del Estado. De estos enfoques surge una idea totalmente atomizada del individuo y una noción de ciudadanía que no se caracteriza por la pertenencia a la comunidad sino,

por la satisfacción del autointerés. Al respecto Fernando Atria expresa: “*la noción de “derechos” en algún sentido implica recortar la situación de dos personas, el acreedor y el deudor, y separarla del resto de las consideraciones morales válidas...*” (Atria, 2003: 24).

Según Fernando Atria, este análisis de los derechos que emerge del dominio jurídico hace explícita la imposibilidad de que los derechos sociales sean considerados realmente derechos. En efecto, la tesis de la correspondencia derecho – deber no resulta aplicable a la noción de derechos sociales porque la especificación del sujeto portador de derechos sociales no es suficiente para la determinación del sujeto del deber correlativo. Tómese por caso al desempleado que demanda la satisfacción de su derecho a trabajar ¿Quién es el sujeto obligado a satisfacer su demanda? Determinar el sujeto obligado resulta relevante porque la exigibilidad del derecho, o poder para reclamar coactivamente el cumplimiento de la obligación, es una característica esencial de esta concepción de los derechos. En ese sentido Atria afirma: “*lo crucial para que podamos hablar de derecho subjetivo es la posición en la que se encuentra una persona con potestad para decidir si la obligación de otro será o no coactivamente exigida*” (Atria, 2003: 22).

Esta vulnerabilidad que padecen los derechos sociales, y que obstaculiza su realización, ha conducido al profesor Rosenkrantz a sostener la necesidad de evaluar seriamente la conveniencia de su eliminación de las nóminas de derechos constitucionales. La razón que expone este autor para dicha consideración es la siguiente: “*la existencia de derechos constitucionales que no son ejecutables mella la credibilidad de toda la constitución*” (Rozenkrantz, 2003:247).

De este modo, el análisis liberal de los derechos nos lleva a concluir, en contra de las percepciones comunes, que los derechos sociales no son derechos porque los derechos individuales y los derechos sociales se excluyen mutuamente por definición. El análisis liberal de los derechos produce una visión atomizada o fragmentada de los derechos que nos desconcierta pues se aparta del uso real del concepto, de las cuestiones prácticas y teóricas que le proporcionan significación.

En ese sentido el profesor Joseph Raz señala acertadamente que una teoría de los derechos debe proporcionar un concepto de los derechos en general que muestre las relaciones que se dan entre las diferentes nociones de “derechos” usadas en distintos contextos y, tanto en la esfera del derecho, como en la política y la moralidad. Hay diferentes clases de derechos, hay derechos que son institucionales y derechos que no lo son. Los derechos institucionales son los más próximos a los derechos jurídicos. Los derechos institucionales, a semejanza de los derechos jurídicos, tienen la particularidad de formar parte de sistemas normativos que determinan

su ámbito de aplicación, tal el caso de partidos políticos, asociaciones deportivas, instituciones educativas, etc. Otros derechos, en cambio, se basan en la costumbre, surgen de convenciones aceptadas dentro de una determinada comunidad o grupo social. Los derechos institucionales, por lo general, están basados en la costumbre, pero no todo derecho que surge de la costumbre es institucional. Muchas normas sociales no se caracterizan por su pertenencia a sistemas normativos y los derechos que esas normas consagran no pueden ser reclamados recurriendo a cortes o tribunales. Además, no pocas personas comparten la idea de que hay derechos humanos fundamentales que son universales en el sentido de que son derechos que los individuos tienen con independencia de que sean reconocidos por las prácticas sociales.

El concepto jurídico de derechos es seleccionado como punto de partida del análisis de los derechos en general porque, como bien afirma Raz, de todos los sistemas institucionales el derecho es el que proporciona la determinación más articulada y explícita de los derechos. Pero, como tratamos de esbozar sumariamente, tal posibilidad de análisis corre el riesgo de distorsionar la concepción de los derechos en general que está implícita en nuestro uso de la expresión. En efecto, si partimos de la noción más específica de derechos jurídicos nuestra atención se centra en la idea de conflicto de intereses que atribuye a los derechos una característica esencialmente adversativa.

2.- Argumento a favor de la primacía de los deberes.

Las dificultades con que tropieza el análisis de los derechos propuesto por la ortodoxia liberal ha llevado a filósofos partidarios de la concepción socialista a sostener que el lenguaje de los derechos es inadecuado para explicar la cuestión central de la naturaleza y fines del Estado. En contraposición al liberalismo, afirman que los deberes priman sobre los derechos y que la ciudadanía es, por definición, pertenencia a la comunidad. Los deberes primarios de los agentes sociales son aquellos orientados a la promoción de la solidaridad, la reciprocidad en el trato y la equidad. El único fin que justifica la asociación humana, en cualquiera de sus formas, es contribuir a la eliminación de la desigualdad, a la disolución de toda forma de clasificación o división de los hombres en estratos o clases. Bajo la interpretación socialista, el lenguaje de los derechos y los deberes no hace referencia a conflicto entre acreedor y deudor, sino a mutuo compromiso. No obstante, parece casi superfluo afirmar que la primacía de los deberes sobre los derechos no aporta claridad a la noción de derechos, ni permite concluir que esta sea una noción irrelevante, pues, afirmar que hay un deber social de eliminar la desigualdad implica afirmar que hay un dere-

cho correlativo de los individuos a ser tratados como iguales, el cual opera como justificación última de aquél deber.

En la misma dirección Joseph Raz hace referencia a las dificultades involucradas en un análisis que intente refutar la preponderancia del papel de los derechos. La concepción opuesta al liberalismo sólo puede circunscribir sus argumentos a reprobar las consecuencias incoherentes y equívocas del análisis liberal de los derechos, pero no puede negar la relevancia del rol de los derechos en las cuestiones teóricas y prácticas. En efecto, según la percepción común, los derechos sirven a buenos propósitos, proporcionan beneficios y, en consecuencia, poseen un valor intrínseco para el sujeto portador. Los deberes, en cambio, son restricciones a la libertad que requieren ser justificados por el servicio que prestan a la realización de un derecho o fin valioso para alguien. En otros términos, el deber sólo resulta justificado cuando contribuye a proteger o promover algún derecho, lo que permite inferir que los deberes son dependientes o derivados de los derechos.

No obstante, Raz intenta proponer un análisis superador de las dificultades conceptuales. En efecto, propone una versión de liberalismo del bienestar en términos de la primacía de los deberes basándose en una noción de deber, según la cual, tiene sentido afirmar que una persona tiene deberes que sirven a su propio interés. En este sentido sostiene: *“Si existen deberes para con uno mismo, esto significa que no todos los deberes surgen de derechos, ya que claramente un ser humano no puede tener derechos oponibles a sí mismo”* (Raz; 2001: p. 45).

La concepción liberal ortodoxa negará la existencia de *deberes para con uno mismo* alegando razones similares a las expuestas por Raz en los siguientes términos:

“Los deberes sólo pueden basarse en razones categóricas. No podemos tener el deber de realizar un acto simplemente porque deseamos hacerlo, ni porque resulte aconsejable que lo hagamos dado que esto servirá a nuestros objetivos. Así, aunque deseamos conservar nuestra salud, no tenemos el deber de ponernos un abrigo, o al menos no por esa razón. La concepción más popular del bienestar individual en nuestra cultura, y en su filosofía, la define como la satisfacción de nuestros deseos o preferencias, o alguna subcategoría de éstos, por ejemplo, aquéllos que resultan racionales, o compatibles con nuestro amor propio, o aquéllos que aún suscribiríamos si estuviéramos bien informados. Dada esta concepción del bienestar, no pueden existir deberes hacia uno mismo, ya que sólo podemos hacer lo que de todas maneras deseamos hacer, si sólo fuéramos racionales, o de voluntad firme, o estuviéramos bien informados, etc., y no podemos tener un deber de hacer eso” (Raz; 2001: p. 45).

Pero, en contraposición a estas ideas, Raz sostiene que si la noción de bienestar individual es interpretada razonablemente, y no como una función de nuestras preferencias, podríamos conceder mayor importancia a los deberes, en especial, a los deberes para con uno mismo (Raz; 2001: p.46). Si tal interpretación es posible, entonces, lograríamos independizar los deberes de los derechos y obtener, mediante la inclusión de ambos en una teoría general del bienestar, una explicación más precisa y coherente.

El liberalismo, según Raz, sólo admite deberes que, por razones de prudencia, todo sujeto tiene para consigo mismo, en los casos en que dichos deberes sean impuestos por la autoridad para proteger al sujeto de su propio desatino, impericia o desconocimiento, por ejemplo, el deber de los automovilistas de usar cinturón de seguridad, o de los motociclistas de usar casco. No obstante, considera que la imposición de tales deberes no admite justificación en un derecho del propio titular del deber. Suponer que un sujeto tiene un derecho frente a sí mismo es un sinsentido.

La idea de Raz de existencia de deberes paternalistas que no remiten para su justificación a derechos no resulta totalmente convincente. En efecto, el ejemplo de los deberes impuestos a los conductores de vehículos están basados en el interés de sujetos portadores de derechos correlativos, como el derecho de circular en condiciones seguras que asiste a los otros conductores y el de las compañías aseguradoras. En consecuencia, la idea de deberes para con uno mismo parece igualmente absurda. De este modo, la posibilidad de superar los resultados indeseables que surgen del análisis ortodoxo de los derechos afirmando, como lo hace Raz, la existencia de deberes para con uno mismo y admitiendo cierta asimetría entre derechos y deberes da origen, también, a dificultades y desconcierto conceptual.

Raz añade, en defensa de la prioridad en importancia de los deberes, que la explicación de los derechos basada en la idea de conflicto de intereses no reproduce apropiadamente la naturaleza de los desacuerdos sobre la promoción y preservación de los bienes comunes que emergen de la cooperación social. Estos desacuerdos versan sobre los deberes que tienen todos y cada uno de los individuos de una comunidad de promover y preservar el bienestar común. No tiene sentido explicar dichos desacuerdos en términos de derechos pues, afirma Raz, que no hay derechos individuales al bien común. Sin embargo, afirmar que los individuos no tienen derechos sobre los bienes comunes contradice nuestras percepciones ordinarias y tampoco suministra una prueba convincente de la primacía de los deberes.

Normalmente los individuos consideran que son las autoridades públicas las responsables directas del cumplimiento del deber de garantizar y proteger los bienes comunes. Los ciudadanos que conforman el sec-

tor privado son vistos como los legítimos portadores de las demandas, expectativas o derechos que justifican esos deberes. No obstante, Raz afirma que los funcionarios de gobierno tienen el deber de servir a la comunidad como un todo, pero no tienen el deber de servir a los derechos de ninguna persona individualmente considerada. La explicación de Raz ubica, de este modo, el análisis de los deberes dentro de una teoría amplia del bienestar, y con prescindencia de considerar los intereses individuales.

Para caracterizar con más precisión su sentido prioritario del deber cita el caso de los deberes de respeto, ayuda y solidaridad que surgen de relaciones filiales, de amor o de amistad. Raz sostiene que en esa clase de relaciones “los derechos están fuera de lugar” (Raz; 2001: p. 48). Esta conclusión sería válida si nos atenemos a la caracterización adversativa de los derechos. Lo que es requerido para superar el déficit conceptual que nos ocupa es proponer un concepto general de los derechos que excluya de su análisis la idea de conflicto de intereses y el análisis de Raz no proporciona tal concepto. Concluir que no hay derechos dentro del matrimonio o la amistad parece ir en contra de lo que ordinariamente entendemos por esa clase de relaciones humanas.

Raz, no obstante, eleva críticas acertadas a la identificación de los derechos con los intereses. En ese sentido, el autor sostiene que podemos tener un interés en obtener algo sin que esto signifique que tenemos un derecho. Para que haya un derecho, el interés tiene que constituir una razón suficiente para justificar el deber de otra persona de servir a la satisfacción de ese interés. El hecho de que el deber esté o no fundamentado depende no sólo de la ponderación del interés del sujeto favorecido, sino de los intereses del sujeto del deber que pueden resultar perjudicados por su cumplimiento. La apreciación del bienestar de las partes involucradas en la satisfacción de un derecho demuestra el carácter interpersonal de los derechos. El análisis de los derechos en función de una evaluación del bienestar corresponde al plano de la moralidad social, pues dicha evaluación se da en función de principios o reglas que son compartidas por instituciones o grupos de individuos.

3.- Conclusiones:

Las dificultades que surgen del análisis del concepto de derechos tienen su origen en dos presupuestos básicos:

A.- La noción de individuo antecedente.

Uno de los problemas centrales del análisis liberal de los derechos que conduce a la exclusión de los derechos sociales surge de su concep-

ción unilateral o atomista del individuo, es decir, de su descripción del sujeto con prescindencia de la comunidad. La comunidad no es considerada fuente de derechos porque los derechos se atribuyen a sujetos individualizados de modo antecedente. Para el liberalismo el ser humano se define por motivaciones o intereses puramente egoístas. La sociedad posee un valor puramente instrumental, pues los acuerdos sociales son considerados cargas impuestas por la persecución de fines privados. En consecuencia, no hay más derechos que los derechos subjetivos y la idea misma de derecho social resulta autocontradictoria. En otros términos, la comunidad no es concebida como un elemento constitutivo de la identidad personal. Según la descripción liberal nuestra identidad se da por anticipado en virtud del principio de individualización antecedente, no requiere de conocimiento introspectivo alguno, se determina de una sola vez y no está sujeta a revisión. El individuo emergente de esta perspectiva, según Michael Sandel, *“es un sujeto epistemológicamente empobrecido y conceptualmente mal equipado”* (Sandel; 2000: p.192).

Esta visión del ser humano hace caso omiso de la incidencia de aspectos relevantes de la experiencia moral en la constitución del yo, convicciones, sentimientos y compromisos que nos definen como sujetos particulares y que son el resultado de nuestra pertenencia a una sociedad.

Si, por el contrario, admitimos que nuestras prácticas lingüísticas ordinarias expresan rasgos característicos de nuestra naturaleza, debemos concluir que la noción de derechos es esencialmente social, está estrechamente relacionada con el compromiso natural de los seres humanos para con las actitudes interpersonales ordinarias. Desde este punto de vista, los límites de la identidad se presentan relativamente abiertos y sometidos en mayor o menor grado a escrutinio. El conocimiento de uno mismo no es comprendido como un proceso estrictamente privado, no es un conocimiento ni tan *transparente* para uno, ni tan *opaco* para los demás (Sandel; 2000: p. 224).

La concepción individualista del “yo” coloca al individuo fuera del ámbito público. En este sentido Sandel sostiene que para el liberalismo la agencia humana es tan sólo una premisa de la política y no parte de sus logros u objetivos. *“El “yo” liberal no es un yo liberado sino un “yo” privado de poder”* (Sandel: p. 220). Por el contrario, una perspectiva naturalizada del individuo concede que la identidad personal no está determinada por anticipado, que depende en parte del tipo de experiencia que contribuya a su formación o deformación y, que tanto los eventos “privados” como los “públicos” forman parte de la experiencia y pueden jugar un papel decisivo en la conformación del “yo”. Desde esta perspectiva, cuando la política no incluye entre sus metas la satisfacción de las expectativas ordinarias de

los miembros de la sociedad generadas en intereses y necesidades básicas provoca desilusiones y desarticulaciones. Al conocimiento de los bienes comunes no se accede en soledad, sino como resultado de nuestras relaciones interpersonales (Sandel; 2000: p.189).

Nuestras disposiciones naturales hacia las acciones de los demás no se limitan a actitudes reactivas personales de gratitud o resentimiento sino que comprenden, además, actitudes reactivas generales o impersonales de indignación o desaprobación moral frente a la mala voluntad o indiferencia hacia los demás, aún en los casos en que el propio interés no se halle comprometido, de allí que calificuemos de “morales” a dichas actitudes. De lo dicho se desprende que la noción de derechos en su uso natural hace referencia a las demandas o expectativas que suscitan en nosotros las acciones o decisiones de otros, es decir, demandas o expectativas que surgen de los efectos que producen en nosotros las acciones o abstenciones de otros. Esas demandas o expectativas logran expresión en actitudes reactivas personales ordinarias de gratitud frente a la buena voluntad de los demás hacia nosotros, y de resentimiento frente a la ofensa. Por su parte, la noción de derechos sociales abarcaría las demandas o expectativas generales que expresamos por actitudes reactivas impersonales o generales de aprobación o desaprobación moral (Strawson; 1995: ps. 37-67).

B.- La exigibilidad de los derechos

Por último, otra de las dificultades relevantes del análisis liberal de los derechos es el formalismo, pues se considera que la existencia de los derechos se evidencia en los requisitos establecidos para su ejercicio y exigibilidad. Las meras declaraciones de derechos no constituyen derechos a menos que reúna las características propias de los derechos subjetivos, en especial, la exigibilidad. No obstante, las decisiones judiciales en casos individuales no constituyen una característica de los derechos sociales. Estos derechos son el resultado de la evaluación de las instituciones en general y no de sus efectos en casos particulares. Los derechos sociales son producto del debate en torno a la cuestión de si una alternativa posible a una institución ya existente puede considerarse más justa, o si resultaría justo o no crear una institución aún inexistente. El derecho a la igualdad de oportunidades, por ejemplo, es un arquetipo de los derechos sociales. Desde la perspectiva de este derecho podemos juzgar si una institución es más o menos justa. Brian Barry cita el caso de aplicación del principio de igualdad de oportunidades al sistema educativo vigente para determinar si el papel que desempeñan las instituciones educativas en esa sociedad es justo o no en relación al rol que juegan en el sistema de reclutamiento laboral, esto es, si la política educativa permite el acceso a cargos calificados

sólo a estratos sociales reducidos o no (Barry; 2001. p.373 y ss.). Los derechos sociales operan en un nivel intermedio de moral institucional, no se expresan en el acatamiento generado por temor a las sanciones, sino que se hacen explícitos en demandas y disposiciones a hacer lo que requieren las instituciones sobre la base de que se consideran justas.

Para comprender las demandas sociales como derechos no se requiere demostrar que tienen igual grado de exigibilidad que los derechos subjetivos. No es suficiente, como pretenden liberales y republicanos, exhibir las diferencias entre un mundo hipotético en el que se acepta unánimemente que el único motivo racional es el autointerés y un mundo que reconoce que es más racional buscar la justicia, aún en contra de intereses egoístas. Aunque como afirma Barry: "Si creen que su causa es justa, los ejércitos estarán menos deseosos de rendirse de lo que un cálculo racional de ventaja sugeriría" (Barry; 2001: 382).

El propósito del análisis precedente fue defender un sincretismo o eclecticismo articulador en relación al debate entre liberalismo y socialismo en torno al concepto de derechos que integre, de modo más o menos sistemático, los aspectos valiosos de cada una de las posiciones en conflicto.

Tal sincretismo supone un giro epistemológico que propone un modelo de análisis conceptual basado en la elaboración de una red de conceptos interconectados con aquél que se desea analizar. Además, se intenta relacionar esa red de conceptos específicos con otros más generales que surgen de la representación del mundo proporcionada por el sentido común, de modo que el análisis no se aparte del uso habitual de los conceptos examinados.

La explicación del concepto de derechos requiere, desde este punto de vista, una reflexión lo más sistemática posible de la naturaleza del hombre y de su situación moral que centre su atención en nuestra práctica conceptual ordinaria y, según Strawson: "*manifieste las relaciones que existen entre los diferentes compartimientos de nuestra vida intelectual y humana*" (Strawson, 1997: 57).

Por último, considero que el debate entre liberalismo y socialismo es el producto de nuestra tendencia natural a idealizar formas de vida diferentes, que pueden confrontar y variar no sólo de una persona a otra, sino en relación a una misma persona, en diferentes momentos y circunstancias. Tanto los defensores del liberalismo como los que avalan al socialismo pretenden mitigar la complejidad y diversidad de formas de vida imaginables dando prominencia a una u otra sobre las demás. De ese modo, afirman verdades incompatibles entre sí acerca de la naturaleza de los hombres y de sus mutuas interacciones. Dichas verdades surgen de los modos disí-

miles en los que ordenamos nuestras representaciones ordinarias con el propósito de exhibirlas de un modo equilibrado y armonioso. Con respecto a esos intentos de simplificación Peter Strawson afirma: “... *muchas de estas imágenes adquieren una prominencia equívoca de una sola imagen; se trata de la imagen ideal compuesta que pertenece a nuestras horas más frías, horas en las que a cada dios se le concede lo suyo y en las que se evita el conflicto por medio de una reordenación cuidadosa y una adecuada subordinación de cada parte a las demás*” (Strawson, 1995: 70).

Bibliografía

ATRIA, FERNANDO; “¿Existen derechos sociales?”, Revista Virtual Cartapacio de Derecho, Vol.4, 2003.

BARRY, BRIAN; *Teorías de la Justicia*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2001.

RAZ, JOSEPH; *La ética en el ámbito público*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2001.

ROSENKRANTZ, C; “La pobreza, la ley y la constitución”, en A. Bullard, J. Couso et al:

—*El Derecho como Objeto e Instrumento de Cambio Social*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2003.

SANDEL, MICHAEL; *El liberalismo y los límites de la justicia*, Ed. Gedisa, 2000.

STRAWSON, PETER; *Análisis y metafísica*, Ed. Paidós, Barcelona, 1997.

—*Libertad y Resentimiento*, Ed. Paidós, Barcelona, 1995.



SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES Y SU EXIGIBILIDAD

(ALGUNAS IMPLICANCIAS EN SU RELACIÓN CON LOS CONCEPTOS DE ESTADO DE DERECHO Y CIUDADANÍA)

*Ernesto Abril**

Resumen: En el presente abordo el tema de la exigibilidad de los derechos sociales luego de su incorporación en la Constitución Nacional de 1994. A su vez, relaciono el concepto de derecho social con los diversos significados que dentro de la Teoría del Derecho se suele asignar a “Estado de Derecho” y “Ciudadanía”. Muestro de esta forma las diferentes implicancias y dificultades conceptuales que se presentan según cual sea la referencia de ellos en su efectivo uso por parte de estos teóricos. La intención del artículo es mostrar el interés que el tema posee para ser incorporado al programa de la asignatura Introducción al Derecho, especialmente dentro del estudio de los conceptos jurídicos básicos que, hasta el presente, se abordó siguiendo la idea de H. W. Hohfeld conforme se exterioriza en la obra de Carlos Santiago Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*, que es usada por la Cátedra a mi cargo como texto básico de estudio.

Palabras claves: derechos sociales, estado de derecho, ciudadanía, exigibilidad de los derechos sociales, conceptos jurídicos básicos.

1. Introducción

En primer término, resulta necesario aclarar cual es la motivación o fuente que origina el problema cuya elucidación intentaré en el presente. Así, en el desarrollo del proceso de investigación del equipo que integro el objetivo que lo guía se vincula con la posibilidad epistémica de conocer y justificar las normas jurídicas¹. Es obvio que la promulgación de la Constitución de 1994 incluyó diversos dispositivos, entre los cuales, se destaca la protección de diversos derechos sociales. A su vez, en el desarrollo del programa de la asignatura Introducción al Derecho; en el

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la UNC. Profesor Titular de Introducción al Derecho Cátedra “C”, Profesor Adjunto (en uso de licencia) de Filosofía del Derecho, Cátedra “B”. Co-Director de la Maestría en Derecho y Argumentación, Secretaria de Postgrado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNC.

¹ Vid: ABRIL, CELIA BEATRIZ Y ABRIL, ERNESTO (1995), “La teoría del derecho entre observadores y participantes”, Revista de la Facultad, vol.3 N° 2, Año 1995, Nueva Serie, p. 11 y siguientes.

estudio de la obra básica que se usa para ello²; y en especial, el capítulo dedicado a “Conceptos Básicos del Derecho”, se puede verificar que la explicación de la constitución de un sistema para el análisis de estos conceptos involucra el par “Derecho-Deber”. El tratamiento del tema se ajusta a la obra de Hans Kelsen a las que se suman las contribuciones efectuadas por H. W. Hohfeld³. En esa parte del libro que se indica, también puede corroborarse que esos términos se muestran como correlativos en virtud de que, en general, se los aborda con vinculación a conflictos de orden individual. En ese tipo de conflictos el sujeto que tiene el derecho; aquel que correlativamente tiene la obligación; y finalmente, el objeto de la prestación, aparece claramente identificados. Sin embargo, el mismo Hohfeld en otra monografía de su pertenencia, enfrentó el problema del derecho de propiedad que, como se intenta explicar en ese texto, no poseen algunas de esas características⁴. Debido al apego a esta concepción de lo que significa tener derecho, algunos autores sostienen que hablar de la existencia de derechos sociales constituye una contradicción en los términos⁵. Otros, fundados en la imposibilidad de asegurar la efectiva vigencia de los derechos sociales, estiman que no deben ser incorporados a las Constituciones porque, su permanente incumplimiento, puede hacer que aquella pierda su función de guía efectiva respecto del comportamiento social⁶.

Ahora bien, es mi parecer que para asumir una postura frente a estas controversias no se puede soslayar que cuanto los teóricos del derecho hacen uso de términos involucrados en este tipo de teorías y controversias, tales como ‘estado de derecho’, ‘ciudadanía’ y ‘derechos sociales’, siempre corresponde advertir que ellos son términos que poseen componentes

² Vid: NINO, CARLOS SANTIAGO (1984), *Introducción al Análisis del Derecho*, 2da. Edición, 2da. Reimpresión, Capítulo IV, “Los conceptos básicos del derecho”, p. 165 y siguientes, en especial, p. 190/209, Astrea, Buenos Aires.

³ Vid: HOHFELD, W. N. (1968), *Conceptos jurídicos fundamentales*, Traducción de Genaro Carrío de la versión en inglés “Some fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning”, 23 *Yale Law Journal*, 16 (1913) New Haven, Connecticut, USA, CEAL, Buenos Aires.

⁴ Se trata del artículo que Hohfeld publicó en 1917, “Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning, II”, *Yale Law Journal*, XXVI, No. 7, p. 710-770. De esta versión no existe traducción al castellano pero fue continuación de la que se cita precedentemente. En el desarrollo del mismo, el autor advierte la diferencia entre derechos personales y reales. El derecho de propiedad queda incluido en estos últimos y por tanto, si bien se puede identificar al titular del derecho no se puede sostener lo mismo respecto a quienes son los sujetos obligados ni es posible una enumeración exhaustiva del contenido del deber.

⁵ Vid: ATRIA, FERNANDO (2005), “¿Existen derechos sociales?”, En *Discusiones*, Número 4-2004, Derechos Sociales, Universidad Nacional del Sur, La Pampa, p. 15 y siguientes.

⁶ Vid: ROSENKRANTZ, CARLOS (2003), “La pobreza, la ley y la Constitución”, en *SELA 2002, El derecho como objeto e instrumento de transformación*, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, p. 241 y siguientes.

teóricos que no pueden eludirse⁷. En tal medida, atribuirles determinado sentido posee una estrecha relación con los criterios elegidos para hacer explícito a qué se quiere aludir cuando se los usa en este tipo de exposiciones. Esas estipulaciones dependen de ciertas concepciones que cada expositor posee acerca de lo que quiere significar al proferirlas y por consiguiente, de la correlación o carencia de correlación, que pueda eventualmente verificarse entre ellos. A esto suele sumarse en forma imperceptible aquellos intereses, creencias, etc., del propio teórico y también incide en la investigación, la circunstancia de que el uso de estos términos, tanto en el discurso jurídico como en el plano político o moral, sufrió cambios profundos con el paso del tiempo y las cambiantes circunstancias externas. Lo que pretendo sostener es que resulta imposible tener un concepto adecuado de ellos, sin observar esa evolución histórica dentro de la teoría del derecho, de la política y la moral en un contexto más amplio que aquel que se vincula con el denominado Estado Nación.

Pese a todo ello, la introducción de la noción de derecho social y la vigencia de la controversia sobre la posibilidad de concebirlo como derechos en sentido estricto así como su exigibilidad, resulta un tema que tiene que resultar de interés para el alumno de grado en su introducción al conocimiento de la teoría jurídica. Ello justifica las consideraciones que formularé a continuación.

2.

Por ese motivo, siempre teniendo en mente el problema de los derechos sociales, voy a partir de una escueta exposición del estado de la discusión sobre la noción de estado de derecho al interior de la teoría general del derecho. Así, dentro de ella existe una versión estándar que entiende al Estado como aquella organización social que se funda en el principio de legalidad como forma de justificación suficiente para tornar legítimas sus decisiones. Se suele denominar a esta versión como una concepción austera en el uso de esa expresión en tanto sólo exige el estricto cumplimiento de la legalidad tanto en el ámbito de la organización estatal como en el cumplimiento de las obligaciones asignadas a los miembros de la comunidad jurídicamente organizada⁸. Sin embargo, se advierte en determinados

⁷ Vid: CARACCIOLLO, RICARDO (1996), "Sistema Jurídico" incluido en *El derecho y la justicia*, Editorial Trotta, Madrid, p.161 y siguientes. En este artículo, Caracciolo alude a esta cuestión al sostener: "...La afirmación de que el carácter sistemático es inmanente al derecho revela un uso *ontológico* ingenuo de la noción de "sistema", que no advierte que la propia noción de "legislador" tiene ineludibles componentes teóricos". Del mismo modo, sucede con los términos señalados más arriba.

⁸ Vid: KELSEN, HANS (1988), *Teoría General del Derecho y el Estado*, Traducción de Eduardo García Máinez, UNAM, México, p. 211 y siguientes.

casos cierta tendencia a generar una sinonimia entre el significado que se asigna a `estado de derecho´ y `democracia´, lo que podríamos denominar concepción amplia del Estado de Derecho. Se verifican también respecto de ella serias objeciones. Ello así, porque se entiende que un estado puede calificarse de democrático si cumple o satisface al menos, dos principios: **i)** Cada persona un voto; **ii)** El criterio de corrección de las decisiones colectivas es el voto mayoritario de los electores. Pero, al decir de Garzón Valdés, la actual vigencia de los derechos sociales intenta transformar éste último principio bajo el argumento de que el dominio de la mayoría debe quedar limitado, jurídica y políticamente, por lo que él denomina “coto vedado”. Este intento adopta el punto de vista interno, al modo de Hart, sobre lo que significa la democracia y a su vez, trata de hacer explícitas las condiciones que resultan necesarias para lograr una sociedad homogénea en la medida que ello se considera elemental para que este tipo de ordenamiento jurídico logre vigencia. Las preguntas a responder dentro de esta primer cuestión, serían: *¿Produce la introducción del “coto vedado” un cambio en la concepción austera de la noción de Estado? ¿Qué comprende ese coto vedado? y ¿De qué modo se puede lograr la necesaria homogeneidad dentro de aquellos grupos constituidos como sociedades políticas e independientes? ¿Qué alcances hay que otorgar a esa homogeneidad dentro de la comunidad? ¿Comprende sólo a los designados como originarios constituyentes de la misma o bien, alcanza a aquellos que la integran como residentes permanentes o transitorios?*

2.2.

La cuestión anterior posee una conexión conceptual necesaria con la expresión “ciudadanía”. Para ello, resulta necesario mostrar a grandes rasgos que también su concepto sufrió cambios a lo largo del tiempo. Pero además, es necesario analizar aquellas teorías que tienden a limitar su ámbito de aplicación en los más diversos grados. También corresponde examinar ciertas ideas que sostienen que el concepto vigente de ciudadanía, no contribuye a la vigencia universal de los derechos sociales sino que, por el contrario, se constituye en un relevante factor para incrementar la discriminación entre los individuos que conforman la sociedad, por más amplio que sea el concepto que se use⁹. En cualquier caso, cabe responder a las siguientes preguntas *¿La vigencia de los derechos sociales se establece en favor de aquellos que poseen estatus de ciudadanía o bien, también comprende*

⁹ Vid: FERRAJOLI, L. (1996), “La conquista de América y la doctrina de la soberanía exterior de los Estados” en *Soberanía: un principio que se derrumba, Aspectos metodológicos y jurídico-políticos*, Barcelona, Paidós, p. 145. 165

a quienes carecen de ese estatus? ¿Son correctos los criterios actuales para establecer el estatus de ciudadanía o bien, requieren de una revisión acorde a la actual estado de situación caracterizado por grandes desplazamientos de población fuera de las fronteras de los Estados?

2.3.

La exposición precedente demuestra que ello tiene consecuencias con relación a la incorporación constitucional de los denominados “derechos sociales”. El problema puede plantearse desde el punto de vista sustantivo y la pregunta, con múltiples respuestas, sería la siguiente: *¿Qué comprende o qué designa o a qué refiere, en su uso actual y efectivo, el término ‘derechos sociales’?* Un segundo problema, consiste determinar que significa que ellos sean, como algunos sostienen, meramente “proclamativos, programáticos o performativos” o bien, en una versión contraria, que ellos son genuinos derechos y que, por tanto, resultan exigibles. En este último caso, *¿qué significa exigibilidad de un derecho social o de otro modo, qué comprende el uso de “exigible” en el contexto actual del discurso jurídico, político o moral?*

En el próximo apartado, como contribución a la fundamentación y relevancia del tema propuesto, voy a desarrollar en forma más extensa los problemas destacados precedentemente. Seguiré para ello, el análisis del uso de cada uno de esos términos en el orden precedentemente expuesto. Es posible que tal forma de organización denote que existe una cierta prioridad o mayor generalidad en el concepto de Estado de Derecho sobre los otros, pero eso no quita que los tres conceptos se encuentren estrechamente relacionados.

3. El problema de la noción de Estado de Derecho

Hoy se discute mucho sobre los fundamentos de nuestra cultura y por tanto, del propio derecho. Se ponen en cuestión sus virtudes y en muchos casos, se las somete a discusión. Se suele sostener que la vigencia del poder y la fuerza se constituyen en los únicos factores de la historia y se llega a considera al hombre como un ser que sólo sigue sus impulsos. Todo ello, merma la jerarquía de la razón como fuerza reguladora dentro de la sociedad. Se trata de ejemplificar tales extremos a través de gobiernos que se imponen por la fuerza y contra la voluntad de la mayoría de la población y todo ello, contribuye a desmerecer los propios postulados del derecho. Ello así, siempre que se observe al derecho exteriorizándose mediante la promulgación de ciertas normas y se lo identifique como una institución nacional que, en alguna de sus múltiples funciones, intenta resolver ten-

siones y conflictos inherentes a toda vida social por medios contrarios al uso de la pura fuerza, la violencia y el terror.

Por tanto, es posible afirmar que no existe Estado que carezca de Derecho pero ello, no quiere significar que, acorde al pensamiento actual, todos ellos sean considerados Estados de Derecho. Se deben diferenciar aquí dos cuestiones de distinta índole vinculadas a la organización social a la que denominamos Estado. Una de ellas, alude al elemento normativo y responde a la pregunta *¿Cómo debe estar organizada normativamente una comunidad para sostener que en ella se verifica un Estado de Derecho?*. La otra, responde a una pregunta fáctica y se vincula con la eficacia de esas normas en orden a la organización del poder que se confiere al Estado dentro de cada comunidad. Así, por ejemplo, en la Alemania Nazi —como en muchos estados del África y América— se promulgaron y publicaron infinidad de textos legales, pero se duda en sostener que en esas comunidades exista un Estado de Derecho ante la precaria eficacia en el uso de esos dispositivos. Por tal motivo, el análisis de la primer cuestión resulta necesaria para evaluar y afrontar el contenido de estas normas. Corresponde considerar la distribución de esos derechos, poderes, garantías y deberes de los individuos, de determinados grupos o del propio gobierno dentro de la sociedad. Descripto las cosas de este modo, el derecho parece constituir un término medio entre anarquía — todos los miembros tendrían un poder normativamente ilimitado — y el despotismo — donde algún o algunos hombres gozarían de un poder normativamente ilimitado sobre otros. Por tanto, se afirma que el derecho tiende a ser un elemento relevante para el compromiso, la paz y el acuerdo, aunque al respecto las ideas marxistas no coincidirían con esta versión neutral. Este debe reconocer una esfera limitada de poder a los particulares pero también hacerlo respecto de las autoridades y además, debe existir una combinación y equilibrio de los derechos individuales y sociales así como resulta necesario que el poder del gobierno se encuentre sometido a pesos y contrapesos. La moderna consideración crítica de la teoría estándar parece sostener que la mera existencia de un orden jurídico o un sistema de legalidad, no permite hablar de Estado de Derecho en tanto, se considera que tal afirmación constituye una imprecisión conceptual y real que, con absoluta intención, tiende a generar confusión. De ese modo, se avanza en la consideración de que un Estado de Derecho debe estar esencialmente vinculado al Constitucionalismo y tal tesis, se sostiene en los principios y finalidades que en ellas se postulen. Otra cuestión normativa vinculada al concepto en cuestión alude, como bien lo expresó Ernesto Garzón Valdés, a la necesidad de que las Constituciones limiten el poder otorgado al poder legislativo. En este sentido, son preguntas pertinentes: *¿Qué relación debe existir entre los electores y*

*sus representantes?; ¿Se puede someter a la discusión legislativa todo tipo de cuestiones?, Y por último, ¿Estaría justificado desde un punto de vista ético la exigencia de garantizar un umbral mínimo (coto vedado) para la negociación y el eventual compromiso parlamentario?. La propuesta de Garzón Valdés es ampliamente conocida¹⁰: Que de la legislación y el compromiso legislativo se deben excluir todos aquellos bienes que se consideren básicos para la realización de todo plan de vida; Que la determinación de ese campo de exclusión no pudo quedar librado a un consenso fáctico de los electores y sus representantes y finalmente; Que la vigencia efectiva de los derechos dentro de ese coto, debe mantenerse indiferente a la voluntad, deseos o intereses de quienes integran la comunidad. La pregunta que se impone dentro de este ámbito es de qué modo, con fundamento en esta tesis, se pueden garantizar las características que se exigen a un Estado de Derecho, es decir: a) Separación de poderes públicos, sin perjuicio de la correlación entre ellos; b) Consagración no sólo de los individuos sino de los grupos y partidos políticos; c) Expresión de la voluntad del pueblo en la integración de las autoridades políticas por medio del sufragio; d) Principio de constitucionalidad o supremacía de las normas constitucionales y control de constitucionalidad; e) principio de legalidad; y f) principio de control. Es obvio que esta versión, también plantea problemas de difícil respuesta desde el punto de vista fáctico: *¿Qué criterios son pertinentes para lograr un orden jerárquico entre ellos bajo supuestos de cambiantes circunstancias histórico-sociales? ¿Qué bienes comprenden ese umbral de exclusión dentro del debate legislativo si también ellos, son influidos por los constantes cambios ya indicados? Aun así: ¿Si se soslayan o carecen de aceptación por la mayoría aquellas normas que delimitan ese coto: de qué modo se asegurará su eficacia?.**

4. La noción de ciudadanía y sus problemas

En esta cuestión siempre se destacó la importancia del desarrollo de la historia moderna respecto de las teorías sociales. Dentro de ellas, la sociedad se fundamentaría —en el plano jurídico— mediante la exigencia normativa de incorporar determinados derechos humanos. En principio, el concepto de ciudadanía se vinculó con el derecho inalienable de posesión y ejercicio de derechos políticos de participación así como la asignación de cumplir deberes y respetar los derechos de los demás. A los derechos de autonomía individual frente al poder estatal y de participación en las decisiones públicas, se agregan ahora los derechos sociales y culturales

¹⁰ Cf. Garzón Valdés, Ernesto (1993), "Representación y Democracia", incluido en Derecho, Ética y Política, CEC, Madrid, p. 631y siguientes.

tales como, entre otros, a la propia educación, a la salud, al trabajo, etc. Estos derechos llamados de segunda generación tienden a alentar la participación en las decisiones y proyectos que se asumen desde la vida política dentro del propio Estado.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en adelante DUDH, concretó una síntesis de dos concepciones básicas de estos derechos. La primera, parece concebirlos como derechos que una persona posee solo por el hecho de nacer (orden natural). Por el contrario, la segunda hace referencia a derechos establecidos por ley o sea, por virtud de un proceso de creación de derecho y alude a la aceptación de los gobernados hacia un orden normativo (orden convencional o artificial). En ambos casos, sin embargo, estos derechos se transforman en un criterio de legitimidad política en la medida que si los gobiernos cumplen con ellos, serán reconocidos como tales, aunque tal reconocimiento, en cualquiera de esos niveles, no significa una traducción inmediata ni tampoco uniforme.

A pesar de ello, existe una interpretación del concepto de ciudadanía que considera que en la DUDH se partió de la idea de que la ciudadanía no es producto de un proceso de generación espontánea sino de una construcción histórica, colectiva y con especificación política. En otros términos, que ella fue el resultado de experiencias en donde el disenso provocó su aparición. Bajo tal perspectiva, *ciudadanía refiere a una atribución política e implica un proceso de lucha social históricamente dado y comprobado que expresa la desconcentración de los atributos políticos del estado*. Al respecto, H. Arendt afirmó que esta condición resulta anterior a todo derecho: el de disfrutar de todos los derechos específicos de una sociedad democrática y de un mundo común¹¹.

Pese a ello, desde el plano fáctico, es necesario destacar que la defensa de esos derechos constituye una tarea constante. Que la DUDH es una aproximación incompleta al concepto de lo que significa poseer status ciudadano y vivir como tal. La dimensión de obligaciones personales que ello exige se encuentra implícita y requiere que se la promueva con mayor intensidad. Se confía en que la dimensión de los derechos y la de los deberes muestre una visión diversa de asumir un compromiso social y del papel que compete a cada integrante de la comunidad. Caso contrario, seguirá vigente aquello que supo expresar con claridad Galeano:

“Aunque no podemos adivinar el tiempo que será, tenemos al menos el derecho de imaginar el tiempo que queremos que sea. En 1948 y en 1975 las Naciones Unidas proclamaron

¹¹ Cf.: H. ARENDT (1998), *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus, Madrid, p. 375

extensas listas de derechos humanos, pero en los hechos los derechos humanos para la inmensa mayoría de la humanidad se reducen a tres, el derecho de ver, oír y callar” (Eduardo Galeano (1998), Patas arriba. La Escuela del mundo al revés, Siglo XXI, México, p. 50)

Por ello, se debe tener en cuenta que el término ciudadano puede tener dos significados fundamentales: a) Puede aludir a un cierto estatus que atribuye derechos y deberes; y b) Puede hacer referencia a un conjunto de ciudadanos que componen una nación o estado. Si se lo entiende como status se opone a súbdito o bien a extranjero, según se refiera a la política o al derecho. De ese modo, su mayor o menor participación en la vida pública determina cual será su desarrollo ulterior. Es por ello, que habrá de tener en cuenta, según Ferrajoli lo indica, que en cualquiera de las concepciones precedentes, el universo jurídico político de los derechos del hombre termina coincidiendo con el ordenamiento interno del Estado y se confunden con los derechos del ciudadano¹². Y si bien, al interior del Estado se funda en la igualdad de los iguales; hacia el exterior se constituye en fuente de discriminación y privilegio con relación a quienes no son ciudadanos porque estos derechos universales están codificados, en principio, con normas de subordinación y exclusión. Se es ciudadano frente al extranjero.

Luigi Ferrajoli señala que el análisis sociológico de la cuestión no contempla la dimensión jurídica o sea, aquello que resulta más importante para conocer el grado de efectividad de estos derechos. Ello así, en la medida en que los derechos “*no pueden ser mas que lo que los distintos ordenamientos establecen en cada lugar y en cada época, contribuye también esta perspectiva a comprender las condiciones económicas, políticas y sociales de su garantía. Se producen dos simplificaciones: la primera, atiende a la confusión entre persona y ciudadano; la segunda, unifica los derechos civiles de libertad, autonomía y propiedad confundiendo libertad con propiedad*”¹³. Estas simplificaciones resultan relevantes en la medida en que afectan el contenido del término ciudadanía y correlativamente, los derechos fundamentales y sus garantías. Por su parte, la presión que ejerce la continua corriente migratoria hace surgir el problema de la identificación entre persona y ciudadano y además, se manifiesta como una antinomia entre igualdad y ciudadanía, entre universalidad de los derechos y los límites impuestos por el Estado. Y todo ello, sólo puede superarse, según este autor, mediante una superación del concepto liberal-ilustrado de ciudadanía o

¹² Cf.: FERRAJOLI, L.(1996), obra citada, p. 145. 165

¹³ FERRAJOLI, L. (1996), artículo y obra citada, p. 145. 165

en otros términos, mediante la superación de la identificación de derechos fundamentales con su nacionalización y la desestatización de las nacionalidades. Se corrobora de este modo, un nexo fuerte entre democracia e igualdad del mismo modo que entre desigualdad y racismo, como señala Javier de Lucas. La igualdad de hombres y mujeres debe ser una igualdad en derechos tal como lo sostienen las declaraciones universales y si esa igualdad no se verifica a través de derechos, ese otro u otra, terminará siendo considerado desigual. De este modo, la ciudadanía se transforma en un estatus de privilegio para aquellos que están dentro de países desarrollados y paralelamente, se presenta como un relevante factor de exclusión y discriminación para otros. Esta exclusión, según De Lucas, atañe a tres reducciones: las de género, en tanto quedan fuera las mujeres; de clase: porque solo votan los censados propietarios, lo que excluye a los asalariados; y finalmente, de pertenencia: al no contemplar a los extranjeros que no forman parte de la llamada nación o nación-estado¹⁴.

5. Sobre los derechos sociales

En coordinación con lo anterior, es común afirmar que mientras las libertades básicas y la delegación de la voluntad individual en sus representantes dentro del Estado, constituyen el objeto de los derechos denominados civiles y políticos o de primera generación; los denominados derechos económicos, sociales y culturales, constituyen una forma importante de democratizar al ciudadano. De otra forma, en este último supuesto la cuestión se vincula con el acceso a activos y a diversas prestaciones que la sociedad debe estar en condiciones de brindar, así como al pleno reconocimiento de los diversos grupos que a ella pertenecen, con sus diferencias específicas.

Los derechos sociales expresarían valores tales como igualdad de oportunidad, calidad de vida, solidaridad y no discriminación. Si se los considera derechos humanos universales, indivisibles e interdependientes respecto de los primeros, las personas deberían disfrutar en forma efectiva del derecho al trabajo, a un adecuado nivel de vida, a la salud, alimentación, vivienda, educación, protección social, reconocimiento étnico e identidad cultural entre otros. Caso contrario, se estima que los individuos se encontrarían en una situación de una ciudadanía carente de plenitud o como la definió O'Donnell, una ciudadanía de baja intensidad¹⁵.

¹⁴ DE LUCAS, J. (1998) "Contra el racismo institucional", en *Neoliberalismo versus democracia*, Madrid, La Piqueta, 1998, p. 341. También: DE LUCAS, J. (ed.) (1998), *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ.

¹⁵ O'DONNELL, GUILLERMO (1996), *El Estado Burocrático Autoritario, Triunfos, Derrotas y Crisis*, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, p. 405 y siguientes..

Los derechos sociales también plantean una relación normativa respecto de la cuestión de cómo se asignan los recursos colectivos. Si se les reconoce que tienen carácter imperativo se otorgará mayor urgencia y fuerza a los mecanismos de distribución de activos y de esa forma, se contribuye a producir un cambio cualitativo hacia formas menos excluyentes dentro de la sociedad.

A su vez, estos derechos tienen una vinculación estrecha con los derechos civiles y políticos y ello se desprende de la Declaración de Derechos Humanos de 1948, así como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Ello así, porque a mayor acceso de las personas a esos activos, prestaciones y reconocimiento, mayor será las posibilidades de participar efectiva y eficientemente en las instituciones políticas, de ejercer su libertad para emprender sus proyectos, mejorar su capacidad para el diálogo público, hacer más efectiva su participación en asociaciones civiles y en el propio intercambio cultural. De otro modo, por ejemplo, la existencia de una más extensa libertad de expresión y asociación y una mayor igualdad en el ejercicio de los derechos políticos puede hacer más efectiva la presencia de aquellos grupos excluidos de la toma de decisiones. Ello incide sobre las políticas que puedan favorecer el bienestar y su reconocimiento.

De este modo, se puede observar que el desarrollo de esos derechos sociales parecen presuponer una nueva articulación entre el Estado y la sociedad. Se podría afirmar que todo ello, debería sostenerse en un tipo de contrato ético de ciudadanía. Que ese contrato debería tender al reconocimiento pleno de los derechos de las personas y además, que se extendería a una más amplia gama de actores. Se trata de lograr cierta compatibilidad entre el pleno ejercicio de las libertades individuales con el acceso al bienestar, como forma representativa y eficaz de arbitrar los conflictos, de usar efectivamente esas políticas y con ello, de distribuir poderes¹⁶. Que el crecimiento económico se adecue a una estructura distributiva y de provisión de servicios que logre optimizar, conforme a los grados de recursos socialmente producidos, la satisfacción de esas necesidades básicas de la población; de un sistema democrático que respete la diversidad cultural e impida toda forma arbitraria de discriminación. Como lo expreso Norberto Bobbio¹⁷, la razón de estos derechos, es una razón igualitaria en tanto tienen una tendencia a mermar las desigualdades entre quienes tienen y

¹⁶ Cf.: VERNENGO, ROBERTO J. (1985), *Curso de Teoría General del Derecho*, 1ª reimpresión de la 2ª edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, en especial p. 227 y siguientes. Específicamente, dice Vernengo "El derecho subjetivo es...una forma del poder. Y, con mayor precisión, un poder político delegado en ciertos individuos por el poder político estatal....la forma en que se distribuye el poder es justamente un fenómeno político por definición." (Cf. p 232/3).

¹⁷ Vid: BOBBIO, NORBERTO (1996), *Derecha e izquierda*, Santillana/Tauro, Madrid.

quienes no tienen o de poner a un número de individuos siempre mayor, en condiciones de ser menos desiguales respecto de aquellos más afortunados por razones de nacimiento o condición social. Por su parte, esta integración no significaría subordinación dado que pasaría por el doble eje de derechos sociales y culturales porque, una mejor distribución de los activos materiales, iría acompañada del acceso igualitario a los activos simbólicos, tales como información, comunicación y conocimiento.

Esta titularidad respecto de esos derechos debe ser entendida como acceso universal a un umbral determinado de prestaciones e ingresos de tal modo que se asegure que las necesidades básicas estén satisfechas lo que se asimilaría al concepto de ciudadanía social propuesto originariamente por T. H. Marshall en el año 1950¹⁸.

No obstante todo lo expuesto, el problema que plantean estos derechos es que el paso de su normatividad a los hechos, requiere de recursos, de la existencia de un acuerdo social en el reparto de los excedentes, de una reflexión especial sobre la forma en que los distintos actores sociales entienden el logro de esos derechos y además, que la propia sociedad tenga la capacidad de organización suficiente para demandar su plena realización. Hay aquí, una serie de preguntas para una futura investigación: *¿Quién decidirá y de que forma lo hará respecto de prestaciones de salud y educación que proporcionen satisfacción a ellos frente a sociedades dinámicas y variables de los perfiles demográficos respecto, por ejemplo, a la salud? ¿En el caso de la educación: ¿Cuál es el umbral mínimo para participar con mejores condiciones dentro del mundo productivo? ¿Qué resulta más importante: la reducción de la mortalidad infantil o de la pobreza, el aumento de la expectativa de vida o una mejor distribución en el ingreso? ¿De que modo garantizar el derecho al trabajo y al sistema de protección asociado al mismo dentro de una estructura de producción que funciona reduciendo el número de empleos, dentro de una economía inestable que se contrae o expande a ritmos acelerados o cuando se verifica una tendencia histórica a disociar el incremento productivo con la expansión del empleo?*

6. Conclusiones

Resulta claro que no es tarea fácil determinar en que consiste o debe consistir la exigibilidad de estos derechos. Si bien hablé de indivisibilidad de ambos derechos —en el sentido de que no existen derechos que tengan prioridad sobre otros ni se prescriben etapas para lograr su desarrollo o para garantizar su respeto— no cabe duda de que en esta cuestión

¹⁸ Vid: MARSHALL, T. H. Y BOTTOMORE, T, *Ciudadanía y Clase social* (v. Original 1950), Madrid, Alianza, Trad. P. Linares, 22 y sigs.

se encuentran involucradas prestaciones y recursos. Por tanto, su materialización requiere no sólo de la determinación de la forma de distribución sino también, de su disponibilidad. A su vez, los derechos sociales implican políticas universales y no, una mera forma de agregación individual. No se trata de un problema de consistencia entre ámbito individual de exigencia y la esfera colectiva del reparto.

En los países de América latina la cuestión de la exigibilidad se enfrenta con la existencia de graves y extendidas desigualdades, los niveles de pobreza son muy altos. Por el contrario, el crecimiento económico resulta más que moderado y el ingreso per capita es comparativamente extremadamente bajo. De tal forma, derechos que tienen estas características parecen escapar a la posibilidad de realización plena por parte de los gobiernos y depende, cada vez más, de factores que trascienden los límites territoriales del estado nacional. Y aquí, se presenta otro interrogante: *¿Cuánta desigualdad resulta tolerable en un proceso de desarrollo cuyo eje sea la plenitud de los derechos sociales si es justamente ella y no los ingresos promedian de las sociedades, el factor que impide la universalidad y exigibilidad de los derechos?*

Existen por otra parte, intentos para lograr una cierta delimitación de estos derechos. Para algunos, se considera que son exigibles si el acceso a ellos y su protección dentro del debate democrático y en el proceso político, se sitúan bajo protección jurisdiccional¹⁹. Por su parte, quienes afirman que no son exigibles aluden a su indeterminación en orden a la medida de las prestaciones que de ellos derivan. A su vez, esta última circunstancia se vincula con la falta de claridad respecto de la extensión de las obligaciones estatales y que, las propias decisiones, dependerían más de un proceso político y legislativo que de uno judicial. Sostienen que en estos casos, el ámbito judicial no constituye una buena vía para resolver este tipo de controversias por la dificultad de identificar a los actores relevantes, determinar un problema específica y dirimir entre intereses diversos en competencias²⁰.

También aquí hay interrogantes que responder: *¿Hasta que punto la política económica será responsable frente al reclamo de derechos incumplidos?* Toda política económica tiende a alterar la relación entre equilibrio y desequilibrio en estas cuestiones. Por ejemplo, una transferencia de fondos para un programa de asistencia tiende a producir efectos a corto plazo, mientras que, en el caso de una reforma educativa, los efectos serán de

¹⁹ DE ROUX, CARLOS VICENTE y RAMÍREZ J, JUAN CARLOS (Editores) (2004), *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, CEPAL, Serie Estudios y Perspectivas, Bogotá, p.20

²⁰ DE ROUX, CARLOS VICENTE y RAMÍREZ J, JUAN CARLOS (Editores) (2004), Obra y página citada.

largo plazo. A su vez, si se asignan mas recursos a la educación primaria que a la universitaria ello producirá efectos graduales en materia de equidad y sin embargo, los gastos en seguridad social tienen a ser regresivos en términos distributivos. A su vez, si los recursos resultan escasos será inevitable que esos derechos se encuentren sujetos a algún tipo de escalas de prioridad. *¿Cómo determinar entonces “un mínimo viable”?* En algunos casos, se sostiene que el nivel mínimo de garantía universal se establece conforme al grado de desarrollo social y se acuerda en incrementarlo gradualmente, es decir, se afirma cierta progresividad para la exigibilidad de los derechos sociales.

A su vez, se generaliza un discurso que expresa desde lo político la inmediata exigibilidad de estos derechos, el respeto por la diversidad cultural y la institucionalidad de la democracia. Sin embargo y en forma simultánea, la actividad comercial y financiera también se expande y la difusión desigual de nuevas tecnologías dentro de la economía real, incrementa la debilidad de las propias economías nacionales, aumenta las desigualdades en producción y bienestar no solo entre los países sino también, al interior de ellos. Se produce inestabilidad laboral, se segmenta la capacidad de acceso a empleos y se afectan la soberanía de los estados y gobiernos, se coarta el ejercicio efectivo de la ciudadanía y la concreción de derechos sociales y económicos. Existe una fuerte asincronía entre la evolución de los derechos civiles y político y los derechos sociales y económicos. Se verifican problemas de falta de idoneidad y medios en la justicia, graves problemas de corrupción pública, la falta de participación efectiva de las personas en espacios de deliberación y representación política y subsisten aun, prácticas discriminatorias por adscripción. En América latina y específicamente en Argentina, la distribución desigual se refleja en su estructura impositiva, en la orientación y magnitud del gasto público social y en la regulación capital-trabajo. Se observa en la carencia de posibilidad que tienen los gobiernos de atenuar el costo social mediante políticas que se orienten a enfrentar la denominada volatilidad económico-financiera; de encarar una gestión eficaz para lograr optimizar los efectos de programas y políticas en beneficio de grupos rezagados, en limitar la especulación y la depredación financiera y aplicar políticas fuertemente antidiscriminatorias que reviertan la desigualdad por adscripción. Se trata, como se desprende de todas estas cuestiones, de problemas fácticos y normativos de difícil solución pero que, de no alcanzar consenso en las políticas respecto de ello harán cada día más compleja toda acción que tienda a realizar los derechos sociales reconocidos en las constituciones, acuerdos y pactos internacionales. De allí, la necesidad de ser conscientes de todas estas dificultades y afrontar el desafío de investigarlas para lograr el objetivo que se

proclama, es decir, hacer exigibles derechos que son fundamentales para las actuales circunstancias que enfrenta nuestra sociedad. Ello justifica y otorga suficiente motivación para incorporar esta temática en los estudios que introducen a la carrera de abogacía.

Bibliografía:

ABRIL, CELIA BEATRIZ y ABRIL, ERNESTO (1995), "La teoría del derecho entre observadores y participantes", *Revista de la Facultad*, vol.3 N° 2, Año 1995, Nueva Serie.

ATRIA, FERNANDO (2005), "¿Existen derechos sociales?", En *Discusiones*, Número 4-2004, Derechos Sociales, Universidad Nacional del Sur, La Pampa.

ARENDT, H. (1998), *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus, Madrid.

BOBBIO, NORBERTO (1996), *Derecha e izquierda*, Santillana/Tauro, Madrid.

CARACCILO, RICARDO (1996), "Sistema Jurídico" incluido en *El derecho y la justicia*, Editorial Trotta, Madrid.

De Lucas, Javier (1998), "Contra el racismo institucional", en *Neoliberalismo versus democracia*, Madrid, La Piqueta, 1998, p. 341.

DE ROUX, CARLOS VICENTE y RAMÍREZ J, JUAN CARLOS (Editores) (2004), *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, CEPAL, Serie Estudios y Perspectivas, Bogota

FERRAJOLI, L., - (1995) *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid;

—(1996) "La conquista de América y la doctrina de la soberanía exterior de los Estados" en *Soberanía: un principio que se derrumba, Aspectos metodológicos y jurídico-políticos* Barcelona, Paidós;

— (1999) "El derecho como sistema de garantías" en *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 28-30;

—(2000) "Mas allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global"; en Miguel Carbonell (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*, Porrúa, México.

GALEANO, EDUARDO (1998), *Patas arriba. La Escuela del mundo al revés, Siglo XXI*, México

GARZÓN VALDÉS, ERNESTO (2001), "Representación y Democracia" en *Derecho, Ética y Política*, CEC, Madrid, 1993, 631-650.

—"Algo más acerca de la relación entre Derecho y Moral", incluido en *Filosofía, Política y Derecho*, Colección Honoris Causa, Universitat de Valencia, Valencia, España, p. 69 y siguientes.

HOHFELD, W. N. (1968), *Conceptos jurídicos fundamentales*, Traducción de Genaro Carrión de la versión en inglés "Some fundamental legal conceptions as applied to juridical reasoning", 23 *Yale Law Journal*, 16 (1913) New Haven, Connecticut, USA, CEAL, Buenos Aires

KELSEN, HANS (1988), *Teoría General del Derecho y el Estado*, Traducción de Eduardo García Máinez, UNAM, México

MARSHALL, T. H. y BOTTOMORE, T, *Ciudadanía y Clase social* (v. Original 1950), Madrid, Alianza, Trad. P. Linares.

Nino, Carlos Santiago (1984), *Introducción al Análisis del Derecho*, 2da. Edición, 2da. Reimpresión.

O'DONNELL, GUILLERMO (1996), *El Estado Burocrático Autoritario, Triunfos, Derrotas y Crisis*, Editorial de Belgrano, Buenos Aires.

ROSENKRANTZ, CARLOS (2003), "La pobreza, la ley y la Constitución", en SELA 2002, *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires.

VERNENGO, ROBERTO J. (1985), *Curso de Teoría General del Derecho*, 1ª reimpresión de la 2ª edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires.



¿POR QUÉ ES IMPOSIBLE ERRADICAR EL DESACUERDO?

UN ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE JEREMY WALDRON

Cristián Augusto Fatauros¹

Resumen: En *Derecho y desacuerdo*, Waldron crítica lúcidamente al constitucionalismo a la vez que defiende al sistema democrático como el procedimiento para resolver los desacuerdos en la sociedad. Analizaré los fundamentos de su argumento. Describiré como funciona el desacuerdo en el debate sobre la decisión política, sobre el resultado del procedimiento, sobre los juicios morales y sobre el procedimiento mismo y mostraré que, según su propuesta, el desacuerdo se convierte en un problema imposible de erradicar. Su crítica es aguda y profunda pero no es concluyente en favor de la democracia como el único procedimiento legítimo para resolver los desacuerdos porque el procedimiento democrático también puede ser objeto de su propia crítica.

Palabras claves: Constitucionalismo, Control judicial, Filosofía del Derecho, Filosofía política, Jeremy Waldron.

1. Desacuerdo sobre el curso de acción que se debe tomar.

El libro de Jeremy Waldron ha sido uno de los que con más fuerza ha criticado al constitucionalismo y su pretensión de limitar a las mayorías democráticas. Waldron desarrolla la siguiente línea argumental: tomarnos en serio la democracia como procedimiento de decisión política implica ocuparnos de los desacuerdos que se encuentran en el corazón de toda sociedad pluralista. Y tomarse en serio la democracia es incompatible con aceptar procedimientos de control que le quiten poder a los parlamentos donde los desacuerdos se resuelven. En este sentido Waldron se presenta como un procedimentalista extremo, interesado en el procedimiento democrático no tanto por su valor epistémico, sino más bien, porque según él, posee un valor intrínseco.

La idea que Waldron encuentra en la base de la práctica política es lo que él que llama "*las circunstancias de la política*". Estas son: i) la necesidad percibida de un curso de acción común y, ii) la existencia de

¹ Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Becario CONICET.

² La idea de las circunstancias de la política es análoga a la idea de las circunstancias de la justicia. Dichas circunstancias dan lugar a que la política sea, a la vez *necesaria* y *posible*. Para un desarrollo de las circunstancias de la justicia, ver John Rawls (1979, 126).

desacuerdo sobre cual es el curso de acción común que se debe tomar. Ambas condiciones forman una pareja que se relaciona recíprocamente.

“Los desacuerdos no importarían, si no necesitáramos un curso de acción concertado, y la necesidad de este curso común de acción no daría lugar a la política tal y como la conocemos si no existieran, al menos potencialmente, desacuerdos sobre cual debe ser el curso de acción.” (Waldron, 2005, 124)

En estas circunstancias, la democracia se presenta como un procedimiento que permite tomar un curso de acción, y es por esta razón que las leyes, en tanto que producto de este procedimiento, reclaman autoridad. Waldron admite que recurrir a la regla de mayoría es un procedimiento técnico, pero afirma que no es *meramente* eso. Puede ser un procedimiento *moralmente* respetable, a diferencia de otros procedimientos técnicos.³ La legislación reclama respeto por ser un logro *político* de la comunidad, pero además por ser *respetuosa* en sí misma, por haberse logrado respetando a las personas que representa y que participaron en ese procedimiento.

“En primer lugar, respeta sus diferencias de opinión sobre la justicia y el bien común: no requiere que se reste importancia o se acallen los puntos de vista que cada uno sostiene sinceramente por la importancia imaginaria del consenso. En segundo lugar, incorpora un principio de respeto hacia toda persona en el proceso por el cual se decide sobre una concepción que debe ser adoptada como la *nuestra*, incluso a la luz de los desacuerdos.” (La cursiva pertenece al autor.) (Waldron, 2005, 131)

El problema de respetar las opiniones de los individuos vinculados por la necesidad de un curso de acción común no es un problema acerca de la votación, aclara Waldron, sino sobre las magnitudes.⁴ Afirma que el respeto a la opinión de millones de individuos que se verán afectados por la decisión que se tome, es consecuencia de la necesidad de actuar, en conjunto, a un nivel macropolítico.

“Si creemos que todas las personas afectadas por un problema tienen derecho a opinar sobre su solución, entonces no podemos hacer otra cosa que establecer un procedimiento para contar, y de algún modo evaluar, los millones de opiniones in-

³ Sin embargo si la necesidad de tomar un curso de acción común es apremiante, Waldron afirma que tirar una moneda al aire para decidir, podría ser un procedimiento *admirado*. (la cursiva me pertenece) Cfr. Waldron (2005, 129).

⁴ Waldron en la nota 60 destaca “que esto es distinto de la cuestión de la representación” y que “uno de los defectos flagrantes de este libro es que no incluye una discusión adecuada sobre la representación.” Cfr. Waldron (2005, 133, nota N° 60).

dividuales [...] Si el problema afecta a millones de personas, un procedimiento de toma de decisiones respetuoso requiere que dichos millones de personas se escuchen los unos a los otros y acuerden una política común de forma que se tomen en cuenta las opiniones de todos.” (Waldron, 2005, 132-133)

El procedimiento de decisión mayoritaria respetaría el hecho del desacuerdo porque cualquier opinión sería escuchada, e independientemente de cual sea su contenido, ninguna sería excluida de la deliberación. A todas las opiniones se las tendría *igualmente* en cuenta. Respetar el hecho del desacuerdo se traduce en como tratamos las opiniones de las personas, en un contexto de desacuerdo. Esto presupone: i) que existen opiniones en conflicto sobre el curso de acción común que debe decidirse y, ii) que no disponemos de un procedimiento para saber cual es la opinión correcta. Si afirmásemos que alguna de las opiniones en conflicto está fundada en el error, en el autointerés o en un prejuicio, esa opinión no estaría siendo tratada con respeto, ya veremos que estas afirmaciones se relacionan con su crítica al objetivismo o realismo moral.

Podría objetarse que el resultado del procedimiento puede violar el principio de igual respeto. La réplica de Waldron a esta objeción se apoya en que desacordamos *fundamentalmente* sobre el carácter del resultado. Y precisamente porque no estamos de acuerdo en que sea un resultado respetuoso *sustantivo*, necesitamos un procedimiento. Pero aún cuando esto sea cierto, parece todavía insuficiente para justificar que el procedimiento político que se utilice para decidir sea el voto mayoritario. Un párrafo en el que Waldron trata de defender su tesis es el siguiente:

“Así, en las circunstancias de la política, lo único con lo que podemos manejarnos es con la ‘concepción implausiblemente estrecha’ de igual respeto; y sospecho (aunque cada vez más *dudo que pueda probarse*) que la decisión mayoritaria es el único procedimiento de toma de decisiones consistente con el igual respeto en este sentido necesariamente empobrecido.” (La cursiva me pertenece) (Waldron, 2005, 140)

Waldron argumenta que dado que tenemos desacuerdos sobre cual es el resultado correcto, si excluimos consideraciones sustantivas acerca del resultado y nos apoyamos en el procedimiento para tomar una decisión el procedimiento que mejor respeta a las personas es el procedimiento mayoritario. Se defiende de la objeción de que dado que necesitamos un procedimiento, el más adecuado para respetar a las personas —en este sentido reducido— es la decisión unánime, replicando que es

justamente la unanimidad, una circunstancia en la que la política no sería necesaria.⁵

En este punto, creo que a pesar de ser ciertas las consideraciones de Waldron respecto a la circunstancia del desacuerdo y a la necesidad de respetar de igual modo la opinión de los ciudadanos (aunque sea en esta concepción estrecha referida al procedimiento y no al aspecto sustantivo del resultado), todavía no muestra porque la democracia es superior a otros procedimientos para decidir qué curso de acción política se debe tomar. Quiero decir, que no ha probado que, si existe desacuerdo, y la necesidad percibida de tomar una decisión para actuar como grupo, otro procedimiento, por ejemplo, que el miembro de mayor edad, decida tomando en cuenta todas las opiniones, no sea *igualmente* respetuoso con éstas, o con los miembros a los que involucra la decisión. Resalto el hecho que el propio autor abriga dudas respecto a la posibilidad de que su tesis pueda probarse.

2. Desacuerdo sobre el resultado del procedimiento.

Respecto al resultado del procedimiento político, para valorar si es respetuoso de modo *sustantivo*, Waldron también construye los cimientos de su teoría a partir del desacuerdo, tanto del desacuerdo sobre los derechos como del desacuerdo sobre cuestiones de moralidad política. Reconoce que en las sociedades modernas el desacuerdo llega hasta las cuestiones más fundamentales —incluso sobre los derechos morales y derechos jurídicos que los ciudadanos tienen—, y a partir de este hecho se pregunta cuáles son las razones que justifican, primero atribuir derechos jurídicos a las personas y segundo atrincherar derechos en una constitución. Respecto a la atribución de derechos él cree que la razón para esto, es que pensamos que los individuos son sujetos de razón —seres morales— con un sentido de la justicia, capaces de reflexionar en las relaciones morales respecto de sus intereses y los de los demás.

“En general, la atribución de derechos a los individuos es un acto de fe en su agencia y su capacidad de reflexión moral. [...] Además confiamos en los agentes no sólo en el ejercicio responsable de los derechos que se les ha atribuido, sino también en reconocerles algún grado de responsabilidad a la hora de determinar exactamente cuales son sus derechos, *vis a vis* los derechos de los demás.” (Waldron, 2005, 264-265)

Sin embargo Waldron cree que, aunque una concepción de moralidad política se encuentre basada en derechos morales, estos derechos

⁵ Cfr. Waldron (2005, 140, nota N° 75).

morales no son razón suficiente para sostener que el contenido moral de dicha concepción sean derechos; también sostiene que creer que las personas tienen derechos morales no es una razón para comprometerse con la idea de que las personas deberían tener derechos jurídicos correlativos de estos derechos morales. Efectivamente, una política basada en objetivos, podría proteger de igual modo los derechos fundamentales (morales) de las personas. Y finalmente también están en contra de la idea de derechos constitucionales. Fundamenta su oposición en razones liberales. Afirma que cuando se atrinchera un derecho, se incapacita a los legisladores respecto a su modificación, su renovación y su discusión, y esto supone incapacitar a los ciudadanos representados indirectamente.

Esta idea, afirma Waldron, refleja una (obstinada) actitud de confianza en uno mismo y desconfianza (infundada) hacia los demás. Si este deseo de poner fuera del alcance de la deliberación y de la decisión mayoritaria, se fundara en una concepción de que la naturaleza humana es egoísta y predatoria, estaría en contradicción con la concepción de persona como sujeto portador de derechos, capaz de reflexión moral que se encuentra en la base de la participación en la deliberación política.

La misma razón por la que consideramos a las personas sujetos de derechos, vuelve injustificable el proteger los derechos suponiendo que pueden ser violados por esas mismas personas. Como bien lo dice Gargarella (Gargarella, 2008, 143) parece que nos enfrentamos a un problema de *autoridad*. Ante la necesidad de resolver los desacuerdos, y sin tener un criterio claro que nos determine un resultado, la pregunta que se nos plantea es la siguiente, ¿quién y como debe decidir? Además dado que no tenemos un criterio para valorar la corrección del resultado, no está justificado desconfiar del resultado que arroje cualquier procedimiento para resolver el desacuerdo sobre los derechos.

3. Desacuerdo sobre la verdad de los juicios de moralidad política.

Retomando lo dicho más arriba, es útil resaltar que aquellos que sostienen la verdad del realismo moral podrían contradecir la legitimidad del procedimiento democrático, porque si existiera una verdad moral que pudiera ser conocida y si los jueces pudiesen acordar sobre cuál es, se debería dejar en sus manos las decisiones que involucran juicios de moralidad política.

Ahora bien, ¿representa el realismo moral un verdadero obstáculo? ¿Podría ser una razón en contra de la legitimidad del procedimiento democrático el hecho de que, como sostiene el realismo moral, exista una respuesta moral correcta? Waldron niega que esto sea así. Afirma que es irrelevante que los juicios morales sean objetivos y verdaderos. Sostiene

su irrelevancia porque existe desacuerdo sobre *cuales* juicios morales son los juicios morales correctos y este desacuerdo subsiste *aún* si los juicios morales son verdaderos⁶.

Uno de los sentidos en que Waldron entiende la arbitrariedad y que considera el más relevante, es el de “falta de legitimidad política”. Waldron sostiene que este tipo de decisiones deben ser tomadas democráticamente. Y su argumento de la irrelevancia de la objetividad y la verdad de los juicios morales justifica su tesis. Lo importante, suponiendo que los realistas morales tuvieran razón, es saber si esto nos brinda un auxilio a la hora de evitar las decisiones arbitrarias en el sentido entendido más arriba, es decir, si esto haría que las decisiones judiciales en las que intervienen juicios morales fuesen legítimas. Si esto fuera así, entonces tenemos razones para dejar de lado la idea de que son los miembros de la comunidad a través del parlamento y no los jueces los que deben resolver los desacuerdos morales. Si por el contrario, no brinda ningún auxilio y no evita la arbitrariedad en las decisiones judiciales, entonces tenemos razones para defender la legitimidad de los parlamentos para tomar las decisiones que involucren juicios morales. En este sentido, si una decisión en la que intervienen juicios morales, no es tomada por el parlamento, es arbitraria. Aún cuando esa decisión pueda ser predecible y razonada, si se deja en manos de funcionarios no elegidos, como los jueces, es arbitraria, puesto que carece de legitimidad política.

Algunos defensores de la idea de que los jueces en determinados casos deben hacer prevalecer sus convicciones de moralidad política por sobre las convicciones del pueblo o las convicciones de los legisladores, son lo que defienden el control judicial de constitucionalidad de las leyes, y a menudo su argumento se basa en la idea de que un juez es un sujeto moral elevado y que está en mejor posición para razonar moralmente que el pueblo, entorpecido por prejuicios e intereses egoístas. Entienden que los jueces son sujetos expertos en cuestiones morales, y sus razonamientos, por lo tanto, confiables. Respecto a esto Waldron responde:

“Pero ya hemos advertido que los realistas morales no pueden generar una epistemología que encaje con sus propios compromisos ontológicos. Sin una epistemología como ésta, una que hasta cierto punto no genere tanta controversia (o que en cualquier caso genere una controversia de tipo distinto) como el objeto de conoci-

⁶ Sostener esta tesis no compromete a Waldron con afirmar que los juicios morales son falsos, sino simplemente con afirmar que no existe acuerdo acerca de cuál sería el mecanismo o método que nos permitiría zanjar los desacuerdos acerca de cuándo son verdaderos los juicios morales. Tenemos diferentes creencias acerca de cuando los juicios morales son verdaderos y diferentes creencias acerca de cual es el mecanismo para determinar cual es la creencia correcta.

miento al que pretende aplicarse, no puede existir una teoría de lo que significa ser experto en este ámbito.” (Waldron, 2005, 220)

Por lo tanto, el realismo moral no puede evitar la arbitrariedad cuando los jueces toman decisiones en las que intervienen juicios morales. No ofrece ningún argumento para defender el control judicial de constitucionalidad, no brinda ninguna justificación para que sean los jueces quienes tomen este tipo de decisiones. Waldron concluye que son los desacuerdos morales, y no la subjetividad moral, los que ocasionan nuestros temores sobre la moralización judicial. Ahora bien, quiero referirme a que si tenemos como cierto lo dicho más arriba, y los miembros de una comunidad son capaces de pensar cuidadosamente que derechos tienen ellos y los demás, no encuentro objeción al hecho de que el debate de cuáles son los derechos que tenemos quede en manos de algunos. Dado que cualquiera es un sujeto de razón, y no se verá movido por intereses egoístas, prejuicios o ignorancia, cualquiera podría deliberar acerca de sus derechos y de los derechos de los demás y no deberíamos desconfiar de él.

4. Desacuerdo sobre el derecho de participación.

El siguiente paso es afirmar que la participación en la deliberación política, ante el hecho del desacuerdo, incluso sobre los derechos mismos, es un derecho de todo ciudadano que debe ser igualmente distribuido y de modo adecuado. Adecuado en tanto que sea respetuoso de la opinión de los ciudadanos cuyos derechos e intereses se verán afectados por la decisión que se tome, y que se respete el sentido moral de los ciudadanos que los hace capaces de reflexionar moralmente sobre los problemas que les afectan.

Waldron afirma que excluir a una persona del debate acerca de cuales son sus propios derechos, cuestión sobre la que seguramente tendrá esa persona un punto de vista meditado, sería una falta de respeto. Waldron defiende el derecho de participación en base a una concepción de derechos, que opondría a la concepción instrumentalista del derecho de participación que defiende Dworkin, quien justifica la participación en la medida que se diseñen procedimientos de decisión que con mayor probabilidad puedan responder cuáles son los derechos que tenemos. El enfoque basado en el resultado, Waldron afirma, presupone que existe una respuesta correcta, y que está en posesión de ella. Además parece que las concepciones instrumentalistas incurren en petición de principio, puesto que presuponen cuál es el resultado que consideran *sustancialmente* correcto, cuando precisamente necesitamos un procedimiento de decisión porque existe desacuerdo acerca del resultado correcto.

Sin embargo, en este análisis podemos apreciar que la sugerencia de utilizar el procedimiento del voto mayoritario para resolver los desacuerdos morales, sin tener un criterio *sustantivo* nos deja en manos de la incertidumbre, ya que no podemos decir que el procedimiento del voto mayoritario sea respetuoso en un sentido *sustantivo*.

Su concepción de la legitimidad de la democracia como procedimiento para resolver los desacuerdos lo lleva a defender la tesis del positivismo normativo que afirma “el derecho debe ser tal que las decisiones jurídicas puedan ser tomadas sin la intervención de juicios morales.” (Waldron, 2005, 198) Llamémosla *tesis de la exclusión*.⁷ El propósito de erradicar los casos en que intervienen juicios morales, es evitar que se reproduzca el desacuerdo en el nivel de los tribunales y al evitar que, los tribunales tengan que resolver casos en que intervienen juicios morales, se tomen decisiones jurídicas arbitrarias. En este punto los argumentos son dos, i) para evitar que se reproduzca el desacuerdo y ii) para evitar que se tomen decisiones arbitrarias.

5. Desacuerdo sobre el objeto de la protección constitucional.

Si para Waldron el atrincheramiento de derechos es ilegítimo por ser contrario a la libertad de decidir ampliamente sobre los temas sobre los que desacordamos, el control judicial de constitucionalidad también es ilegítimo, y la razón que justifica esta afirmación es que dicho análisis debe ser hecho mediante un procedimiento democrático. El análisis de los argumentos de los defensores del control de constitucionalidad lo lleva a enfrentarse a Dworkin, quizás el teórico de los derechos que de manera más sofisticada ha defendido la idea de que el hecho de que sean los jueces los custodios celosos de los derechos de los individuos, protegiéndolos de la tiranía (posible) de las mayorías no menoscaba la democracia.

Dworkin argumenta que son las mismas democracias las que eligen atarse a una constitución y eligen un grupo de hombres para su custodia. Sin embargo este no es un argumento concluyente. Waldron nos advierte que la sociedad bien puede ser que elija, mediante un procedimiento democrático someterse a un tirano, o a una aristocracia, es decir, puede elegir una forma de gobierno claramente no-democrática. El argumento de fondo es pensar que lo que tratamos de evitar es la violación de derechos y para eso la sociedad se autolimita, teniendo en cuenta que puede encon-

⁷ Para Waldron existen razones en apoyo del positivismo normativo que ya han sido sostenidas por Hobbes, Hume y Bentham y que están conectadas con la idea que las decisiones de los funcionarios que aplican el derecho no sean arbitrarias, y posibiliten a los ciudadanos dirigir sus vidas con mayor certeza y seguridad.

trarse en un momento de debilidad, codicia o ira y este autocontrol, antes que menoscabar la democracia, ayuda a realizarla de un mejor modo.

La objeción de Waldron se apoya en dos argumentos. Primero, suponiendo que realmente el modelo del autocontrol reconstruya la práctica del control de constitucionalidad, lo que el pueblo hace es someterse al juicio de lo que los jueces creen que es la mejor interpretación de los principios constitucionales, y esto es la elección de una forma de gobierno aristocrática, y por lo tanto, no-democrática, pues quienes deciden son los jueces y no el pueblo. Y segundo, cree que este modelo es inadecuado, porque lo que sucede, más que un momento de debilidad o pérdida de la razón, se explica mejor como un cambio de opinión en los miembros de una sociedad, que desacuerdan respecto a principios y a derechos. Vemos nuevamente, la explicación de los cambios en la sociedad apela a los desacuerdos, y a las mayorías que a lo largo del tiempo, pueden, y de hecho lo hacen, variar. Si pensamos en el desacuerdo, y no en la irracionalidad como fundamento de los cambios, tendremos que aceptar que la idea del atrincheramiento de derechos y su custodia por parte de los jueces no está justificada.

6. Conclusiones y preocupaciones procedimentales.

Para finalizar con el análisis de los argumentos de Waldron valoraré su propuesta teniendo en cuenta todo lo dicho hasta ahora. ¿Un teórico de la democracia debe renunciar a la protección de los derechos individuales? Es compleja la respuesta que Waldron está obligado a dar. Su respuesta no puede recurrir a la idea de una constitución y un control judicial de constitucionalidad.

Puestas las cosas de este modo, Waldron afirma que las premisas morales que justifican tener un procedimiento democrático, permiten justificar la idea de derechos (morales) individuales. Es decir que concebir a las personas como seres morales con un sentido de la justicia justifica tanto la idea de derechos morales individuales como el procedimiento democrático. La noción se vuelve problemática cuando el objeto de la protección judicial son los derechos procedimentales de los individuos.

Waldron está de acuerdo con Dworkin en que no existe incompatibilidad entre los derechos individuales y la democracia y también acuerda en que algunos derechos individuales son condiciones de legitimidad de la democracia procedimental. Sin embargo se opone fervientemente a la idea de que el control de constitucionalidad judicial. Primero porque abriga dudas de que el sistema de control judicial de constitucionalidad no menoscabe la democracia. Segundo, porque el sistema de control judicial de constitucionalidad puede menoscabar la democracia, cuando la

decisión judicial versa precisamente sobre los derechos que condicionan al procedimiento democrático, es decir sobre los derechos procedimentales de los individuos. El riesgo de menoscabar la democracia se manifiesta, por ejemplo, cuando lo que es objeto de control judicial es el derecho de participación.

Para plantear de otro modo el problema: Si no es admisible que los jueces decidan sobre los derechos procedimentales, ¿Puede el procedimiento democrático decidir sobre sí mismo y sobre los derechos procedimentales que involucra? Al respecto Waldron afirma:

“La democracia versa en parte *sobre* la democracia: uno de los primeros ámbitos sobre los que la gente reclama tener voz, y respecto de los que reivindica su competencia, es el carácter procedimental de los propios arreglos.” (Waldron, 2005, 354)

Para Waldron la regla de decisión mayoritaria tiene un valor intrínseco. Por lo tanto apelar a un criterio basado en el resultado del control judicial, no garantiza que no se produzca una lesión a la democracia. Esta posible lesión existe porque cuando son los jueces los que deciden acerca de la democracia y los derechos procedimentales que involucra, *incluso* aunque la decisión sea *sustancialmente* correcta, se soslaya el valor intrínseco del procedimiento democrático. Dworkin sólo está interesado en el resultado, mientras que Waldron se preocupa por el resultado, pero también se preocupa porque el procedimiento de decisión sea legítimo. Para Waldron lo preocupante es el carácter no democrático del control por parte de jueces no electos.

“... las preocupaciones por el carácter democrático o no democrático de un procedimiento político no se evaporan cuando el procedimiento en cuestión está siendo utilizado para ocuparse de una cuestión sobre la naturaleza de la democracia.” (Waldron, 2005, 350)

El argumento de Waldron se apoya en que no parece posible erradicar el desacuerdo acerca de cuál es el resultado *sustantivo* correcto, y por lo tanto no parece posible saber cuál es el resultado que cuenta como determinante a la hora de establecer un criterio basado en el resultado. Si el único motivo que justifica que decidan los jueces es que arriben a un resultado sustancialmente correcto, pero es justamente sobre qué resultado sustantivo es correcto sobre lo que existe desacuerdo, la justificación se vuelve muy débil.

En otras palabras, para apoyar un procedimiento que zanje nuestros desacuerdos no debemos apelar a razones sustanciales, porque sobre éstas desacordamos. Pero si esto es cierto, surge el siguiente problema; si se deja la decisión en manos de los propios titulares de los derechos proce-

dimentales, acerca de cuáles son los derechos procedimentales que tienen y cuándo se produce una violación de ellos, ¿no quedan desprotegidos por ello los derechos procedimentales? Si la respuesta es no, debe dar cuenta de cuáles son las razones de la negativa. ¿Es legítimo el procedimiento democrático cuando decide sobre los derechos procedimentales que el mismo procedimiento democrático involucra? Parece que Waldron cae en una especie de paradoja porque no puede apelar a razones sustanciales, o mejor dicho, a razones no-procedimentales pero tampoco puede apelar a razones procedimentales para legitimar el procedimiento democrático, cuando lo que está en juego es precisamente el procedimiento democrático mismo.

A modo de conclusión quiero decir que la crítica que Waldron levanta en contra de los teóricos del derecho es aguda y profunda, ya que ha puesto de manifiesto la poca o casi nula atención que se le había dado a la democracia como procedimiento de toma de decisiones. Ha destacado que los procedimientos de toma de decisiones políticas deben prestar especial atención a las condiciones en que la política se desarrolla. Ha llamado la atención sobre la existencia de desacuerdos profundos que son parte de las circunstancias que hacen posible y necesario el debate político.

Porque tenemos desacuerdos acerca de la decisión a tomar, es que se necesita un procedimiento decisorio. Y es importante hacer notar que el desacuerdo versa sobre las materias más sensibles al debate político: ¿Qué decisión política debemos tomar? ¿Qué es un resultado correcto en nuestras deliberaciones políticas? ¿Cuáles son los juicios de moralidad política correctos? ¿Quiénes son los encargados de realizar estos juicios de moralidad política? ¿Porqué es importante el derecho de participación? ¿Qué debe ser protegido constitucionalmente? Sobre todas estas cuestiones existe un gran desacuerdo. Y pienso que Waldron ha sabido poner de manifiesto la complejidad de los problemas de los que los teóricos deben dar cuenta, si quieren dejar de menospreciar a la democracia como procedimiento político de toma de decisiones.

Ahora bien, ¿porqué la crítica no es concluyente a favor de la tesis de que el único procedimiento legítimo es el procedimiento democrático? Creo que Waldron queda presa de su argumento. La razón a la que apela para justificar el procedimiento democrático, no puede ser sustancial, pero entonces necesitamos una razón procedimental que no sea intrínseca al procedimiento democrático. Se encuentra en la necesidad de un procedimiento para decidir sobre el procedimiento correcto. Y al respecto Waldron afirma que

“... la legitimidad de cualquier decisión política sobre un derecho a la democracia, por cualquier procedimiento o institución pue-

de ser puesta en duda. Esto creo que es innegable.” (Waldron, 2005,358)

Pero el hecho de que pueda dudarse de la legitimidad de cualquier decisión política, no justifica apelar a un criterio basado en el resultado. Es decir que aunque la democracia decida sobre el procedimiento democrático, y pueda criticarse la legitimidad de ésta decisión, esta no es razón para dar la espalda al procedimiento democrático a favor de otro procedimiento. También este otro procedimiento, por ejemplo, la decisión de un órgano no democrático, puede criticarse por ilegítima. En este punto Waldron apela a una razón pragmática,

“... es posible, como cuestión de política práctica, utilizar un procedimiento común y familiar como la decisión mayoritaria para resolver una de estas cuestiones (cuales son los derechos procedimentales que involucra la democracia), mientras dejamos abierta la cuestión de la legitimidad.” (Waldron, 2005, 358.)

La idea de dejar abierta la cuestión de la legitimidad mientras de hecho se utiliza el procedimiento mayoritario para decidir sobre los derechos procedimentales, es lo que vuelve la crítica de Waldron vulnerable. Mientras que la democracia es un procedimiento legítimo para resolver algunos desacuerdos, cuando el desacuerdo es sobre la democracia misma, sobre los derechos procedimentales que involucra, “... nos encontramos en un ámbito sin legitimidad...” (Waldron, 2005, 358.)

La propuesta teórica de Waldron es atractiva, pero, según los propios términos en que se desarrollan sus argumentos, cuando el procedimiento mismo y el derecho de participación que involucra, es objeto de desacuerdo, la defensa de la democracia como procedimiento de decisión no es concluyente y no es posible erradicar el desacuerdo en cuanto al procedimiento legítimo. Aún así el libro *Derecho y desacuerdo* representa el trabajo de uno de los más lúcidos filósofos políticos contemporáneos, merece una lectura detallada y un lugar en la biblioteca de todo aquél que este interesado en los problemas y tensiones existentes entre la democracia y el constitucionalismo.

Bibliografía.

Dworkin, R. (1993). *Los derechos en serio*. Barcelona, Planeta-De Agostini.

Gargarella, R. (2008). La dificultosa tarea de la interpretación constitucional. *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Abeledo Perrot. **1**: 123-148.

Hart, H. L. A. (1963). *El concepto de derecho*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Martí, J. L. y. Gargarella, R. (2005). “*La filosofía del derecho de Jeremy Waldron: Convivir entre desacuerdos*” en el libro *Derecho y desacuerdos*. Madrid, Marcial Pons.

Moreso, J. M. y Vilajosana J. J. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid, Marcial Pons.

Rawls, John. (1999). *A Theory of Justice. Revised Edition*. Cambridge, Oxford University Press. (Trad. de la primera edición: (1979) *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica.)

Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Trad. José Luis Martí y Agueda Quiroga, Madrid, Marcial Pons.



SECCIÓN VII
SOCIOLOGÍA Y POLÍTICA

DISPOSITIVOS GUBERNAMENTALES DE REGULACIÓN Y DISCIPLINAMIENTO DE CONFLICTOS. UN ANÁLISIS DE LAS LUCHAS SINDICALES

*Gerardo Avalor**

Resumen: Las significativas transformaciones operadas en el mundo del trabajo como consecuencia del desmantelamiento del pacto Estatal-corporativo y el cambio en el modo de acumulación a nivel internacional importó, a su vez, una reconfiguración de las luchas del trabajo y los mecanismos estatales diseñados para su regulación. Este trabajo indaga específicamente la configuración contemporánea de las luchas sindicales en Córdoba, y los dispositivos estatales que se activan frente a las mismas. Para dar cuenta de ello se utilizó la técnica de análisis de contenido sobre un conjunto de entrevistas en profundidad realizadas a militantes sindicales cordobeses.

Palabras claves: Estado - Trabajo - Sindicato - Mecanismos

Introducción

Ante el insistente y compartido énfasis que hace Foucault (1986) sobre la necesidad de conceptualizar el objeto de estudio en lugar de trabajar con conceptos ya fijados, es que decidimos pensar la relación Estado-Sindicato como producto histórico, como sedimentación de las relaciones de fuerza de cada época.

Dentro de este campo de fuerzas, problematizamos las luchas del trabajo como instancias eminentemente políticas que se cristalizan y desarrollan en las diferentes instituciones sociales.

Las transformaciones operadas en el mundo del trabajo durante el decenio de los 90 y sus reconfiguraciones pos crisis del año 2001, constituyen un conjunto de dimensiones de la realidad social que reclama ser indagado de un modo tal que promueva una relectura “a contrapelo”, al decir de Benjamin, de teorías que permitan asir esta multiplicidad, aportar a su vez nuevas reflexiones para el campo de la acción.

* Mail de contacto: avallegera@hotmail.com. Becario Conicet-MinCyT y becario UCC. Doctorando en Política y Gobierno (UCC-UCM), Magíster en Sociología (CEA-UNC). Lic. en Ciencia Política (UCC). Docente y miembro investigador Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales (UCC), proyecto “El llano en llamas”, Dir. Dra. M.A. Ciuffolini, e investigador (CIJS-UNC), proyecto “Relocalización territorial, conflictividad social y procesos de subjetividad política”. Dir. Dra. P. Scarponetti.

El presente texto intenta ser una primera aproximación a las luchas del trabajo en el marco de las transformaciones que han operado en esta esfera, y particularmente indagamos a través de los discursos de militantes sindicales de la provincia de Córdoba las lógicas que operan sobre los conflictos del trabajo para regular su conflictividad e integrar sus demandas al sistema político.

Los cambios en la “forma Estado”

Las relaciones de fuerzas son un concepto inherente a las luchas sociales. La particular combinación de relaciones sociales es lo que define el modo de producción dominante de cada época. Esa articulación entre Estado, sociedad, economía, cultura, etc., constituye la matriz de relaciones de una forma social determinada. En esta formación coexisten fuerzas provenientes de distintos modos de producción, además del dominante, en constante antagonismo y enfrentamiento (Poulantzas, 2001). Es por esto que hablar de relaciones de fuerza es un lenguaje propicio para intentar asir las transformaciones contemporáneas del modo de acumulación capitalista y las relaciones con el mundo del trabajo.

Las instituciones del bienestar imprimieron una estructura rígida al Estado al materializarse en “derechos sociales”. Esto implicó la universalización de determinadas coberturas, servicios y trasferencias en el marco del seguro social. Isuani señala que “la lógica de desarrollo del Estado de Bienestar obedeció fundamentalmente a dos determinantes. Por un lado (...) el mantenimiento del orden social (...) por otro lado las instituciones del Estado de Bienestar también obedecieron a las necesidades de legitimación y apoyo político (...) en virtud de la extensión del sufragio y de la competencia política” (1991:12). Estos dos determinantes se comprenden en el marco de la situación que generó la organización del movimiento obrero como actor social y su incorporación al Estado mediante los mecanismos de representación.

Esto es, canalizados a través de diferentes mecanismos, las luchas sociales —específicamente las del trabajo— quedarían reguladas por vías institucionales. En este sentido son traducidos como derechos laborales-sociales los reclamos obreros, a la vez que los sindicatos son reconocidos como instituciones de representación de intereses colectivos. Es innegable la necesidad en este punto de hacer referencia al concepto de “ciudadanía”, que tradujo el conflicto entre los intereses de clases antagónicas y fracciones de clase dominante, en disputas por la igualdad de derechos.¹

¹ Marshall sostiene que “existe un tipo de igualdad básica asociada al concepto de pertenencia plena a una comunidad —o, como debería decir, a la ciudadanía— algo que no

La distinción analítica que identifica una relación dualista entre el par dominante-dominado no puede ser trazada² en el “campo de las luchas” al decir de Poulantzas, ya que, como señala este autor “una formación social está constituida por un encabalgamiento de varios modos de producción, que implica, pues, la coexistencia, en el campo de la lucha de clases, de varias clases y de fracciones de clase, y por lo tanto, eventualmente, de varias clases y fracciones de dominantes” (2001: 295).

Estas relaciones de dominio son las que han constituido el “consenso del bienestar”. La articulación entre Estado, economía y sociedad, particularmente entre Estado, sindicatos y capital, reflejó la construcción hegemónica de la matriz del modo de producción de ese momento histórico. Así, el interés general y el interés de clase³ se vieron expresados bajo la utopía de la “sociedad del trabajo”.

Esta etapa bienetarista y keneynesiana del Estado⁴ dio lugar a dos interpretaciones claves a saber, el “fin de las ideologías”⁵ y “la sociedad unidimensional”⁶. La primera, en el marco del pluralismo clásico, señalaba que los grandes esfuerzos de redistribución tendieron a disminuir la brecha de desigualdades, eliminando en gran medida los factores de antagonismos, otorgando mayor legitimidad –consenso sobre valores políticos– del Estado en sus diferentes áreas de intervención; la segunda sostenía que la relación entre el Estado, la economía y la cultura había construido un orden social represivo, esto es, una creciente concentración de capital, economía planificada y la amenaza de conflictos en el contexto de guerra fría, como prioridad nacional ante otro tipo de luchas. Como consecuencia de ello, la sociedad se veía conducida a un creciente proceso de despolitización frente a la expansión de la razón instrumental y la influencia de los

es inconsistente con las desigualdades que diferencian los distintos niveles económicos en la sociedad. En otras palabras, la desigualdad del sistema de clases sociales puede ser aceptable siempre y cuando se reconozca la igualdad de ciudadanía” (1997: 301).

² En contra de lo que sostienen las interpretaciones instrumentalistas e historicistas del Estado (Gold, Lo y Olin Wright, 1999).

³ Poulantzas señala que los intereses políticos que conforman la hegemonía representan, por un lado, “el interés general común de las clases o fracciones del bloque en el poder: interés general que consiste en la explotación económica y en el dominio político” (2001: 309).

⁴ Esping-Andersen (1993) sostiene que la forma que tomó el Estado en esta etapa no respondió a una modalidad unificada, sino que fue tomando estructuras disímiles dependiendo de las características de cada región. El autor identifica en base a la centralidad del Estado o el mercado, la “desmercantilización”, y la estructura social, tres formas características del Estado de Bienestar, pero que sólo dan cuenta de los procesos sostenidos en los países centrales: liberal, corporatista y socialdemócrata. La discusión en torno a los países del “capitalismo periférico” pasa primero por discutir sobre la existencia o no del EKB, y su forma, desarrollista o interventor.

⁵ Los autores más significativos de estas tesis son Lipset, Almond y Verba, etc.

⁶ Principalmente en torno a la obra de Marcuse.

medios de comunicación. Ambas visiones, políticamente opuestas, intentaban dar cuenta de la supuesta desaparición de los conflictos de clase.

Esta conmoción era, a su vez, centro de producción en el mundo académico de la ciencia política que buscaba rescatar el concepto de “Estado” como dimensión explicativa del sistema político. Este se había vuelto un concepto opaco por parte del pluralismo, por lo que preferían utilizar conceptos como elites, gobierno, o conjunto de instituciones administrativas relativamente autónomas. Dentro de los pensadores críticos, asombrados por el desarrollo que había tomado tanto el fascismo como el estalinismo, comienzan a pensar el fenómeno desde una óptica nueva, que devolviera la historicidad y capacidad heurística inherente al concepto de Estado.

Pero, a finales de la década del 60 el mundo construido por la sociedad del trabajo entra en crisis. Diferentes han sido las interpretaciones de su auge y caída. Este clima de cambios y contradicciones en la forma social dominante quedó también ilustrado por dos visiones —entre otras tantas⁷— ilustrativas. Por un lado las posturas instrumentalistas que ven al Estado como un mero instrumento de la clase dominante aplicado sobre la dominada el caso de Miliband (1976); o desde una visión estructuralista donde la forma que toma el Estado responde a una determinación de las estructuras pero con relativa autonomía de las clases, puesto que concebía a éstas como fragmentadas e incluso contradictorias. El caso de Poulantzas (2001), en parte desarrollado en este trabajo, o Althusser (2005), entre otros.

Habermas (1990) va a hacer hincapié en la ruptura del acuerdo y el agotamiento de las fuerzas utópicas de la sociedad del trabajo, ante esto, el avance del mercado sobre lo político terminaría colonizando el mundo vital. Como consecuencia, era necesario no sólo controlar al mercado por medio del Estado, sino a este último por medio de la defensa de los espacios públicos autónomos de la sociedad. La legitimidad de esa intervención es cuestionada. Esta matriz de análisis centró principalmente sus críticas en el aspecto normativo que se encuadra detrás del concepto de legitimidad.

Por su parte, Offe (1999) plantea que los mecanismos selectivos del estado han entrado en crisis por sus propias contradicciones, principalmente el creciente número de población dedicada al trabajo administrativo, como los empleados estatales o de servicio, frente a los “trabajadores mercancía”, esto es, los vinculados al trabajo abstracto productor de plusvalor. A esta primera tensión que impedía un nivel de acumulación mayor, se sumaba la creciente complejidad social que hacía inevitable este

⁷ Las tesis que aquí no tratamos son las de corte neoliberal: la sobrecarga del Estado, y la crisis de gobernabilidad.

crecimiento. En consecuencia, los mecanismos estatales para, por un lado, garantizar la convivencia de éstas modalidades de trabajo, a la vez que asegurar la acumulación y el orden social, se volvían cada vez más inútiles para generar la legitimación necesaria ante el creciente nivel de demandas, contradictorias, emergentes en la estructura. La crisis del Estado bienetarista y keynesiano, al igual que Habermas, es la crisis de legitimidad.

A la vez O'Connor (1981) plantea que esta necesidad de garantizar la estabilidad social y el modo de acumulación, llevaba al Estado a otorgar creciente concesiones y avanzar cada vez a más áreas de la vida económica y social, haciendo que los egresos fueran mayores a los ingresos generados, llegando a una situación que lo imposibilitaba de dar respuestas; los conflictos crecen, la faz represiva se exagera, dando lugar a la crisis de legitimidad bajo la forma de crisis fiscal⁸ y crisis de acumulación.

La manifestación de esta crisis tuvo también su correlato en Latinoamérica. Contextualizaremos particularmente la crisis del modelo de intervencionismo estatal en Argentina. La sociedad salarial creada en la época del estado interventor-desarrollista, donde reinaban los acuerdos entre el Estado, los sindicatos y el sector privado entra en crisis. Las condiciones de trabajo pierden todo tipo de estabilidad y reaseguro y los sindicatos son minados por dentro y por fuera de su estructura para debilitar su accionar.

La crisis del modelo de desarrollo "hacia adentro" en la década del 70 activa nuevamente una serie prácticas sindicales y territoriales que no se encuadrarían dentro del peronismo partidario, ni en las estructuras sindicales tradicionales. La represión estatal buscaría desactivar las formas de acción colectiva de los sectores populares, particularmente la destrucción de las luchas "celulares" llevadas cabo por las comisiones internas y cuerpos de delegados que se encaró desde el Estado después del golpe de 1976 (Gilly, 1990).

Durante la segunda mitad del siglo XX el movimiento sindical ha sido el actor predominante en los conflictos del mundo del trabajo. En el marco de políticas desarrollistas y de protección de la producción nacional en Latinoamérica, la negociación colectiva de los convenios de trabajo sería el mecanismo principal y característico de su accionar frente a las

⁸ Sidicaro señala que "Marx buscó formular una relación entre el crecimiento de los gastos estatales y los conflictos sociales. Al respecto sostuvo: 'el Estado burgués no es otra cosa que un pacto de mutua seguridad de la clase burguesa en contra de sus miembros tomados individualmente y en contra de la clase explotada; esta seguridad se vuelve fatalmente más costosa, y en apariencia, cada vez más independiente frente a la sociedad burguesa, ya que a medida que transcurre el tiempo se hace más difícil sujetar a la clase explotada' (2006:12).

negociaciones con el Estado y los empresarios y, la huelga latente⁹, el reaseguro de sus reivindicaciones. “Recordemos que” dicen Maceira y Spaltenberg “a diferencia de la gran mayoría de los países de América Latina, el mercado de trabajo en la Argentina se caracterizó por sus bajas tasas de desempleo (de ahí que) pudieron encontrar en la huelga un instrumento altamente eficaz a la hora de luchar por sus intereses” (2001: 23), a la vez que su relación con el Estado terminó por definir la matriz corporativa de este período.

Con el advenimiento democrático en 1983, la fracción sindicalizada de los asalariados se encontraba disputando recomposiciones salariales y manteniendo las formas de protesta tradicionales. Al final del gobierno alfonsinista, la “debilidad” del Estado como espacio institucional capaz de resolver las demandas de la clase trabajadora y contener intereses opuestos de los sectores dominantes era evidente, situación que permitió que los mecanismos de desarticulación de los conflictos comenzaran a funcionar dentro de las mismas unidades productivas.

El disciplinamiento neoliberal terminaría de caer sobre los sectores trabajadores de la manera más virulenta, mediante la flexibilización y la precarización, a la vez que el desempleo jugó como el reaseguro del capital para domesticar la fuerza de trabajo.

Particularmente en los años 90 se observó una dinámica singular al respecto. El reclamo sindical y obrero por mayores y mejores salarios iría disminuyendo frente a la creciente desocupación que registran estas décadas; las recomposiciones salariales dejarían de ser demandadas frente a la flexibilización laboral; los conflictos girarían en torno a una mayor demanda de planes sociales, mantenimiento de los puestos de trabajos, cobertura de salud, viviendas, etc., (Novick, 2001; Lozano, 2001).

Los procesos de descentralización estatal y recorte del gasto social implementados durante los 90 también tuvieron consecuencias significativas para los gremios y los sectores (des)ocupados. En primer lugar, no sólo se descentralizaron servicios, sino que en alguna medida se terminaron descentralizando los conflictos desde la capital a las provincias (Auyero, 2002) particularmente en el caso de la salud y la educación. A su vez, las sucesivas reformas laborales han tenido un impacto significativo en la estructuración del mercado laboral expresado a través de su creciente feminización, precarización y desigualdad (Salas, 2001).

⁹ La sociología latinoamericana ha identificado dos hipótesis que buscan explicar la activación de la protesta obrera y el uso de la huelga: los factores estructurales como condicionantes principales y; la existencia de elementos políticos-ideológicos dentro del sindicalismo (Zapata, 2003).

Estas medidas llevaron a que los gremios estatales y los sectores fuertemente azotados por la desocupación, adquirieran gran protagonismo durante la década y sean hoy los que encabezan los reclamos por las condiciones laborales y salariales del sector público y privado.

El escenario pos 90

Las transformaciones que se reflejaron en la estructura misma de la forma estatal, tuvieron su manifestación específica en el mundo del trabajo, al tiempo que se comenzaba a observar una transformación en los procesos de intermediación de intereses políticos (Kitschelt, 1999). Una significativa proliferación de interpretaciones se registró en las décadas de 80 y 90 que intentaba dar cuenta de esta metamorfosis operada en la esfera del trabajo, y lo hicieron principalmente bajo las popularizadas tesis del “fin del trabajo”¹⁰.

Junto con ello, la reconversión del sector productivo implicó un cambio en el modo de producción predominante, el fordismo. Este desplazamiento implicó, a su vez, grandes cambios en el espacio del trabajo: flexibilidad laboral, salarios bajos, informalización, puestos móviles, etc. Se convirtieron en la contracara del puesto estable, de baja calificación, alto salario y amplios beneficios sociales del mundo fordista, transmutación que algunos autores definieron como “balcanización” del mercado laboral (Gautie, 2004; Castillo, 1998).

En Argentina, la crisis del estado interventor y el desmonte del pacto estatal-corporativo puso en cuestión a los principales actores de la política de esa época: los partidos y los sindicatos. Con el regreso de la democracia estos actores se ven fuertemente involucrados en los procesos políticos y luchas del momento. Los años 90 actuaron como freno a esta escalada de conflictos, entrando en crisis las estructuras institucionales de estos actores.

Las crecientes tasas de desocupación, producto de las reformas económicas y reforzamiento de las políticas neoliberales, dieron paso a un nuevo escenario donde, por un lado se comenzó a registrar una creciente multiplicación de actores en lucha cuyo denominador común fue la crítica al modelo neoliberal (Sidicaro, 2006). Pero, por otro lado, estos índices acompañaron la estrategia de cooptación y debilitamiento que se impuso a la fuerza sindical (Novick, 2001; Fernández, 1998).

Sin embargo, a finales de los años 90, al igual que en la década anterior, son los sindicatos, particularmente aquellos que representan a los

¹⁰ Gorz, (1980); Offe, (1992); Virno, (2003), entre otros.

empleados del sector público, junto o por detrás de los nuevos actores del trabajo¹¹, quienes van a impulsar las principales acciones y demandas en los espacios de conflicto.

A partir del año 1993 la provincia de Córdoba inició un proceso de transformación de la estructura del estado y la administración de las finanzas. Dos sectores fuertemente afectados fueron las áreas de la salud y la educación. Las primeras transferencias y reformas iniciadas en los 70 sobre estos sectores a nivel nacional, se vieron nuevamente promovidos en el marco de las descentralizaciones de los servicios públicos, o flexibilizaciones en los espacios laborales. El año 1995 agregó un nuevo componente, la crisis fiscal del estado provincial donde las medidas de ajuste se centraron en el recorte del empleo público y los beneficios sociales que este contemplaba. Al tiempo que se procedió al desmantelamiento de numerosas instancias administrativas y la descentralización o vaciamiento de las instituciones de salud y la educación, principales servicios/derechos —dependiendo de la óptica desde la que se lo mire— prestados/garantizados por el Estado. En este marco, los asalariados estatales fueron principalmente quienes resistieron a los despidos masivos, cierres de escuelas y hospitales, reducción de horas de trabajo y recortes salariales.

Estos conflictos que se activaron de manera dramática en ese año, fueron la condensación de una serie de reclamos que se venían instalando en la escena pública desde hacía tiempo, como consecuencia de la reforma del Estado provincial, y la creciente desocupación que se registraba, al igual que en resto del país, en el territorio provincial. Al tiempo que expresó el descontento de la población con un gobierno que había perdido la legitimidad y cuyas medidas se tornaron ineficientes e impopulares.

Los años siguientes se caracterizaron por una tensa relación entre los sindicatos y el gobierno provincial. Con el cambio de color político a finales de la década, se reconfigura el escenario, pero la crisis económica que atraviesa el país constituye un nuevo marco de activación de las luchas. La demanda por aumentos salariales aun seguía siendo un horizonte lejano ante la creciente desocupación e inestabilidad laboral.

La crisis del 2001 golpeó de manera diferencial a los distintos sectores sociales. No sólo la creciente masa desocupada vio fuertemente agravadas sus posibilidades de subsistencias. Los sectores informales y precarizados del trabajo sintieron fuertemente la caída de la actividad económica,

¹¹ En otros trabajos hemos realizados análisis específicos de estos actores, particularmente sobre movimientos piqueteros, movimientos de base, y vecinalismo. En esta oportunidad nos centramos en los actores sindicales.

y aquellos que se encontraban en una situación relativamente estable de trabajo, sintieron amenazada su continuidad en los mismos.

La posterior recuperación de la economía, y un crecimiento significativo del PBI, acompañado por índices de inflación crecientes, trajo nuevamente a escena a aquellos actores directamente vinculados con el salario, los sindicatos.

En consecuencia, será frente a este amplio espectro de sujetos que conforman el mundo de lo laboral, sobre quienes comenzarán a reactivarse y rediseñarse aquellos “mecanismos y tecnologías de gobierno” al decir de Foucault (2007), necesarios para el control y la regulación de los conflictos y su traducción institucional. A raíz de esto la pregunta que orienta este trabajo es ¿cómo el estado modula y regula los conflictos que las luchas sindicales contemporáneas instituyen?

En este contexto entran en discusión numerosas dimensiones que dan cuenta de la configuración de las luchas sindicales contemporáneas y la forma de operar del Estado frente a ellas. Los discursos de nuestros entrevistados nos permiten pensar en dos dimensiones el conflicto sindical y su relación con el Estado. Las lógicas que el Estado pone en práctica para intervenir en esos conflictos es la característica central que permite conocer su modo de operación. Los apartados que siguen intentarán mostrar, a través de los casos analizados, la multiplicación y reforzamiento de dispositivos estatales para la regulación de los conflictos.

Los sindicatos analizados son la Unión de Educadores de la Provincia de Córdoba (UEPC), la Asociación de Trabajadores del Estado de Córdoba (ATE), el Sindicato Unión y Obreros Empleados Municipales de Córdoba (SUOEM), y la Central de Trabajadores Argentinos (CTA) que por su estructura organizativa, modalidad de afiliación y tipos de intervención en los conflictos es comparable con estos gremios.

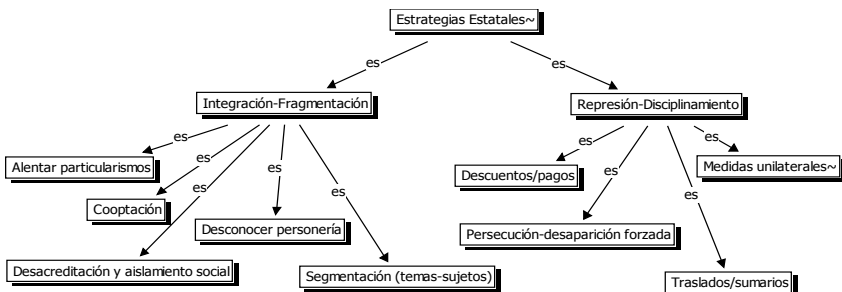
Hemos privilegiado a la entrevista en profundidad como principal técnica para la construcción de los datos. Las entrevistas fueron realizadas a militantes sindicales durante los años 2004 a 2008. Son analizadas a través del software Atlas.ti que provee una serie de herramientas para sistematizar la información y efectuar el análisis de su contenido. En el análisis predomina un proceso inductivo de construcción conceptual, donde la comparación constante de los datos es principal procedimiento analítico, y la saturación teórica de las categorías elaboradas el límite para la observación. Se transcriben los extractos de entrevistas que informan sobre los conceptos construidos para su interpretación. A partir de estas técnicas y procedimientos aplicados sobre los discursos sindicales, construimos una aproximación conceptual que nos permite comprender la relación entre el Estado y los Sindicatos en el contexto actual.

La (in)disciplina de las luchas: entre la integración o la represión

La problematización del concepto de poder fue uno de los principales temas de indagación de las obras de Michel Foucault. Trataba de conocer qué pasa, por dónde, cómo y entre quiénes circulan los saberes “que se producen en nuestra sociedad por obra de las luchas, los enfrentamientos, los combates que se libran en ella” (Foucault, 2007:17) y se expresan bajo una circulación amplia de discursos que, no obstante, tienen lugar dentro de un “campo de fuerzas”, de relaciones, que no las crean ni constituyen por sí solos.

Las relaciones de fuerzas establecen el modo en que los distintos sectores se relacionan en un tiempo determinado. Este modo de relaciones relativamente estables condensan en lo que se denomina “instituciones”. Las instituciones regulan, en este sentido, las modalidades, intensidades y contenidos de las acciones. Restringen la “circularidad del poder”, en términos de Foucault (1994), puesto que intentan canalizar el modo de ejercicio de una acción sobre otra acción.

En los discursos de los entrevistados uno puede observar, con ciertas diferencias, la presencia más o menos clara de la configuración contemporánea de la relación estado-sindicato, y particularmente el modo de actuación del Estado. Este opera con dos lógicas: la regulación de las demandas y neutralización de los conflictos. Para ello utiliza una serie de mecanismos que responden a estas dos lógicas: los de integración y fragmentación, y los de represión y disciplinamiento.



1-Integración y fragmentación

Esta lógica se caracteriza por ser un proceso de traducción de los conflictos al momento de entrar en contacto con el Estado individualizando mediante la fragmentación las diferentes expresiones sindicales, y definir de esta manera el campo de posibilidades de esos conflictos y el contenido de las demandas.

En este sentido el estado opera de manera totalizante e individualizante al mismo tiempo (Foucault, 1989), de modo que aplica mecanismos en forma selectiva sobre los sujetos y éstos actúan, a su vez, de forma diferencial según la composición y desarrollo de los conflictos pero, en conjunto, funcionan como estrategia de debilitamiento ante las instancias de negociación.

Un mecanismo claro es intentar generar un proceso de disolución de identidades promoviendo la lucha interna mediante la *incentivación de los particularismos*.¹² Con esto fragmenta y debilita la capacidad de negociación del oponente, ya que llega a los espacios institucionales con menores recursos de poder.

La *cooptación* es una clásica práctica del Estado para intervenir en los distintos colectivos, e influenciar las posibles decisiones que estos tomen, controlar las acciones de los individuos, y redefinir los intereses y demandas de modo tal que estas puedan ser resueltas por los mecanismos del sistema político¹³.

Al mismo tiempo que intenta debilitar la cohesión interna de los sindicatos, apunta a *desprestigiar socialmente la institución y desacreditar* las reivindicaciones que estas sostienen presentándolas de manera contrapuesta a los intereses sociales. De esta forma, trata de promover las internas sindicales y restar apoyo social a las demandas de manera que, al

¹² [No, tenemos distintas, tenemos líneas diferentes, tenemos asociaciones, pero yo creo que cada uno hace su juego, que son los juegos de la democracia, de legitimación propia, (...) creo que, es una necesidad, ya en los medios aparece, del gobierno, y aparecen diferencias y aparecer debilitando y alentando la lucha interna] ... [y porque debilitás, debilitás y debilitás, deslegítimar, es decir, nosotros estuvimos un año y medio, primero era el problema interno, primero porque yo no conducía, porque recién empezaba, después porque tenía problemas internos, después porque, ¿me entendés? es decir, después porque no, porque los docentes me pasaban por arriba, y uno sigue, sigue, y después se dieron cuenta que uno seguía haciendo paros del 96%, te imaginás que con el PROBLEMA INTERNO, NO CONDUCIENDO, TENÍA PAROS DEL 96%, UNO NO ES MANDRAKE, me entendés, tengo, bueno basta, no te debilitan, tienen que transar] (UEPC01).

¹³ [las organizaciones hoy institucionales no tienen una definición, se han convertido en, son un cúmulo de soluciones a los problemas que ella inventa. Claro, no resuelven los problemas que la gente realmente necesita.] ... [son cosas que las puede manejar el ejecutivo, no tiene alto grado de resistencia en la sociedad ni institucionalmente.] ... [plantean la solución a un problema que ellos saben que lo pueden resolver.] (CTA02). [EO: Si, hay... hay algunas directoras, directora de repartición que tiene... que está más avalada por el poder político y que ha tenido presiones sobre las direcciones, sobre los días de paro o de reclamo... ER1: ¿y lo más...? EO: de ese tipo, convocar... hay también algún... inspector general de otro, de otra... media también, de nivel medio que también ha tenido actitud(-) toman determinada soberbia. Algunos, algunos puestos por ellos tienen una cuota de soberbia. Es gente que ha pasado, fijate vos, por la actividad sindical, pero no es por este gremio.] (UEPC07). [eso la provincia trata de objetarlo, no respetarlo en complicidad con otros gremios (...). Nosotros, este año nos suspendieron los códigos de la provincia, una clara práctica desleal y una actitud, digamos de entorpecer nuestra actividad sindical.] (ATE01).

momento de “negociar”, las condiciones asimétricas de la negociación se incrementen a favor del Estado.

La exclusión del sindicato de los espacios de representación y negociación que se generan para resolver (encausar) los conflictos y dar respuestas a las demandas es otra de las técnicas de gobierno implementadas¹⁴, ya que a través de esta selecciona el interlocutor, no sin antes desestimar y deslegitimar al resto de las opciones. El interés principal está vinculado con el tipo de demandas, la modalidad de reclamos y la intensidad de las medidas de fuerza que utiliza el gremio al que representan, ya que estos son los principales puntos de apoyo del sindicato para presionar en la mesa de diálogo y negociación. Esto lo hacen a través de un mecanismo específico que es el *desconocimiento de la personería gremial*, o sea la representación que ostenta ese sindicato ante el Estado, a pesar de que legalmente la posean, y abrir la instancia de comunicación a otro interlocutor sindical que privilegia las estrategias de diálogo ante las de confrontación¹⁵.

Otro mecanismo privilegiado, que opera ya en la “mesa de diálogo y negociación”, es la *segmentación* de las demandas, y la individualización del sujeto de reclamo en individuos que adscriben a diferentes posiciones laborales. Por ejemplo, cuando se instala la mesa de negociación, no sólo se la segmenta por temas¹⁶, que implica distintas agendas, distintos técnicos, distintos horarios, lugares y días, sino que también se intenta dividir al sujeto de conflicto, por un lado el docente de primaria, por el otro el de secundaria, por un lado el empleado activo, y por el otro los pasivos, el empleado administrativo, el de la salud, el judicial. Más aun, permitir la presencia conjunta de distintos sindicatos, pero que representan al mismo

¹⁴ [Nosotros hace un par de años que empezamos a tener injerencia acá porque antes nos habían excluido, pero desde que salió una resolución del Ministerio de Trabajo, garantizando la pluralidad sindical nos vuelven a reconocer la plena legalidad] (ATE01).

¹⁵ [ER: ¿Y la segunda línea, la segunda facción en qué es disidente? ¿En qué sentido? EO: Eh... tiene menos diálogo con el Departamento Ejecutivo. Y más, si se puede llamar avasalladora. Es decir, ellos siempre apuestan por la medida de fuerza. Vos lo habrás visto: recursos tributarios paro, recursos tributarios paro... Hablando un poco del compañero Quiñones ¿no? y alguna otra área en la que él pueda incidir. Pero, y esto es también instrumento del secretario, es decir dialogar hasta la última instancia negociar para lograr los objetivos] (SUOEM01).

[EO: Las respuestas son... el gobierno termina acercándose con un sindicato afín que no tiene mecanismos democráticos de resolución de conflictos como el caso del SEP y negociando después, por, por un aumento salarial escaso cuando había margen para obtener un aumento MUCHO más grande] (ATE01).

¹⁶ [Y hoy estamos sentados en negociación, y hoy nos vamos, después del 18/07 crear dos comisiones, una que te decía recién, y otra para los jubilados, para nosotros esencial, es decir, y esto lo tomamos como una fuerte reivindicación, fue el único gremio que planteó la situación de los jubilados en la mesa de los activos, y hoy no tenemos respuesta.] (UEPC01).

sector, en la misma mesa es una opción que dista de ser una práctica gubernamental.

En consecuencia, la articulación de los diferentes mecanismos y técnicas de gobierno permiten hacer del conflicto sindical una disputa de baja intensidad y de alto nivel de fragmentación interna. Sin embargo, como señala Foucault (2007) estas técnicas de poder confrontan con otras que le son puestas en su camino y entorpecen su circularidad.

2-Represión y Disciplinamiento

Los mecanismos de represión y disciplinamiento están destinados a controlar la intensidad de los conflictos, la movilización en las calles y las instancias de formación sindical en los lugares de trabajo para, de esta manera, reintroducir a los sujetos en prácticas convencionales y no convulsivas del sistema político. Esta es una estrategia de normalización y de prevención aplicada por el Estado y por lo tanto un dispositivo disciplinar que recae sobre los sujetos sindicales.

Estos mecanismos de disciplinamiento son muy variados, y guardan cierta graduación en lo que refiere a la intensidad de sus efectos y operan de manera articulada con aquellos que se inscriben dentro de la lógica de integración y fragmentación.

Un primer mecanismo para intentar reinsertar, reconducir, las prácticas de los sujetos sindicales es manipular el principal recurso en disputa, el *salario*, o resignificar todas las demandas restringiéndolas sólo a ese marco¹⁷. Recaen sobre éste una serie de procedimientos administrativos, contables y legales que operan, siempre de manera diferencial¹⁸, sobre su composición. Los descuentos sobre los días de paro, el cálculo del aguinaldo o aumentos en base a distintos criterios¹⁹, el ajuste salarial, etc., son ejemplos claros.

¹⁷ [Es decir, esto, construir, para nosotros nuestra identidad que... siempre la sociedad y algunos sectores interesados pretendieron que los sindicalistas discutiéramos de salario, discutiéramos condi(-), es decir, NO, PERO ESTO NO ES PARA LOS SINDICALISTAS, PERO ES EL TRABAJO... CÓMO NOVAMOS A DISCUTIR EDUCACIÓN.] (UEPC01).

[no puede ser que (no) estemos discutiendo de otros sectores... los trabajadores estamos discutiendo por cuestiones reivindicativas propias: lo salarial] (SUOEM02).

¹⁸ [somos el único Sindicato al que le descuentan los días de paro. ER: ¿Ah sí? ¿A empleados públicos y a todos esos no? EO: Cuando hacen paro no se los descuentan, a nosotros si.] (UEPC11).

¹⁹ [Sí, siempre. Pero lo que pasa es que tienen argumentos legales para hacerlo o te pongo otro ejemplo. Nosotros tenemos una gran cantidad de nuestro sueldo como no remunerativo, entre comillas en negro, los estímulos a la calidad educativa... la cuestión es que los empleados públicos también lo tienen pero por ejemplo, cuando tuvieron que pagar el aguinaldo ahora, a los empleados públicos se lo pagaron contándoles todos los ingresos, a nosotros nos contaron únicamente el básico, entonces el aguinaldo que recibimos o sea si hubieran pagado esa diferencia son \$200 de diferencia, entonces vos, en

Un comentario especial merece el nivel del salario como herramienta de apaciguamiento del conflicto ya que, por un lado la amenaza de descuentos por el uso de medidas de fuerza actúa como dispositivo de contención²⁰ y, por otro, los niveles salariales bajos, precarios, la pérdida de su poder adquisitivo generan una condición de desprotección tal que amenaza, incluso, con la expulsión del mundo salarial²¹.

Otro mecanismo que opera sobre el accionar de los sujetos sindicales y de manera más directa es la implementación de *sumarios administrativos, traslados, suspensiones*, etc. Particularmente son utilizados sobre aquellos individuos que promueven acciones de protesta en los lugares de trabajo, que organizan a los sujetos en torno a determinados reclamos, prestan resistencia a las decisiones “patronales” de esa unidad laboral o de mayor jerarquía, etc.²² Es decir, sobre aquellos individuos que actúan como representantes sindicales en las bases, los delegados gremiales, o los militantes sindicales de base con fuerte presencia en los espacios de trabajo.

De esta forma, el *sumario* y el *traslado* actúan de modo intimidatorio sobre el delegado o militante, y el traslado cumple la función de romper el vínculo cotidiano de éste con los demás trabajadores de esa unidad, disminuir el clima de agitación y prevenir posibles focos de conflicto. Los

realidad no son mecanismo directamente de castigo sino un premio a los otros, pero al hacer la diferencia nos están castigando. Y obviamente se cuidan de hacerlo todo dentro de lo que es el marco legal que no quiere decir que sea legítimo.] (UEPC11).

²⁰ [EO: Pero te da sus argumentos, podrán ser válidos o no desde tu punto de vista, pero te argumenta las decisiones... no sé... obviamente tenés el que te dice: “no, yo no hago paro porque me van a hacer descuento”, y vos le decís “y bueno, pero lo que te están sacando por mes es más que lo que el descuento que te harían”... ER: Lo que te pueden sacar por un paro... EO: Y dice: “sí bueno, pero a mí me hace falta esa plata”. Ese es el argumento más que otro que vas a encontrar. Es el más bajo. Pero en realidad tenés argumentos... Tenés la posibilidad de discutir.] (UEPC11).

²¹ [El salario nuestro es consecuencia de todas las medidas de ajuste que se aplicaron a la última década, donde obviamente nos redujeron nuestro poder adquisitivo y otros sectores han hecho tremendas y hacen ganancias. Por dar un ejemplo, en el año 74, 75 los trabajadores participábamos en la MITAD, en el 50% de la renta que producía el país. O sea lo que la Argentina producía como riqueza en todo un año, se distribuía a los trabajadores la mitad y la otra mitad quedaba en las empresas, en los empresarios o en los costos de las empresas.] (ATE01).

¹Nosotros estamos pidiendo una recomposición salarial que pase del nivel de la pobreza. Estamos hablando de que el límite de la pobreza está en 1600 pesos, un trabajador que cobre menos de 1600 pesos es POBRE. ¿Cómo puede haber salario (-) cómo un trabajador condenarlo a que sea pobre?! ¿De qué estamos hablando?! (CTA01).

²² [soy transferido a la Legislatura. Soy transferido, PERSEGUIDO por este gobierno que me transfirió a la Casa de Gobierno y en la Casa de Gobierno después de una protesta que hicimos, también una asamblea me volvió a transferir al Ministerio de Educación, y ahí también hicimos una protesta por aumento salarial y nos trasladaron a 12 compañeros... como ya teníamos legalidad empezamos un estado de asamblea y... y resistimos unos 33 días, tuvieron que rever el traslado y ahí nos terminaron de reconociendo a nosotros y a otras compañeras más de ahí, la licencia gremial...] (ATE01).

destinos son diversos: otras dependencias administrativas de la misma rama o diferente, la suspensión indefinida, o una circulación excesiva por diferentes unidades.²³

Sin embargo, estas estrategias de neutralización de los posibles conflictos que operan principalmente sobre el individuo son complementadas con otras que rigen sobre el total del colectivo sindical trabajador. En esta oportunidad, la *implementación de decisiones* que afectan directamente al sector del trabajo en conflicto no son ni consultadas ni consensuadas con sus representantes colectivos. Este mecanismo opera generalmente de manera conjunta con la estrategia de desacreditación y aislamiento utilizada para fragmentar las luchas. De esta manera intenta definir no sólo el contenido que define a los conflictos de esas luchas, sino también las áreas sobre las que este se puede pronunciar²⁴. El costo de utilizar este tipo de mecanismo es también mucho mayor, ya que no es lo mismo gobernar con técnicas de integración que hacerlo por medio de leyes y decretos que acotan el campo de disputas.

Finalmente, el mecanismo que mas explicita la lógica represiva y policial es justamente aquel que opera directamente sobre la vida de los

²³ [en el caso de ATE aparte del trabajo y de los bajos salarios y la precarización laboral, la persecución incluso de este gobierno que tenemos por no reconocer la legalidad. Este, en el caso de muchos compañeros hemos sido trasladados de un lugar a otro, sumariados. En Córdoba, en el estado provincial existen unos ¡2000 trabajadores! que son perseguidos por este gobierno o han sido trasladados o han sido detenidos, han sido sumariados, han sido este... bueno, se les han quitado trabajos, sus servicios, no les han asignado tareas o han sido despedidos en el caso de los contratados a fin de año] (ATE01).

[entro a trabajar ahí, soy delegada de esa repartición, y después... en ese lugar... por persecución... me sacan de ese lugar y me envían a una repartición que no tenía que ver con educación. Me envían al Ministerio de Economía. Y de ahí también me sacan porque también ahí núcleo a los compañeros y hago... formación sindical y... ahí también... no eran docentes, pero de todos modos no tenían quién hablara por ellos y hay también reclamo y lo espero al ministro varias veces porque estaba adentro del ministerio y le reclamo cosas y le reclamo (-) porque con nuestros compañeros entonces, el ministro también me saca de ahí ese ministro. Entonces... me mandan a otro lado. En el otro lado, que lo conseguí por mi vía. En esos casos, como no me podían... no sabían a dónde pasarme, porque en el primer lugar, para sacarme, me tendieron una... hablando claramente, me tendieron una cama de acoso sexual, me pusieron... me acosaron, así que tuve que denunciarlos a todos ellos. Entonces eso... digamos, como no podían sacar a la autoridad que la habían puesto ellos que es el que me había faltado el respeto, entonces... me pusieron(-) y era el primer caso de acoso en la Provincia, imagínate... me pasaron a Economía. En Economía como denuncia varias cosas que eran muy evidentes... y no soy YO la que denuncia, es el GREMIO, y ahí también denuncio] (UEPC07).

²⁴ [Vos, cuando tenés que... construir algo tenés convocar a los que... a los que arman ese, ese, ese medio ¿cierto? Entonces, para que hagamos nuestro valioso aporte, si ellos no funcionan con esa concepción democrática, y bueno... se va a hacer agua. Muchas veces, ha operado así, han dicho las cosas a su manera, funcionado decretazos, leyes armadas entre gallos y medianoches. Así les fue.] (UEPC07).

sujetos sindicales, dispone de ella. Nos referimos específicamente a los aparatos represivos del Estado que, dependiendo del contexto, aplicó la violencia de manera más o menos directa sobre los trabajadores y militantes sindicales.

Cuando la normalización y el disciplinamiento no fueron suficientes para neutralizar los conflictos, cuando las luchas no pudieron ser resignificadas y reinsertadas, estas se convierten en amenaza real a la estabilidad y el equilibrio del sistema político, y en consecuencia se activa directamente el mecanismo de silenciamiento, ya sea mediante persecuciones²⁵, detenciones y denuncias²⁶. Este opera a través de sus instituciones más características, la policía, los tribunales, o la cárcel, cuando la contención no fue suficiente o, mejor dicho, cuando las luchas desbordaron aquellas formas.

Llamativamente se presenta en las narrativas sindicales un paralelismo en las prácticas represivas que es importante señalar. A pesar de encontrarse en contextos políticos, sociales e institucionales diferentes, las prácticas represivas contemporáneas son ubicadas dentro de un *contínnum* junto a aquellas ejercidas durante gobiernos dictatoriales y de facto, marcando la continuidad que registra un modo específico de regulación.²⁷

Conclusiones

Los cambios en el mundo del trabajo, particularmente el desmonte del Estado interventor, dio por tierra los principales acuerdos que mantenían

²⁵ [la familia que me adoptó(-) porque la familia que me adoptó... tenía un contexto de... digamos, un contexto político... eran peronistas y eran docentes peronistas las "Tías peronistas", digamos, adoptivas, y todas perseguidas, quedaron sin trabajo y todo eso...] (UEPC07).

²⁶ [a pesar que estábamos en época democrática, tenía yo una participación militante... gremial... empiezo a trabajar como delegada... pero, lo que es importante es que, aún estando en época democrática, permanentemente, el hecho de ser... tener una militancia gremial, fui permanentemente perseguida. PERMANENTEMENTE PERSEGUIDA... DENUNCIADA como militante gremial... este... señalada] (UEPC07).

²⁷ [a consecuencia primero de la dictadura que implementó un modelo económico similar a los de los 90 acá y que hizo desaparecer a muchos compañeros; el 66% de los desaparecidos son TRABAJADORES, delegados, activistas y dirigentes gremiales y que desarticuló a todas las fuerzas populares, en este caso a los sindicatos principalmente. Este y con eso aplicó con mayor facilidad todo un modelo de ajuste neoliberal que benefició a estos grandes grupos económicos.] (ATE01).

[A mi papá lo detienen. Se hablaba de desaparecidos. Desaparecidos, se hablaba de eso. Me voy a Buenos Aires, y estando en Buenos Aires, va mi madre a visitarme un día(-) mi madre me visitaba en Buenos Aires a mí y a mi padre en Sierra Chica en la cárcel (...) Yo a la cárcel a mi padre, al principio no lo iba a visitar porque no sabía si me dejaban adentro. Esas cosas que (baja la voz) no se sabía bien. (tose) y estando en Buenos Aires, me va a visitar mi madre y me da la noticia esta de que a Pablito, llegando a su casa Pablito, lo quieren detener, y él corre para ir a su casa y lo fusilan en la calle, tenía 17 años. Creo que ahí me cae la ficha a mí de que esto era un desastre. ¡Mirá vos!] (CTA01).

relativamente estable el equilibrio entre los principales actores de ese modelo: estado, capital y trabajo. Particularmente nos hemos concentrado en los gremios que representan al trabajador estatal. Hemos disminuido la profundidad que otorga el análisis de caso único, centrado en un solo sindicato, a razón de que privilegiamos la estrategia de aumentar el alcance conceptual de las categorías comparando los principales sindicatos de gravitación provincial.

Productos de ello pudimos comprender de manera más amplia la relación Estado sindicato en el contexto contemporáneo y cómo el estado contiene y regula los conflictos.

El análisis que hemos realizado nos permitió identificar en los discursos sindicales el modo en que es representado el conflicto del trabajo y su relación con el Estado. Particularmente hemos analizado cómo estos sujetos sindicales representan el modo de operación del Estado para traducir y resignificar el conflicto al entrar en contacto con él.

A raíz de ello podemos afirmar que los discursos dejan traslucir dos lógicas de actuación estatal. Por un lado la integración de los conflictos al sistema político mediante la fragmentación de sus luchas y la regulación de las demandas. Por otro, la represión y el disciplinamiento cuando la conflictividad desborda las formas institucionales.

Tanto una como otra operan mediante una serie de mecanismos creados para la regulación de esas luchas y la neutralización de los conflictos que puedan generar los sujetos sindicales.

Estos resultados nos sugieren nuevos puntos de indagación que exceden esta discusión, no obstante resulta oportuno enunciarlos. Esta exposición intentó mostrar las lógicas estatales frente a las luchas del trabajo. Lógicas que se materializan en numerosas prácticas y sedimentan en lo que hoy llamamos instituciones. Sin embargo, la circulación de estas relaciones de poder se encuentra con la resistencia de aquellos que denuncian estos modos de intervención.

Son los mismos sujetos sindicales que contraponen a estas sedimentaciones otras prácticas para resistir, contrarrestar y enfrentar un modo de actuación que consideran arbitrario y contrario a sus demandas. Resistencias que no quedan sólo en una posición de defensa, sino que se enmarcan dentro de los que podríamos definir como “las estrategias sindicales” para sostener un conflicto.

Tanto la regulación y la resistencia no son conceptos que definen el modo de actuación de los sujetos en los escenarios de conflicto de modo atemporal. Al contrario, estas lógicas y estrategias tienen lugar dentro de un contexto histórico determinado, y van siendo moduladas de acuerdo a los requerimientos que establecen las relaciones de fuerza de cada momento.

En consecuencia, no sólo tenemos que dar cuenta de las estrategias estatales frente a las luchas por el trabajo –aspecto central de esta exposición– sino también de las estrategias sindicales que le son contrapuestas al Estado, dentro de un contexto específico y bajo formas diferenciales que estas luchas generan a lo largo de la historia.

Bibliografía

- ALTHUSSER, L. (2005) *Aparatos Ideológicos del Estado*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- AUYERO, J. (2002). La protesta. Retratos de la beligerancia popular en la Argentina democrática. Buenos Aires: Universidad de Bs. As.
- CASTILLO, J.J. (1998) “El significado del trabajo hoy”. En Revista REIS. España. Nº 82. Pp. 215-229.
- ESPING-ANDERSEN, G. (1993). *Los tres mundos del Estado de Bienestar*. Valencia: Alfons el Magnánim.
- FERNÁNDEZ, A. (1998) Crisis y decadencia del sindicalismo argentino. Argentina: Editores de América del Latina, Argentina.
- FOUCAULT, M. (1986) “Por qué hay que estudiar el poder: la cuestión del sujeto”. En Materiales de Sociología Crítica. Madrid: La Piqueta.
- FOUCAULT, M. (1989) *El poder. Cuatro conferencias*. México: UAM.
- FOUCAULT, M. (1994) *Microfísica*. La Piqueta. Madrid.
- FOUCAULT, M. (2007) *Seguridad, territorio, población*. Buenos Aires: FCE.
- GAUTIÉ, J. (2004) “Repensar la articulación entre mercado de trabajo y protección social en el posfordismo”. En Documentos para seminarios”. Nº 8. Buenos Aires: Ceil-Piette.
- GILLY, A. (1990) “La anomalía argentina. Estado, clase y corporaciones”. En GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo (comp.) *El Estado latinoamericano, teoría y práctica*. México: Siglo XXI.
- GOLD, D., LO, C., OLIN WRIGHT, E. (1999). “Recientes desarrollos en la teoría marxista del Estado capitalista”. En *El Estado en el capitalismo contemporáneo*. México: Siglo Veintiuno.
- GORZ, A. (1980) Adiós al proletariado. Más allá del socialismo. Imago Mandi. Bs. As.
- HABERMAS, J. (1990). “La crisis del Estado de Bienestar y el agotamiento de las energías utópicas”. En *Política. Teoría y métodos*. Centroamérica: Educa-Flacso. Pp. 67-86.
- ISUANI, E. (1991). “Bismark o Keynes: ¿quién es el culpable? Notas sobre la crisis de acumulación”. En ISUANI, E., LU VOLO, R., TENTI FANFANI, E. *El Estado benefactor. Un paradigma en crisis*. Buenos Aires: Miño y Dávila. Pp. 9-26.

KITSCHLITZ, H. (1999) "Panoramas de intermediación de intereses políticos: movimientos sociales, grupos de interés y partidos a comienzos del siglo XXI". En RIPS. Vol. 1, N° 2. Pp. 7-25. Madrid.

LOZANO, C. (2001) "Contexto económico y político en la protesta social de la Argentina contemporánea". En OSAL. Buenos Aires: Clacso. Septiembre N°5. Pp. 5-10.

MACEIRA V. SPALTEBERG, R., (2001). "Una aproximación al movimiento de desocupados en el marco de las transformaciones de la clase obrera en Argentina". En OSAL. Buenos Aires: Clacso. Septiembre N°5.

MILIBAND, R. (1976) El estado en la sociedad capitalista. México: Siglo XXI.

NOVICK, M. (2001) "Nuevas reglas de juego en Argentina, competitividad y actores sindicales". En DE LA GARZA TOLEDO, E. (comp.). Los sindicatos frente a los procesos de transición política. Buenos Aires: Clacso. Pp. 25-46.

O'CONNOR, J. (1981). La crisis fiscal del Estado. Barcelona: Península.

OFFE, C. (1992) La sociedad del trabajo. Problemas estructurales y perspectivas de futuro. Madrid: Alianza.

OFFE, C. (1999) "La abolición del control del mercado y el problema de la legitimidad". En SONNTAG, H. y VALENCILLOS, H. El Estado en el capitalismo contemporáneo. México: Siglo Veintiuno. Pp. 62-87.

POULANTZAS, N. (2001) Poder político y clases sociales en el Estado capitalista. México: Siglo Veintiuno.

SALAS, C. (2000) "El modelo de acumulación y el empleo en América Latina". En DE LA GARZA, E. (comp) Reestructuración productiva, mercado de trabajo y sindicatos en América Latina". Buenos Aires: Clacso.

SIDICARO, R. (2006). La crisis del Estado y los actores políticos y socioeconómicos en la Argentina (1989-2001). Buenos Aires: Eudeba.

Virno, P. (2003). Gramática de la multitud. Buenos Aires: Colihue.

ZAPATA, F (2003) "La historia del movimiento obrero en América Latina y sus formas de investigación". En DE LA GARZA, Enrique (comp) Tratado Latinoamericano de Sociología del Trabajo. México: FCE.



LAS DECISIONES DE JUECES Y JURADOS: LA DUREZA DEL CASTIGO PENAL SEGÚN LEGOS Y LETRADOS EN LA EXPERIENCIA CORDOBESA¹

María Inés Bergoglio²

Santiago Abel Amietta³

Resumen: Históricamente, la participación lega en la Administración de Justicia ha sido vista como un mecanismo para atenuar la dureza de los castigos impuestos por los magistrados. En cambio, su implementación en Córdoba ocurre en un contexto caracterizado por demandas sociales de endurecimiento penal. El artículo analiza el modo en que las tensiones entre las perspectivas de legos y letrados sobre el castigo se manejan en la reciente experiencia cordobesa. Utilizando datos de las sentencias dictadas en el período 2005-2007, se comparan las decisiones de jueces técnicos y ciudadanos comunes frente a los mismos casos. La interpretación se completa con materiales de entrevistas a funcionarios judiciales y abogados.

Palabras clave: Juicio por Jurados – Cultura Jurídica interna y externa – Demandas de castigo penal

1. Introducción

Aunque su implementación es reciente, la institución del jurado tiene en Argentina profundas raíces históricas. Entendida como garantía contra el abuso del poder del Estado, se la encuentra en proyectos elaborados en 1813, así como en las Constituciones de 1819 y 1826⁴. La Constitución Nacional de 1853 la prescribe, en sus artículos 24, 64 inc. 11 y 99⁵. La

¹ Este proyecto ha sido llevado adelante con subsidio de la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional de Córdoba. Julio Carballo, María Eugenia Gastiazoro, Mariana Sánchez, Bruno Rusca, María Isabel Urquiza, y Sebastián Viqueira han participado también de la investigación. Se agradece especialmente la cooperación de la Oficina de Jurados del Poder Judicial de Córdoba, que ha resultado central para el desarrollo de este proyecto.

² Doctora en Ciencia Política (UCC) y Especialista en Sociología Política (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid). Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Comunicaciones relativas a este artículo a mibergoglio@gmail.com

³ Abogado Adscripto – Investigador Asistente - Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales – Universidad Nacional de Córdoba

⁴ Para una revisión histórica de la presencia de los juicios por jurado en la normativa argentina, ver CAVALLERO Y HENDLER (1988) y JORGE (2004).

⁵ Estas prescripciones se reiteran en forma idéntica en la Constitución reformada de 1994.

larga presencia de los proyectos de juicio por jurado es un buen indicador de la profunda aspiración democrática de los argentinos, así como de su amplia tolerancia a la brecha entre el texto de la ley y las prácticas sociales.

En la provincia de Córdoba, la participación ciudadana en los juicios penales fue prevista por la Constitución de 1987⁶. Su primera reglamentación se encuentra en el Código de Procedimiento Penal de 1991, bajo la forma de un tribunal mixto, compuesto por tres jueces profesionales y dos ciudadanos comunes —llamados *escabinos*—, para intervenir en delitos graves, cuando el defensor, el fiscal o la víctima así lo pidan. En este tipo de tribunal mixto, inspirado por el modelo alemán (*Schoffen*) la sentencia se elabora conjuntamente por jurados y jueces profesionales. Como señalan Andruet, Ferrer y Crocchia, este modelo escabinado “*nació inspirado en la idea de democratizar la justicia integrando a jueces y ciudadanos*” (2007, p.83). Pese a la modestia de los cambios previstos, la resistencia de los operadores jurídicos a cualquier tipo de innovación en la administración de justicia significó que este modelo de tribunales no se implementó hasta 1998.

Con apenas treinta y tres casos decididos entre 1998 y 2004 (Vilanova, 2004), la participación ciudadana en las decisiones judiciales prevista por el modelo escabinado resultó muy limitada. Sin embargo, la experiencia contribuyó a ampliar la aceptación de la institución en los círculos judiciales (Ferrer y Grundy, 2003, Bergoglio 2008).

En 2004, la provincia de Córdoba amplió la participación ciudadana en las decisiones penales mediante la ley 9182, vigente a partir de 2005. La ley fue aprobada en el contexto de un debate nacional acerca de las medidas para combatir la inseguridad. Tal debate era impulsado por un movimiento social, liderado por Juan Carlos Blumberg, que reclamaba el endurecimiento penal y la reforma judicial como medios para mejorar la seguridad ciudadana⁷. Asesorado por el Manhattan Institute de New York⁸,

⁶ Constitución de la provincia de Córdoba, Artículo 162. *La ley puede determinar los casos en que los Tribunales colegiados son también integrados por jurados.*

⁷ Blumberg, padre de un joven asesinado por sus secuestradores, convocó en Buenos Aires el 1º de abril de 2004 a más de ciento cincuenta mil personas que marcharon hacia el Congreso de la Nación para entregar un petitorio que incluía el reclamo de castigos más duros. Una segunda marcha, realizada el 22 de abril frente a la Corte Suprema de Justicia, permitió presentar la lista de demandas a la Administración de Justicia, en la cual se incluía el juicio por jurados. En muchas ciudades del interior del país, incluyendo Córdoba, se realizaron marchas de adhesión con similares objetivos. Para un análisis más detallado del discurso de este movimiento social puede verse PEGORARO (2004) y TUFRÓ (2007).

⁸ Blumberg Se Reunió con Policías en Nueva York, La Nación, Jun. 6, 2004, disponible en http://buscador.lanacion.com.ar/Nota.asp?nota_id=607975&high=Manhattan%20Institute.

Blumberg solicitaba igualmente la inclusión del juicio por jurados según el clásico modelo anglosajón.

La concurrencia multitudinaria a las marchas de Blumberg y la masiva adhesión a sus petitorios –que en cuatro meses reunieron más de 5.000.000 de firmas– impulsaron rápidas respuestas del estado nacional. En Buenos Aires, el Congreso comenzó a debatir reformas al Código Penal⁹, y la Procuración General de la Nación anunció la ampliación de los horarios de atención al público de las fiscalías. Por su parte, el Ministerio de Justicia incluyó las propuestas del juicio por jurados siguiendo el modelo anglosajón en el Programa *Justicia en Cambio*, que contó con el apoyo de la Fundación Libra y el financiamiento de la Embajada de los Estados Unidos (Cejamericas 2005)¹⁰.

En Córdoba, el proceso de formación de la ley de jurados resultó complejo, y puso de relieve la variedad de actores —nacionales e internacionales— interesados en cuestiones de política judicial en el actual escenario argentino (Bergoglio 2008). El 22 de septiembre de 2004 fue finalmente sancionada la ley 9182, que convierte la participación popular en las decisiones penales, no sólo en mayoritaria, sino también en obligatoria para algunos delitos aberrantes y de corrupción¹¹.

Esta breve descripción pone a la luz el rasgo singular de la experiencia cordobesa que interesa discutir en este artículo. Históricamente, la participación popular en los tribunales penales ha sido considerada un derecho del acusado, en tanto se supone que esta forma de procesamiento penal reduce la dureza de los castigos (Smith, 2005; Hendler, 2006). La ley 9182, en cambio, surge en un contexto donde la sensación de inseguridad frente al delito conduce a una demanda de endurecimiento penal por parte de los ciudadanos comunes, que choca con la perspectiva garantista de los abogados en general, y de los magistrados en particular.

La presente revisión de la reciente experiencia cordobesa de tribunales mixtos se concentrará pues en analizar el modo en que las tensiones

⁹ En agosto 2004 varias de las propuestas del petitorio de abril ya se habían convertido en leyes. Entre ellas, el aumento de penas para la portación y tenencia ilegal de armas, la registración de los teléfonos celulares; el incremento de penas para delitos aberrantes, como homicidio, secuestro y violación, los límites a la excarcelación y el aumento de los máximos para penas de prisión y reclusión en caso de concurso de delitos.

¹⁰ Las iniciativas del Ministerio de Justicia desembocaron en la presentación de un proyecto de ley de jurados, que espera su tratamiento en el Senado. En octubre 2006, la entonces senadora, actualmente Presidente, Cristina Fernández de Kirchner volvió a avalar el proyecto.

¹¹ El listado completo de delitos incluye: los ataques sexuales de los que resulte la muerte de la persona ofendida, los homicidios calificados, secuestros extorsivos seguidos de muerte y homicidios con motivo u ocasión de tortura o robo; y de corrupción, como cohecho, malversación de caudales públicos, enriquecimiento ilícito, abuso de autoridad y violación de deberes de funcionario público, entre otros (Ley 9182, Art. 2).

entre las actitudes garantistas y las demandas de dureza penal se resuelven en las decisiones concretas adoptadas por los tribunales integrados con jurados populares y jueces técnicos.

Comenzaremos revisando antecedentes acerca de la dureza del castigo impuesto por los jurados, tanto de carácter teórico como basados en investigaciones empíricas. Después de presentar los rasgos básicos de la experiencia cordobesa de jurados, resumiremos las tendencias al castigo que aparecen en las decisiones de los tribunales mixtos cordobeses. Utilizaremos para ello información obtenida de las sentencias de los 54 juicios realizados desde la puesta en marcha del sistema hasta enero de 2008, así como datos de entrevistas a abogados, personal y funcionarios judiciales.

2. Concepciones sobre los castigos impuestos por los jurados

Desde sus orígenes y a lo largo de la historia de su aplicación, el juicio por jurados ha sido considerado como un derecho del ciudadano que ha sido acusado de cometer un delito a ser juzgado por sus pares. Tradicionalmente se ha entendido que de ese modo se pone límites a las atribuciones de los magistrados —nos referimos de ese modo a la autoridad encargada de juzgar y condenar, se trate de pretores, señores feudales, representantes del rey o jueces; en todos los casos miembros de una elite ilustrada socialmente distante del imputado—, junto a quienes —o en su reemplazo— se pone a decidir sobre la suerte del reo a otros ciudadanos.

Según Hendler (2006) esa característica se presentaba ya en la época romana y en la Edad Media; y se mantuvo como nota distintiva en el derecho común inglés, origen de la institución que receptan nuestra Constitución Nacional y su fuente directa, la norteamericana. El mismo autor pone el acento en el carácter voluntario que históricamente se asignó al sometimiento al juicio por jurados, por ser considerado una prerrogativa del acusado —y como tal declinable por voluntad del interesado— más que un imperativo institucional respecto del modo de organizar la justicia¹².

El interés por las diferencias entre los veredictos de jueces y jurados ha motivado estudios empíricos en Estados Unidos desde hace tiempo, algunos de amplio alcance. Revisando el desarrollo de este campo de investigación, Diamond y Rose (2005) informan que en 1966, Kalven y Zeisel pidieron a los jueces que reexaminaran juicios resueltos por jurado. Trabajaron con 3500 casos penales y 4000 casos civiles. Encontraron que la tasa de acuerdo era del 78%, tanto en casos civiles como penales. La comparación entre las decisiones de jueces y jurados en temas penales mostraba

¹² Cfr. HENDLER (2006) pp. 43-46

que, tal como la concepción tradicional lo sostenía, los legos decidían con menor severidad en un 16% de los casos¹³.

Investigaciones más recientes obtienen datos que contradicen la concepción tradicional sobre el estilo de las decisiones de los jurados. Levine (1983) comparó las resoluciones de jueces y jurados en casos penales. Encontró tasas de condena más altas en los juicios por jurado, y las atribuyó a una preocupación, de raíz conservadora, por el auge del delito. Los resultados obtenidos por King y Noble (2005) estudiando casos que no podrían derivar en condenas de muerte entre 1995 y 2001, son similares.

Trabajando con los datos de más 75.000 causas penales federales decididas entre 1945 y 2002, Leipold (2005) mostró la evolución histórica de las diferencias en las decisiones adoptadas por jueces y jurados. Hasta 1964, se encuentra mayor proporción de condenas en los casos decididos por jueces únicamente (*bench trials*). El segundo período, que se extiende entre 1964 y 1988, puede considerarse de transición, con rasgos poco definidos. Desde 1988 en adelante, la severidad de las condenas decididas por los jueces se reduce drásticamente frente a las decisiones de los jurados.

En estas investigaciones es habitual interpretar las diferencias entre las decisiones de magistrados y legos como derivadas de las reglas formales que organizan los procesos, y que determinan la selección de los casos hacia una u otra forma de procesamiento. En particular, se señala que en los últimos años existen incentivos de eficacia institucional que pesan sobre los jueces y fiscales para evitar los juicios por jurados, más costosos en dinero, tiempo y trabajo, lo cual, en el contexto del sistema de negociación de la culpa (*plea bargaining*), deriva en sentencias más leves.

Los resultados en otros países son variados. En España, Toharia (1987) comparando los resultados de 80.000 sentencias decididas con y sin jurado entre 1891 y 1932, concluye que son escasas las diferencias en las decisiones finales a las que se llega con ambos procedimientos. La proporción de sentencias absolutorias era de 45,2% cuando la decisión involucraba legos, y de 42% cuando sólo se encontraban técnicos en el tribunal.

En Rusia, la Constitución de 1993 implantó el juicio por jurados siguiendo el modelo anglosajón. Machura (2003) informa que, tal como lo sostiene la concepción tradicional los veredictos de los jurados son más blandos que los adoptados por los magistrados en soledad. Los jurados ab-

¹³ Las debilidades que desde el punto de vista metodológico presentan estos *juicios simulados* son puestas de relieve por LEVINE (1983) quien afirma que los resultados serían altamente conjeturales, ya que los jueces se “darían el lujo” de dictar sentencias inconsistentes y más severas de las que impondrían en realidad, dejando una imagen de “estrictos protectores de la ley”, impermeables a factores extralegales. DIAMOND Y ROSE (2005) critican también el sistema, entre otros motivos, porque sólo se hace presentando a jueces casos ya decididos por jurados, y no a la inversa.

suelven en 12% de los casos, mientras para los tribunales en general esa proporción alcanza sólo el 0,4%.

A nivel local, los puntos de vista acerca de la posible severidad de los jurados han sido variados. Mientras algunos juristas sostenían la concepción tradicional del juicio por los pares como un derecho del imputado¹⁴, otros expresaban sus temores de que la participación popular condujera a un endurecimiento penal debido al clima de inseguridad.

hay muchos picos de inseguridad, y eso trae aparejado que la población, qué es lo que quiere? Qué respuesta quiere la población mía, del Fiscal? Que sea duro, yo mientras sea duro, no voy a tener nunca una crítica, lo tengo bien claro a eso yo, pero no es así, no es así ni debe ser así. (Fiscal de Cámara)

Esta tensión entre el impulso protector de los derechos humanos que caracteriza a la profesión jurídica y la demanda de mayores castigos de la población en general, detectable desde hace algunos años (Bergoglio y Carballo 1993) constituye una diferencia significativa entre la cultura legal interna y externa, entre los puntos de vista sobre el castigo de legos y letrados. Vale la pena, entonces, analizar cómo se resuelven estas tensiones en la experiencia realizada en Córdoba con los juicios con participación popular.

3. La experiencia de los juicios por jurado

Cuando se analizan las estadísticas, resulta claro que la competencia de los nuevos tribunales mixtos es en realidad bastante limitada. Los homicidios son apenas el 0,17% del total de delitos cometidos en la provincia en 2006, y la tasa para este delito se encuentra en 5,27 cada 100.000 habitantes, un valor significativamente bajo para América Latina¹⁵. Los procesos por delitos de corrupción, en los que están acusados funcionarios públicos, son también poco frecuente¹⁶.

¹⁴ En el caso Navarro, del 12 de octubre de 2006, en el que el Superior Tribunal de Justicia rechaza objeciones de constitucionalidad a la ley 9182, se encuentra un excelente resumen del debate doctrinario sobre este tema, centrado en la cuestión de si el enjuiciamiento con jurados es un derecho renunciabile o irrenunciabile.

¹⁵ Datos de la Dirección Nacional de Política Criminológica, <http://www.polcrim.jus.gov.ar/> Para contextualizar el dato, vale la pena recordar que en 2004 la tasa de México era de 29, 1 y la de Brasil, de 23 (*Reporte de la Justicia*, CEJAMERICAS 2005, accesible en <http://www.cejamerica.org>).

¹⁶ La baja frecuencia con que los casos de corrupción llegan a ser decididos judicialmente es general en el país: Un estudio reciente preparado por el CIPCE (Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica) estima que entre 1980 y 2005 se procesaron 750 casos de corrupción en el país en su conjunto. Ver BISCAY 2006.

**Tabla 1 – Casos penales decididos con participación ciudadana
Córdoba, Argentina, 2005-2007**

Año	Casos decididos con participación ciudadana*
2005	2
2006	22
2007	30
Total	54

Fuente: Oficina de Jurados, Poder Judicial, Córdoba
*Sólo se han incluido los casos previstos por la ley 9182

En consecuencia, en la práctica han sido pocas las oportunidades de participación ciudadana en los procesos penales, como puede verse en la tabla adjunta. En este sentido, resulta claro que las decisiones tomadas por los jurados representan un porcentaje muy pequeño del total que abordan cotidianamente los jueces¹⁷.

En el curso de esta investigación, se revisaron las sentencias de los 54 casos registrados entre el 1 de enero de 2005 y el 31 de diciembre de 2007¹⁸. La participación ciudadana tuvo lugar de manera efectiva en 51 casos; en los restantes, la deliberación no tuvo lugar por diversas razones procesales. El cuadro adjunto resume las principales características de estas causas.

**Tabla 2 – Características de los casos revisados
Córdoba, Argentina, 2005-2007**

Las causas	
Casos en que se convocó al jurado	54
Casos en los que realizó el debate con los jurados	51
Total de víctimas	60
Total de imputados	82

¹⁷ Es interesante analizar el peso del número anual de los juicios con jurado en el total de decisiones tomadas por los jueces penales en Córdoba en el mismo período. El último año para el que se dispone esta información es 2005. En ese período, se dictaron en Córdoba 3412 sentencias en los tribunales penales, según la Estadística del Poder Judicial (accesible en (<http://www.justiciacordoba.gov.ar/site/Asp/EstadisticasJudiciales2005.asp>)). En ese primer año, las objeciones de constitucionalidad retrasaron la puesta en marcha del sistema, y sólo se registraron dos juicios con jurado. Sin embargo, la cifra suministrada da una idea del volumen anual de causas que se procesan en el Fuero Penal.

¹⁸ El acceso a esta documentación fue posibilitado por la Oficina de Jurados del Poder Judicial, cuya cooperación en este y otros sentidos resultó decisiva para el éxito del presente trabajo.

	N	%
Los delitos		
Homicidio calificado	43	57,3
Homicidio <i>criminis causa</i> o en ocasión de robo	21	28,0
Abuso sexual seguido de muerte	4	5,3
Peculado	2	2,7
Desobediencia a la autoridad	4	5,3
Robo calificado y tentativa de homicidio	1	1,3
Total	75	100,0
Las decisiones		
Total de decisiones		82
Decisiones tomadas solo por los jueces técnicos		7
Decisiones en las que intervino el jurado		75
Absoluciones		9
Condenas		66
Condenas a cadena perpetua		19

El homicidio —efectivo o tentado— es el principal tipo delictivo presente en estos procesos. Los casos de corrupción son muy poco frecuentes: en los primeros tres años de vigencia de la ley han llegado al jurado sólo dos casos por este tipo de delitos¹⁹.

La ley 9182 establece un jurado de ocho miembros, compuesto por cuatro varones y cuatro mujeres, elegidos aleatoriamente de un listado elaborado en forma anual a partir del padrón electoral mediante un sorteo, y les asigna la responsabilidad de decidir sobre la existencia de los hechos llevados a proceso, así como sobre la participación de los imputados en ellos. Estas decisiones se toman conjuntamente con dos de los tres jueces técnicos que componen las Cámaras en lo Criminal de la provincia, por simple mayoría. El vocal restante, presidente del tribunal, sólo vota en caso de empate, y es responsable de fundamentar el voto de los legos cuando éstos deciden en un sentido diferente al de los camaristas²⁰. Las decisiones

¹⁹ En las sentencias analizadas, se encuentran otros dos casos que involucran a funcionarios políticos, en los que el jurado fue convocado pero no llegó a actuar. En el primero de ellos, los vocales decidieron la nulidad de las actuaciones; en el segundo, se pronunciaron sobre la constitucionalidad de la aplicación del jurado.

²⁰ El art. 44 de la ley 9182 -que dispone que el presidente del tribunal no emite voto respecto de la existencia del hecho, ni de la participación del imputado, salvo en caso de empate- ha sido objeto de uno de los más sólidos planteos de inconstitucionalidad interpuestos en contra del sistema cordobés de juicio con jurados. En resumidos términos, la objeción se funda en que el derecho-deber del ejercicio de la jurisdicción es conferido a los jueces por la Constitución Provincial, y siendo la ley 9182 una norma de menor jerarquía que aquella no podría revocar tal potestad. Si bien la Corte Suprema de

relativas a la pena son tomadas por los jueces técnicos de manera exclusiva.

Los estudios realizados indican que la alta responsabilidad asignada a los ciudadanos comunes por la ley 9182 encuentra una adecuada respuesta en ellos. Andruet, Ferrer y Crocchia (2007), quienes realizaron una encuesta a ciudadanos que habían actuado como jurados, informan el entusiasmo por participar, el interés puesto en los casos y la responsabilidad con que se los asume. En la primera sentencia obtenida por este procedimiento el presidente del tribunal consigna: *“El otro aspecto que quiero destacar es la seriedad y discreción con que los Jurados Populares, titulares y suplentes, han asumido la carga pública que la ley les impuso.”* (Caso Luna, Cámara de San Francisco, 6/09/2005, p. 39)

El interés que despierta este tipo de procesos entre los ciudadanos comunes es destacado también por un entrevistado, fiscal en una de las cámaras más activas en este tipo de procesos:

el que viene por primera vez está... vos lo ves que está durito, ya el que viene dos o tres veces ya... viste, vos lo ves más cómodo, viste... pero lo ves interesado, queriendo ver qué es lo que va a pasar, un interés maravilloso, es decir... empieza la audiencia y abre el debate el presidente de la Cámara, eh... condiciones generales del individuo y me pasan a mí para que presente el caso, le pasan al abogado defensor para que presente el caso como él lo ve y... lo veo pero... lo notás, lo notás en la cara, te miran... viste esos ojos abiertos, es hermoso verlos.(Fiscal de Cámara, Capital)

Su responsabilidad comienza a ejercerse después de prestar juramento, momento a partir del cual adquieren estado judicial. Sin embargo, incorporarse a esta actividad no es una tarea tan sencilla para los ciudadanos comunes, pues la complejidad del lenguaje y de los rituales jurídicos genera una distancia significativa en muchos casos:

...muchos de ellos es la primera vez que entran a Tribunales, y están mucho más sorprendidos por la situación de solemnidad

Justicia de la Nación no se ha expedido aún respecto del particular, en una causa reciente el presidente de una Cámara en lo Criminal de la ciudad de Córdoba fue más allá y, previo ser declarada la inconstitucionalidad del mencionado artículo, emitió voto respecto de las cuestiones para las que se encuentra vedado, contribuyendo a la unánime postura absolutoria a que arribaron los otros diez miembros del tribunal. Puede verse una reseña periodística del caso en *La Voz del Interior*, 25 de octubre de 2008 (accesible en http://www2.lavoz.com.ar/Nota.asp?nota_id=443999)

de lo que es un juicio y no tanto del rol de ellos allí. todos los operadores jurídicos hablamos en términos que por ahí no son muy accesibles para la gente que no, no sé, que no tiene práctica tribunalicia... entonces bueno, los jurados estaban “pintados”, muchos de ellos. (Empleada judicial, Capital)

Los ciudadanos comunes reciben toda la información sobre el caso durante el debate, ya que el procedimiento fijado por la ley 9182 apunta hacia la plena oralización del proceso y prohíbe que los legos tengan acceso al expediente²¹. Esta disposición, contraria a largos años de prácticas procesales centradas en lo escrito, no resulta sencilla de cumplir. De hecho, en algunas cámaras los empleados informan que los jurados tienen acceso al expediente; también un Fiscal de Cámara comenta sus esfuerzos para que los jurados accedan al contenido del expediente, pero dentro de los límites que impone la ley, solicitando la incorporación al debate de la prueba escrita relevante producida durante la investigación.

Terminado el debate, el tribunal pasa a deliberar. Si bien la ley parece apuntar a que los jurados no deliberen en soledad sino junto a los jueces técnicos²², la organización de la deliberación es variada en distintas cámaras. Un vocal —que claramente respalda esta innovación institucional— informa que en su cámara dejan que los legos discutan solos todo el tiempo que necesiten, mientras los camaristas deliberan en una sala contigua. El grupo se reúne para la discusión compartida sólo cuando los ciudadanos comunes así lo requieren.

En cambio, en otras cámaras la deliberación es conjunta desde el primer momento, y un vocal —conocido por su postura antijuradista— indica que uno de los camaristas explica su posición en primer lugar, afirmando la autoridad de los jueces técnicos:

La dinámica es (..) el que está sorteado para hacer el primer voto, es el que comienza a dar su punto de vista, no es cierto?, al que luego se suman algunos otros abonando a favor o poniendo en duda algunas cuestiones, generando alguna discusión o debate, pero generalmente la dinámica viene siendo esa cuando yo he intervenido digamos. A la hora de la discusión evidente-

²¹ Según FERRER Y GRUNDY (2005) la disposición responde a la “concepción marcadamente acusatoria” en que se inspira la institución, que apunta a poner a los jurados en el papel de espectadores exentos de toda responsabilidad en la búsqueda de la verdad.

²² **Art. 37.- Deliberaciones.** *Inmediatamente después de terminado el debate, bajo pena de nulidad, los jueces y jurados que intervengan, pasarán a deliberar en sesión secreta, a la que solamente podrá asistir el Secretario.*

mente que los técnicos estamos... tenemos un discurso si querés llamarlo técnico, pero tenemos un discurso que al momento de la deliberación nos presenta con cierta autoridad en relación a los populares, eso es cierto digamos... inclusive el popular... sobre todo con el popular que es la primera vez. (Vocal de Cámara, Capital).

4. Construyendo el consenso

El caso cordobés ofrece buenas oportunidades para analizar las diferencias entre las decisiones de jueces y jurados, puesto que disponemos de un registro escrito de las decisiones tomadas por cada uno de los jurados y jueces que intervinieron en la deliberación. Esta disponibilidad de información no existe donde se implementa el modelo anglosajón, en el que los ciudadanos comunes deliberan solos e informan simplemente la decisión a la que han llegado conjuntamente.

Como ya se apuntó, la participación de los legos se limita a la decisión de dos cuestiones: la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado en el mismo. La ley se propone dar intervención a los ciudadanos sin conocimientos técnicos sólo en cuestiones “*de hecho*”; y dejar las “*de derecho*” (calificación legal y sanción) reservadas a la exclusiva consideración de los jueces. Las dificultades que en la práctica pueden presentarse para escindir ambas categorías es una de las razones de la oposición al juicio con jurados de algunos prestigiosos penalistas²³.

La información sobre los votos contenida en las sentencias se limita, por supuesto, a las decisiones finales de cada miembro del tribunal y no refleja la riqueza de los debates, ni la dinámica de la participación efectivamente lograda. Es muy útil sin embargo, para analizar las diferencias en las perspectivas de los magistrados y ciudadanos comunes frente a los mismos casos. La tabla adjunta muestra las formas en que fueron obtenidas las 75 decisiones en las que intervinieron legos y jueces técnicos revisadas²⁴ durante la investigación.

²³ Así declaró en Página 12 ZAFFARONI: *El juicio por jurados no funciona en ningún lado, si por jurado entendemos el modelo tradicional. No funciona porque tiene un inconveniente técnico: no se puede distinguir del todo la cuestión de hecho de la cuestión de derecho. Nadie puede decidir si hubo o no una legítima defensa, un estado de necesidad, un error invencible de algún tipo o una incapacidad psíquica, si no sabe lo que es. Y eso no se explica en cinco minutos por el juez. No hay juez capaz de explicarle a un lego todo el derecho penal que enseñamos en dos o tres años de universidad en cinco minutos.* Entrevista del 12 de noviembre de 2006, *Diario Página 12*. Accesible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/principal/index.html>.

²⁴ El número de decisiones adoptadas es mayor que la de deliberaciones, ya que en un mismo veredicto puede resolverse la situación de más de un acusado.

El nivel de coincidencia entre las opiniones de magistrados y ciudadanos comunes es alto: en 86,7% de los casos los veredictos son tomados por unanimidad. Es interesante observar que en las investigaciones realizadas en Estados Unidos reseñadas más arriba, se han encontrado coincidencias entre el juez y los jurados en casos penales, que oscilan entre el 74 y el 78% según los estudios (Diamond y Rose, 2005). Si se consideran conjuntamente las decisiones unánimes, y las tomadas por mayorías compuestas por los dos jueces técnicos, y la mitad o más de los jurados, la convergencia de opiniones entre legos y letrados es verdaderamente muy significativa: supera el 90%.

Tabla 3- Resultados de la votación en los tribunales mixtos

Dictamen	Nº	%
Unanimidad	65	86,7%
Mayoría compuesta por		
Dos jueces técnicos y al menos 4 jurados	5	
Un juez técnico y al menos 5 jurados	4	
Al menos 6 jurados	1	
	10	
Total	75	100%
Fuente: elaboración propia sobre 51 sentencias registradas en el período 2004 - 2007, en las que se tomaron decisiones sobre 75 imputados		

Al considerar estas cifras es importante recordar que los estudios norteamericanos comparan las decisiones tomadas por los jurados, deliberando autónomamente, con las que hubieran tomado los jueces en su lugar —a quienes los casos les son planteados a posteriori, sin informarles lo resuelto por los jurados²⁵—. En cambio, en los tribunales mixtos cordobeses la deliberación de jurados y jueces ocurre en forma conjunta, por lo que no se puede descartar la influencia de éstos sobre aquéllos, una cuestión que ha sido señalada con preocupación por Coppola (2002) para el caso de los jurados escabinos cordobeses. También Hendler (2007, p. 7), afirma que el estilo burocrático de los veredictos sugiere que “*Los ciudada-*

²⁵ Las debilidades que desde el punto de vista metodológico presentan estos *juicios simulados* son puestas de relieve por lo académicos norteamericanos. Así LEVINE (1983) afirma que los resultados serían altamente conjeturales y hasta fingidos, ya que los jueces se “darían el lujo” de dictar sentencias inconsistentes y más severas de las que impondrían en realidad, dejando una imagen de “estrictos protectores de la ley”, impermeables a factores extralegales. DIAMOND Y ROSE (2004) critican también el sistema, entre otros motivos, porque sólo se hace presentando a jueces casos ya decididos por jurados, y no a la inversa.

*nos comunes los firman como una fórmula. Obviamente no tienen idea de lo que significan*²⁶.

Las entrevistas dan algunas pistas para entender cómo se logra la unanimidad. El acuerdo de voluntades resulta más simple en tanto que los hechos juzgados por este procedimiento son generalmente muy graves, y las pruebas disponibles, sólidas.

Lo que pasa es que, y yo te digo desde la posición que yo tengo en la Cámara, las causas que llegan a juicio, sobre todo estas causas en donde hay jurados que son hechos muy graves, hay muchas cosas que influyen. Primero que las pruebas... una persona que llega ahí, llega generalmente con prisión preventiva. Eso ya son indicios de que hay bastante prueba en contra. Como que la garantía "indubio pro reo" no corre ahí. Es como que por la misma práctica judicial, las causas que llegan a juicio y con jurados, son causas que no son muy difíciles de probar (Empleada judicial, Capital)

El resultado unánime es fruto asimismo del rol activo que desempeñan los jueces, canalizando el debate a través de diversos mecanismos. Un vocal de mucha experiencia señala que comienzan buscando el acuerdo entre los técnicos, y destinan mucho tiempo a las deliberaciones:

Les damos tiempo... En general en mi cámara.... Bueno, yo soy el más antiguo, tratamos de ponernos de acuerdo entre los tres. (Vocal de cámara).

La superioridad técnica de los magistrados en estas discusiones les permite también explicar algunas cuestiones jurídicas centrales, como la presunción de inocencia:

Y vino el imputado y le preguntaron: Usted quiere decir algo? Sí, que soy inocente. Esas cosas impactan en los jurados. Porque después los jurados conversaban y decían, bueno, pero si yo soy inocente la peleo patas para arriba, armo un lío... Pero nosotros ahí sí intervenimos y dijimos: Esto no, porque la Constitución nuestra dice esto: él no tiene necesidad de probar nada. Está claro?... (Vocal de cámara).

²⁶ En inglés en el original: "Lay people sign it as a formula. They have obviously no idea of what it means".

También influye el temor de los legos, que en el ejercicio de esta responsabilidad se sienten inseguros y piden ayuda:

...muchos te dicen bueno pero me va a ayudar, me va a ayudar... el fundamento de ellos tiene que ser un fundamento desde su visión, su experiencia, pero bueno se da esa situación, por eso se puede explicar esto que decís vos de la unanimidad.(Vocal de cámara, Capital)

Finalmente, el resultado termina siendo cercano a la visión de los jueces. Así lo reconoció un vocal de cámara:

Por supuesto que la deliberación la guiamos nosotros, eso no la perdemos, ningún juez la pierde... (Vocal de cámara, Capital)

Este rol activo de los jueces puede ser valorado de distintas formas. Algunas voces se alarman ante el riesgo de la falta de autonomía, como se señaló más arriba. En cambio, otros, como Tocqueville²⁷, valoran la posibilidad de educar a los ciudadanos comunes en cuestiones jurídicas centrales que el juicio por jurados otorga a los jueces.

En cuanto a cuestiones positivas... como positivo yo te diría esto de la función didáctica. La gente llega enojada, viste? Ofuscados, es lógico: pierden su trabajo, por más de esto de que les paguen... es una complicación... es como ser presidente de mesa en las elecciones; y cuando se acaba se van conformes... y... agradecidos porque han aprendido mucho, porque se les ha dado un lugar. (Funcionario judicial)

Esta cuestión ha sido motivo de consulta a los legos que participaron en la experiencia. En la encuesta realizada por Andruet, Ferrer y Crocchia (2007) a 121 ciudadanos comunes que habían actuado como jurados, el 81% declaró que había podido expresar libremente su opinión. El tema será abordado igualmente en las entrevistas a ciudadanos comunes previstas para la próxima fase de esta investigación.

²⁷ "No sé si el jurado es útil a los que sufren procesos, pero estoy seguro que es muy útil a quienes los juzgan. Le miro como uno de los medios más eficaces de que puede servirse la sociedad para la educación del pueblo"(TOCQUEVILLE, 2001, e.o.1840, p.137)

5. Mayorías y minorías

Tal como se indicó en el apartado anterior, el alto porcentaje de decisiones tomadas por unanimidad muestra fuertes coincidencias en los puntos de vista de técnicos y legos, en cuanto a la existencia de los hechos que llevan a la condena de los imputados así como en la participación de estos últimos en esos eventos. Es interesante también analizar las diferencias entre magistrados y ciudadanos comunes, en los casos en los que no hubo unanimidad. Los datos sobre la composición y orientación del voto en los casos resueltos por mayoría que figuran en la tabla adjunta permiten observar la dirección de esas diferencias.

En cuatro de las diez decisiones, se encuentra un juez técnico en la mayoría, y el otro, alineado con la minoría. Cabe suponer que aquí nos encontramos frente a casos límite, donde las diferencias son sutiles. En los restantes, en cambio, la oposición entre la opinión de los juristas y los ciudadanos comunes es clara: los dos magistrados votan en el mismo bloque, enfrentados a un grupo compuesto exclusivamente por jurados. En cinco de estas oportunidades, los legos configuran la minoría, y sólo en un caso, la mayoría.

Tabla 4 - Casos resueltos por mayoría

Composición mayoría	Nº de decisiones	Posición mayoría	Composición minoría	Posición minoría
2 jueces técnicos y 4 o + jurados	4	Condena	Jurados exclusivamente	Más blanda: insuficiencia de pruebas o cargos menores
2 jueces técnicos y 4 o + jurados	1	Absolución	Jurados exclusivamente	Más dura: La prueba es suficiente para condenar
1 juez técnico y 5 o + jurados	3	Condena	1 juez técnico y 1 o + jurados	Más blanda: Insuficiencia de pruebas o cargos menores
1 juez técnico y 5 o + jurados	1	Absolución	1 Juez técnico y 1 o + jurados	Más dura: La prueba es suficiente para condenar

Composición mayoría	Nº de decisiones	Posición mayoría	Composición minoría	Posición minoría
6 jurados	1	Absolución	2 jueces técnicos, y 2 jurados	Más dura: Corresponde condenar
Total	10			

Fuente: elaboración propia sobre 51 sentencias registradas en el período 2004 - 2007

Es interesante observar que en cinco de los seis casos en que los jurados han votado separadamente de los jueces –ya sea formando la minoría o integrando la mayoría—, las decisiones de los legos resultaron menos severas que las adoptadas por los magistrados: sea porque se argumentó insuficiencia de pruebas, o porque se eligió una acusación menos grave.

Pese a los temores de juristas de vocación garantista, que se ven reflejados en las entrevistas realizadas²⁸, estos datos sugieren que la introducción del mecanismo del juicio por jurado no ha conducido hasta ahora a un endurecimiento de las decisiones finalmente adoptadas. Los jurados tienden a coincidir con los jueces, y cuando su opinión difiere, su perspectiva ha sido en general más blanda.

Tabla 5 - Votos individuales en los juicios por jurado

Decisión	Jurados		Vocales	
	N	%	N	%
Los hechos existieron, y el imputado participó, por lo que corresponde condenar	536	89,33%	134	89,33%
Existen dudas, o insuficiencia de pruebas, por lo que corresponde absolver	64	10,67%	16	10,67%
Total de decisiones	600	100,00%	150	100,00%

Fuente: elaboración propia sobre 51 sentencias registradas en el período 2004 - 2007, en las que se tomaron decisiones sobre 75 imputados

²⁸ Así, una abogada sin experiencia en juicios con jurados afirma: *ese es el problema del ciudadano común, que ante la duda condena, no absuelve, el derecho te entrena para ante la duda entender que ante la duda hay que absolver, (...) creo que esta persona que no se formó en el derecho tiene... va a tener una dificultad conceptual que es... va a ser abordar todo bajo el in dubio pro reo. ¿Cómo le hacés entender a un tipo que es electricista o médico o... contador tienen algún acercamiento al derecho pero a ver... bioquímico, en tan poco tiempo, que tiene que valorar, que tiene que empezar a pensar de esa manera para valorar las cosas? Eso es peligrosísimo.*

Siendo esta cuestión importante, merece ser revisada desde otros ángulos. La consideración individual de las decisiones adoptadas muestra que, aún si su opinión no coincide en un mismo caso, legos y camaristas optan por medidas duras en la misma proporción.

El análisis cualitativo de las sentencias permite igualmente ilustrar las divergencias en los puntos de vista de jueces y jurados. Tal como se recordará, la ley dispone que todos los votos deben ser fundados, cualquiera sea la formación de quien lo emite. Por ello reserva al presidente del tribunal el rol de fundamentar el voto de los legos si su posición no coincide con la de alguno de los magistrados. Fundamentar una decisión que no se suscribe no es una tarea sencilla, y la resistencia de los magistrados frente a esta obligación fijada por la ley es previsible. Como lo declara el presidente del tribunal en el Caso Arias (Cámara 10ª, Capital, 23/08/2007).

No me es fácil realizar la fundamentación lógica y legal que exige la ley porque no comparto la conclusión a la que llegan, por ser esta totalmente alejada a lo que efectivamente se debe concluir y resolver acorde a lo acontecido y probado durante el debate (p. 60)

En ocasiones, al fundamentar el punto de vista lego, el juez recurre a argumentos técnicos, como la existencia de dudas a favor de los imputados, o el análisis de algunas inconsistencias en la prueba. En el voto se incluyen menos referencias directas a comentarios de los jurados durante la deliberación, y el texto resulta más parecido a los votos de los camaristas. Este tipo de argumentación, —presente por ejemplo en la primera sentencia obtenida por este procedimiento, el caso Luna— sugiere que el magistrado encuentra correcta o al menos admisible la postura de los jurados.

En otros casos, sin embargo, el presidente del tribunal deja claro que no comparte lo resuelto por los legos. Reproduce los comentarios de los jurados durante la deliberación, y señala la distancia entre la postura de los legos y los debidos criterios jurídicos. Así se lee en el caso Gómez (Cámara 1ª. Capital, 12/06/2006):

Por último [el jurado popular disidente] aclara que duda especialmente porque el muerto era un empleado policial, si el mismo hubiera sido un civil habría votado como la mayoría, pero esta cuestión le hace dudar si todo no fue armado. Se advirtió al señor miembro del Jurado Popular que lo que se investigaba era la muerte de una persona, no de su condición personal de vida, pero se mantuvo en sus dichos y que era esa su manera de ver las cosas y lo llevaba a votar en disidencia en este tema. (p. 50)

También aparecen observaciones de los magistrados en el sentido de que los ciudadanos comunes deciden en función de las características personales de víctimas o imputados, y se dejan llevar más por la imagen de las personas que por un análisis sereno, desapasionado, de los hechos en sí mismos. En la sentencia del caso Arias (Cámara 10ª, Capital, 23/08/2007), las declaraciones del presidente del tribunal muestran su desacuerdo, no sólo con la argumentación que le toca fundar, sino más en general, con la misma institución del juicio con jurados:

De otro costado y para poner de manifiesto porque considero que las cualidades personales del imputado y víctima son las que han primado en las conclusiones de los jurados populares al emitir sus votos, me remito a una consideración efectuada por uno de los disidentes "...Corsetti (víctima) es el que debería estar preso, no Arias(victimario)..." No cabe duda que al integrarse las Cámaras del Crimen con tres jueces técnicos y ocho Jurados Populares (casi en tres veces más que el número de aquéllos) y constituir así una amplia mayoría, ha generado una nueva forma de alegar dirigida directamente al corazón de los legos, en donde el melodrama, la compasión, lástima, odios, rencores y prejuicios(como en el presente caso) van a sustituir el análisis de la prueba verdaderamente producida e incorporada al debate, colocando en la disyuntiva a los imputados y a los querellantes particulares, entre elegir, para hacer valer sus derechos, un buen actor o un buen abogado.(p. 62, énfasis en el original).

Más allá de las esperables diferencias en los estilos de argumentación de los magistrados y los ciudadanos comunes, los datos hasta aquí revisados indican que, pese a que la experiencia cordobesa de tribunales mixtos surge en un contexto marcado por las demandas de endurecimiento penal, no es posible suponer que los jurados tienen actitudes más duras que los propios jueces. Las amplias coincidencias entre las decisiones tomadas por los magistrados y los ciudadanos, así como el hecho de que las divergencias revelen una actitud mayoritariamente benévola por parte de los jurados, fundamentan esa proposición.

6. Diálogos sobre el castigo

La revisión realizada hasta ahora sobre la dureza o no de los jurados se basa en la comparación de las decisiones de los legos con la perspectiva de los jueces, e implícitamente, toma al juicio de los magistrados

como medida del nivel “adecuado” de severidad. Sin duda, el alto compromiso de los jueces cordobeses con una orientación garantista valida este análisis. Este planteamiento descuida, sin embargo, la posibilidad de que el diálogo con los ciudadanos comunes podría llevar a los jueces a endurecer su mirada sobre el delito. Podría ocurrir entonces que, aún con altos porcentajes de unanimidad en las sentencias, la intervención de los ciudadanos comunes condujera efectivamente a castigos más severos.

De hecho, las entrevistas informan que, aún cuando la ley no lo prevé, la deliberación se constituye como un espacio en el que jueces y ciudadanos comunes dialogan sobre cuestiones relativas al castigo. La decisión acerca de la participación está naturalmente ligada a la pena, y en las entrevistas se reconoce que los jurados también hablan sobre esta cuestión.

Ahí centraron la discusión, y empezaron a hablar de la pena, naturalmente, hasta que llegaron a la conclusión de que eso no era una tentativa de homicidio y que la pena tenía que ser más o menos entre 7 u 8 años. Nosotros les dijimos lo que habíamos estado hablando en la pieza del lado, que eso no era tentativa, sino delito imposible, y que no tenía la pena del homicidio tentado, pero que tenía una pena, justamente por este sufrimiento. Y nosotros habíamos pensado que había que ponerle (riéndose) eso, ocho años, siete y medio... (...)Después hicimos pasar a los suplentes, que no los hacemos intervenir en la deliberación con los titulares, porque no corresponde. Pero los hicimos pasar después, porque los tipos se bancan todo el juicio, un poco para que hablen....Lo mismo igual, igual... La misma conclusión que habían llegado los otros. (Vocal de Cámara, Capital)

La importancia que los magistrados otorgan a estos diálogos es reconocida incluso en una sentencia. La Cámara 11^a menciona entre los antecedentes que la llevaron a declarar la inconstitucionalidad de la prisión perpetua, los diálogos con los jurados titulares y suplentes, como expresión del sentido común, al que califican de soberano.

En función de lo expuesto se debe hacer alusión a un suceso que si bien no está contemplado por la ley, no puede desecharse sin mayores argumentaciones, porque proviene del sentido común y la firme convicción. En la deliberación, los diez jurados populares (ocho titulares y dos suplentes), plantearon serios reparos —aún a sabiendas que no era materia de su competencia— en

relación a la pena de “prisión perpetua” para los acusados de este hecho concreto. En sus frases más sentidas, hicieron conocer que el “todo o nada” (pena de prisión perpetua pedida por el Fiscal o absolución solicitada por la Defensa) repugnaba al sentido común y por ende a su condición de soberano. (...)Las consideraciones de los jurados populares y lo planteado por la Defensa, nos colocan en la obligación de reformularnos la razonabilidad de la pena a prisión perpetua prevista para el homicidio agravado por el vínculo parental (Caso Bachetti, Cámara 11ª, Capital, 02/11/2007 p. 224)

Seguramente, los diálogos entre magistrados y ciudadanos comunes incluyen tanto consideraciones humanitarias como las registradas en el caso Bachetti, como también demandas de castigos más severos, motorizadas por la inseguridad. Así informa un fiscal:

Y los comentarios que yo tengo después de los vocales, o los secretarios de las cámaras, que quedan en el diálogo interno, en la deliberación, es que los tipos dicen “pero cómo el Fiscal le pidió 16, tiene que pedirle 20 o 25, ¡perpetua!” es decir quieren... quieren una respuesta dura, socialmente hablando, viste. (Fiscal de Cámara, Capital)

Es difícil obtener datos sobre si estas conversaciones desembocan finalmente en penas más duras que las que hubieran tomado los jueces estando solos. No obstante, el hecho de que en tres de los casos incluidos en este estudio la pena decidida finalmente haya sido mayor que la pedida por el fiscal, sugiere que así ocurre en ocasiones. No sorprende que ello se registre en causas que incluían abuso sexual seguido de muerte o tentativa de homicidio, delitos que conmueven particularmente a la conciencia colectiva²⁹.

Más allá de la incidencia de estos intercambios sobre la severidad de los castigos, nuestros entrevistados confirman la importancia que estos diálogos tienen para los magistrados.

Te hace sentir bien el hecho de coincidir con la opinión de alguien que no tiene conocimientos técnicos, porque puede que

²⁹ La comparación entre el monto de la pena pedida por el fiscal y la finalmente decidida pudo hacerse en 37 casos. En 18 casos, la decisión del tribunal coincide con lo pedido por el fiscal; en 15 casos, la sentencia fijó una pena menor. Sólo en tres casos (procesados en tribunales del interior de la provincia) se asignaron castigos superiores a los solicitados por la fiscalía, con coincidencia de opiniones entre jueces técnicos y jurados. Se trataba de casos de abuso sexual seguido de muerte o tentativa de homicidio.

vos, todo el tiempo metido ahí adentro, puedas actuar a veces automáticamente. Te reduce un poco la soledad, te obliga a tener esta conversación, las deliberaciones en general son buenas. Son muy buenas con los jueces técnicos y con los jurados.
(Vocal de Cámara)

Es posible suponer, entonces, que como en toda interacción humana, el encuentro de magistrados y ciudadanos comunes para tomar decisiones sobre el castigo funciona también como un espacio para el acercamiento de sus respectivos puntos de vista. Tal como lo expresa el instructivo para jurados (Acuerdo 3003 del Superior Tribunal de Justicia, del 31 de mayo de 2005):

Los jueces técnicos tendrán a través de los jurados, un canal de comunicación con las valoraciones del pueblo sobre la necesidad y efectividad de las actuaciones de la ley penal, y en suma, con la realidad social.

7. Comentarios finales

En síntesis, puede decirse que no se observan signos de endurecimiento de los castigos penales en los tres primeros años de experiencia de tribunales mixtos con mayoría lega desarrollada en Córdoba. Pese a que tanto el contexto de surgimiento de la ley, como la generalización de la demanda de severidad en las penas provocada por el aumento de la inseguridad frente al delito hacían temer que ello ocurriera, los datos analizados no revelan una evolución en esa dirección. Las decisiones contenidas en las sentencias registran altos niveles de unanimidad, y, donde técnicos y legos difieren, la postura de los jurados es generalmente más blanda. Por otra parte, el análisis individual de las decisiones muestra igualmente que magistrados y ciudadanos eligen condenar y absolver en la misma proporción, aunque sus puntos de vista no necesariamente coinciden en los mismos casos.

La reflexión general sobre los datos recogidos en el curso de la investigación sugiere que los altos niveles de confluencia entre los puntos de vista de magistrados y jurados son el resultado de distintos procesos. Por una parte, los jueces desempeñan un rol activo en la canalización del debate, tratando de imponer sus puntos de vista o evitando que se abandonen principios jurídicos fundamentales, tal como se reseñó más arriba. Por otro lado, su papel en la deliberación incluye también escuchar las demandas de los ciudadanos comunes frente a la administración de justicia, incluso más allá de lo previsto en las regulaciones formales que limitan la

intervención lega a opinar sobre la existencia de los hechos y la participación del imputado en ellos.

La existencia simultánea de ambos procesos contribuye a mostrar al juicio por jurados como un puente de comunicación posible entre la administración de justicia y la sociedad, un espacio de diálogo significativo para reducir las brechas entre la cultura jurídica interna y externa, entre los puntos de vista de los técnicos en Derecho y de los ciudadanos comunes.

No está de más recordar que esta función del juicio por jurados, reconocida como deseable por los magistrados desde el momento mismo de gestación de la ley³⁰ y a lo largo de su implementación³¹, fue entrevista en las agudas observaciones realizadas por Tocqueville sobre los jurados americanos, hace ya más de un siglo y medio:

“El jurado, y sobre todo el jurado civil, sirve para dar al espíritu de todos los ciudadanos una parte de las costumbres del espíritu del juez, y esas costumbres son, precisamente, las que mejor preparan al pueblo para ser libre. Extiende por todas las clases el respeto por la cosa juzgada y la idea del derecho.”(p.136)

“Hay casos, y a menudo son los más importantes, en que el juez americano tiene derecho a sentenciar solo. Se encuentra entonces, ocasionalmente, en la posición en que se encuentra habitualmente el juez francés, pero su poder moral es mucho más grande: los recuerdos del jurado le siguen todavía, y su voz tiene casi tanto poder como la de la sociedad de la que los jurados eran órgano.” (Tocqueville, 2001, p.138, e.o. 1840)

Los datos disponibles sobre los tres primeros años de la experiencia cordobesa de tribunales mixtos sugieren que esta innovación institucional podría estar orientándose en esta dirección. Será necesario sin embargo profundizar la investigación en curso para indagar la sustentabilidad de esta hipótesis.

Referencias

ANDRUET, ARMANDO, Carlos Francisco Ferrer y Laura Crocchia, (2007) “Jurados populares” en *Gestión del sistema de Administración de Justicia y su impacto social*, Colección Investigación-

³⁰ El presidente de la Asociación de Magistrados, Víctor Vélez, expresó en ese momento: [la ampliación del número de jurados] “es una puerta que se abre, por donde entra un saludable sentimiento de equidad natural y por donde sale una buena idea sobre el funcionamiento de la justicia”. (La Voz del Interior, 7/08/2004, accesible en <http://buscador.lavoz.com.ar/>)

³¹ Ver el Acuerdo del Tribunal Superior de Justicia No. 303 del 31 de mayo de de 2005, citado más arriba.

nes y Ensayos, Centro de Perfeccionamiento Ricardo Núñez, Córdoba, Argentina, 2007, sin mención de editor.

BERGOGLIO, MARÍA INÉS (2008) "New Paths to Judicial Legitimacy: The Experience of Mixed Tribunals in Córdoba", *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, Vol. XIV, No. 2, pp. 319 -339, Los Angeles.

BERGOGLIO, MARÍA INÉS y CARBALLO, JULIO (1993) *Inseguridad creciente, estructura social y cultura jurídica*, contribución al Congreso Internacional de Sociología Jurídica, Instituto Internacional de Sociología Jurídica, Oñati, España, 1993.

BISCAY, PEDRO, (2006) "La Justicia Penal y el Control de los Delitos Económicos y de Corrupción", *Revista Sistemas Judiciales*, No. 11, Oct. 2006

CAVALLERO, RICARDO y HENDLER, EDMUNDO, (1988) *Justicia y participación - El Juicio por Jurados en materia Penal*, Ed. Universidad, Buenos Aires.

CEJAMERICAS (2005), *Reporte de la Justicia, 2004-2005*, accesible en <http://www.cejamericas.org/reporte>)

COPPOLA, PATRICIA (2002) "*Proyecto de seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina - Informe de Córdoba, Argentina*", INECIP, Córdoba, Argentina. Accesible en: [http //www.cejamericas.org/doc/proyectos/informe_cordova.pdf](http://www.cejamericas.org/doc/proyectos/informe_cordova.pdf)

DIAMOND, SHARI y MARY ROSE, (2005) *Real Juries*, 1 Annual Review of Law and Social Sciences, pp. 255, 265 (2005) (DOI: 10.1146/annurev.lawsocsci.1.041604.120002).

FERRER, CARLOS F. y GRUÑID, CELIA (2003), *El enjuiciamiento penal con jurados en la Provincia de Córdoba*, Ed. Mediterránea, Córdoba.

FERRER, CARLOS F. y GRUÑID, CELIA (2005), *El nuevo juicio penal con jurados en la Provincia de Córdoba*, Ed. Mediterránea, Córdoba.

HENDLER, EDMUNDO (2006) *El juicio por jurados. Significados, genealogías, incógnitas* Editores del Puerto, Buenos Aires.

— (2007), *The jury and democracy*. Contribución al LSA Meeting, Berlin, Humboldt University, Julio 2007.

JORGE A. (2004) *Informe preliminar juicio por jurados. Experiencia comparada*. Unidos por la Justicia. Accesible en <http://www.unidosjusticia.org.ar>

KING, NANCY y NOBLE, ROOSEVELT (2005) "Jury Sentencing in Non-Capital cases: Comparing Severity and Variance with Judicial Sentences in Two States", *Journal of Empirical legal Studies*, Volume 2, Issue 2, pp.331-367.

LEIPOLD, ANDREW D. (2005) "Why are the Federal Judges so Acquittal Prone?", 83 *Washington University Law Quarterly*, No. 1. pp. 151-227.

LEVINE, JAMES P (1983) Jury Toughness:The Impact of Conservatism On Criminal Court Verdicts, 1983; 29; 71 *Crime Delinquency*, DOI: 10.1177/001112878302900103

MACHURA, STEFAN (2003), "Fairness, Justice, and Legitimacy: Experiences of People's Judges in South Russia", *Law & Policy* 2003 25:2 123,

PEGORARO, JUAN (2004), "Resonancias y silencios sobre la inseguridad" *Revista Argumentos*, No. 4, Octubre 2004, Edición electrónica accesible en: <http://argumentos.fsoc.uba.ar/n04/articulos4.htm>

SMITH, BRUCE (2005) "Plea Bargaining and the Eclipse of the Jury" *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 1

TOCQUEVILLE, ALEXIS DE (2001; e.o. 1840), *La democracia en América*, Ed. Folio, Barcelona

TOHARIA, JOSE JUAN, (1987), *Pleitos tengas... Introducción a la cultura legal española*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Colec. Monografías 96, Madrid.

TUFRÓ, MANUEL (2007) "Apoliticismo y antipoliticismo en el reclamo por seguridad. Un acercamiento discursivo-comunicacional." *Revista Argumentos*, Universidad de Buenos Aires No. 8, Octubre 2007, accesible en <http://argumentos.fsoc.uba.ar/n08/articulos8.htm>

VILANOVA, JOSÉ LUCAS (2004), "Juicio por Jurados y Construcción de Ciudadanía: Relaciones entre Procedimiento y Democratización", *Actas del V Congreso Nacional de Sociología Jurídica*, La Pampa 2004, pp. 463-473.



DISCURSO ACADÉMICO-INSTITUCIONAL Y REPRESENTACIONES DE LA INFANCIA CÓRDOBA 1884-1914

Nidia Elinor Bisig¹

Resumen: Este artículo describe las instituciones de asistencia a la infancia desvalida en Córdoba y el discurso académico e institucional a través del análisis crítico de tesis doctorales y otras fuentes históricas. Da cuenta de las diversas perspectivas ideológicas y los debates que en el campo académico y jurídico se desarrollaban en torno de la infancia. Desde la sanción del Código Civil a fines del siglo XIX hasta comienzos del siglo XX cuando se demandaron leyes específicas de protección a nivel nacional y se formalizó la intervención estatal mediante instituciones asistenciales y jurídicas que enmarcaron la protección de la infancia abandonada.

Palabras Clave: representaciones sociales-infancia –discurso académico-Córdoba.

Introducción

La asistencia a los pobres en España, como en el resto de Europa, fue una función asumida por la Iglesia mediante la caridad y la limosna. Para ello, fueron creadas diversas instituciones, destinadas al cuidado de los enfermos, las viudas y los niños, que llegaron a América con características similares a las de la península y se reprodujeron con peculiaridades semejantes en toda América Latina.

En el Virreinato del Río de la Plata, las primeras actividades institucionales de caridad cristiana dieron lugar a un mismo discurso protector dirigido a mujeres, huérfanos y niños; aquellas se destinan, en primer término, a cuidar de la virtud de las jóvenes nobles y huérfanas preservando el honor familiar y luego a proteger la vida de los niños blancos abandonados o, en su defecto, contribuir a aliviar su muerte administrándoles el sacramento del bautismo.

¹ Licenciada en Sociología y Magíster en Demografía, Doctoranda de la UBA. Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas y Profesora e Investigadora Categoría I del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales y de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. República Argentina.

E-mail: elinorbisig@arnet.com.ar

Las *casas de recogimiento* destinadas a mujeres procuraban evitar el estado de necesidad y el mal ejemplo que las tentara a incurrir en conductas deshonestas. Las *casas de expósitos* eran de carácter selectivo: mediante el ocultamiento del producto del pecado, se priorizaba el honor familiar, en detrimento de la identidad a la que no se le reconocía valor alguno como atributo de la persona.

La organización de las primeras actividades de beneficencia fue incipiente y de índole privada, siempre en instituciones a cargo de congregaciones religiosas. Estas resultaron ineficientes y deficitarias, lo cual llevó a considerar, en determinadas circunstancias, la posibilidad de la restitución de los niños a sus padres, permitiéndoles recuperar la patria potestad, o su entrega para que sean recibidos como hijos por personas honestas sin otros requisitos ni formalidades que el deseo de cuidarlos.

Además, se apeló a la implementación de otras formas contractuales de cuidado de los niños a cargo de quienes pudiesen criarlos brindándoles educación y oficio. Esto último, por una parte, ofreció la posibilidad a los niños pobres de adquirir conocimientos que les permitieran un ascenso en la escala social, y por otra, facilitó a las familias de élite acceder a mano de obra joven y barata para las tareas de servicio.

El carácter selectivo de estas organizaciones se apoyaba en un discurso con visos sexistas, elitistas y racistas, ya que se destinaba a mujeres jóvenes huérfanas y a viudas, a efectos de preservar sus bienes y su virtud; se protegía a los que se suponía de familia ilustre con “pureza de sangre” españoles y libres; y, estaban expresamente excluidos de la protección los descendientes de esclavos, se consideraba delito la exposición de estos, ya que equivalía a la expropiación de sus legítimos dueños.

Estas instituciones y demás servicios destinados a la asistencia de pobres fueron, a su vez, instrumentales en el mantenimiento y defensa del patrimonio y jerarquías sociales existentes. Cumplían otras funciones, generaban diversos efectos, como: el control sobre la liberación de los hijos de los esclavos y la protección de su posesión mediante el cuidado de los dueños del dominio jurídico de aquellos; la creación de espacios de poder simbólico y vinculación sociales con la consiguiente posibilidad de adquisición de status y prestigio social en la comunidad; la instauración de los primeros trabajos asalariados para las mujeres pobres y carentes de oficio; el aumento del prestigio y reconocimiento para las damas de la sociedad a las que se les proporcionaba, a la vez, un espacio de sociabilidad.

Una descripción del discurso y las prácticas de la caridad en el siglo XIX, así como de las conceptualizaciones de la infancia en el discurso jurídico, legal y académico, llevará a proyectarlos sobre el tratamiento de la llamada “cuestión social” a principios del siglo siguiente; operación que

se corresponde con una estrategia de conservación de sus privilegios por parte de la elite que ostentaba el poder discursivo y político.

Para dar cuenta de estos elementos, se trabajó a partir de lineamientos metodológicos de análisis de significados desde un enfoque de tipo semiótico con orientación social. Análisis colindante, a su vez, con una postura teórico crítica y sociocultural constructivista.

A este efecto, se han abordado los años que trascurren entre la sanción del Código Civil y la creación de la primera institución de acogida para niños, y los años inmediatamente anteriores a las modificaciones sustanciales que implicaron, en relación al universo de estudio, la Reforma Universitaria en Córdoba de 1918 y, a nivel nacional, la sanción de la ley 10903 en el año 1919. Estos acontecimientos establecen un límite razonable para el período escogido, funcionando como marco temporal, histórico, social e ideológico del análisis.

Dentro de este período, se seleccionaron aquellas tesis registradas en la Universidad Nacional de Córdoba para optar al grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales que tratan la problemática de la filiación y de la cuestión social.

Se trabajó, entonces, sobre siete tesis presentadas durante un período de treinta años, entre 1884 y 1914, que abarcan el espectro total de los trabajos que, como se acaba de mencionar, abordan la filiación y el reconocimiento de los hijos, así como la cuestión social y los factores de la delincuencia desde diversas perspectivas.

La caridad

Una particularidad esencial de la época colonial tardía es que el Estado y la Iglesia constituyen poderes distintos pero inescindibles, desde el momento en que “la comunidad cristiana y la ‘sociedad civil’ poseen idénticos contornos y coinciden en los mismos individuos y grupos, tanto en el plano jurídico como en el imaginario”².

Los documentos coloniales, cuando se refieren a la Iglesia, hacen referencia al conjunto de los bautizados, a la totalidad de los súbditos, sean clérigos, religiosos o laicos. Resulta muy difícil distinguir a la comunidad de los creyentes de la sociedad, desde que todo súbdito del rey era a la vez miembro de la grey católica, y la religión estaba emulsionada con las demás dimensiones de la vida social; constituiría un error concebirla como una esfera independiente: el clero no era una realidad ajena o superpuesta a la sociedad, sino parte de ella.

² Es lo que los estudiosos de historia de la Iglesia denominan “régimen de cristiandad” o “régimen de unanimidad religiosa” Roberto di Stefano, 2000 p. 84.

Desde la expulsión de los jesuitas, el clero secular se había constituido en un estamento cada vez más potente e integrado, sostenido por las capellanías. Este poder motivaba el interés y las aspiraciones de las familias de la élite de colocar a alguno de sus hijos en el clero³, controlado durante la colonia por el poder político español y local, que nombraba obispos y párrocos, y por las órdenes religiosas: franciscanos, dominicos, jesuitas, etc., que gozaban de una enorme independencia.

En Córdoba, entonces, gobierno, elite y clero eran parte constitutiva de la sociedad colonial, conformando un todo indiferenciado. Construían y constituían los grupos, los espacios de poder, de generación de ideas y formación de opinión. Los prelados tenían gran participación e influencia en tanto miembros de las familias relacionadas con el poder y como académicos, rectores y docentes de los colegios mayores y universitarios del Virreinato.

En cuanto a la asistencia a la población desamparada, en las Actas Capitulares del Cabildo de Córdoba ya se planteaba la necesidad de asistir a enfermos y dar cobijo a los indigentes. Fueron las congregaciones religiosas quienes primero emprendieron la atención de pobres y vagabundos.

Estas acciones caritativas remiten a un conjunto de prácticas que apuntan a mitigar la falta de elementos materiales, pero con más intensidad se dirigen a atenuar las consideradas carencias morales de las clases inferiores de la sociedad. Se entendía entonces que la solución de los desajustes sociales pasaba por la asistencia hacia los pobres y para ello se abrevaba en la concepción de la caridad cristiana. Esta se basó fundamentalmente en técnicas de ayuda y asistencia mínimas que no eran responsabilidad de los gobiernos, sino de ciudadanos que voluntariamente ejercerían el patrocinio de las clases populares⁴.

Las primeras instituciones aparecen hacia 1782, cuando la Congregación de las Educandas de Santa Teresa de Jesús dirigía el Colegio de las Huérfanas Nobles. Desde 1870 hasta 1888 proliferó la instalación de congregaciones religiosas femeninas cuyos objetivos prioritarios, amén de la asistencia a enfermos y desvalidos, fueron la educación de niñas y su entrenamiento como personal de servicio doméstico. Se instalan en este período nueve de estas congregaciones con fines educacionales y caritativos que atenderían colegios de niñas, "prácticos de sirvientas", asilos de huérfanos, asilos maternales y hospitales de niños.

³ Las capellanías son una renta que da un patrono al capellán para la realización de determinadas actividades para su familia. El patrono y sus descendientes tienen el poder de elegir al párroco beneficiado, quien por recibir esta renta de por vida tiene las obligaciones que se le imponen, en general dar misas o atender una capilla del fundador de la capellanía. Cfr. Roberto di Stefano, 2004.

⁴ Cfr. Beatriz Moreyra, 2001.

Paulatinamente, sectores vinculados a la Iglesia Católica empezaron a generar la creación de formas de protección institucional privadas, a cargo de cofradías de carácter predominantemente socio-religioso, tales como la Sociedad de Beneficencia, las Damas de la Misericordia, las Damas de la Providencia, la Asociación de la Inmaculada Concepción y la Liga Argentina de Damas Católicas, a las que se sumaba una profusa variedad de iniciativas destinadas al reparto de alimentos, ropa, etc.; algunas combinaban las acciones con catequización e instrucción popular y enseñanza de oficios.

Las prácticas sociales de caridad a los pobres eran características de la sociedad cordobesa y constituían un acercamiento entre estratos de gran distancia social, que se efectivizaba mediante la ejecución de múltiples propuestas, entre las que se destacan aquellas destinadas a albergar a los niños desamparados. Con esta finalidad, se crearon asilos de niños, casas cuna y talleres de artes y oficios que los transformarían en “ciudadanos honrados y trabajadores (...) amantes de la religión y la patria”⁵.

La Casa de Expósitos se funda bajo el amparo de la Virgen del Pilar de Zaragoza en el año 1884 por iniciativa de la Sociedad de Damas de la Divina Providencia, quienes se habían constituido un año antes⁶. A lo largo de su trayectoria, al igual que a su homónima de Buenos Aires, la dirigieron médicos de prestigio. Disponía, además, de un Consejo Asesor integrado por un sacerdote, un abogado y un comerciante. Para su creación y sostenimiento contaron con subsidios de los gobiernos nacional y provincial, y con donaciones particulares, facilitadas por la pertenencia social de las damas de alta sociedad que integraban la Asociación, quienes mantenían lazos de amistad y parentesco con la aristocracia y la burguesía locales.

La práctica de la colocación en familias de niños asilados y abandonados estuvo en manos de las Damas de la Sociedad y del grupo de religiosas de la Inmaculada Concepción de España, que regenteaba la administración de la Casa. Esta conservó el torno⁷ hasta 1926, cuando se creó la Comisión de Recepción de Niños, formada por la Presidenta y la Inspección

⁵ Reglamento del Asilo de Niños Desvalidos 1912.

⁶ Entre sus objetivos se encontraban el fundar y sostener una casa de niños expósitos, proteger y fomentar la educación de los niños huérfanos, además asistir y socorrer a los enfermos pobres y mejorar la situación material y moral de los encarcelados y en general ejercer la caridad para mejorar las condiciones de los que sufren. Estatuto de la Asociación de Damas de la Providencia 1884.

⁷ Se trata de un aparato de madera, giratorio, compuesto de un cilindro que gira sobre su eje, el cual se ajusta al hueco de una pared en el que un lado de la superficie lateral está abierto y sirve para pasar objetos de una parte a otra, sin que se vean las personas que los dan ni las personas que los reciben, con esta función y para preservar la identidad de quien abandonaba a un niño se instauró a mediados del siglo XVIII el uso del torno en los hospicios y en las casas de expósitos.

tora general, "...bajo la garantía de recepcionar bajo el más absoluto de los secretos"⁸.

Los niños ingresaban en calidad de expósitos, sin embargo, la recepción era sumamente selectiva, como puede apreciarse al analizar las diferentes categorías que abarca esta designación, a saber:

Los "verdaderos expósitos", son los encontrados en la vía pública, en los pórticos y los huérfanos.

Los "pensionistas", aquellos niños asilados por un tiempo previamente pactado con los padres, por los cuales se fijaba el pago de una suma denominada "pensión" que se abonaba cuando se retiraba a los niños.

Los "recomendados", son niños ingresados como expósitos, a los que una persona recomienda para ser cuidado hasta que pueda ser retirado.

Los "reservados", esta denominación se aplicaba a los niños pensionistas y recomendados, se trataba de niños que serían retirados por sus padres o familiares, o de asilados que estaban en condiciones de ser colocados.

La Comisión procedía a comprobar la necesidad de orden moral o material, o el fallecimiento de los padres, que daban motivo a la entrega del niño; a efectos de cerciorarse si este se hallaba en condiciones de admisión. El niño era recibido cuando, de las investigaciones practicadas, se desprendía que su aceptación no resultaría un "abuso a la caridad"⁹.

Si se trataba de niños abandonados fuera del establecimiento, eran recibidos con intervención de las autoridades policiales o de los Defensores.

Hasta el año 1948 las Damas decidieron acerca del destino de los niños. Se estipulaba un período de dos años para que los padres o familiares pudieran reclamarlos, previa inspección y control realizada por la Comisión de Investigaciones.

Durante el período de cincuenta años que se encuentran registrados -desde 1900 hasta 1950- ingresaron 4.837 niños, de estos el 63% falleció, sólo un 11% de ellos aparece como egresado con sus padres, y el 14% egresó con otra familia en calidad de "adoptado"¹⁰, estos últimos eran considerados hijos legítimos, y se los inscribía como tales en el Registro Civil¹¹. De esta manera, se legalizó la entrega de los niños a familias que no guardaban vinculación con su familia de origen.

⁸ Reglamento Interno de la Sociedad de Damas de la Divina Providencia.

⁹ Cfr. María Elena Flores, 2002 p. 68.

¹⁰ *Ibíd.* p. 73.

¹¹ Este fue creado en Córdoba por ordenanza municipal del 13 de agosto en el año 1880.

En relación con las acciones que realizan las damas expresan que éstas redundarán en beneficios sociales porque:

“...pusieron á esos mismos niños en condición de ser más tarde hombres de bien, fuertes de espíritu y de cuerpo que, destinados á ser venidos en la vida, la Sociedad los tomó para que llenos de energías y de principios puros conquisten el bienestar y la dicha. ¿Cuántas llagas sociales se han curado de esta forma!...”¹².

Las causas del desamparo de los niños y jóvenes se ubicaban en la desaprensión, el vicio y extravío de sus padres. Por ello, a partir de la admisión y el ingreso en la Casa de Expósitos, se producía una despersonalización del niño, quien recibía sólo un nombre y un número. Opera de este modo una negación de su identidad y filiación, y se genera una ruptura de la relación legal y vincular con la familia; estos niños se identifican, a partir de entonces, con la institución de acogida, con el nuevo status de “expósitos”.

El discurso académico-institucional

Las instituciones abocadas a la asistencia de la población pobre declaraban como fin la preservación de los bienes y de la moral, además de la educación —mediante los talleres de oficio— de los huérfanos, los abandonados, las solteras y las viudas; también la atención de los enfermos: todos ellos conformaban el espectro de la población desamparada.

En el discurso institucional, los desamparados no se encuentran connotados en el término familia, esta se encuentra asociada con expresiones que responden a una estrategia de auto presentación positiva de los enunciadores respecto de su grupo de pertenencia, quienes reiteradamente utilizan frases que remarcan sus cualidades favorables: “mujeres nobles”, “la alta sociedad de Córdoba”, “seres generosos”, “grandes corazones”, llenos de “virtudes y abnegación”¹³.

Mientras que la familia connota lo positivo, lo sacramental, el pilar de la moralidad y del orden social, los “otros” -desamparados, solos, abandonados, ilegítimos, viudas, huérfanos- no son familia, puesto que carecen de los atributos y de los derechos que se corresponden con la pertenencia a la sociedad de la época.

Para “los otros” —quienes no tienen lugar en el universo de “las familias”— el espacio de representación se corresponde con lo opuesto, lo antinómico. En ese sentido, se destacan aspectos negativos, aparte de la directa y permanente asociación de la “ilegitimidad” con el “abandono”.

¹² Memoria Sociedad de Damas de la Divina Providencia 1912 p. 12.

¹³ Cfr. Memoria Sociedad de Damas de la Divina Providencia, 1912.

Algunos de los enunciados que se encuentran asociados a los niños “desamparados” -los sujetos pasivos de la caridad- y que responden a la mencionada estrategia son: “huerfanitos”, “llagas sociales”, “angelitos asilados”, “abandonados a su propia suerte”¹⁴.

Estas características atraviesan todo el pensamiento hegemónico sobre las familias —no pertenecientes a la élite—, y particularmente sobre los niños. Puede observarse, alrededor de su origen, una diferenciación que se establece tanto en el sistema estadístico nacional, cuanto en el ámbito jurídico, como también en el discurso y en los debates académicos universitarios, hasta las primeras décadas del siglo pasado.

Respecto del sistema estadístico nacional, en el Primer Censo de la República Argentina realizado en 1869 durante el gobierno de Sarmiento, se otorgó importancia al relevamiento de ciertas peculiaridades de la población infantil. Aquellas se registraron bajo el rubro denominado “Condiciones Especiales” y se discriminó entre estas a los huérfanos y a los ilegítimos, hijos no matrimoniales.

En el análisis de la información de este acápite, se señalaba el subregistro de abandonados y la ausencia de una seria y justa “Política de Estado” en favor de estos niños, a la vez que se realizaba una severa crítica a la colocación de los mismos para servir en casas particulares, definiendo esta práctica como: “inmoral distribución al servicio doméstico de todos los niños huérfanos o abandonados” (...) “es una especie de fabricación oficial de viciosos y malvados”¹⁵.

En el campo jurídico, el Código Civil en sus Arts.: 338, 339 y 340 establecía categorías de hijos no matrimoniales que quedaban excluidos de todos los derechos:

“El hijo adulterino es el que procede de la unión de dos personas que al momento de su concepción no podían contraer matrimonio porque una de ellas, o ambas estaban casadas. La buena fe del padre o de la madre que vivían en adulterio sin saberlo, la violencia misma de que hubiera sido víctima la madre, no mudan la calidad de la filiación, y en uno y otro caso el hijo queda adulterino”.

“Hijo incestuoso es el que ha nacido de padres que tenían impedimento para contraer matrimonio, por parentesco que no era dispensable según los Cánones de la Iglesia Católica”.

“Hijo sacrílego es el que procede de padre clérigo de órdenes mayores, o de persona, padre o madre, ligada por voto solemne de castidad, en orden religiosa aprobada por la Iglesia Católica”.

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ Primer Censo de la República Argentina 1869, Introducción p. XLI

Finalmente el Art. 341 establecía que “Es prohibida toda indagación de paternidad o maternidad adulterina, incestuosa o sacrílega”; y en el Art. 342 se determinaba que “Los hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos no tienen por las leyes, padre o madre ni parientes algunos por parte de padre o madre. No tienen derecho a hacer investigaciones judiciales sobre la paternidad o maternidad”¹⁶.

Cabe aclarar que, en las Constituciones de la Universidad de Córdoba, ya desde el año 1664 estaba vedado el otorgamiento de grados a los hijos ilegítimos, como asimismo se les negaba la admisión a “...el que tenga contra sí la nota de mulato o alguna otra de aquellas, que tiene contraída alguna infamia...”¹⁷. Félix Torres señala que la Universidad fue incrementando las mencionadas limitaciones de ingreso a sus claustros “a medida que la ‘presión’ demográfica mestiza ‘acomodada,’ iba en constante aumento” al igual que sus pretensiones socio-culturales, situación ésta que se mantuvo invariable hasta 1852¹⁸.

El porcentual de población mestiza a finales de siglo era muy significativo; en el Primer Censo Infantil de la Provincia de Córdoba de 1889, los niños calificados como “de color” alcanzaban el 31,91% en la capital, y el 37,37% en el interior de la provincia, respectivamente.

Por otra parte, al interior del discurso académico de fines del siglo XIX en Córdoba, los espacios de aparición de la infancia son escasos. A la vez, el niño raras veces adquiere la categoría de sujeto. La infancia se encuentra asociada a los dos asuntos mencionados: al tratamiento de la *filiación* y a la *cuestión social*. Estas dimensiones involucran referencias y denotan intereses sobre la población infantil que permiten explorar la construcción discursiva de una *posición de sujeto* –o imagen y representación de la infancia–, que se aborda como un proceso de construcción de identidades con características propias del pensamiento hegemónico de la época.

La filiación

La primera de las problemáticas, que, a simple vista, debería contener algún tipo de definición de infancia, es la de la filiación. Lo que se encuentra, sin embargo, en las tesis referidas al tema, es una clasificación de “hijos” en categorías según un parámetro legal y moral-religioso, propio

¹⁶ El Código Civil, redactado por Vélez Sársfield fue sancionado en 1871.

¹⁷ Constituciones 92 y 66 respectivamente, citadas en Félix A. Torres, 2008 p. 52-53.

¹⁸ La Cámara de Representantes de la Provincia de Córdoba, decretó en 1852 que: “La educación pública que en la Universidad Mayor de San Carlos se da a la juventud, será franca para todos sin distinción de linajes” véanse los trabajos de Emiliano Endrek, 1966 p.68.

de la codificación de la época, que contraponen la filiación legítima a la filiación natural, según la ya mencionada clasificación del Código Civil. Los primeros representan la legalidad moral y jurídica, dentro de la institución familiar, gozan de plenos derechos civiles que hay que defender. Los que siguen -naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos- se definen negativamente en relación a éstos, como los ilegítimos.

En una tesis para optar al grado de Doctor en Derecho de la Universidad de Córdoba que trata sobre la filiación “de los hijos adulterinos incestuosos y sacrílegos,” Ramón J. Cárcano en 1884 señala que:

“Las cuestiones de filiación, despiertan el exámen sério de todos los espíritus, por la gran importancia que encierran. Tratan de establecer la condición y capacidad civil de ciertos seres humanos, que la naturaleza y la justicia proclaman iguales á los demas, y que la ley les hace experimentar una especie de nacimiento social que los degrada y humilla en la familia, en la humanidad que los señala, los aparta y los mantiene á cierta distancia de los demas hombres como si fueran una lepra contagiosa”[sic]¹⁹.

Este autor marca un hito desde una posición liberal en contra de los postulados conservadores que defienden las restricciones legales vigentes respecto del acceso a los derechos de los hijos ilegítimos. Propone la igualación jurídica de los hijos, subvirtiendo el orden de lo considerado justo en el pensamiento y moral de la época.

Esta tesis generó rechazo y escándalo porque atentaba contra la economía de los bienes simbólicos y la reproducción y acumulación del capital social, en un contexto ideológico donde las *relaciones de familia* son concebidas como un “gran principio” en el que “se apoya el orden social y político de las naciones”; y se entiende que la “naturaleza ha cubierto con un velo misterioso e impenetrable el secreto de la paternidad”²⁰.

La obra de Cárcano erosionaba los procesos de categorización y la definición de pertenencia como miembros -con la consiguiente inclusión del yo y exclusión de los otros- que daban lugar a la construcción de la imagen de familia y de infancia apreciable en la mayor parte de las tesis analizadas, que fueron aprobadas sin suscitar escándalo ni disidencia alguna.

Entre estas últimas, una que aborda el tema de la Filiación Natural presentada en 1901 por Jorge A. Zavala, y otra denominada “Los Hijos Naturales ante la Ley” de Manuel M. López en 1908; en ellas la familia legítima “constituye el elemento sano de sociabilidad”²¹, el fundamento de la sociedad asociado a la naturaleza. Matrimonio y familia son “una institución de pública moralidad (...) el freno más suave y eficaz contra la corrupción de

¹⁹ Ramón J. Cárcano, 1884. p. 59

²⁰ Manuel López, 1908. p. 1

²¹ Jorge A. Zavala, 1901, p. 19

costumbres”²², que se contrastan con las uniones ilegítimas, en cuyo ámbito “se destiñen los matices del orden y del progreso, y se funde el amor en el molde del egoísmo y de la degradación”²³.

Una retórica de contrastes opone entonces la *familia legítima* a las *uniones ilegítimas* y también la imagen especular que contrasta los *hijos legítimos* con los *hijos naturales*.

Los hijos naturales son los nacidos fuera de la institución matrimonial, en concubinato, o en lo que Zavala entiende lisa y llanamente como “prostitución”²⁴.

En el Código Civil, Vélez Sársfield les reconocía el derecho a reclamar la manutención económica y, para ello, a establecer indagaciones de filiación. Mientras que a los hijos de parientes consanguíneos -incestuosos- o de adúlteros, en cambio, no se les otorga ningún derecho. Los derechos para unos y la falta de éstos para otros, son los puntos del debate que instauran y por los que se oponen las tesis doctorales analizadas.

En cuanto a los hijos sacrílegos, los hijos de hombres y mujeres de la Iglesia, a ellos les corresponde una invisibilidad más absoluta. Cárcano, luego de nombrarlos con los incestuosos y adulterinos, no los definde junto a éstos. Zavala, entretanto, afirma que entran en el régimen de los hijos naturales; ni aún para condenarlos, como condena el incesto y el adulterio, vuelve a mencionarlos.

No es posible afirmar que estas clasificaciones constituyan una conceptualización de la infancia, del niño como sujeto en sí mismo. Se trata, en todo caso, de los “resultados” de las uniones entre los sexos, dentro o fuera del matrimonio. Sólo dentro del matrimonio esta unión constituye familia. Fuera de la familia, están “la concubina” y su “prole”, cargados semánticamente con todas las características del antagonista, atentan contra el patrimonio familiar.

Se extrae de estas tesis una definición relacional: el niño es *hijo de* -un padre- o *no es*, no se le otorga identidad jurídica. Sólo se rescatan estas últimas subjetividades como “hijos del pueblo”²⁵, mantenidos por el Estado, sujetos de la caridad.

Entonces, la clasificación dada se divide según la legitimidad que otorga el origen en la familia, de la que nunca se pone en duda su legalidad. Por otra parte, cualquier concepción fuera de ese marco institucional da como resultado un hijo ilegítimo. En esta ilegitimidad existe una gradación

²² Ibíd. p.20

²³ Ibíd.

²⁴ Ibíd. p. 17, 19, 36...

²⁵ Ibíd. p. 28

negativa, proporcional al silencio que se debe guardar sobre estos sujetos y sobre la unión sexual que les da origen.

Lo que se discute es el grado de legalidad que debe otorgárseles. El Código ampara entonces, hasta cierto punto, a los hijos naturales. Frente a la Ley, aparecen dos posturas en debate. Por un lado, el caso de Cárcano, quien pretendió extender los derechos del Código sobre los hijos adulterinos e incestuosos, desatando la indignación, y la imposibilidad de cumplir con la puesta en escena de su poder de decir: esto es, la lectura de la tesis doctoral en cuestión²⁶. Por otro lado, una tesis como la de Zavala, netamente conservadora, que responde, descalifica y anula a Cárcano para luego criticar el Código y negar aún el reconocimiento de la filiación natural.

Zavala denomina “prole” a los hijos llamados naturales. Apenas si concede que se respete su existencia: los hijos fuera del matrimonio representan un peligro para el patrimonio de las familias constituidas: “...en su sangre llevan ya el germen del infortunio y de la muerte”. “...elementos perturbadores de la conservación individual y social”²⁷. A las madres, por su parte, se las caracteriza como especuladoras y a sus conductas como: “cálculos inmorales”, “comercio”, actúan “en la prostitución favorecida por el reconocimiento de ciertos derechos [de los hijos naturales]”²⁸.

Se representa el reconocimiento de los derechos de estos hijos como una amenaza para la existencia del matrimonio, adicionándole generalizaciones hiperbólicas de alarmistas efectos sobre la familia: “sería una monstruosidad” e “injuria”²⁹. A partir de ello, se postula, en el tratamiento de la filiación natural, como “indispensable disminuir más y más los derechos que algunas leyes conceden á la prole ilegítima, si se desea cerrar las puertas de la inmoralidad (...)”. Así, desde un deber-ser de clase se propone un hacer: “Combatamos las leyes de filiación ilegítima...” “Ahoguemus ese monstruo de la lascivia...”³⁰.

De esta manera, Zavala naturaliza en su discurso la existencia de la familia, y de la propiedad como corolario de esta. Los juicios de filiación, que implican la indagación de paternidad, representan un escándalo imposible. La unión sexual fuera del matrimonio se silencia pero se disculpa.

²⁶ En oportunidad de su presentación, la Iglesia lo tomó como un agravio, se lo acusó de hereje y se intentó reprobalo, el asunto tomó dimensiones nacionales llegando a ser removidos los profesores que se habían opuesto y el vicario, que en su pastoral prohibió la lectura de la tesis en toda la diócesis. Este episodio lo llevaría a decir: “aparece como una cultura mental inferior a su medio, pero haciendo gravitar una autoridad moral dominante” Ramón J. Cárcano, 1943. *Mis primeros ochenta años*, citado en Ricardo Cicerchia, 2006 p. 74.

²⁷ Jorge A. Zavala, op. cit. p. 17

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ *Ibíd.* p. 21

³⁰ *Ibíd.*

El pecado está en romper ese silencio. La existencia de estos niños ocupa entonces el lugar de lo obsceno, lo fuera de escena.

Por otra parte, a los pocos años, en 1904, Juan M. La Serna presenta su tesis doctoral de derecho “Hijos adulterinos e incestuosos”. Lejos del conservadurismo religioso de Zavala, defiende a los que llama “esos seres, que los rigores de una ley monstruosa ha dejado sin padres, sin hermanos, sin familia”³¹. Si, por un lado, Zavala criticaba a Vélez Sársfield por debilidad al dar derechos a los hijos naturales; La Serna sigue el camino de Cárcano al defender los derechos de los incestuosos y adulterinos, “niños” e “inocentes”, a quienes el Código niega, tildando al legislador de riguroso y a la ley de “ley cómplice, la ley monstruo, la ley criminal”³².

Defendiendo iguales valores de clase, con base en principios que constituyen la doxa de la época -familia, moralidad cristiana- uno y otro manipulan el discurso para defender posiciones enfrentadas, en definitiva, según un problema económico: de lo que se trata es del patrimonio. Sin embargo, La Serna desarrolla su estrategia discursiva desde una perspectiva opuesta a la de Zavala: si este defenestraba la filiación natural centrándose en la mujer como “calculadora”, La Serna, al describir el adulterio, califica al hombre de “seductor” -es evidente que la relación ilegítima se establece siempre entre el hombre casado o padre de familia, y la mujer soltera, aunque La Serna considera el adulterio de la mujer, no se centra en él-. Si los hijos de estas uniones eran para Zavala “la prole”, victimarios de la familia legítima a la que amenazaban con su pretendida filiación; para La Serna, son la víctimas inocentes injustamente castigadas por el crimen moral de sus padres. Aparece aquí un primer espacio para el niño como sujeto con identidad, entidad independiente.

Sin embargo, prevalece en los discursos de la época la negación de la condición de sujeto de los hijos extra matrimoniales. Desde los ámbitos de poder se promueve y legitima mediante regulaciones específicas la seguridad de la *familia legítima*. Para ello, por un lado, se refuerza la demanda de una legislación taxativamente excluyente de los derechos de quienes se encuentren unidos sin acuerdo con las legislaciones vigentes para la constitución del matrimonio y la procreación; y por el otro, se bloquean las acciones tendientes al reconocimiento de los derechos de los hijos ilegítimos. Estos son *la prole abyecta*, si se atreven a reclamar paternidad. Sólo como “hijos del pueblo” ingresan al discurso de la caridad y a la condición de desamparados. Existen a condición de no ser. Siempre al margen del núcleo “sano” de lo social, cual es la familia legítima.

³¹ Juan M. La Serna, 1904, p. 18

³² *Ibíd.* p. 38.

La cuestión social

Hacia fines de siglo XIX emerge un nuevo problema para esta elite. Se trata de la inmigración, que constituye toda una tópicos en los discursos de la época. El inmigrante emerge como una figura temida en tesis sobre causas de la delincuencia -donde delincuencia, crimen y anarquismo transitan borrosas fronteras- en las que el discurso científico naturalista introduce el factor de la herencia del carácter criminal; postulado que viene a sumarse a viejas ideas religiosas sobre la degeneración moral que el pecado de la carne engendra y conduce al “envilecimiento de la raza”³³. Se define en la discursividad social, entonces, la figura del inmigrante como otro, potencial enemigo de la sociedad, es decir, de la clase.

En relación con el análisis de la *cuestión social*, abordada en 1894 por Eleuterio Ríos en “La cuestión social y sus soluciones”, este remite a “la extirpación del anarquismo y la salvación social...”³⁴ (sic) que aqueja “a los párias de la fortuna, la clase obrera (...) dado el estado de incredulidad y desmoralización de las clases menesterosas”³⁵, problema que se atribuye “a la educación sin Dios”. Desde el ámbito académico se apela para remediarlo: “al ministerio de la Iglesia, los preceptos y consejos emanados de su cátedra de verdad”³⁶.

Ocurre que el lugar del otro, del enemigo de la familia legítima, se desplaza o, en todo caso, se amplía. Entre los niños pobres o desamparados encontramos ahora a los hijos de los inmigrantes, para quienes se aplicará el mismo abanico valorativo que sufrieran los hijos ilegítimos.

En tesis que tratan específicamente del problema de la criminalidad³⁷, se encuentra una ambivalencia en las definiciones del significante infancia, que oscilan entre “víctima” y “victimario”. En ese momento, en el discurso académico y jurídico, el representante de la elite expresa el pensamiento hegemónico respaldado por el poder de la Iglesia —que, con el Código Civil ha perdido legalidad, no así legitimidad—, propone una legislación penal para menores en que se laiciza el aparato de la caridad cristiana, ya descrito.

En la tesis de Ruggero Mazzi: “Los menores delincuentes ante la ley. Ensayo de ortopedia moral”, del año 1914, se trata el problema de “la infancia culpable”.

³³ Jorge A. Zavala, op. cit. p. 21

³⁴ Eleuterio Ríos, 1984 en Beatriz Moreyra y otros *El Hombre y sus Circunstancias* Selección Documental Documento N° 2 p. 38

³⁵ *Ibíd.* p. 28, 29.

³⁶ *Ibíd.* p. 38

³⁷ Cfr. Antenor Carreras, 1908 y Ruggero Mazzi, 1914

La construcción de la infancia está basada allí en un discurso que no considera a los niños sino como “gérmenes de la futura sociedad”, la infancia como “inmenso criadero [donde] se preparan (...) los hombres en cuyas manos se confiará el destino de los pueblos...”³⁸. Así, las metáforas utilizadas son las del cultivo, la comparación con algo que “brota” y se “cría”. “Mónadas” a las que hay que alejar de “todo mal contacto, reparando (...) los desperfectos [debidos a] la inclinación congénita de la parte inferior de la naturaleza”³⁹.

El niño como sujeto está valorado desde la óptica del hombre que será, no desde alguna esencia de la infancia, o un intrínseco ser-niño. Dentro de esta concepción global, Mazzi tiene su objeto particular en los niños sujetos de la ley penal, el niño culpable de algún delito, para el que propone una ley de delincuencia juvenil.

Se los ubica en la coyuntura en la que ese sujeto en desarrollo se define ya como un futuro “hombre de bien”, ya como un “delincuente”. En esa frontera, territorio lável, dos fuerzas en tensión, dentro de su concepción binaria casi maniquea, compiten por el “alma infantil”, caracterizada con los atributos de “inocencia” y “debilidad”.

Para Mazzi, se trata de niños que han crecido en un ambiente de vicio, lo que, según las teorías de causas de delincuencia más difundidas en la época, es factor ambiental y hereditario de criminalidad⁴⁰. Este medio vicioso se corresponde a la ausencia de familia, sea porque esta es realmente inexistente, o porque los padres no cumplen adecuadamente su rol, son “indignos o ineptos”⁴¹. Mazzi da como ejemplo preocupante el ambiente de los conventillos porteños, la “infancia culpable” se equipara casi imperceptiblemente con el grupo de los “hijos de inmigrantes”.

En esa coyuntura especial en que ubica la infancia, la influencia del medio es considerada reversible. Se trata de una “inocencia superficialmente contaminada”⁴². El plan que Mazzi expone es, a partir de este esquema: “convertirlos en ciudadanos útiles, sustrayéndolos al medio de perversión y de miseria en que ahora se desarrollan”⁴³.

Expresamente, se remite a las posibilidades de corrección preguntándose “¿Hasta qué edad se puede esperar de enderezar a un niño para hacer de él un hombre de bien en lugar de un malhechor?”⁴⁴. Esta pregunta resume el límite propuesto para la infancia, más allá de él, está la adultez

³⁸ Ruggero Mazzi, op. cit. p. 18

³⁹ *Ibíd.* p. 19

⁴⁰ Carreras, Antenor, op. cit. p. 47

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² Ruggero Mazzi, op. cit. p. 20

⁴³ *Ibíd.* p. 108

⁴⁴ *Ibíd.* p. 33

y la responsabilidad sobre los actos individuales que justifica la represión penal como forma de defensa de la sociedad agraviada por el delito.

La solución propuesta es un sistema reformativo y no represivo, la conformación de un aparato educativo, y también médico -para tratar al enfermo físico y moral—, teniendo en cuenta que el discurso médico sustentaba en la época una visión de los defectos morales como indiferenciables de la carga hereditaria y racial de la constitución física de las personas, lo que se sintetiza en el postulado del título de la tesis: “Ensayo de ortopedia moral”. Entretanto el niño, ni aún culpable, puede ser llamado delincuente.

El espacio de la Ley, la Justicia, se caracteriza a lo largo de la obra de Mazzi con los tópicos de: “frialdad”, “dureza”, “objetividad” “...alejada de la individualidad de sus sujetos”, “cálculo”, “simetría”, “racionalidad”, “coerción”. Esto se opone al espacio afectivo de la familia, que se trataría de reproducir en las teorías correctivas que postula.

Una figura central en este sentido es la del Juez de Menores, tomada del modelo angloamericano. Un juez paternal, con facultades ilimitadas, comparado con “el Divino Maestro”⁴⁵, amante de los niños, se fiará de los consejos de “padres de familia”⁴⁶ para decidir sobre la suerte de los menores delincuentes. Desde un “nosotros” que refleja un consenso construido en el discurso, se instala esta figura híbrida de juez y padre, como un engranaje entre el sistema penal y el dispositivo de la caridad: “para juzgar a los niños, nosotros queremos un padre de familia, a la vez muy firme y muy paciente, quien los comprenda y los ame...”⁴⁷. Este magistrado es representante de una Ley que aparece así despojada de las características de frialdad y de dureza mencionadas; pero también de las garantías para las libertades individuales que debiera defender.

Dentro de la pugna por la patria potestad de los niños que opone a la clásica dupla individuo/sociedad, el papel del Estado paternalista está representado en esta figura.

Una tesis como la de Mazzi avala la separación de los hijos de sus padres y su internación durante un tiempo presentado como “necesario”. En términos economicistas, se deslinda un sistema correccional como un sistema productivo, una factoría que elaboraría, a partir de delincuentes jóvenes —en los reformatorios se trata ya de adolescentes, de catorce a dieciséis años en adelante—, ciudadanos útiles, fuerza productiva. La argumentación se centra en la importancia de la enseñanza de un oficio y, para lograrlo, el Estado debe asegurarse la tenencia de estos sujetos durante el

⁴⁵ Ruggero Mazzi, op.cit. p 135

⁴⁶ *Ibid.* p. 125

⁴⁷ *Ibid.* p.132

tiempo necesario. Tiempo que equivale, finalmente, al de la infancia, sustrayéndola.

Para justificar esta privación de la libertad, el discurso contrapone el abandono de la familia a la protección del Estado, de la sociedad como nueva familia. Tan mentada protección reviste políticas de segregación y sujeción de los sujetos. El abandono que es motor de la caridad, de la misma manera, vuelve “necesaria” la acción estatal cuando los niños culpables lo son a causa de su medio y corren peligro de transformarse en criminales: “Obrando así, el Estado cumple con un deber primordial y sagrado, cual es el de cuidar las generaciones futuras, aún contra la voluntad de sus parientes, y de los menores mismos”⁴⁸.

De este modo, el autor defiende lo que entiende como un derecho del Estado a amparar a esos “niños delincuentes o en peligro”⁴⁹. Sutilmente, los límites que el sujeto del discurso, así como del dispositivo instaurado de la corrección penal, se amplían: del niño culpable al niño *en peligro* el espacio de la ley incluirá a los niños “vagabundos” —también los “canillitas”— cuando los conceptos de prevención y de corrección se acercan hasta confundirse.

El “amparo” implica el control sobre la vida, y excluye de este modo la libertad: “(...) ni los niños se pueden creer con derecho a suprimir o desvirtuar una vida de que son deudores a la comunidad”.⁵⁰

Conclusiones

Es posible destacar, del examen y comparación desarrollados sobre la base de los discursos de las instituciones de beneficencia y de los debates instaurados en el ámbito académico universitario del Derecho, que el niño sólo es niño si ingresa como sujeto pasivo en el discurso de la caridad; y que, hacia el final del período, una vez más, lo será sólo en tanto orientado hacia un sistema correctivo penal.

Los actores, los sujetos reales de la ley, son diferentes en cada momento; sin embargo, a nivel jurídico-discursivo, se los semantiza de forma similar, trasladándose desde esquemas narrativos de tesis de diferentes temáticas y períodos, el rol de los sujetos y su sistema de relaciones.

Se trata de determinar qué sentidos se “reciclan” y qué sistema de valores se resguarda con la utilización de un relato similar, que apela a las mismas pasiones, para reglar jurídicamente realidades diferentes.

⁴⁸ Ruggero Mazzi, op. cit. 47.

⁴⁹ *Ibíd.* p. 134.

⁵⁰ *Ibíd.* p. 134, 135.

Por otra parte y paralelamente, en las definiciones jurídico-académicas, si el niño no ingresa en este sistema de valores que lo ubica en un papel pasivo, como un individuo débil y manipulable, ingresa —negado— en el sistema opuesto, el del otro como amenaza. Así, el que en los discursos sobre filiación era parte de “la prole advenediza”, aparece dentro de la “cuestión social” como el “delincuente innato”, heredero de los vicios de su clase —según la teoría de la herencia como factor de criminalidad—, como antes lo era del pecado de la carne.

La propuesta para la “infancia delincuente” a principios de siglo parte de la base de la legislación vigente en el momento, que trataba al menor como un adulto más, al que aplicaba la ley penal —con la sola diferencia de atenuantes y único criterio del discernimiento— para abrir una brecha en la que se instituye la categoría del menor como sujeto plausible de ser sustraído a este modelo autoritario y represivo de la ley penal.

El “menor” es un sujeto débil e irresponsable, susceptible de protección más que de castigo. A partir de ello, la autoridad necesaria sería la de la familia, o la del padre de familia, extendida a y por la autoridad estatal en la figura del Juez.

Pero hay aquí un doble juego: lo que esta categoría de “menor” le quita al niño de responsabilidades penales no es más que lo que le sustrae en términos de libertades individuales. El niño deviene entonces sujeto, en el sentido de sujeción, desde que el Estado lo toma para sí, sustrayéndolo de la patria potestad de sus padres. Y se ve segregado, desde que, para él, se programará un sistema de control distinto y no menos autoritario, bajo la bandera de la protección: el de los reformatorios.

Este mismo mecanismo se desplegará y fortalecerá, particularmente a mediados del siglo XX, instaurando un sólido sistema de protección a la niñez abandonada/delincuente. La propuesta para alejar a los niños de la delincuencia consistirá, en resumidas cuentas, en la utilización de similares instituciones caritativas a las que la Iglesia instauró en el período colonial: el sector privado iría entonces en auxilio del Estado paternalista.

Desde esta lógica se generó, por una parte, una representación y construcción de la infancia, conformada y consolidada en y por el discurso jurídico-higienista y, por la otra impulsó desde el ámbito estatal la creación de una serie de instituciones y dispositivos de coerción y disciplinamiento que gozarían de una increíble prevalencia a lo largo del siglo.

Por último, este proceso se enmarca en la configuración de una cultura de juridización y criminalización de los problemas sociales que goza, hasta el presente, de una fuerte legitimidad.

Bibliografía

ANSALDI, W., (1996), "Las prácticas sociales en la conmemoración en la Córdoba de la modernización, 1880-1914", en www.catedras.fsoc.uba.ar/udishal; publicado originariamente en *Sociedad*, N° 8, Facultad de Ciencias Sociales (UBA), Buenos Aires, pp. 95-127.

BOURDIEU, P., (1997), *Razones Prácticas*. Editorial Anagrama, Barcelona.

CARCANO, R. (1884): *De los Hijos Adulterinos Incestuosos y Sacrílegos*, Tesis para el Doctorado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Imprenta de "El Interior", Córdoba.

CARRERAS, A. (1908) *Causas sociales de la Delincuencia* Tesis presentada para optar el grado de Doctor en Derechos y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba La Industrial Córdoba.

CASTEL, R., (1997): *La metamorfosis de la cuestión social: una crónica del salariado* Buenos Aires. Paidós.

CICERCHIA, R., (2006), *Historia de la vida privada en la Argentina. Volumen III Córdoba: Un corazón mediterráneo para la nación 1850-1970*, Troquel, Buenos Aires.

DIARIO DE SESIONES, reunión núm. 11 Cámara de Diputados Congreso Nacional, Junio 3 de 1918., *Anales de la Legislación Argentina* Edición La ley, Buenos Aires.

DI STEFANO, R., (2000): "De la cristiandad colonial a la iglesia nacional. perspectivas de investigación en historia religiosa de los siglos XVIII y XIX", en *ANDES 11*, Salta, pp. 83-113.

DI STEFANO, R., (2004): *El púlpito y la plaza. Clero, sociedad y política de la monarquía católica a la república rosista*, Buenos Aires. Siglo XXI Editores Argentina.

ENDREK, E., (1996): "El mestizaje en Córdoba Siglos XVIII y principios del XIX", en *Cuadernos de Historia*, N° XXXIII, Instituto de Estudios Americanistas, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba.

FLORES, M., (2002): *Adopción, Reconstrucción Histórica desde la Lógica de Los actores. La casa Cuna de Córdoba. 1884-1950*, "Tesis de maestría no publicada" Maestría en Ciencias Sociales Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba Argentina.

MAZZI, R. (1914) *Los menores delincuentes ante la Ley. ensayo de ortopedia moral* Tesis para optar al Grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Establecimiento tipográfico la Italia de A. Biffignandi, Córdoba

MOREYRA, B., (2001), "La política social: caridades, Estado y sociedad civil en Córdoba (1900-1930)", en *Estado mercado y sociedad II*, Centro de Estudios Históricos "Profesor Carlos Segreti", Córdoba, pp. 239-334.

MOREYRA, B.; REMEDI, F.; ROGGIO, P., (1998), *El Hombre y sus circunstancias. Discursos, representaciones y prácticas sociales en Córdoba, 1900-1935*, Centro de Estudios Históricos, Córdoba.

Estatuto de la Asociación de Damas de la Providencia 1884.

LA SERNA, (1904) *Hijos Adulterinos e Incestuosos* Tesis para optar al Grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, "La Patria", Córdoba.

LOPEZ, M. (1908): *Los Hijos Naturales ante la Ley (Su reconocimiento)*, Tesis para optar al Grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, La Industrial, Córdoba.

Memoria de la Sociedad Damas de la Divina Providencia. Córdoba, Años 1923, 1919 y 1912.

Primer Censo de la República Argentina (1872): 15, 16 y 17 de Septiembre de 1869 de la Fuente, D. (Director) Imprenta del PORVENIR, Buenos Aires en INDEC, Historia demográfica argentina 1869-1914. Versión digital de los tres primeros Censos Nacionales

Reglamento del Asilo de Niños Desvalidos. Compilación de leyes y decretos de la Provincia de Córdoba. Año 1912.

Primer Censo Infantil de la Provincia de Córdoba (1889). Imprenta la Minerva, Córdoba 1890.

RIOS, E. (1894): *La cuestión social y sus soluciones*, Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, La Italia Córdoba.

Segundo Censo de la República Argentina (1898): Mayo 10 de 1895 de la Fuente, D. (Presidente Comisión Directiva) Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, Buenos Aires. INDEC, Historia demográfica argentina 1869-1914. Versión digital de los tres primeros Censos Nacionales

TORRES, F. A., (2008): *Historia de la Facultad de Derecho en la Universidad de Córdoba Primera parte 1791-1820*, "trabajo de Investigación no publicado" Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba.

VAN DIJK, T. A., (2003), *Racismo y discurso de las élites*, Editorial Gedisa, Barcelona.

VAN DIJK, T. A., (2000), *Ideología. Un enfoque multidisciplinario*, Editorial Gedisa, Barcelona.

WODAK, R.; MEYER, M., compiladores, (2003): *Métodos de Análisis Crítico del Discurso*. Barcelona. Editorial Gedisa.

ZAVALA, J. (1901): *Filiación Natural*, Tesis para optar el Grado de Doctor en Leyes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Establecimiento Tipográfico "La Minerva", Córdoba.



MUJERES Y CAPITAL SOCIAL: REDES, ESTRATEGIAS Y ACCIONES COLECTIVAS PARA ENFRENTAR LA POBREZA

*Paola Bonavitta**

Resumen: Nuestro problema surge frente al fenómeno del empobrecimiento de la población, que, excluida de la economía productiva, depende de políticas de estado y de bienes provistos por organizaciones no gubernamentales para sobrevivir.

Las estrategias tradicionales de lucha contra la pobreza parecen estar en crisis. Pero recientes investigaciones hacen hincapié en que las redes creadas por los pobres les permiten buscar soluciones a sus problemas.

Nuestro trabajo apunta a resaltar la capacidad relacional de las mujeres en situación de pobreza para resolver sus problemas de marginalidad y discriminación, dilucidando mecanismos y recursos sociales, organizacionales, materiales, comunicacionales y simbólicos que se activan en acciones colectivas.

Palabras Claves: Mujeres - Capital Social - Acción colectiva - Pobreza - América Latina - Redes

“Mujeres y capital social: Redes, estrategias y acciones colectivas para enfrentar la pobreza”

Las mujeres en situación de pobreza son las que experimentan los cambios sociales y económicos de manera más directa por las responsabilidades que se le atribuyen socialmente. Por tanto, el objetivo de esta investigación es ver cómo, a partir de situaciones de pobreza, las mujeres reaccionan y generan estrategias destinadas a crear redes y enfrentar la exclusión.

Me propongo realizar una investigación que indague acerca del papel que ocupan las mujeres en las acciones colectivas organizadas desde sectores populares: la manera y las estrategias implementadas por ellas como constructoras de redes sociales capaces de sostener en el tiempo movilizaciones cooperativas.

* Paola Bonavitta es becaria de CONICET, con lugar de trabajo en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Es doctoranda en la Universidad Nacional de Córdoba (Doctorado en Estudios Sociales en América Latina), maestranda en Sociología en la Universidad Nacional de Córdoba y Licenciada en Comunicación Social. Correo electrónico: Paola_bonavitta@yahoo.com.ar

La intención de este trabajo consiste en profundizar en las acciones de estos sujetos y lograr teorizar sobre el tema para poder generar un aporte a la bibliografía existente en el campo.

La intención del presente proyecto es rescatar el papel de la mujer en la generación de estrategias para hacer frente a la pobreza y la marginalidad a partir de su participación en organizaciones de base de la ciudad de Córdoba. Pretendo explorar la formación y recreación de capital social en estas mujeres, indagar acerca de las causas y consecuencias de su protagonismo para poder generar aportes al campo existente sobre el género en situación de pobreza.

Considerando a la mujer como sujeto social, que define constantemente su propia identidad, elabora una cierta representación de sí misma y asigna la distribución de roles, interpretaré cómo, a partir de situaciones de pobreza, las mujeres reaccionan y generan estrategias destinadas a crear redes y enfrentar la exclusión.

Estas mujeres lograron inscribirse como el conjunto de actores colectivos que definen espacios de luchas, estrategias de acción y construcción de capital social, en procesos que redefinen sus identidades y dan nuevos sentidos a sus prácticas sociales en contextos de crisis de representación y exclusión económica.

En este trabajo he pretendido explorar la formación y recreación de capital social en estas mujeres, indagar acerca de las causas y consecuencias de su protagonismo y ver si logran empoderarse.

Antecedentes en el tema e Hipótesis

Mi interés en este tema surge a partir de investigaciones previas y de otras que actualmente se están llevando a cabo en equipo¹. Dichos trabajos indagan sobre la acción colectiva a través del análisis de organizaciones de base de pobres que toman la forma de cooperativas de vivienda y consumo. El énfasis de las investigaciones anteriormente mencionadas está puesto en las redes, estrategias e incentivos materiales y simbólicos implementados por las personas en situación de pobreza para amortiguar el contexto de privación y exclusión.

Las hipótesis que han guiado las investigaciones se centran en las capacidades relacionales de las personas en situación de pobreza para enfrentar su marginalidad.

¹ Bonavitta, Paola; Homes, Laura y Patiño, M. José (2006) Tesis para acceder al grado de Licenciada en Comunicación Social, UNC, inédita.

- Pobreza y satisfacción de necesidades. Estrategias colectivas en Córdoba en la última década, Laura Valdemarca, Paola Bonavitta; María José Patiño, Carolina Laje Andreone, subsidiado por SECyT, UNC.

A partir de estas experiencias, pude constatar el lugar destacado que ocupan las mujeres como parte activa de las acciones colectivas: una “masa crítica”, según Aguiar (1991:25). Estas mujeres lograron inscribirse como el conjunto de actores colectivos que definen espacios de luchas, estrategias de acción y construcción de capital social, en procesos que redefinen sus identidades y dan nuevos sentidos a sus prácticas sociales.

De esta manera, me he propuesto responder a los siguientes interrogantes: ¿Qué características tiene la participación de mujeres en situación de pobreza en acciones colectivas para mejorar, resistir y/o enfrentar su situación de exclusión y marginalidad? Además, me interesaría saber qué consecuencias ha tenido esa participación en su condición de mujeres pobres.

En tanto, durante el desarrollo del trabajo, he logrado esbozar supuestos que actúan a modo de hipótesis para poder continuar con mi trabajo de investigación en el campo. Así, considero, por un lado, que las mujeres, al participar en acciones colectivas, desarrollan mayor confianza, al extender el trabajo del hogar y los roles femeninos al ámbito comunitario. De esta manera, logran reemplazar la acción del Estado, y pueden, por tanto, intervenir en la generación y mantenimiento del capital social. Al participar en organizaciones de base encuentran el espacio propicio para crear significados y definiciones de identidad que contrastan con la determinación de la vida individual.

Por otra parte, las mujeres forman parte de la administración, de la toma de decisiones y de la representación en las organizaciones, pero los hombres son predominantemente la cara visible en el ámbito externo a la organización. La participación femenina en el trabajo comunitario no asume un carácter disruptivo, contrapuesto a los modelos patriarcales o androcéntricos. Resignifican su identidad, pero esta resignificación, en relación a la importancia del género al interior de las organizaciones de base, sigue siendo mediada por marcos tradicionales patriarcales.

Mujeres y acciones colectivas

El impacto de las acciones colectivas llevadas a cabo en el barrio y su continuidad en el tiempo, depende de la movilización en redes sociales alrededor de los símbolos y acuerdos que conforman sus marcos culturales de significado, que son a su vez construidos de manera permanente (Tarrow; 1997: 209).

Los estudios cuyo hincapié está puesto en la presencia de la mujer en cuestiones sociales, reconocen una amplísima trayectoria, perspectivas y problemáticas cuya importancia en las áreas académicas, políticas y de la vida social en general resulta insoslayable. De esa vasta producción, me detendré sucintamente en aquellas más próximas a la problemática a investigar en el presente proyecto.

El desarrollo, fortalecimiento y recreación de redes sociales, hoy reconocidas como capital social, son un recurso no suficientemente reconocido del trabajo familiar y comunitario de las mujeres. Se trata del enorme capital que implica la economía del cuidado (Elson, 1998), cuyas principales protagonistas son las mujeres pobres que reemplazan la acción del Estado, limitada como resultado de ajustes fiscales y otras medidas de tipo macroeconómico.

En relación a los estudios de género, éstos aportan una riqueza de conocimiento respecto de las características e impactos diferenciados que tiene la pobreza sobre hombres y mujeres. Dichos estudios y otros realizados en la región (Rodríguez, 2001; Arriagada, 2000; Di Marco, 1997; Gutiérrez, 2004; Barrancos, 2002) ofrecen una importante evidencia acerca de la manera cómo la pobreza genera mayores vulnerabilidades y exclusiones entre las mujeres y sus familias, así como de las menores oportunidades que tienen las mujeres pobres, en comparación con los hombres pobres, para superar los obstáculos de la pobreza.

Según puede observarse en los trabajos revisados, hay un incipiente análisis de la participación de las mujeres en acciones colectivas, más incipiente aún en el caso de las mujeres pobres (CEPAL; 2007; Montaña; 2005).

Si bien hay importantes estudios sobre la violencia física, sexual, laboral, racial y cultural sobre la mujer pobre; no es común el análisis de mujeres pobres en acciones colectivas. No se ha obtenido aún un enfoque global y abarcativo de la participación de las mujeres pobres en acciones colectivas, se tiende a estudiarlas de manera individual y se las presenta como heroínas (Cardarelli; 2005). Tampoco se ha observado a las mujeres pobres en los roles que ocupan en programas de servicio y promoción que se le han ido asignando en diversos programas sociales, pese a la importancia que en tales programas reviste la mujer (CEPAL; 2007). Queda aún por indagar sobre los cambios en los modelos de género o en la democratización de las familias y las organizaciones (Duschatzky; 2005:52). En nuestro país existen otros trabajos, centrados en la problemática de la mujer aunque desde perspectivas distintas a la aquí propuesta (Sautu; 2006; Barrancos, Goren; 2002).

En tanto, considero la lucha de las mujeres, mediante acciones colectivas, para reafirmar su ciudadanía (Guerrero Morales; 2006), como una práctica amplia que incluye no sólo el reconocimiento formal de la participación sino el ejercicio de la práctica política y el hecho de gozar de cierto standard mínimo de vida, de bienestar y de seguridad económica, reemplazando al Estado. Son las mujeres de sectores populares quienes experimentan los cambios sociales y económicos de manera más directa por las responsabilidades que se le atribuyen socialmente (CEPAL; 2002: 95).

Las mujeres pobres crean y recrean distintas estrategias para enfrentar la exclusión, la alteridad y las relaciones de subordinación a las que

se ven expuestas no sólo como pobres, sino también como mujeres. Por ello, la propuesta de Fraser (2002:3) de bidimensionalidad resulta prometedora para la perspectiva de género, para revisarla de manera “amplia y espaciosa” que incluya desde la economía política hasta el androcentrismo. La autora considera que, cuando las perspectivas se combinan, el género contiene un lado político económico relacionado con el ámbito de la redistribución y otro lado cultural discursivo que se relaciona con el de reconocimiento. Enfrentar la injusticia de género, requiere cambios tanto en la estructura económica como en el orden del reconocimiento.

El rol de las mujeres en estas instituciones cooperativas, como espacio subjetivante, traspasa las barreras entre lo doméstico (privado) y lo político (público). El barrio y lo cotidiano, tradicionalmente presentados como espacios ajenos a lo político, son escenarios privilegiados para las acciones colectivas. De esta manera, las mujeres comienzan a politizar lo cotidiano: aquellas condiciones, prácticas y modos de vida diarios tradicionalmente relegados al ámbito de lo privado y por ende sin capacidad de generalización y movilización, son ahora resignificados y puestos en debate, ya que no permiten ser categorizados en las supuestas antinomias hogar-comunidad, individual-colectivo.

Siguiendo a Svampa y Pereyra, “este proceso se hizo a través de la figura de la madre, pues ella emergió como la portadora de una interpelación radical que rompió con las clásicas divisiones entre el espacio privado y semipúblico” (2004, 163-164).

En tanto, es la cotidianidad de estas mujeres un espacio de cooperación, de acción, de política, puesto que las necesidades básicas sobre las que descansa la ciudadanía, no están satisfechas. Asimismo, el barrio provee las redes sociales necesarias para la movilización que logre inscribir públicamente a los nuevos actores. En esta politización de lo cotidiano es importante la presencia de las mujeres, puesto que su accionar es medular para dinamizar las tareas colectivas de gestión y dirección. La experiencia y residencia en lo doméstico las vuelve un eje central para garantizar el funcionamiento interno y masificar su expresión pública.

Las mujeres y el barrio, son dos dimensiones que tienden a ser ignoradas en las definiciones de acciones colectivas a pesar de su relevancia. Las mujeres pobres llegan a reemplazar o sustituir la acción del Estado en lo concerniente a políticas públicas, limitada como resultado de ajustes fiscales y otras medidas de tipo macroeconómico. Sustituyen, también, al mercado en la provisión de servicios de cuidado infantil, atención a la tercera edad, salud comunitaria y hasta de apoyo a las reformas educativas, al proporcionar estos servicios por la vía del trabajo doméstico ante la dificultad, ocasionada por la pobreza, de poder comprar

esos servicios en el mercado (CEPAL; 2006). Las mujeres pertenecientes a agrupaciones cooperativistas han marcado nuevas vías para emprender renovadas formas de hacer política, y a su vez han sido estudiados desde enfoques que pretenden responder al carácter alternativo de la realidad de la acción colectiva.

La acción colectiva se basa en la cooperación de las personas, en los compromisos asumidos y la confianza generada al interior del grupo. Pero, para lograr esta cooperación, regulada a partir de ciertas normas y reglas que la equilibren, son necesarias la puesta en juego de distintas prácticas: comunicativas, simbólicas, sociales, culturales, que sean capaces de generar la coordinación necesaria entre los miembros de la comunidad que se reúnan para formar acciones en conjunto destinadas a cambiar ciertos aspectos de la realidad social en la que se encuentran. Es en este sentido donde las mujeres ocupan un lugar primordial para el análisis de las acciones colectivas llevadas a cabo en sectores populares: realizando prácticas simbólicas, luchando por la integración de la comunidad y ejerciendo derechos ciudadanos.

Métodos y técnicas

Dada las características del tema a investigar, he optado por una mirada cualitativa por considerar que me permite una profundización mayor en el problema y una mejor aproximación al objeto.

A partir de las técnicas propias de esta metodología, estoy realizando un estudio de caso comparativo entre dos cooperativas de barrio urbano marginal —Cooperativa Sol Naciente y Canal de las Cascadas—, con dos décadas de trabajo cooperativo y un total de ciento treinta familias. El uso de técnicas etnográficas: observación y entrevistas en profundidad, me permite un análisis intensivo y profundo para poder obtener un mejor conocimiento de las formas de funcionamiento de la racionalidad humana en el contexto de pobreza y exclusión.

Empleo técnicas cualitativas con el fin de aprehender las experiencias más destacadas de la vida de una persona a través del análisis de su discurso. A partir de ellas se puede observar cuál es la significación que otorgan a los acontecimientos y a todo lo que ocurre en esos escenarios y, además, comprender e interpretar de qué forma lo perciben los demás miembros, desde una interacción constante entre el entrevistado y el entrevistador.

Por otra parte, y teniendo en cuenta que todos los relatos deben ser analizados como fenómenos sociales que ocurren o son moldeados en contextos particulares, he complementado la técnica de la entrevista con otra: la observación. Esta técnica es útil para poder interpretar la realidad de los sujetos, observarlos en el campo: sus actitudes, actividades, maneras de actuar, comunicarse, socializar, etcétera.

Asimismo, la información se completa con encuestas y datos secundarios, obtenidos de diferentes documentos escritos. En este caso puntual, he buscado la documentación existente en el interior y exterior de las organizaciones: sus reglamentos y estatutos internos, actas de asambleas ordinarias y extraordinarias, la Ley Nacional de Cooperativas.

También he utilizado indicadores macro económicos y sociales. Esta técnica se constituye en una estrategia complementaria para entrecruzar datos de archivos documentales y estadísticos, investigaciones realizadas sobre el tema, publicaciones, anuarios y las fuentes orales, et-cétera.

Estas diferentes fuentes orales y escritas permiten contar con un entramado empírico de envergadura que posibilite la constatación de las hipótesis y la elaboración de informes parciales y finales.

Estudios de Caso: Aproximaciones al sujeto

En este trabajo, estoy realizando un estudio comparativo entre dos cooperativas de vivienda y consumo ubicadas en los confines del ejido municipal de la ciudad de Córdoba². La información ha sido recolectada por la autora en el marco de su tesis doctoral y por el equipo de investigación al cual pertenece (*Redes y estrategias frente a la pobreza: Gran Córdoba 1990-2005*, dirigido por la Dra. Laura Valdemarca) durante el período 2005-2008. Durante estos años se ha recolectado información por medio de las técnicas antes enumeradas (entrevistas, observación, encuestas, análisis de datos documentales).

Ambas cooperativas tienen una trayectoria histórica importante: la Cooperativa A se conformó por habitantes de una villa de emergencia en el año 1982, en el último período de la dictadura militar, para conseguir tierras para poder construir sus viviendas. Estos cooperativistas se veían fuertemente amenazados por el Gobierno, quien quería desalojar las tierras del asentamiento en el que habitaban. La incertidumbre que tenían como consecuencia de un posible desalojo, los llevó a aunar fuerzas para poder conformar una acción colectiva³.

² Mi interés en este tema surge a partir de mi investigación de tesina de grado ya concluida: *La Comunicación y el sostenimiento de la acción colectiva en Cooperativa Canal de las Cascadas* (Bonavitta y otros: 2006) y de otra que actualmente estoy llevando a cabo en equipo: *Redes y estrategias frente a la pobreza. Gran Córdoba 1990-2005*, dirigido por la Dra. Laura Valdemarca, donde me desempeñé como adscripta del Centro de Investigaciones de Filosofía y Humanidades de la UNC, con subsidio de la SeCyT/UNC. Dichos trabajos indagan sobre la acción colectiva a través del análisis de organizaciones de base de pobres que toman la forma de cooperativas de vivienda y consumo.

³ Entrevistas y encuestas realizadas en la Cooperativa Canal de las Cascadas durante los años 2005, 2006 y 2007. Córdoba, Argentina.

En el caso de la Cooperativa B, ésta se conformó en 1993, luego de un proceso inflacionario que sacudió a la población argentina. También se trataba de habitantes de un asentamiento villero, pero la necesidad primaria de éstos no era la vivienda, sino la satisfacción de necesidades primarias básicas: alimento y vestido⁴. Así, se nuclearon en torno a una acción colectiva para perseguir la satisfacción de las demandas comunales. La consecución de las viviendas surgió como una demanda secundaria que incentivó a los cooperativistas luego de haber visto que uniéndose y trabajando en conjunto podrían conseguir bienes simbólicos y materiales que, de otra manera, no hubieran alcanzado.

Los cooperativistas, mediante la puesta en práctica de la acción colectiva, alteraron su orden de preferencias: priorizaron los beneficios colectivos sobre los individuales.

En ambas cooperativas, las mujeres ocuparon un lugar central: fueron gestoras de la unión del grupo, pensaron diferentes estrategias para acceder a los bienes que la cooperativa les podría proporcionar, establecieron la ayuda mutua entre vecinos, monitorearon las acciones del resto de los socios y traspasaron las fronteras del ámbito privado y llegaron al ámbito público para poder satisfacer sus demandas y las de sus hijos.

Las mujeres de las cooperativas que hemos analizado han sido un eslabón central en la creación y sostenimiento de las acciones colectivas (Bonavitta y otros: 2006; Valdemarca y otros: 2007). Sin embargo, el papel que han jugado en los Casos A y B han diferido bastante entre sí.

Similitudes entre ambos Casos. Tanto en el Caso A como en el B, las mujeres han formado parte del grupo dirigente o *masa crítica*. Así, fueron las encargadas de ir casa por casa, dialogando con los vecinos, aplicando prácticas comunicativas propias de la comunicación popular, para atraerlos al grupo, para generar confianza y alterar el orden de preferencias priorizando el beneficio colectivo en pos del individual. Mediante la labor de las mujeres, el resto de las familias del barrio han podido acercarse, colaborar y comenzar a creer que, trabajando en conjunto, podrían obtener beneficios a los que, de manera aislada, no lograrían acceder.

Así también, en los Casos A y B, las mujeres se encargaron de satisfacer otras necesidades fundamentales en el grupo: el alimento y el vestido. De esta manera, se organizaron para preparar la comida diaria en el comedor, de repartir bolsas de alimentos facilitadas por el Gobierno provincial y de organizar y mantener el ropero comunitario.

En lo que respecta al Caso A, las mujeres se organizaron también como promotoras de salud, realizando la tarea de ir casa por casa, averi-

⁴ Entrevistas y encuestas realizadas en la Cooperativa Sol Naciente durante los años 2007 y 2008. Córdoba, Argentina.

guando las necesidades de las familias en materia de salud y encontrando soluciones para las mismas. También construyeron letrinas en la villa y les enseñaron cuestiones básicas de higiene: aprender a usar las letrinas, abandonar el uso del canal (que atravesaba la villa) como baño. Además, fueron estas mismas mujeres quienes se encargaron de la construcción de letrinas, las cuales eran compartidas por dos familias, es decir: se realizaba una letrina cada dos casas. Ello contribuyó a su empoderamiento y a la acumulación de capital social humano.

Tanto en el Caso A como en el Caso B, una vez formalizada la acción colectiva, pasaron a ocupar cargos dirigentes. Si bien la presidencia fue ocupada por hombres en ambos casos, las mujeres se encargaban de la tesorería y de la secretaría general. Sin embargo, después de 24 años de dirigencia masculina, el Caso A fue presidida por una mujer (año 2006). En el Caso B, después de 15 años de que la cooperativa haya sido presidida por hombres, la presidencia fue ocupada por una mujer (año 2007).

Así, se puede observar un incremento de la confianza en el género femenino. Más allá de que los hombres de ambas cooperativas siempre reconocieron el papel fundamental de las mujeres en las cooperativas y la entrega total de éstas en la acción colectiva.

En ambos casos, las mujeres que formaban parte de la cooperativa eran trabajadoras a tiempo completo y tenían varios roles que cumplir: madres, esposas, cooperativistas, trabajan como servicio doméstico en más de un hogar al mismo tiempo. Así, se valora aún más el empeño que ellas pusieron en lograr las viviendas. En las encuestas realizadas, todas estas mujeres han afirmado que perseguían el sueño de la vivienda para que sus hijos y nietos pudieran tener un lugar donde crecer, un futuro menos incierto y una situación menos precaria que la que les tocó atravesar. El deseo por una vida digna para sus futuras generaciones era el motor que las movilizaba a participar de cooperativas, a trabajar en conjunto, a esforzarse mucho más para conseguir aquello que tanto anhelaban.

En ninguno de los dos Casos, la casa se presentaba como un derecho —estatuado en la Constitución Nacional—, sino como un sueño, una posibilidad de ser mejores personas, de crecer, de brindarles un futuro mejor a sus hijos.

Debido a esas representaciones en torno a la vivienda con las que cuentan estas mujeres, los hombres han respetado y valorado el papel de las mujeres en las acciones colectivas. Ellos asumieron que fueron una de las herramientas centrales para sostener la cooperativa, acercar a los vecinos, generar confianza y capital social en el resto del grupo y resignificar redes sociales fuertes y perdurables en el tiempo.

Mujeres en acción

Cuando las mujeres rompen las barreras que separa la casa (lo privado) de lo público pueden iniciar un discurso colectivo de derechos, y actuar en consecuencia. Representan, de esta forma, una generación de conciencia diferente según sujetos e historias personales, sin tiempo paudado, pero que forjará colectivos de mujeres trabajando activamente por una sociedad más justa.

De esta manera, las mujeres cooperativistas pusieron énfasis en la capacidad colectiva de los sujetos implicados en la acción colectiva y se abocaron a encontrar soluciones, desde sus posibilidades y recursos, a las necesidades de la comunidad. Mediante la creación de redes de trabajo cooperativo y comunitario y la generación de vínculos y lazos sociales, pudieron salir adelante, cumplir sus objetivos y aumentar su capital humano y social. En el Caso A, el grupo de mujeres pudo salir del ámbito privado y comenzar a actuar en el público, enfrentándose a la clandestinidad, al silencio impuesto por la dictadura y a la represión constante y a las negativas del gobierno provincial de hacerse cargo de su situación de villero, al machismo de los pobladores de la villa en la que habitaban.

Fue así que, al formar parte de una acción colectiva por voluntad propia, estas personas trasladaron su interés del ámbito privado a la esfera pública. En nuestras sociedades latinoamericanas se oscila entre períodos de intensa preocupación por los problemas públicos y de concentración casi absoluta en las metas del mejoramiento individual y el bienestar privado. Por tanto, la participación en los asuntos públicos suele surgir cuando en la vida privada se generan insatisfacciones determinadas que incitan a la participación. En los casos que hemos tomado se trata de la vivienda y el consumo como necesidades básicas insatisfechas, que motivaron el agruparse en torno a un objetivo en común.

El ciclo privado-público explica el comportamiento colectivo y tanto la participación como la decepción de los sujetos en los desplazamientos de los intereses privados a la acción pública y viceversa. Para seguir participando en los asuntos públicos los individuos deben tener confianza en el grupo. La confianza les permitió a los vecinos contrarrestar la inestabilidad y la incertidumbre evitando las deserciones en masa. Porque, como en todo emprendimiento que se convierte en acción colectiva, se corre el riesgo de que haya desertores, es decir, personas que no quieran cooperar equitativamente con el resto, que sólo deseen acceder a los beneficios colectivos pero sin esfuerzo alguno o, simplemente, que se cansen del ritmo del trabajo cooperativo (Valdemarca: 2006).

Tanto en el Caso A como en el B se ofrecieron sanciones para aquellos “gorriones” (Coleman: 1990) de la acción colectiva. En el Caso B, se exi-

gía el pago de cuotas (cada cuota era de 10 pesos argentinos), en caso de que éste no se cumpliera durante más de 3 meses, se los expulsaba de la cooperativa. En el Caso A, los cooperativistas optaron por un sistema de puntuación. Es decir, aquel que no pudiera pagar la cuota mensual para acceder a la vivienda, debía reponer su falta de pago con trabajo extra (ya sea en lo grupos autoconstructores, en trabajo comunitario hacia el interior de la cooperativa, etcéera). Asimismo, se otorgaban puntos sobre la cantidad de trabajo. Esos puntos servirían luego para poder elegir la vivienda: quien más puntos obtuviera, elegiría en primer lugar la ubicación y la vivienda que quisiera y así sucesivamente. Estas labores fueron organizadas, en ambos Casos, por las mujeres, encargadas de controlar el trabajo del equipo y de detectar a los gorriones.

Pero acercarse al ámbito público no es tarea sencilla, implica, como dijimos anteriormente, confianza y, además, la creación de redes sociales. Estas, conllevan un proceso de construcción permanente, tanto individual como colectivo. Las redes se equiparan a un sistema: son sistemas abiertos, basados en un intercambio dinámico entre sus integrantes, que posibilita la potenciación de los recursos que se poseen y que se enriquecen con las múltiples relaciones entre los diferentes miembros que la componen. Las redes sociales, mediante lazos de intercambio y ayuda mutua, constituyen el conjunto de vínculos sociales que permiten entretejer el nicho social desde el cual enfrentar las demandas cotidianas de nuestra existencia.

Asimismo, las trayectorias de la acción colectiva producen cambios en las relaciones sociales de los sectores populares participantes e introducen nuevos significados a sus vínculos políticos y reposicionan los aspectos instrumentales de la acción social.

Estas acciones, en tanto formas de participación en la vida social, se ponen de manifiesto y adquieren distintas modalidades según el tipo de intervención en la realidad social y, en tanto que son compartidas, son generadoras de nuevas conexiones, ideas y prácticas en el seno del espacio social de sus protagonistas. De este modo, se convierten en un acto colectivo transformador, que permite la modificación de las relaciones sociales en los sectores populares. La acción colectiva supone organizarse en pro de desafíos colectivos para alcanzar objetivos comunes, generar identidad, compartir valores, etcétera (Valdemarca: 2006).

A partir de las conclusiones parciales de la actual investigación, y de aquellas que hemos alcanzado en los diferentes recorridos del equipo, hemos podido reconocer que algunos procesos de comunicación en el seno de las organizaciones fueron variables fundamentales a la hora de favorecer la inserción de las mujeres en el ámbito público, las redes internas de capital social, que permiten una gestión dinámica del conocimiento or-

ganizacional y el sostenimiento de la acción colectiva a lo largo del tiempo, más allá de los vaivenes que tuvieron cada uno de los casos mencionados.

Las prácticas sociales, culturales y comunicativas han permitido unir subjetividades en pos de un objetivo común, además, han logrado generar un trabajo en conjunto, monitoreado para que no existan gorriones en la acción colectiva, permitiendo generar redes y resignificar sus subjetividades, transformándolos en ciudadanos capaces de defender sus derechos. La unión grupal en torno a acciones colectivas les ha permitido a estos cooperativistas recuperar la producción de sentido. Desde sus escasos recursos han sabido implementar prácticas comunicativas de manera estratégica para poder, no sólo formalizar y sostener al grupo, sino también lograr sentirse dignos, ciudadanos sujetos de derecho.

Asimismo, se sintieron protagonistas de ese cambio por el que atravesaban: fueron ellas los que formaron el grupo, ellas quienes se movilizaron tras el fin en común y quienes habían obtenido la vivienda que tanto anhelaban. La cooperativa las dignificó como personas. De esta manera, incrementaron su autoestima, la confianza, pues vieron que, mediante la cooperación, podían obtener lo que se propusieran y alterar el rumbo de sus vidas.

En las cooperativas se reunieron personas que se sentían excluidas de toda red, con marcos referenciales estrechos o inexistentes y trabajar de manera cooperativa cubrió las necesidades latentes e incrementó su capital humano. De esta manera, se resignificaron las experiencias, las prácticas, y desarrollaron un sentimiento de ayuda al prójimo, implícito en los valores cooperativistas.

El cooperativismo, como forma de vida, proporcionó igualdad de oportunidades para todos los partícipes de la acción. Esto estaba implícito en la noción de cooperativa y de cooperación. Ser una cooperativa significaba ser una institución democrática, sin fines de lucro, donde los principios democráticos eran la base de la cooperación, la cual se sostenía por la gestión transparente entre pares de la comunidad barrial. Asimismo, la producción de sentidos compartido acerca del bienestar y de las posibilidades de cambio, permitieron mejorar los términos de la acción colectiva y de la acumulación de capitales, entre ellos el capital social.

La vivienda representó, para los casos A y B, un proyecto en común que los ayudaría a prosperar; la misma no fue exigida como un derecho, para hacer valer su ciudadanía sino que se sostenía desde la búsqueda de un hogar como lugar de pertenencia, como algo propio y más digno, sobre todo para las generaciones futuras.

Las mujeres en situación de pobreza lograron abandonar prejuicios y miradas desafiantes del entorno y lograron generar acciones que les permiten reconstruir el tejido social dañado a través de la generación de

confianza, pudieron resistir y, en el mejor de los casos, enfrentar y revertir su situación de exclusión.

El conocimiento de estas formas y mecanismos a través de los cuales se generan y sostienen estas redes es un insumo importante para el diseño de políticas contra la pobreza que pretendan evitar los ya mencionados problemas de ineficacia y discriminación. Estas organizaciones, y la existencia de redes generadas desde el interior de las agrupaciones reunidas en torno a actos colectivos, les permiten a los sujetos en situación de exclusión y marginación acceder de manera más eficaz a bienes y servicios.

Bibliografía:

AGUIAR, FERNANDO (Comp) 1991. La lógica de la cooperación en intereses individuales y acción colectiva. Editorial Pablo Iglesias. Madrid.

ARENAS, ANA 2002. "La pobreza y los estudios de género". CEPAL.

Banco Mundial, 2001, Engendering Development. II Series. Oxford University Press. New York.

BARRANCOS, D. y GOREN, N. (2002) en FORNI, F. (comp.) De la exclusión a la organización. Ciccus. B. Aires.

BIANCO, GABRIELLA 1994) El extrañamiento del ser. Torres Agüero Editor. Buenos Aires.

BONAVITTA y otros. 2006. "La comunicación y el sostenimiento de la acción colectiva en Cooperativa Canal de las Cascadas". Tesis Escuela Ciencias de la Información. UNC. Córdoba.

— "La comunicación y el sostenimiento de la acción colectiva". Question Académica, UNL.

CEPAL 2001. "Capital Social y reducción de la pobreza: en busca de un nuevo paradigma". Chile.

—2004. "Lineamientos de acción para el diseño de programas de superación de la pobreza desde el enfoque del capital social". Guía conceptual y metodológica, Serie Manuales n° 36, Santiago de Chile.

—2007. "Estadísticas para la equidad de género: magnitudes y tendencias en América Latina". Chile

COLEMAN, J. 1990. Foundations of Social Theory. Cambridge: Harvard University Press.

DELICH, FRANCISCO (2002). La crisis en las crisis: Estado, Nación, Sociedad y Mercados en la Argentina Contemporánea. Editorial Eudeba. Buenos Aires.

DI MARCO, GRACIELA y SCHMUKLER, BEATRIZ. 1997 - Madres y democratización de familia en la Argentina contemporánea. Biblos, Buenos Aires.

DURSTON, J. 1999. "Construyendo Capital social comunitario". Revista 69, CEPAL.

- DUSCHATZKY, SILVIA (compiladora) (2005). *Tutelados y Asistidos. Paidós. Buenos Aires.*
- ELSON, DIANE 1998. "The economic, the political and the domestic: businesses, states and household in the organisation of production." *New Political Economy*, vol. 3, N° 2.
- ENRÍQUEZ ROZAS, R. 2000. "Redes sociales y pobreza. Mitos y realidades". *La Ventana*, N.11, México.
- FRASER, NANCY 2002. *Política feminista en la era del reconocimiento. Una aproximación bi-dimensional a la justicia de género. PRIGEPP - FLACSO. Buenos Aires.*
- GUERRERO MORALES, PATRICIA 2006. *Relatos de vida de adolescentes mujeres de sectores marginales. Becas de Investigación [colección]. Argentina, Buenos Aires, CLACSO.*
- GUTIERREZ, ALICIA. 2004. *Pobres como siempre... Estrategias de reproducción social en la pobreza. Ferreyra Editor. Córdoba.*
- LEÓN, MAGDALENA y DEERE, CARMEN DIANA 2000. *Género, propiedad y empoderamiento: tierra, Estado y mercado en América Latina. Tercer Mundo Editores. Bogotá, D.C.*
- MOUFFE, CHANTALL, 1992 en MOREY, P. y RAINERO, L. *Paradigmas de Género. CICSA. Córdoba, Argentina.*
- NARAYAN, D. y WOOLCOCK, M. 2000. *Capital social: Implicaciones para la teoría, la investigación y las políticas sobre desarrollo. Washington, D.C., Banco Mundial.*
- NORTH, Douglass 1993. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico. FCC. México.*
- Organización Internacional del Trabajo (2003). *91ª Conferencia Internacional del Trabajo.*
- RODRÍGUEZ VIGNOLI, JORGE. 2001. "Vulnerabilidad demográfica en América Latina: ¿Qué hay de nuevo?". *CEPAL - Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE).*
- SAUTU, RUTH (Comp), 2000. *Las mujeres hablan: Consecuencias del ajuste económico en familias de sectores pobres y medios en la Argentina. Ediciones Al Margen. Buenos Aires.*
- SEN, AMARTYA 2000. "Social Exclusion: Concept, Application and Scrutiny". *Banco Asiático de Desarrollo.*
- STIGLITZ, JOSEPH 1998. *Toward a New paradigm for Development: Strategies, Policies and processes. Given as the 1998 Prebisch Lecture at UNTAD. Geneve.*
- TARROW, SYDNEY 1997. *Poder en movimiento: los movimientos sociales, la acción colectiva y la política. Alianza. Madrid.*
- UNIFEM 2000. *El progreso de las mujeres en el mundo 2000. Nueva York, Naciones Unidas.*
- VALDEMARCA, LAURA y otros 2006. "Redes y estrategias frente a la pobreza. Gran Córdoba 1990-2005". *Revista Question Académica, Univ. Nac. De la Plata.*



HACIA LA REFORMULACIÓN DE LAS CIENCIAS SOCIALES PARA UNA ADECUADA RESPUESTA A LOS PROBLEMAS REGIONALES

*María Susana Bonetto*¹

Resumen: En este trabajo planteamos reflexiones sobre posibles desarrollos de las Ciencias Sociales que permitan un análisis más adecuado de los actuales procesos latinoamericanos

Para el cumplimiento de estos objetivos recurrimos a los aportes de I. Wallerstein y otros autores que contribuyeron desde Latinoamérica a una reflexión crítica regional.

Palabras claves: Ciencias Sociales-Latinoamérica-impensar- aportes teóricos

En este trabajo planteamos la posibilidad de desarrollos en las Ciencias Sociales en Latinoamérica que permitan asumir adecuadamente los desafíos que hoy enfrenta la región, articulados a la construcción de un futuro emancipador. Por ello, se propone la revalorización de estudios sociales críticos que puedan influir en la orientación de los actuales procesos.

En este contexto Francisco López Segrera (2003) entiende que para el logro de esos objetivos, es necesario poner en cuestión el legado decimonónico y de fines del siglo veinte. Y propone, siguiendo a Wallerstein (2004), “impensar” las Ciencias Sociales ya que muchas de sus suposiciones, pese a su carácter falaz, permanecen arraigadas firmemente en nuestras concepciones.

Además, luego de los efectos negativos de los programas de ajuste neoliberal en la región, que se definieron técnicamente como los “únicos posibles”, se presentan cuestionamientos a las pretensiones de objetividad y neutralidad esgrimidos por las Ciencias Sociales que en gran medida contribuyeron a la naturalización de la sociedad liberal de mercado y obturaron reflexiones críticas sobre ella. Este cuestionamiento se orienta a

¹ Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Titular de Teoría Política en la Escuela de Trabajo Social de la Fac. De Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C. Categoría I en el Programa de Docentes-Investigadores. Directora del Doctorado en Ciencia Política del Centro de Estudios Avanzados de la U.N.C. Autora de Investigaciones y publicaciones nacionales e internacionales.

poner en discusión “la eficacia del pensamiento científico moderno-especialmente en sus descripciones tecnocráticas y neoliberales hoy hegemónicas —en lo que puede ser descripto literalmente como la naturalización de las relaciones sociales—” (Lander 2003.10).

Dicha perspectiva es asumida implícita o explícitamente por un considerable número de científicos sociales regionales que postulan abordajes “descriptivos” “objetivos y “técnicos”. Por el contrario desde discursos teóricos críticos se sostiene que suponer una realidad objetiva como horizonte de la acción humana daría por determinada la finalidad del proceso social, impidiéndose a la sociedad decidir los objetivos de su desarrollo. Y si las metas están ya fijadas, los medios para su realización serían requisitos técnicamente necesarios, y dejarían de ser objeto de discusión política. Así también, en disidencia con esta línea “objetiva y técnica” de pensamiento, resulta destacable recordar que ya en los inicios de la transición democrática Lechner (1986) propuso que para entender la política como instrumento de construcción de la democracia, ésta debía pensarse como un modo de producción y reproducción de la sociedad por los propios ciudadanos, y no como un orden natural, tal como la plantea en el presente el neoliberalismo. Según esta última concepción de la sociedad, ésta no sería un producto histórico y social sino que sus cambios constituirían aproximaciones a su verdadera naturaleza o interferencias y desviaciones de la misma, ya que que la sociedad estaría estructurada por leyes de causalidad inteligibles. En este marco, y según esta propuesta, el mercado y las relaciones capitalistas de producción dejarían de ser escenarios de discusión y decisión política. Por el contrario, “El liberalismo propone: 1) separar la economía mercantil como relaciones presociales y 2) organizar las relaciones sociales como relaciones mercantiles” (Lechner 1986.22). Como consecuencia de ello las decisiones políticas que pretendan reformularlo deben ser restringidas al máximo y no pueden modificar las estructuras económicas existentes ya que se trataría de interpretaciones arbitrarias que pretenden modificar el “orden natural”. La concepción de la sociedad como un orden natural fue un supuesto de la racionalidad liberal desde sus inicios y es replanteada hoy por el neoliberalismo. Así la libertad individual para perseguir los propios intereses competitivamente en el contexto de un Estado Mínimo (Nozick (1994) y una blindada legalidad que proteja ese orden natural de toda decisión democrática que pretenda modificarla (Hayek 1985) se constituyen en el eje central de toda construcción política legítima.

Este pensamiento ha instalado el orden que surge de la globalización económica de manera incuestionable e inevitable y a la visión de la sociedad que de él emerge “como la forma más avanzada —pero igualmente normal— de la experiencia humana”. (Lander 2003.12).

A partir de la constatación de la expansión de este tipo de lecturas y las limitaciones que impone a la solución de los problemas regionales, resulta relevante incorporar, algunas reflexiones críticas de destacados científicos sociales que tanto en el centro como en la periferia interpelan el discurso teórico supuestamente “técnico” que legitima esta concepción. Wallerstein (2004) se opone a este tipo de pensamiento, y formula algunas incisivas reflexiones sobre las Ciencias Sociales producidas al comentar el legado de Myrdal que vale la pena recordar. Por una parte, reivindica la importancia de su aporte por la relevancia de los interrogantes que formuló, ya que la construcción de una teoría implica para el autor una serie correlacionada de preguntas sobre la realidad social objeto de estudio (Myrdal 1968). Por otra parte, rescata también Wallerstein el aporte de Myrdal en tanto, no sólo realizó investigaciones orientadas a encontrar fórmulas prácticas para la reconstrucción de la sociedad, sino que abordó una cuestión más amplia: las implicancias teóricas y metodológicas de la relación entre el científico y los objetos de investigación.

En ese marco recupera su propuesta de enunciación de premisas de valor explícitas que permitirían sentar bases racionales para analizar los problemas teóricos y las conclusiones prácticas. A partir de este supuesto, distingue un plano general de valoraciones y planos específicos de vida individual y grupal (según Wallerstein esto remite a la oposición entre universalismo y particularismo). Es el conflicto entre ambos grupos de valoraciones lo que produce los dilemas de las Ciencias Sociales, siendo los principales dilemas para Myrdal (1959) el racismo y el subdesarrollo. Aceptando esta estimulante formulación, Wallerstein se interroga porque no se ha logrado aún la resolución de los mismos, y cuales serían los efectos de posibles cambios en las Ciencias Sociales históricas que permitieran la formulación de respuestas a estos dilemas.

Wallerstein analiza críticamente la permanencia de estos dilemas y entiende que son de difícil superación, ya que son el resultado del proceso fundante de construcción del sistema mundo capitalista mediante el cual se ha desarrollado nuestro sistema histórico, por lo tanto, son manifestaciones básicas y constitutivas del mismo. En ese sentido, expresan e implican una inteligente construcción enmascaradora, mediante la que se puede fundamentalmente mantener gente fuera y dentro del mismo, sin necesidad de llegar a la violencia o el exterminio de los excluidos.

Esto es así, en tanto, la característica definitoria del actual sistema mundo capitalista es su inequidad en la distribución de los bienes materiales. Se trata de una cuestión central, y sabemos que es uno de los temas preferidos de discusión por defensores y críticos del mismo, pero difiriendo en la evaluación del significado de esa realidad. Los primeros

entienden que la distinción refleja la recompensa apropiada por el esfuerzo y la innovación, mientras que los críticos sostienen por el contrario, que unos cuantos controlan la riqueza acumulada y explotan a los que no la tienen, apropiándose permanentemente de manera desproporcionada de la acumulación. Lo paradójico es que aunque probablemente todos estén de acuerdo en valores universalistas que denuncian el racismo y el subdesarrollo, se siguen apoyando instituciones que de manera directa o indirecta los sostienen. La explicación de su permanencia, se vincula con la asunción acrítica e inevitable de la estructura del actual sistema histórico que permite mantener fuera a ciertos grupos excluidos sin necesidad de eliminarlos físicamente, como solía ocurrir en el pasado, logrando incluso en ese contexto legitimar su funcionamiento.

Así en cada Estado hay variedad de ocupaciones con diferentes remuneraciones que se estructuraran de manera no equitativa. El nivel de ingreso de las unidades domésticas se articulan con una clase, y también con la posesión de una dimensión étnica. Wallerstein (2004), define a ésta última como cualquier forma de identidad e identificación socialmente enmarcada dentro de supuestas características atribuidas ya sea biológicas o culturales. Y en cada Estado sus habitantes son clasificados en grupos étnicos según estas características. Así, en ese contexto en los Estados se categoriza a los ciudadanos de acuerdo a dimensiones étnicas y esos grupos étnicos se clasifican en términos de escalas sociales, existiendo siempre grupos dominantes y grupos en la parte inferior de la escala. En esta dimensión, en proporciones considerables existe una correlación positiva imperfecta entre las clasificaciones clasistas y étnicas (Wallerstein 2004). También existe una correlación entre la clasificación clasista y étnica y el acceso a los derechos políticos, incluso en los Estados liberales democráticos. Aún hasta el presente, en ellos se niegan derechos políticos, según diversas justificaciones, por ejemplo por ser inmigrantes o hijos de éstos o se los excluye no de iure pero sí de facto. En definitiva hay mayor grado de exclusión política para quienes ocupan el substrato clas-étnico inferior (Wallerstein 2004).

Las conclusiones de Wallerstein son contundentes: en este marco, el racismo proporciona una legitimación aceptable de las desigualdades colectivas en gran escala (que son clas-étnicas). Esto es así porque se sostiene que quienes están ubicados en un status clas-étnico bajo se encuentra allí por una desafortunada pero erradicable herencia cultural que se justifica por sus insuficiencias, ya sea que se les impute estar menos orientado al pensamiento racional, o poseer menos disciplina en su ética laboral, entre otras deficiencias esgrimidas. Como son diferencias culturales su situación puede transformarse si aprende las habilidades necesarias, siendo la educación un requisito para abolir la desigualdad. Así se justifica el imperio del

valor igualdad, coexistiendo con la desigualdad. La abolición de esta última siempre es un tema del futuro, mientras que en el presente persisten las desigualdades, ya que sólo es posible ofrecer remedios parciales y a veces se modifica la desigualdad en un grupo y reaparece en otro, al que también se justifica su exclusión por sus carencias, y se lo pone en espera, hasta que cambie la coyuntura del mercado.

Por otra parte, advierte Wallerstein (2004) que las explicaciones del racismo que permiten justificar la desigualdad como un fenómeno normal dentro de diferentes estados del sistema mundo, son congruentes con la justificación del subdesarrollo que permite explicar lo mismo como un fenómeno inevitable del sistema interestatal.

Similar es la explicación- convalidación del subdesarrollo, ya que se le imputa a un grupo humano de un Estado Nación, un retraso a nivel mundial que se explica por una diferencia cultural muy arraigada. El conjunto de este tipo de Estados nacionales subdesarrollados, son los países del tercer mundo, y también aquí el remedio es la educación y la acumulación de los valores del mundo desarrollado para alcanzar su nivel. Pero al igual que en el caso del racismo, el mañana de igualdad está muy lejano y al igual que en el anterior dilema es la manera en que el sistema mantiene gente (en este caso los pueblos subdesarrollados) fuera del mismo como algo inevitable, fruto de su propia inferioridad.

Los países subdesarrollados aunque desempeñan un papel crucial en los procesos productivos del sistema mundo, tienen poco poder político, económico y militar, siendo vulnerables a la inclusión-exclusión del centro. Pero según el modo de pensamiento "científico-técnico" del discurso central, esto es inevitable, ya que si no acceden a una mejor situación se debe a sus propias falencias. Por el contrario, esta situación es constitutiva del sistema y existen innumerables evidencias científicas que explican que el mundo no resistiría que todos los países alcanzaran el mismo desarrollo que los centrales. Por lo tanto los dilemas seguirán sin solución, ya que su realización implicaría la transformación de raíz del sistema dominante.

No lo lograron hasta el presente las distintas perspectivas existentes. No se logró por los conservadores, que las niegan y las declaran inexistentes, tampoco los reformistas que han intentado mejoras sin éxito durante cuatro siglos, aunque han obtenido algunas repercusiones parciales. Tampoco se han logrado sino algunos golpes contundentes por parte de los radicales o revolucionarios.

En el presente, se han transformado en elementos constitutivos del sistema mundo capitalista actual, sin los cuales no puede funcionar aceptablemente en el mantenimiento del nivel de consumo del centro, aunque

le produzca conflictos, que sólo serían superables por su total transformación.

Cuando Wallerstein (2004) se interroga por la función de los científicos sociales en la elaboración de soluciones a estos dilemas, la respuesta también es terminante: las estrechas anteojeras que se han puesto las Ciencias Sociales históricas impide que puedan aportar soluciones, principalmente por el modo que han sido constituidas, como producto del pensamiento del siglo XIX.

Las Ciencias Sociales emergen como actividades especializadas, luego de la conmoción del pensamiento producida por la Revolución Francesa. Su forma final en el siglo XIX reflejó la ideología dominante en ese momento: el liberalismo en su vertiente anglosajona. En ese marco se separan tres ámbitos de la actividad humana: el del ejercicio del poder, el semipúblico de la producción y el privado de la vida cotidiana, o sea la esfera política, económica y la sociocultural. Supone una naturaleza humana (individualista posesiva) y un orden natural (el mercado) e implica la postulación de la existencia de leyes universales y cognoscibles. Comprende una concepción de la superioridad de la sociedad moderna occidental que se articula con su preeminencia militar y tecnológica que explica su orientación colonial-imperial. Así también, en ese marco, la historia se refiere al pasado de esa sociedad y su evolución que permite la comprensión del presente más avanzado. También en ese contexto la antropología y su estudios etnográficos explican los pueblos exóticos y primitivos y el orientalismo estudia el otro mundo exótico de las grandes civilizaciones no europeas, a partir de la filología para comprender sus códigos específicos, también siempre inferiores a los centrales.

Según Lander (2003) esta es la cosmovisión que establece las bases de los saberes modernos y tiene como eje la idea de modernidad que comprende cuatro dimensiones: "1) la visión universal de la historia asociada a la idea de progreso (a partir de la cual se construye la clasificación y jerarquización de todos los pueblos y continentes y experiencias históricas); 2) la naturalización tanto de las relaciones como de la naturaleza humana de la sociedad liberal capitalista; 3) la naturalización u ontologización de las múltiples separaciones propias de esa sociedad; 4) la necesaria superioridad de los saberes (ciencia) de esa sociedad sobre todo otro saber" Lander (2003:22).

Esto supone a la sociedad industrial liberal como la expresión más avanzada que define a toda sociedad y a la que todas deben emular en una marcha de lo tradicional a lo moderno. Así se plantea el carácter universal de esa experiencia, y sus formas de conocimiento como las únicas válidas y objetivas.

Algunos avances se han producido desde los cuestionamientos de Myrdal a los análisis “científicos” y a los códigos académicos tradicionales de los saberes establecidos y los poderes que sobre ellos se levantan. Por una parte, un gran número de científicos consideran superado el anhelo del siglo XIX de excluir las valoraciones de la investigación social, siendo esto sostenido con gran énfasis incluso desde las Ciencias Naturales. Por otra parte, se ha aceptado también, que no existe una pretendida tendencia hacia la autoestabilización automática del sistema cuyas perturbaciones en gran parte no pueden predecirse.

También en la misma trayectoria crítica coincidimos con Wallerstein (2004) que si bien los procesos y los movimientos sociales que en ellos se desenvuelven, crean los problemas que tratan de resolver las Ciencias Sociales, éstas han producido tanto las herramientas como las barreras para su solución. Asimismo, entendemos, siguiendo a Myrdal (1968) que no se trata de “llenar cajas vacías de teoría con un contenido de conocimientos empíricos acerca de la realidad” y que “Nuestras cajas teóricas están vacías principalmente porque no están construidas de tal forma que puedan guardar la realidad” (Myrdal 1968.170).

Por ello, creemos que resulta relevante en el marco de nuestro actual horizonte regional y mundial, transformar de modo radical la metodología y el modo de elaborar teorías a partir de un debate sobre las teorizaciones heurísticas apropiadas en el estudio de un fenómeno singular: “las maneras de funcionar de los sistemas históricos sociales” (Wallerstein 2004.113). Formulamos esta propuesta, en tanto entendemos, permitirá una recuperación de análisis con mayor plausibilidad explicativa y potencialidad de respuestas a partir de interpretaciones críticas de lo aparentemente “inevitable”.

Esto es así porque coincidimos con Wallerstein (2004) que tanto las Ciencias nomotécnicas (Ciencias Sociales) como las ideográficas (humanistas) tal como fueron planteadas en la experiencia eurocéntrica y sus respectivas metodologías, dejaron atrás sus grandes inicios para circunscribirse tanto en tiempo como en alcance sólo a lo micro, pasando por alto los interrogantes más importantes que existen en el presente.

Para superar estas limitaciones Wallerstein (2004) propone 1) la reunificación epistemológica de las Ciencias y las Humanidades. 2) la reunificación organizacional de las Ciencias Sociales y 3) la asunción de las Ciencias Sociales de un papel de centralidad en el mundo del conocimiento.

Existen coincidencias en los mismos análisis críticos en las Ciencias Sociales latinoamericanas. Así revisando estas propuestas de Wallerstein, Lopez Segre (2003) sostiene que constituyen reflexiones de vanguardia

tanto por sus críticas al eurocentrismo con todas sus implicancias, como por los nuevos marcos de superación de los paradigmas tradicionales que sostiene en sus escritos. En el mismo sentido consideramos que todas estas formulaciones son de ineludible discusión para el análisis de los procesos regionales y constituyen una invaluable contribución al mejor conocimiento de los procesos latinoamericanos. En ese sentido coincidimos con Borón (2008) quien sostiene que la solución a la problemática regional se ve dificultada porque los investigadores siguen sujetos a un conocimiento fragmentado y adhieren de manera intransigente a los estrechos campos de los compartimientos disciplinarios.

En este contexto surgen desafíos para una Ciencia Social crítica y comprometida con las transformaciones en Latinoamérica, que permita recuperar originales y valiosos aportes que produjeron contribuciones teóricas de enorme significación, como las realizadas en otros momentos históricos y que generaron reflexiones emancipadoras. El escenario del presente signado por la emergencia de discursos y prácticas anti-neoliberales abre nuevas oportunidades, aunque no exentas de condicionamientos y amenazas.

Así existiría espacio para la formulación de Teorías Sociales comprometidas y críticas para explicar los recientes procesos regionales, ya que por una parte, nuevas construcciones emergen a partir de gobiernos de izquierda y centroizquierda, aunque en el marco de una heterogeneidad de realizaciones nacionales que le otorgan diferentes significados al rechazo de las experiencias de ajuste de décadas anteriores.

También, por otra parte debe recordarse que a pesar del quiebre del consenso de Washington y del rechazo regional al ALCA, el escenario internacional se caracteriza por la supremacía de EE UU (aunque puede pensarse que luego de la crisis económica se ha debilitado en parte su poder) y las consecuencias que esto conlleva en el espacio sudamericano, en el que se advierten ya la generación de nuevas estrategias para la restauración de la situación anterior. Es decir, todavía están en tensión las tendencias de superación del modelo neoliberal con las de su restauración.

Esta situación se articula claramente con los conflictos suscitados en las democracias emergentes sobre todo aquellas que instauran con más decisión una correlación de fuerzas sociales populares, y aunque lo hacen con medios pacíficos y democráticos, se desenvuelven en un contexto de intensas luchas sociales, como por ejemplo, Bolivia.

También en la región se han gestado nuevas movilizaciones democráticas vinculadas a prácticas participativas y nuevas formas institucionales que superan el limitado marco liberal, impulsadas por movimientos sociales que expresan una voluntad política refundacional, superadora de siglos de exclusión y opresión.

En ese contexto, las categorías teóricas del tradicional pensamiento socio-político del centro de matriz liberal, a pesar de su pretensión de universalismo, son insuficientes para comprender las nuevas democracias latinoamericanas que recuperan experiencias pasadas de la región, resignificándolas en el nuevo contexto de la globalización.

Por ello resulta relevante en este escenario, el aporte de marcos analíticos que se constituyan a partir de elaboraciones teóricas y metodológicas rigurosas y enmarcadas en una autonomía de pensamiento regional, porque entendemos que las teorías orientan la explicación, interpretación y crítica de la realidad, estructurando así la lectura de los hechos y los procesos. A partir de esta consideración, planteamos la necesidad de incorporar marcos teóricos que permitan otra mirada de los procesos políticos regionales para su mejor comprensión, recuperando construcciones teóricas que han surgido en el discurso de las Ciencias Sociales Latinoamericanas y habilitan una mejor lectura de los actuales procesos. Estos aportes constituyen interpelaciones críticas a una tradición hegemónicamente eurocéntrica en la región, que se inicia con el pensamiento liberal en la independencia, el positivismo, el pensamiento conservador oligárquico de fines del siglo XIX, las teorías de la modernización y el neoliberalismo del siglo XX, que influyeron fuertemente en la institucionalización de las Ciencias Sociales en las Universidades. En el contexto de esta tradición eurocéntrica se han producido gran parte de los análisis de nuestras sociedades, con el propósito de reformularlas a semejanza de los modelos centrales.

En este sentido, entendemos que resulta pertinente incorporar las propuestas críticas de los enfoques del Colonialismo y la interculturalidad, así como la Teoría de la Dependencia, que posibilitan respuestas regionales a los dilemas que según Wallerstein (2004) son constitutivos del actual sistema mundo. Asimismo, interpelan la pretendida universalización de las leyes del progreso y el desarrollo —tal como han sido generadas en el centro— y deconstruyen críticamente la prescripción del modelo de sociedad moderna, emergente en el Occidente europeo, como el paradigma a seguir por toda construcción social y también las bases justificatorias de su pretendida superioridad. Por el contrario, proponen una mayor horizontalidad en el diálogo cultural y científico, en definitiva, interpelan las lógicas esencialistas y deterministas del colonialismo y la dependencia, con todo su bagaje eurocéntrico y los efectos que produjeron en la región.

Por ello, atendiendo al poder de la teoría en la interpretación y construcción de lo real, se requiere hacer una lectura que habilite una mirada regional para la comprensión de los procesos histórico-sociales, así en primer término, proponemos recuperar el giro descolonial y la propuesta de interculturalidad planteada por un sector de la teoría social latinoamericana.

americana con autores como Mignolo (2001), Lander (1999), Quijano (1999) y otros. Esos enfoques son vastos y diversos, no podemos desarrollarlos en su totalidad, por ello sólo tomaremos los que más se articulan con el problema planteado².

Se propone una nueva configuración conceptual, un giro epistémico que tiene como base la construcción de conocimientos que permita comprender las huellas del pasado y el presente de las realidades de dominación vividas en la región, a partir de las cuales se construye una respuesta social, política, ética y epistémica, al pensamiento central dominante, desde su propio y diferente lugar. Es un pensamiento que se encuentra en la interrelación entre el conocimiento universalizado central y reflexiones desde la diferencia que lo ponen en cuestión, contaminándolo con otras historias y otros modos de pensar, desviándose de los marcos dominantes y pensando desde categorías negadas por el centro.

Según Mignolo (2003.15), “el giro descolonial consiste en desprenderse del chaleco de fuerza de las categorías de pensamiento que naturalizan la colonialidad del saber y del ser y lo justifican en la retórica de la Modernidad, el progreso y la gestión democrática imperial”. Entiende que estamos inmersos no sólo en una dominación económico-política sino sobre todo del conocimiento: el control sobre éste opera en la economía y en la teoría política dando prioridad al mercado y a los conceptos de democracia y libertad ligados al mismo, constituidos en universales. Por el contrario, la genealogía del pensamiento descolonial es “pluriversal” e introduce lenguas, memorias, economías y políticas consideradas “inferiores”, sosteniendo la apertura y libertad de pensamientos y de formas de vida, propias de la región. Se propone pensar que otros mundos son posibles, sin subordinarse al pensamiento hegemónico central, en definitiva, poder reflexionar sobre nuestras realidades regionales, fuera de los marcos teóricos generados por las ciencias sociales desde el centro.

Desde este enfoque, se relata otra historia que permite comprender las huellas de los procesos pasados y sus efectos en las construcciones político-económicas latinoamericanas. No debe olvidarse como sostiene Borón (2008) que Latinoamérica es la región con la más extendida historia de sometimiento colonial, incluso ni siquiera comparable a Asia y África.

Mignolo (1999) a partir de la idea de *Sistema Mundo* de Wallerstein (1974-1989) introduce el concepto de *colonialidad* como el otro lado de la *modernidad*. América Latina se constituye como el primer espacio-tiempo

² Mignolo diferencia el proyecto descolonial del proyecto postcolonial aunque se encuentren vinculados. El giro descolonial es complementario aunque de modo diferente a la Teoría Crítica de la Escuela de Frankfurt. Los estudios postcoloniales se vinculan a Foucault, Lacan, Derrida y los aportes de los intelectuales de las ex colonias inglesas de Asia y África.

de un nuevo patrón de poder de vocación mundial, es la otra cara, la alteridad esencial de la modernidad.

Dos procesos históricos se constituyen en los ejes fundamentales del nuevo patrón de poder. Por una lado la codificación de las diferencias entre conquistadores y conquistados en la idea de raza, que constituía a los segundos en una natural situación de inferioridad respecto a los primeros, y por otro lado, la expansión de la perspectiva eurocéntrica del conocimiento, instituyó esta concepción racial en la base legitimante de las relaciones de dominación propias de la conquista. Además, las nuevas identidades históricas articuladas a la raza se asociaron a los roles y lugares en la nueva estructura global de control del trabajo, elemento fundamental del nuevo patrón de poder. (Quijano 1999).

Constituida Europa Occidental en el centro hegemónico del proceso histórico, el núcleo de elaboración intelectual del mismo se localiza allí y su versión logra hegemonía. Se produce una operación clasificatoria que impuso una epistemología con una cara visible y otra invisible. La primera, la cara de la modernidad desde donde se comenzó a clasificar, describir y conocer el mundo y la otra, la invisible: la colonialidad en donde se ejerció el poder.

Este análisis permite redescubrir el lugar de Latinoamérica en la historia de la modernidad: la primera periferia de la Europa moderna que sufrió un proceso constitutivo de colonización-modernización. Esto puede decirse que continúa hasta el presente, ya que existe una fuerte conexión entre el eurocentrismo y lo que Dussel (2001) denomina la falacia del “desarrollismo” que consiste en pensar que el patrón del modelo del moderno desarrollo del centro debe ser seguido unilateralmente por toda otra cultura, tomando ese significado del desarrollo como una categoría ontológica, como el movimiento “necesario” del ser según la conceptualización de Hegel.

En ese marco, según Mignolo (2001), la conciencia criolla en el período independentista, se forjó en el imaginario del colonialismo interno (reproducción de la diferencia colonial en el período nacional). La conciencia criolla produjo la independencia política, pero no la cultural ni económica.

La oposición *civilización* y *barbarie*, como sostiene Rojas Mix (1997) es la antinomia de dos identidades: la europea y la americana. Para las elites blancas criollas la razón, el orden la libertad y la riqueza provienen de Europa: el colonialismo interno reproduce la “misión civilizatoria” del blanco por sobre el negro, el indio y el mestizo representativos de la “barbarie americana”, que constituyen “lo otro de la razón”, lo que justifica el ejercicio de un poder disciplinario. Esto se repite, resignificado, en otros

momentos y en otros discursos, como los de la modernización en los cincuenta y del neoliberalismo en los noventa.

Frente a esa concepción que ha dejado profundas huellas de exclusión y subalternización de esos grupos humanos, y que hoy afloran en diferentes movimientos de resistencia en los Estados regionales, construir un pensamiento alternativo desde Latinoamérica no significa negar la herencia europea, sino reconocerla en su provincialismo y particularismo, como una herencia más entre las ricas y variadas que se redescubren desde la perspectiva de la diferencia colonial.

El pensamiento que surge de la filosofía de la liberación de Dussel (2001) o del colonialismo y la colonialidad del poder de Mignolo (2001) y Quijano (1999), postula la diversidad epistémica como proyecto universal y no el establecimiento de universales abstractos. No se trata de fundamentar un relativismo cultural, sino de reconocer y actuar sobre las diferencias.

Según Mignolo (2001) a diferencia de Hegel en la filosofía de la liberación de Dussel (2001), la razón no tiene un punto de llegada en singular, sino más bien puntos de partida en plural. Estos constituyen un descentramiento geopolítico de la epistemología y de la ética política. En ese marco Dussel (2001) propone articular la ética del discurso con la ética de la liberación. La diferencia consiste en que la primera sólo propone una ética de la inclusión. Dussel (2001) entiende que si bien esto es deseable y necesario, mantiene las relaciones de poder entre quienes están en la posición de incluir y los que están en posición de ser incluidos. La ética de la liberación propone una reflexión crítica desde la perspectiva de los que no quieren ser incluidos desde arriba, sino que se proponen participar en el acto mismo de inclusión.

Estas nuevas lecturas emergen de la exterioridad de una totalidad que pretende ocuparlo todo y que oculta lo que niega. La exterioridad, es entonces la voz que hace visible lo que la totalidad ocultó. Así se puede pensar la diversidad como proyecto universal. Por lo tanto, la descolonización como proyecto intelectual, reconoce la variedad de historias coloniales y la diversidad epistémica. En definitiva, la diversidad como proyecto universal, postula variados puntos de creación y transformación epistémica ética y política.

Otro aporte de la teoría social regional que permite comprender el contexto en el cual se desarrollan los procesos latinoamericanos se vincula a los aportes de la Teoría de la Dependencia, la cual en los sesenta centraliza el debate intelectual en Latinoamérica, e irradia su influencia a otras regiones, incluso del centro. Esta incluye distintas vertientes que no podemos abordar en su complejidad, por ello nos interesa destacar sólo algu-

nas ideas fundamentales que tratan de develar la situación económica de Latinoamérica, con sus efectos sociopolíticos desde una mirada regional.³ Asume uno de los dilemas centrales de las Ciencias Sociales en especial luego de la segunda guerra mundial: el desarrollo. Así, se sostiene que el desarrollo y el subdesarrollo son aspectos diferentes de una misma estructura. El desarrollo dependiente y la marginalidad, son consecuencias del proceso de expansión capitalista (Dos Santos 2003).

Las distintas vertientes de la Teoría e la Dependencia se orientan a criticar cierto sentido otorgado al concepto de desarrollo que según Dos Santos (2003:14) se caracteriza como "la adopción de normas de comportamiento, actitudes y valores identificados con la racionalidad económica moderna, caracterizada como la búsqueda de la máxima productividad, la generación de ahorro y la creación de inversiones que llevasen a la acumulación permanente de los individuos y, en consecuencia de cada sociedad nacional".

Los fundadores de las Ciencias Sociales tenían en claro esos comportamientos, ya sea para describirlos o criticarlos (Weber, Durheim y Marx, Smith, Ricardo Y Stuart Mill entre otros) Ya en el siglo XX, sociólogos como Parsons y Merton, y politólogos como Lipset, Almond y Apter proponen las bases para el establecimiento de esas formas de comportamientos, los únicos compatibles con la sociedad moderna, a su vez considerada como el modelo a alcanzar, y que se correspondía con el pleno desarrollo de la democracia liberal, en cuyo marco se generaron técnicas de verificación empíricas para detectar el grado de modernización alcanzado por cada sociedad. Esta forma de pensar el desarrollo alcanza su punto culminante con la obra de W.W Rostov (1961) que, en plena guerra fría, frente a la expansión del modelo de desarrollo de la Unión Soviética, trata de demostrar que el desarrollo no necesita del socialismo, ni de condiciones contextuales específicas, por el contrario, parte de un modelo de acciones económicas, sociales y políticas interrelacionadas tomadas por cualquier Estado que adopte una idea desarrollista y establezca las condiciones de su despegue. Según sostiene Dos Santos (2003), a pesar de su simplismo, esta idea prevalece en gran parte de los científicos latinoamericanos, constituyendo una de las intervenciones más fuertes de la ideología en el campo científico.

En nuestra región, se asumió desde sus inicios independientes en el Siglo XIX que el logro del progreso, provenía de la importación del conocimiento del centro y que era posible y deseable copiar su camino. Esta visión se revisa por la CEPAL, fundamentalmente por el aporte de Prebisch

³ Las diversas líneas de la Teoría de la Dependencia han sido sistematizadas en distintas clasificaciones. Así las de Blomstrom y Hettne (1990) y André Gunder Frank (1991)

en la década del 50, quien se aparta de la dicotomía “civilización y barbarie” y la diferencia entre moderno y arcaico o tradicional, para producir un debate más consistente en términos de desarrollo y subdesarrollo, centrando sus soluciones en políticas capaces de viabilizar el proceso de industrialización para superar los obstáculos del desarrollo. Sin embargo la teoría de la dependencia le cuestiona que sus propuestas políticas, preservaban las estructuras de poder existentes.

En ese marco, la Teoría de la Dependencia en sus distintas vertientes representó un gran esfuerzo crítico para comprender las limitaciones de un desarrollo iniciado en un período histórico en que la economía mundial estaba ya constituida bajo la hegemonía de grandes grupos económicos y poderosas fuerzas imperialistas (Dos Santos 2003). Constituye un invaluable aporte para el análisis de los procesos latinoamericanos, desde sus particulares condiciones y no como desviación de los países centrales. Se entiende el cambio social no como resultado de leyes naturales y de aplicaciones técnicas sino dependiendo de las estructuras y de la historia, así como de las acciones de los sujetos condicionados por la interrelación de hechos internos y externos

La Teoría de la Dependencia, al igual que la CEPAL, parte de un análisis del capitalismo como sistema mundial, en el cual existe desarrollo y subdesarrollo, pero los visualiza como estructuralmente vinculados aunque contrapuestos y no como dos etapas en la cual uno precede al otro, en tanto son productos específicos del desarrollo del capitalismo mundial y son constitutivos del mismo. También entiende que la dependencia no se vincula principal y esencialmente a las relaciones mercantiles como lo sostenía la CEPAL, sino que otorga mayor importancia al movimiento internacional de capitales, así como a la dependencia financiera y tecnológica. (Marini 1993). Se le reprocha por el marxismo tradicional el haber dado excesivo énfasis a las relaciones entre naciones, en detrimento de las relaciones entre clases. Pero, sus teóricos, si bien destacaron el estudio de los mecanismos de explotación puestos en práctica por el capital en el plano mundial, se preocuparon también del modo como ello afectaba las relaciones internas de explotación, como por ejemplo, la teorización en torno a la sobreexplotación del trabajo en la periferia (Marini 2007). Por otra parte, los aportes de Cardoso (1972-1975 y otros) contribuyeron al análisis de los procesos sociales y políticos en Latinoamérica en el contexto de la dependencia.

En ese marco, Blomstrom y Hettne (1990) resumen en cuatro puntos centrales los ejes que todos los enfoques de la dependencia sostenían: 1) el subdesarrollo está conectado estrechamente con la expansión de los países industrializados 2) el desarrollo y subdesarrollo son dos aspectos di-

ferentes de un mismo proceso estructural 3) el subdesarrollo no puede ser considerado como una primera condición de un proceso de despegue evolucionista 4) la dependencia no es sólo un fenómeno externo sino que se manifiesta de distinta manera en la estructura interna de los países dependientes. Mientras haya división internacional del trabajo, se mantendrá la estructura centro-periferia y la economía de algunos países (dependientes) está condicionada al desarrollo y la expansión de otros (dominantes) Así, “la importancia del sistema político interno y el control que los grupos de poder realizan a través de éste, resultan claves para entender el nexo entre modelo de inserción y sistema político” (Bernal Meza 2005:95).

En general las oligarquías locales y la burguesía mercantil financiera, se benefician como socios menores de los poderes económicos centrales en esta situación. Por ello la función de las burguesías nacionales “integradas” es siempre la misma: la reproducción de los mecanismos de control social, y político para facilitar la adaptación estructural de la formación nacional dependiente a los centros hegemónicos (Amin. S.1996) Pero esta vinculación subordinada al sistema mundial, genera un desarrollo dependiente concentrador y excluyente (Dos Santos 2003). A partir de este análisis es posible comprender el nivel de antagonismo político y conflicto socio-económico existente en la región, con importantes sectores populares excluidos que demandan satisfacción a sus necesidades.

Los aportes teóricos desarrollados permitieron en el pasado y posibilitan en el presente, una reinterpretación de la realidad latinoamericana desde otros presupuestos, de otro modo de interpretar el mundo y de actuar sobre él, a partir del cual la región ejerce su capacidad de ver y hacer desde su propia perspectiva.

En ese marco, con respecto al desarrollo de las Ciencias Sociales regionales Lopez Segrera entiende que estas se han desarrollado y alcanzaron su plena identidad desde la construcción de redes como CLACSO y FLACSO y el permanente apoyo de la UNESCO. Pero también, Lopez Segrera (2003.182) sostiene “Es claro desde los ochenta la tendencia a la reversión de los valiosos intentos de repensar el continente desde sí mismo”. Frente a esta situación y sus efectos negativos en el pensamiento regional propone recuperar formulaciones claves de las Ciencias Sociales Latinoamericanas tales como: “el axioma del capitalismo colonial de Sergio Bagú”, “el axioma centro-periferia de Raúl Prebich”, “el axioma del sub-imperialismo de Ruy Mauro Marini” y “el axioma de la dependencia de Theotonio dos Santos” (Lopez Segrera 2003.185).

Así las Ciencias Sociales regionales pueden plantearse el conocimiento de sus sociedades a partir de sus especificidades histórico-culturales, más que tratar de dar cuenta de supuestas carencias o deficiencias en

relación a un “normal y universal” patrón de construcción social emergente en las sociedades centrales, que refleja sus propias experiencias.

En una lectura crítica del pasado y de los actuales procesos regionales se advierte como sostiene Lander (2003:25) que “Los diferentes discursos históricos (evangelización, civilización, la carga del hombre blanco, modernización, desarrollo, globalización) tienen todos como sustento la concepción que hay un patrón civilizatorio que es simultáneamente superior y normal”. En el discurso hegemónico de las Ciencias Sociales regionales, se ha ocultado, negado e incluso extirpado toda experiencia y/o expresión intelectual que no ha correspondido con este deber ser que las fundamenta. (Lander 2003).

Esta concepción ha imposibilitado lógicas intelectuales, constitución de saberes y cosmovisiones culturales propias, lo que ha impactado negativamente en el análisis y la construcción de procesos regionales sustentables. Como sostiene Lander (2006:211) “Se considera que las formas hegemónicas del conocimiento sobre estas sociedades han operado como eficaces artefactos de legitimación y naturalización de la jerarquización y exclusión social que ha prevalecido históricamente en dichas sociedades. La descolonización del imaginario y la desuniversalización de las formas coloniales del saber aparecerán como condiciones de toda transformación democrática radical de estas sociedades”.

En definitiva, Latinoamérica reclama un pensamiento crítico porque los niveles de inequidad existentes y la imposibilidad de superarlos por las recetas tecnocráticas que asumen la “inevitabilidad de lo existente”, exige explorar como dice Borón (2008) otros mundos posibles y esto sólo puede realizarse a partir de pensar autónomamente nuestras sociedades. Por ello resulta relevante recuperar la tradición de pensamiento que se desarrolló en la segunda mitad del siglo XX y que se reitera en algunas voces del presente.

En la actualidad, la crisis del consenso neoliberal, la nueva legitimación de discursos críticos, y sobre todo la emergencia de prácticas contestatarias y de movilizaciones contrarias al “inevitable” destino neoliberal de Latinoamérica abre nuevos y urgentes desafíos a las Ciencias Sociales regionales.

Bibliografía

ABAL MEDINA JUAN (2004) La muerte y la resurrección de la representación política. Buenos Aires. F.C.E

ABAL MEDINA JUAN (2004) Los partidos políticos. Un mal necesario? Buenos Aires. Capital intelectual.

- AMIR SAMIR (1986) *El desarrollo desigual*. Barcelona. Planeta de Agostini.
- ANDERSON, PERRY (1988) *Dictadura y democracia en América latina* Buenos Aires. Edit.Tierra del Fuego.
- BERNAL MEZA (2005) *América Latina en el mundo. El pensamiento latinoamericano y la teoría de la relaciones internacionales*. Buenos Aires. Nuevo Hacer.
- BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (2006) *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social*. Buenos Aires.CLACSO.
- BLOMSTRÖM M. Y HETTNE B.(1990) *La Teoría del desarrollo en transición*. Mexico. F.C.E.
- BORON, ATILIO (2008) *Consolidando la explotación. La Academia y el Banco Mundial contra el pensamiento crítico*. Córdoba. Edit. Espartaco.
- COLOM GONZALEZ, FRANCISCO (2003) *Las caras del Leviatán. Una lectura política de la Teoría crítica*. Barcelona. Anthropos.
- DOS SANTOS THEOTONIO (2003) *La Teoría de la dependencia. Balances y perspectivas*. Buenos Aires. Plaza Janés.
- DWORKIN RONALD (1994) *Los Derechos en serio*. Barcelona. Ariel
- ELLNER ESTEVE (2006) *Las estrategias desde arriba y desde abajo del movimiento de Hugo Chavez. Cuadernos del Cendes Año 23 N 62 Mayo-Agosto del 2006*
- FERRAJOLI, LUIGI. (2005) *El fundamento de los Derechos fundamentales* Madrid. Trotta.
- FRANK, ANDRE GUNDER (1991) *El desarrollo del subdesarrollo*. Caracas. Nueva Sociedad.
- GARCIA GUITIAN, ELENA (2003) "El discurso liberal: democracia y representación" en, DEL AGUILA, RAFAEL, VALLESPIN, FERNANDO y otros. *La Democracia en sus textos*. Alianza Ed. Madrid.
- GARCIA LINERA, ALVARO (2006) "Democracia Liberal vs Democracia Comunitaria" en *Interculturalidad, descolonización del Estado y del conocimiento* Walsh, García Linera y Mignolo. Buenos Aires. Edit. Del Signo
- GARCIA LINERA A. (2006) *El evismo; lo nacional popular en acción* OSAL Año VII N 19
- LACLAU, ERNESTO (2005) "Populismo que hay en el nombre? En Arfuch Leonor *Pensar este tiempo*. Espacios, afectos, pertenencias. Buenos Aires. Poidós.
- (2005) *La razón populista*. Buenos Aires .F:C:E
- (2006) "Consideraciones sobre el populismo latinoamericano" en *Cuadernos del CENDES*. Caracas. Mayo-Agosto2006
- LACLAU, ERNESTO -CHERESKY-DE RITZ- PALERMO "Reinterrogando la democracia en América Latina" *Argumentos* n°8. Octubre del 2007

LACLAU, ERNESTO y MOUFFE, CHANTAL (2004) *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*. Buenos Aires FCE.

LANDER, EDGARDO comp. (2003) *La colonialidad del saber: eurocentrismo y Ciencias Sociales. Perspectivas Latinoamericanas*. Buenos Aires. CLACSO

— (2006) *Marxismo, Eurocentrismo y Colonialismo en La Teoría marxista hoy problemas y perspectivas*. Buenos Aires CLACSO

LECHNER, NORBERT (1986) *La conflictiva y nunca acabada construcción del orden deseado*. Madrid. Siglo XXI.

LOPEZ SEGRERA (2003) *Abrir impensar y redimensionar las Ciencias Sociales en América Latina y el Caribe ¿Es posible una Ciencia Social no eurocéntrica en nuestra región?* En Lander Edgardo comp. *La colonialidad del saber: eurocentrismo y Ciencias Sociales., Perspectivas Latinoamericanas*. Buenos Aires. CLACSO

MARINI RUY, MAURO (1993) *Democracia e integración Caracas*. Nueva Sociedad.

MIGNOLO, WALTER y otros *interculturalidad, descolonización del estado y del conocimiento*. Buenos Aires. Ediciones Signo

MOUFFE, CHANTAL (2003) *La paradoja de la democracia*. Barcelona. Gedisa.

— (1999) *El retorno de lo político*. Buenos Aires. Paidós.

STEFANONI, PABLO - DEL ALTO HERVE (2006) *La revolución de Evo Morales. De la coca al palacio*. Buenos Aires. Clave para todos.

SCHUMPETER J. (1996) *Capitalismo, socialismo y democracia*. Barcelona Folio

WALLERSTEIN, INMANUEL (2004) *Impensar las Ciencias Sociales. Límites de los paradigmas decimonónicos* Madrid. Siglo XXI.



LAS LUCHAS SOCIALES CONTRA LA DESIGUALDAD EN CÓRDOBA: LA POTENCIALIDAD DE LA CIUDADANÍA EN LOS MÁRGENES¹

María Alejandra Ciuffolini²

Candela de la Vega³

Resumen: Las desigualdades, sus orígenes y sus efectos han sido siempre una preocupación para la construcción democrática, e incluso una prioridad, al menos así declarada, en las agendas de los Estados. Sin embargo, los indicadores alarmantes de la realidad Latinoamericana ponen en duda las promesas igualitarias de la democracia y la ciudadanía. Este desencanto ha vuelto a encender las luchas y conflictos, devolviendo el contenido contencioso a la política. En este marco, el presente artículo pretende analizar el significado que la ciudadanía adquiere en estas luchas, las objeciones y redefinición que de ella se opera en los movimientos post 2001 en la ciudad de Córdoba.

Palabras Claves: luchas sociales - desigualdad - ciudadanía

Introducción: el desencanto de la igualdad ciudadana

Las desigualdades, sus orígenes y sus efectos han sido desde siempre una preocupación para la construcción de una política democrática, e incluso una prioridad, al menos así declarada, en las agendas de los Estados. Prueba de ellos es la incorporación de consideraciones y declaraciones relativas a esta problemática en las formas constitucionales y legislativas de gran parte de los Estados latinoamericanos. Sin embargo, si observamos una serie de indicadores de la realidad de la región, éstos muestran una situación alarmante que recorre las múltiples dimensiones que configuran el campo de la desigualdad.

¹ Este artículo se enmarca dentro del proyecto de investigación “Territorio de utopías. Experiencias y expectativas en las luchas sociales urbanas y campesinas de hoy”, radicado en la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba (UCC), a cargo de la Dra. María Alejandra Ciuffolini.

² Doctorada en Ciencias Sociales (UBA), Docente e Investigadora Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC) y Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales (UCC). E-mail de contacto: maciuffolini@yahoo.com.ar

³ Maestranda en Administración Pública (IIFAP-UNC) Lic. en Ciencia Política (UCC), Adscripta y miembro de proyecto de investigación Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales (UCC). E-mail de contacto: cande_dlv@hotmail.com

Al respecto, el informe de la CEPAL sobre el Panorama Social en 2007 para la región, destaca que las brechas entre diferentes sectores poblacionales se han incrementado como consecuencia de la restricción de oportunidades para mejorar las condiciones de vida, ésto abarca dimensiones tan relevantes como: ingresos⁴, educación⁵, salud⁶, lugar de residencia⁷. Pero además, la edad⁸, la adscripción étnica o racial⁹, la discapacidad¹⁰ y el género¹¹, sumadas

⁴ La distribución del ingreso primario en la región es altamente concentrada (coeficiente de Gini por grupos quintílicos de 0,476) (CEPAL, 2007). En Argentina, por ejemplo, los datos para el año 2007 muestran que el 10% más rico ganaba 27 veces más que el 10% más pobre (Svampa, 2008). En la misma línea, el Informe de Latinobarómetro para el año 2008, sostiene que la percepción de discriminación por ser pobre lejos de disminuir con el crecimiento que han experimentado los países de la región en los últimos años, ha aumentado de 28%, en el 2001, a 31%, en el 2008.

⁵ Si bien se ha reducido la desigualdad en el logro educativo, esta reducción es menos significativa en los niveles más avanzados, a tal punto que en la educación terciaria, los adelantos en materia de conclusión del nivel alcanzan a una escasa parte de las personas de menores recursos, beneficiando casi de manera exclusiva a las personas de estratos altos y medios (CEPAL, 2007).

⁶ En relación a esta dimensión de la desigualdad, Sen (2002) discute la idea de que algunas personas pueden no tener la oportunidad de alcanzar una buena salud debido a acuerdos sociales y no a una decisión personal de no preocuparse particularmente por su salud. En este sentido, una enfermedad (por ejemplo el HIV) que no es prevenida ni tratada por motivos sociales (por ejemplo, por la situación de pobreza o por estigmas sociales), y no por una elección personal, tiene una repercusión particularmente negativa al hablar de justicia social.

⁷ Por ejemplo, los niños y jóvenes que viven en zonas rurales deben enfrentar más dificultades para acceder a los servicios educativos, por la escasez de oferta o por las grandes distancias que tienen que recorrer. Y cuando acceden, lo hacen en condiciones inadecuadas (falta de docentes, infraestructura, mantenimiento, materiales didácticos, etc.). Considerando los casos de segregación dentro del ámbito urbano, comenzó a advertirse que la concentración de privaciones materiales en los barrios en que se congregan los trabajadores de escasa calificación, suele estar acompañada de la segregación territorial de los servicios cuyo fundamento es esencialmente espacial –por ejemplo, la educación primaria o los servicios de salud pública (CEPAL, 2007), o peor aún, cuando existe una correlación negativa entre el lugar de residencia, y la calidad de los servicios públicos brindados.

⁸ En Argentina, la percepción de más probabilidad de aceptación o promoción laboral de una persona de menos de 30 años alcanza el 51% (Latinobarómetro, 2008).

⁹ Según Cimadamore *et al* (2006), entre 1994 y 2004 no hubo logros sensibles en materia de reducción de la pobreza de ingresos en los grupos indígenas en Latinoamérica. En Perú, por ejemplo, los grupos indígenas tenían una posibilidad 1,5 veces mayor de caer bajo la línea de la pobreza que los peruanos no indígenas, y 3 veces más posibilidades de ser extremadamente pobres. Según los datos de Latinobarómetro para 2008, ser indígena representa la segunda causa de discriminación en la región, luego de la pobreza.

¹⁰ Para 2008, la discriminación por discapacidad alcanza el 2%, ubicándose en el 7º lugar entre las causas de discriminación en la región (Latinobarómetro, 2008)

¹¹ Al respecto, Stromquist (2002) sostiene que existe abundante evidencia de que a las mujeres se les da menores salarios que a los varones por similares años de escolaridad, y que, como promedio, una mujer necesita cuatro años más de educación que un varón para ganar un salario equivalente.

a la identidad sexual¹² y religiosa¹³, configuran un complejo mapa de la desigualdad, que se potencia aún más cuando se consideran los casos de grupos o individuos en los que se presenta una convergencia de varias de estas dimensiones.

Semejante contexto, impacta de manera dramática sobre los regímenes de gobierno, afectando su legitimidad y gobernabilidad. Al respecto, los datos de Latinobarómetro para el año 2008, destacan que es mayoritaria tanto la percepción de que se gobierna para los intereses de unos pocos y no para la mayoría (70%), como también el porcentaje de latinoamericanos a quienes no les importaría un gobierno no democrático si éste puede resolver los problemas económicos (53%). Por ello, la imposibilidad de asegurar mínimas condiciones de equidad e igualdad social resiente la credibilidad y confianza en los regímenes de gobierno, y abre un intenso debate acerca de los contenidos y alcances del estatus ciudadano.

El desencanto producto de esa “igualdad inhallable” —como afirmó Baudrillard (1970)—, que no es más que el resultado de la oposición entre la igualdad representada y la igualdad ausente, ha vuelto a encender las luchas y conflictos, ha devuelto el contenido contencioso a la política, ha impulsado procesos de impugnación de la ciudadanía y ha re-centrado el problema en los modos “posibles” del orden democrático. En este marco, nuestro interés en el presente artículo es analizar el significado que adquiere la ciudadanía, como espacio de igualación y de diferenciación, en estas luchas emergidas de la desigualdad, así como también las objeciones y redefiniciones que de ella se opera en tales movimientos post 2001, en la ciudad de Córdoba.

Conforme a ello el artículo se organiza en tres apartados: el primero, analiza las relaciones entre desigualdad y ciudadanía; el segundo, examina las críticas que sobre la ciudadanía y los derechos ensayan los colectivos y organizaciones en conflicto; mientras que el último apartado, identifica los nuevos sentidos y contenidos que estos movimientos proponen para dar base a una re-definición de la ciudadanía como categoría capaz de ordenar otros mundos posibles.

¹² En este sentido, Pecheny *et.al* (2008) sugieren que las formas de discriminación asociadas a las distintas maneras de vivir la sexualidad en cada persona constituye una variable importante para comprender la movilidad social horizontal y vertical de tales personas.

¹³ La situación tradicionalmente privilegiada del catolicismo en América Latina se ha traducido en unos casos, en la inclusión de la enseñanza religiosa (católica) en el sistema de educación pública; en otros, en el acceso sin restricciones del catolicismo a los medios masivos de comunicación; en casi todos, en la exención de este último del requisito de inscripción e información sistemática en un registro nacional de asociaciones no gubernamentales (a lo que se obliga a otras organizaciones religiosas); y, en algunos otros, hasta en el acceso a subsidios monetarios del erario público a la Iglesia Católica (Alonso, 2008)

Para finalizar una breve mención a los aspectos metodológicos. El trabajo se organiza a partir de un corpus de 58 entrevistas en profundidad realizadas a miembros de distintos movimientos y organizaciones sociales de la ciudad de Córdoba¹⁴, entre los años 2004 y 2007. En el tratamiento y análisis de estos datos, utilizamos técnicas de análisis de contenido, en busca de instancias semánticas recurrentes en los distintos discursos. Los extractos de entrevista que citamos en este artículo, acompañados de su código de identificación, son a modo de ejemplo de las categorías semánticas que en cada caso se analiza. Por último, considerando el amplio corpus de entrevistas, se utilizó el soporte informático que brinda el programa Atlas-ti, el cual permite sistematizar esta gran cantidad de datos en redes semánticas y conceptos relacionados¹⁵.

La paradoja de la igualdad ciudadana: el espacio de las luchas sociales

La desigualdad consiste en la distribución despareja de atributos entre un conjunto de unidades sociales tales como los individuos, las categorías, los grupos o las regiones (Tilly, 2000). Desde distintas disciplinas y múltiples perspectivas se han ofrecido variedad de fundamentos de esa distribución desigual: argumentos que refieren al resultado de la dinámica competitiva de los mercados en los que los individuos reciben retribuciones proporcionales a sus aportes; o bien, argumentos que la conciben como efecto de calificaciones con las que cuentan los individuos y de las recompensas que el sistema distribuye a partir de ellas; y también están aquellas ideas que focalizan en una cuestión de méritos, esfuerzos y recompensas.

Sin embargo, y más allá de la pertinencia o no de estas interpretaciones, la objeción central que puede hacerse es que asumen como naturalizadas aquellas calificaciones a partir de las cuales se localizan individuos en determinadas categorías, posiciones y relaciones. Las desigualdades categoriales, como propone Tilly (2000) no son conjuntos específicos de personas o atributos inconfundibles, sino relaciones sociales estandarizadas y móviles. Son, en definitiva, construcciones sociales poderosas que

¹⁴ Éstos son: Polo Obrero (PO), Movimiento Teresa Rodríguez (MTR), Coordinadora de Trabajadores Desocupados-Anibal Verón (CTD-AV), Barrios de Pie (BDP), Corriente Clasista Combativa (CCC), Movimiento Territorial Liberación (MTL), Unión por los Derechos Humanos (UniDHos), Movimiento Tierra y Libertad (MTL), Federación Tierra y Vivienda (FTV), Movimiento de Organizaciones de Base (MOB), Unión de Organizaciones de Base por los Derechos Sociales (UOBDS), Vecinos Autoconvocados (VA).

¹⁵ Dado la novedad reciente de este tipo de programas, es necesario aclarar que, de acuerdo a la naturaleza de los datos que se analizan, ATLAS.ti nunca fue planteado para automatizar el proceso de análisis o suplir la presencia del analista mismo, sino, más bien, agilizar considerablemente y aumentar la exhaustividad de muchas de las actividades implicadas en tal proceso, más cuando el volumen de información con el que se trabaja es relativamente extenso.

edifican un orden material y normativo que define posiciones, jerarquías, relaciones, etc.

Vista de esta perspectiva, la desigualdad es en sí misma todo un dispositivo de poder, más que la resultante “indeseada” de procesos confluyentes. El concepto dispositivo de poder refiere a los modos o parámetros dentro de los cuales los individuos pueden realizar “libremente” sus elecciones (Foucault, 2007); se trata, en definitiva, de los marcos dados por las condiciones materiales, sociales, jurídicas, tecnológicas, de organización, etc. La particularidad de los dispositivos es que no determinan modos únicos de decisión y acción para los sujetos; sino que establecen condiciones que fijan fronteras a los comportamientos posibles. Ahora bien, en esta concepción de dispositivo, fijar fronteras implica tanto inhibir y limitar comportamientos posibles como promover o incitar formas de acción, decisión y elección en los sujetos. Por ello, sus funciones son, en igual medida, restrictivas y productivas.

Ahora bien, en los sistemas democráticos, la ciudadanía es el dispositivo de poder por excelencia. Ella no sólo determina el estatus de los sujetos, sino que es también el lugar desde donde se organizan e instituyen específicas relaciones sociales –paradigmáticas, en este sentido, son las relaciones de mando y obediencia, y las de compra y venta de fuerza de trabajo-. Es su consagración como campo de “circulación universal a partir de la instauración de un criterio formal de igualación” (Ciriza: 1999: 1) que este dispositivo puede esconder y reproducir un orden de jerarquía y exclusión.

La noción abstracta de igualdad, como igualdad formal ante la ley, instala, sin embargo, una paradoja que abre un lugar crucial para las luchas sociales. Como explica Ciriza (1999), si bajo el paraguas universal del derecho los sujetos son considerados “como si” fueran iguales, justamente es esta afirmación, “como si”, el puntapié para construir el campo de batalla sobre el cual los excluidos de hecho reclaman aquello que, tácita y ambiguamente, se establece por derecho. Por lo tanto, es en esa brecha donde los movimientos políticos se originan; es ahí también donde se ensaya una nueva composición e interpelación del orden.

Esta configuración paradójica de la ciudadanía es la que permite argüir la legitimidad de las peleas por extender la igualdad, por extender las fronteras del hombre público a otros ámbitos de la vida común, en particular, a aquellos que gobierna la apropiación ilimitada de la riqueza (Rancière, 2006). Los sujetos colectivos que encarnan estos combates no se identifican con el ciudadano de los textos constitucionales, ni con identidades preestablecidas por determinadas relaciones sociales; por el contrario, se constituyen en sujetos, y más aún, en sujetos políticos, a partir de visualizar el intervalo que los separa de ellos.

El reconocimiento de esa distancia conforma así el sustrato conflictivo que da lugar y desde el cual se piensan las luchas¹⁶. En otras palabras, éstas se plantean como una instancia de disputa con la condición de ciudadanía, aunque es también desde la posición de ciudadanos que las luchas son posibles. De este modo, estos conflictos recuperan el componente radical y transformador que fue dando forma y construyendo a esta categoría como algo inacabado y abierto a nuevas situaciones, lo que exigiría nuevos y diferentes combates a lo largo del tiempo¹⁷.

Los procesos de des-ciudadanización: cuando los derechos han dejado de ser derechos

La estrategia principal de estas luchas consiste en la introducción del conflicto en la noción de ciudadanía. Si el lenguaje de la ciudadanía permitió definir relaciones sociales bajo el supuesto que existen consensos posibles que desplazan al conflicto y lo muestran como un simple choque de intereses diversos, el lenguaje que las luchas proponen adopta un carácter diametralmente opuesto. Éste parte del reconocimiento de la existencia de relaciones sociales asimétricas, que delimitan campos de acción desiguales e inherentemente conflictivos. Por lo tanto, postulan la necesidad de politizar la ciudadanía como una categoría cuyo componente radical da lugar a la disputa por los derechos.

La ciudadanía pierde su componente radical, cuando deja de pensarse como condición de igualdad y pasa a ser tratada como un mero estatus jurídico adquirido, compuesto por un determinado e inelástico cuerpo de derechos. Esta condición es la que se plasma dentro del ideario democrático de corte liberal, e incluso social, con posterioridad a las luchas que dieron lugar a la incorporación de los derechos sociales a principios del siglo XX. En las décadas sucesivas las preocupaciones en relación a la igualdad y su contracara, la desigualdad, se enfocaron en la elaboración

¹⁶ [y derecho a tu...derechos en sentido a tu...a pedir más trabajo, más educación, más salud, que cambie todo esto, porque no puede ser que escuchemos que el pan aumente, aumente la leche, y vos ves que aumenta y la gente se queda, vos viste, sentada diciendo "Bueno, si aumenta, no importa". A eso yo voy.](MTL04).

¹⁷ [o sea, una Argentina donde podamos decir "Vamos a mandar a nuestros hijos a estudiar", y ellos lo van a poder hacer, si quieren un secundario, si quieren seguir una carrera universitaria, lo que ellos necesitan, porque es un derecho de ellos. Acá hemos podido aprender que nosotros tenemos derechos y que esos derechos los tenemos que hacer valer nosotros mismos, no esperar que los demás se levanten para que nuestros derechos sean válidos, sino que cada uno (—) a la persona que llegamos le decimos "Si vos tenés un derecho, lo tenés que hacer valer como ser humano, como persona, no solamente los mayores tienen derechos, los niños tienen derechos, desde el más pequeño hasta el más grande tiene derechos, del sexo que sea ya sea mujer o varón, tienen derechos", y esos derechos son los que nosotros día a día vamos haciendo valer.](BDP03).

de instrumentos que realizaran y propiciaran su extensión y efectividad —Estados de bienestar o estados sociales, sistema de seguridad social—, abandonando la discusión acerca de sus contenidos¹⁸. Sin embargo, esta discusión se retoma con fuerza frente al auge de los procesos de reforma y ajuste de corte neoliberal.

De manera explícita, los cambios de la década del 90' instituyeron al mercado como el principal mecanismo de distribución e inclusión, y de éste modo, favorecieron tanto la intensificación de la extracción nacional y transnacional de excedentes, como la disolución de los arreglos Estado-sociedad, que en su momento, habían colaborado a sostener la imagen de una sociedad incluyente. Los resultados de estas transformaciones - un acelerado proceso de empobrecimiento y precarización laboral, la degradación constante del sistema público de salud, del sistema público de educación y de las políticas sociales dedicadas a sectores de bajos ingresos- constituyen el escenario de segmentación y fragmentación que desactivó las expectativas incluyentes que el regreso de la democracia y la reforma de la Constitución del 94' habían propiciado¹⁹.

En este sentido, las luchas sociales de la década del 90' y su estallido en el 2001, son la reacción a un modo de regulación de la sociedad dispuesto a partir de la mercantilización de los derechos. Esto es que, la garantía del acceso a bienes sociales se ve determinada, en última instancia, por los recursos materiales y simbólicos de cada individuo. De allí que el mercado se consagre como el mecanismo privilegiado de inclusión social.

Esta reconfiguración de los derechos fuertemente ligados a la lógica de oportunidades del mercado, plantea serios inconvenientes a las sociedades que tienen problemas estructurales de acceso al trabajo y de

¹⁸ En Argentina -como en el resto de América Latina- se adoptaron y siguieron los contenidos surgidos de las luchas del viejo continente, sin mediar ajuste alguno que contemplara las situaciones diferenciadas que presentaban nuestras realidades. El resultado fue una universalización nominal de la ciudadanía, cuya efectividad quedaba limitada a porciones específicas de población -por ejemplo, derechos sociales asegurados para aquellos que estaban inscriptos en relaciones de trabajo—; y completamente desajustada en contenidos en relación a específicas circunstancias, como la de los grupos indígenas.

¹⁹ Al respecto, Merklen (2005) reconoce que las consecuencias de una transformación social y económica de la magnitud y la profundidad que sufrió la Argentina no pueden no desestabilizar la democracia. Esta afirmación ha sido menospreciada por aquella parte de la bibliografía que, al tratar los procesos democratizadores post 83', se concentra en dar prioridad a los mecanismos electorales de designación de autoridades y a los mecanismos capaces de impedir las tentativas de desestabilización del sistema. En el mismo sentido, el autor advierte que "en el mismo momento en que la democracia política argentina consolidaba sus mecanismos formales y el funcionamiento de su espacio público, la democracia social se degradaba a toda velocidad, hasta el punto de poner en jaque a la democracia toda entera" (Merklen, 2005: 23).

marginación²⁰, ya que intensifica los procesos de exclusión de importantes contingentes de la población²¹. Más aún, como explica Svampa (2005), estos procesos de mercantilización de los derechos importan tanto el declive y la fragmentación (política y social) de la ciudadanía, como también la legitimación generalizada de modelos de ciudadanía restringidos, que no posee un alcance universalistas ni aspiraciones igualitarias.

De allí que las luchas se planteen claramente en disputa con las formas de ciudadanía vigentes, tanto en su noción clásica como en su actual reformulación en términos de mercado. Respecto de la noción clásica las objeciones actualizan las antiguas impugnaciones hechas desde los idearios marxistas y socialistas en relación a la incapacidad que la ciudadanía tiene para asegurar formas de igualdad material, y consecuentemente, se destacan sus preferencias por atender básicamente a dimensiones civiles y políticas. Respecto de la nueva versión mercantilizada de la ciudadanía, además de denunciar su falta de cobertura en relación a las condiciones de vida, se agrega el hecho de que ésta ha dado por tierra con los componentes republicanos de la anterior, privatizando lo común y lo público, y desactivando las instancias de participación.

La ciudadanía vuelta mercancía trae como consecuencia la emergencia de un conjunto de problemáticas que exponen su debilidad como institución: “el desocupado”²², “la gente de los barrios”²³, “los pobres”²⁴,

²⁰ [básicamente la cuestión del trabajo, eh, por ahí...hablar de desocupación en la Ar

²¹ [Yo creo que es esto. Las personas no son otra cosa que mmm...CLIENTES para esta gente, somos clientes. Preguntale a los cordobeses qué sos. No sos una persona que consume agua, que tiene el derecho de marcar un territorio nacional, que el agua está bajo el Estado. NO, son CLIENTES. No tiene plata, usted no existe, ¿TA?] (MOB02).

²² [SI, SEGURO, que es ESO, además de que el trabajo ES un derecho. Es un derecho ganado, eh... entonces, digamos, pedimos por todo esto, porque sabemos que aquellos compañeros que por ahí no tienen un trabajo, eh... también sabemos que se deprimen, sabemos que les cuesta mucho mas afrontar un montón de situaciones, que su salud se deteriora, porque eh... también empiezan a... a veces, qué sé yo, algunos compañeros que sabemos que consumen alcohol, porque, que a veces SUCEDE, porque es parte de la depresión, es parte de sentirse que no pueden, que ya nadie les da bola, que no tienen derechos y demás. Y nosotros de lo que tratamos es de (...) esto que es un derecho, que nosotros eh, tenemos que PELEAR por eso (—) que nos lo han sacado porque CONVIENE tener un ejército de desocupados que, que están acá en, cada vez en peores condiciones VIVIENDO en esta economía de penuria, que el economista Beinstein por ahí plantea. Y que es real.] (CTD-AV01).

²³ [Nosotros eso fue una primera etapa, nosotros a partir de ahí, y cuando eh... vemos que en un grado importante eso lo tenemos más o menos cubierto, empezamos a desarrollar las áreas de trabajo del movimiento, donde intentamos eh... buscar eh... otro tipo de derechos que han sido quitados a la gente de los barrios y que también son tan importantes como el tema de la comida y el trabajo, ¿no? que son el área de cultura, el área de educación, el área de salud, el área de administración, el área de derecho popular, y el área de género, ¿no?](BDP01).

²⁴ [Yo, yo soy un ciudadano que voy a poner mi voto, que tengo derecho a comer, que tengo derecho a vestirme, que tengo derecho a tener un trabajo digno, la Constitución dice que yo debo tener un trabajo digno. La Constitución me dice que tengo que tener

“los viejos”²⁵, “los crotos”²⁶, “los negros”²⁷. Este estallido de particularismos da cuenta del proceso de des-ciudadanización. Son nombres y condiciones que surgen de medirse con la falta, nombres de alguna/s ausencia/s –de relación de trabajo, de recursos, de capacidad productiva, de espacios de expresión y manifestación, de lugar de residencia, etc.—, y por lo tanto son también los nombres de las denuncias y de las luchas.

Desde los márgenes de la ciudadanía, la percepción que se tiene de los derechos es la de un orden exclusivo y preferencial que sólo alcanza a determinados segmentos de la población. De allí que los entrevistados afirmen que la educación, la salud, el trabajo, la vivienda, la cultura, el agua, la tierra, la vestimenta; son todos privilegios, “han dejado de ser derechos”²⁸. Se organiza así un sistema en donde los derechos coinciden

un trabajo y que tengo que tener una vivienda, entonces, por qué no nosotros hacer defender ese derecho y elegir, ser libre de elegir dónde queremos vivir, por qué nos tiene que imponer el gobierno donde tenemos que vivir, ¿por el sólo hecho de haber nacido pobre? No, no, no lo veo así, no considero que sea así.](MOB03).

²⁵ [Entonces, yo pierdo veinte años de aportes para que otro se lo eche en el bolsillo y se vaya. ¿Por qué? Porque no me dan la oportunidad de conseguir otro trabajo, porque, aparte, si tengo más de cuarenta años ya soy viejo, este país es eso, “Sos viejo, no hay trabajo para vos. Entonces, trabaja en... en negro, trabajá, qué sé yo, COMO PUEDAS, trata de sobrevivir vos”, no le importa a ellos si la gente tiene o no. Cuando hay, es un derecho, es un derecho que está metido en la Constitución, no sé por qué no... no, no se trabaja desde ese punto de vista.](MOB03).

²⁶ [¿sabés que le costaba mucho a la Unión en ese tiempo? Que era, era, era un sector muy, muy estigmatizado (...) o sea, el tema del, del pobre, el de la villa viste, o sea, eh, era un sector muy, muy, muy (—) siempre, siempre, me acuerdo de una, de una, de una, de una compañera que había en la organización, la Teresita, vos sabés, la primera marcha que hicimos, este, dijo algo que sabés que me quedó marcado, me quedó grabado me dijo “Uy Omar, es la primera vez que salimos en la página, en la primer página del diario, por lo general siempre salimos en la última” (...) Entonces vos decí, LA PUTA viste, esas son las cosas que te, te, te marcan viste (—) claro la gente y aparte que (—) a ver, la sociedad en su conjunto, hasta los mismos medios viste, “¿Qué quieren los negros estos en la calle, viste? ¿Qué es lo que, qué quieren estos guasos? Pobrerrío ¿qué, qué mierda quieren acá?”, viste (en voz baja), porque por lo general se daban las marchas viste, de los gremios, de los sindicatos, viste, toda esa historia viste, pero nunca se había dado el tema de, de la movilización de los pobres, del pobrerío, de los crotos, de los del (—)del negro de la villa, no se había dado nunca] (MOB01).

²⁷ [por ahí muy víctimas de esa...o sí, pero no diariamente, yo por lo menos...por ahí cruzo por el centro y nadie me para...porque no soy negro, o qué se yo...vos ves por ahí los compañeros, digamos, por un aspecto cultural hace que no puedan ni caminar por el centro...te paran...así se sea que vaya cruzando para laburar...bueno, ustedes están tomando el caso, lo saben. Un montón de guasos que pierden el laburo, que te llevan a encausados, diciéndole, mostrándole que venís a laburar, que esto, que lo otro...pero el hecho es que no podes ir al centro. O sea, quédate en tu barrio, quédate en donde sea, porque el centro va a ser que el centro es para los que vienen a jugar al casino, a ver las ruinas jesuíticas, qué sé yo](CTD-AV05).

²⁸ [Porque, bueno, la educación es algo que es un privilegio para los sectores marginados, no es un derecho, muchos han dejado de mandar sus chicos a la escuela, muchos no han ido NUNCA a la escuela ellos.](BDP06).

con una “parte”, donde se comprueba que, por ejemplo, “para que los trabajadores tengan derechos, en primer lugar, hace falta que trabajen, y que, para que trabajen, hace falta que acepten el cercenamiento de los derechos que impiden que las empresas les den trabajo” (Rancière, 1996: 140).

La des-efectivización de la ciudadanía como un código igualitario de inscripción, se traduce de inmediato en una experiencia de la indefensión, de vulnerabilidad y desnudez²⁹. Se trata del riesgo de fragilización que conlleva la situaciones de desigualdad, donde “todo se hace indeterminado y cada uno debe organizar su vida de manera más precaria y solitaria” (Fitoussi y Rosanvallon, 2003: 39). En estas condiciones, el orden social desprovisto del orden de los derechos, visualiza la discrecionalidad de los imperativos económicos, sociales y políticos que operan en la configuración de lugares y asignación de atributos para individuos y grupos, así como también los accesos diferenciales al conjunto de bienes y servicios³⁰.

Ciertamente, estos procesos de fragmentación y desmontaje de seguridades previstas por el régimen de derechos, impacta de manera profunda en la representación que la sociedad hace de sí, y de las relaciones sociales que la organizan³¹. Con su disolución se desconfigura la legitimidad de los intercambios y de las recompensas³²; y también la de las instancias de mediación que regulan las relaciones entre Estado y sociedad.

²⁹ [SI, SEGURO, que es ESO, además de que el trabajo ES un derecho. Es un derecho ganado, eh... entonces, digamos, pedimos por todo esto, porque sabemos que aquellos compañeros que por ahí no tienen un trabajo, eh... también sabemos que se deprimen, sabemos que les cuesta mucho mas afrontar un montón de situaciones, que su salud se deteriora, porque eh... también empiezan a... a veces qué sé yo, algunos compañeros que sabemos que consumen alcohol, porque, que a veces SUCEDE, porque es parte de la depresión, es parte de sentirse que no pueden, que ya nadie les da bola, que no tienen derechos y demás. Y nosotros de lo que tratamos es de (...) esto que es un derecho, que nosotros eh, tenemos que PELEAR por eso (—) que nos lo han sacado porque CONVIENE tener un ejército de desocupados que, que están acá en, cada vez en peores condiciones VIVIENDO en esta economía de penuria, que el economista Beinstein por ahí plantea. Y que es real.](CTD-AV01).

³⁰ [más que nada, y bueno, tratar de brindarles todo lo que necesita una persona que sería educación... hay gente que no puede pagar la educación, por eso no puede mandar los hijos al colegio... que sería gratis para las personas que... y que se le dé una buena educación, no porque sea gratis lo vamos a educar menos que a los otros que están...](CTD-AV03)

³¹ [porque claro, si bien es cierto que es un país libre un país democrático, ¿DE QUÉ DEMOCRACIA ME ESTÁN HABLANDO? ¿QUÉ DEMOCRACIA CUANDO LA GENTE SE ESTÁ MURIENDO DE HAMBRE, cuando veo ese caso del chiquito que no llegó al hospital y murió todo desnutrido, pesaba como el peso de un bebé recién nacido, eso te duele, viste](UniDHos02).

³² [Cuando vos ves algo injusto dentro de la fábrica decís, te pagan un sueldo mínimo pero tenés que cumplir quince horas, a mí me pareció, éstos nos estaban diciendo. “Mirá laburá por quince horas por tantos mangos”. Pero yo cuando salí del Ejército y me empecé a capacitar de matricería, trabajé, y me habían despedido por tener ese planteamiento... yo quiero reclamar mi derecho porque mi trabajo está dando mucho fruto a las empresas

Al poner en el centro de las disputas la noción de ciudadanía, se pone en cuestión al mismo sistema democrático. Porque al desconfigurarse la pauta igualitaria que sostiene y hace posible el funcionamiento de las demás relaciones desiguales (clase, género, etnia, etc.) se visibilizan con toda intensidad los mecanismos que producen y reproducen la forma de dominación. Y entonces, la experiencia de desigualdad se reconoce dentro de una conflictividad inherente a una estructura de relaciones sociales en un momento determinado³³. De allí que las luchas se configuren en la tensión de esas relaciones de poder, en un intento de revertirlas, trastocarlas, subvertirlas³⁴.

En ese marco, la fuerza de cuestionamiento y politización de las desigualdades por parte de las luchas se erigen en pura violencia para el orden. El riesgo de colapso que esto significa es lo que cualquier dispositivo del orden debe absorber o minimizar. En el caso de nuestros entrevistados, se puede distinguir dos modos a través de los cuales el dispositivo de la ciudadanía repele o “gobierna” el conflicto: los mecanismos represivos³⁵ y el re-direccionamiento a través de las vías y canales formalizados³⁶.

autopartistas, porque ese trabajo hay que valorizarlo como uno que trabaja. Sin embargo, hoy en día, las empresas autopartistas te dicen “Trabajá por estos mangos”, y trabajás quince, veinte horas y no hay un convenio, que antes había un convenio laboral.] (PO01)

³³ [Mirá, si bien yo creo que cada familia por ahí es un, un mundito en particular creo que los problemas más ESTRUCTURALES que a mí me pasan, seguro que de alguna forma, este... le pasan al resto de los compañeros, este, por más compromiso que tengan, y bueno, habrá también cosas más particulares de de cada uno, ¿no?, eh...pero creo que parte de esto tiene que estar pasándole a ellos, ¿no? Por ejemplo, ponele en un ejemplo concreto como MOB0130-05-05, que ustedes a lo mejor lo han entrevistado y TIENE UN PROBLEMA GRAVE que el centro de la cuestión es, es eh...ECONÓMICO, ¿NO? eh... eh... que no puede mantener una fuente estable de laburo, porque no tiene con qué hacerlo, y mientras tanto sigue haciendo todas estas cosas, este... con los hijos que tiene, y ese es un problema que lo tienen muchos otros COMPAÑEROS. O también por ahí, eh, el problema que muchas veces se da en una pareja que eh...digo las dos, eh, los dos no la ven por ahí por el lado de que TRATAR de hacer cosas entre TODOS, y también produce ahí fracturas en la familia. Eh... no, una serie de cosas (—) Creo que hay, digamos los problemas ESTRUCTURALES, no deben ser muy diferentes, y... habrá... algunas particularidades que pueden existir...](MOB02).

³⁴ [ellos se dan cuenta de que la lucha, de que si vos luchas por tus derechos, los vas a conseguir pero esta lucha no es que vos vayas y (...) y ya vas a tener tu respuesta del gobierno. No, ésto lleva su tiempo. Porque vos viste, el gobierno lo primero que te dice es, “No, éstos, vamos a dejar que marchen y corten hasta que se cansen”, pero a veces, no, yo digo que luchando constantemente por tus derechos, los vas a conseguir.] (MTL04).

[pero peleá, peleá, no me importa pelearme con el que esté, yo peleo mi derecho, a mí no me importa esté quien esté, lo he hecho delante de jueces, abogados, funcionarios, las mismas vecinas (—) no, yo cuando tengo que defenderlo lo defiendo] (VA03).

³⁵ [Yo salgo a pelear por los que necesitan trabajo, salario, pan, techo, tierra, libertad, ¿y qué me sucede? Necesito salir a la calle y expresarlo, y ¿qué recibo? Lo del maestro en Neuquén, lo de los 30.000 desaparecidos](CCC01).

³⁶ [nosotros decimos que los políticos son gerentes de los empresarios, este, porque hemos vivido esa lucha, porque hemos ido a por ejemplo al Molino Minetti y sabemos

En los dos modos, el encuentro entre ambas fuerzas provoca el estallido de múltiples contradicciones: “ciudadanos”, cuyo estatus de tal es débil, ven reafirmada esta fragilidad a partir del comportamiento de los mecanismos de control. En su dinámica estos acentúan la anemia de ciudadanía al desconocer también el derecho al reclamo y el derecho a la protesta³⁷. Lo cierto es que el derecho que se desconoce a los colectivos en lucha es parte del orden democrático y los derechos que se dice proteger³⁸. En estas circunstancias, la distancia entre no-ciudadanos y ciudadanos,

cómo actúa la Policía junto con los políticos para cuidarlos a ellos, y acá en la zona también tenemos una central del Disco donde salen todas las mercaderías para los supermercados, las veces que bloqueamos la salida vemos cómo se manejan, que son una cosa y que en realidad son los que manejan la clase política los que le ponen plata, después ellos buscan mecanismos digamos para que los voten y qué sé yo, y por ahí se genera más confusión de que, en dónde están pero, pero en la lucha y cuando estamos ahí, este tratando de luchar por nuestros derechos queda claro digamos, y nosotros hemos reclamado tanto al Estado como a las empresas grandes, este, eh ...siempre hay, hubo una política de que, de que no vayamos a las empresas, de que tratemos de solucionar con los mecanismos del Estado](CTD-AV05).

³⁷ [Pero generalmente las cosas se van a pedir pacíficamente y es el pueblo el que es reprimido...porque se le está prohibiendo algo que el pueblo tiene derecho a hacer...](CTD-AV03).

[Lo que pasa es que por ahí el sistema te, te, te va obligando, porque te dicen, a ver, vos vas a hacer un trámite “¿y quiénes son ustedes?”, eh, o sea, como que no te reconocen, no basta con que la gente se organice y diga “Bueno, nosotros nos organizamos para determinadas cosas”, no, aparte de tener que organizarte para resolver tu problema tenés que encuadrarte jurídica y legalmente en el marco de una organización ya sea mutual, este (...) este, ¿me entendés?, o sea, pero es como que te obligan, qué sé yo... claro, querés acceder, qué sé yo, a un subsidio para la compra de tierra, “Bueno, tienen que traer toda la papelería, documentación, este, balances al día, autoridades al día, eh, ejercicio no sé cuánto, una memoria descriptiva de los últimos, este, subsidios obtenidos en los últimos cinco años, que...”, todo, que viste, te obligan, cuando en realidad debería bastar con solamente la demanda de la gente que se organiza, viste, digo, por ahí uno también se pone medio, medio trosko (se ríe) y dice, “Ta bueno”, pero que te cuesta, pero qué sé yo, no sé...](MOB01).

[Hoy es como que veo que eh, para poder ayudar a la gente tenés que estar legalmente constituido, es decir, no, no se escucha la problemática de un sector, por más que vaya la gente agrupada o no agrupada si no estás legalmente constituido. Yo siempre digo, hasta el día de hoy en las gestiones, digo, NADIE COME, NADIE VIVE, NADIE ESTUDIA, NADIE(—) NADIE CRECE, SINO ESTÁS LEGALMENTE CONSTITUIDO, sino hay un papel que te diga, “Tomá, vos sos legal](UOBDS02).

³⁸ Los procesos de criminalización de la pobreza y los conflictos en nombre de una “seguridad ciudadana” (Svampa, 2008) dan cuenta de estas contradicciones y distancias entre los ciudadanos y los no-ciudadanos. Como explica Svampa, la “correlación que se establece entre ‘inseguridad’, ‘delito’ y ‘pobreza’ pone de manifiesto la emergencia de nuevas fronteras políticas y jurídicas, y con ello abre las puertas a la posibilidad de que, en nombre de la conservación del orden social, se instituyan zonas despojadas de derecho, zonas de no derecho o ‘estado de excepción’, según la conceptualización de Agamben, donde la autoestima y el respeto colectivo no cuentan, y donde vuelva a primar una pura lógica de acción policial y violación de los derechos más elementales” (Svampa, 2008: 88).

luchas, más allá de cuales sean sus objetivos y su éxito respecto del sistema, se proponen como acontecimientos democratizadores. Ellas devuelven el carácter polémico a las cuestiones comunes y reivindican la política como el espacio en que los desacuerdos deben dirimirse.

Como anota Rancière, “La democracia no es un régimen ni un modo de vida social. Es la institución de la política misma, el sistema de las formas de subjetivación por las cuales resulta cuestionado, devuelto a su contingencia, todo orden de la distribución de los cuerpos en funciones correspondientes a su ‘naturaleza’ y en lugares correspondientes a sus funciones” (1996: 128). En este sentido, reconocerse en los márgenes de la ciudadanía, hace posible extraer el componente radical de la misma; estar en los márgenes no es estar afuera; es como mínimo, estar dando batalla por ser incluido, o bien, para producir un cambio de un alcance mayor⁴².

La potencialidad de la ciudadanía en los márgenes: justicia social, dignidad-persona, cambio social

Las luchas parten de la distancia entre la inscripción igualitaria que importa la ciudadanía, y los espacios donde la desigualdad es ley (Rancière, 1996). Pero de ello no deducen la imposibilidad o negación del principio igualitario, sino que en esa emergencia de la conflictividad, lo actualizan y recrean. En consecuencia, las luchas no representan puramente una acción de negación, ellas también conllevan un ejercicio de proyección y creación. “Crear y recrear, transformar la situación, participar activamente en el proceso, eso es resistir” (Foucault, citado por Lazzarato, 2000: 6). A partir de estas líneas, se entiende que nuestros colectivos y organizaciones pongan a andar una serie de nuevos sentidos y contenidos que dan base a una re-definición de la ciudadanía como categoría a partir de la cual ordenar un mundo social distinto. En el presente caso, éstos se vertebran alrededor de tres nociones que, si bien trataremos separadamente a continuación, se encuentran en profunda articulación: *justicia social, dignidad-persona, cambio social*.

En primer lugar, las demandas y reclamos de estos colectivos no se centran en la ampliación de derechos, en su extensión a sectores que antes no los tenían; por el contrario, el objetivo radica en erradicar las fal-

⁴² [Yo pienso que... como sujeto de derecho tenemos que reconocer, este, tenemos que hacernos valer por derecho. Las Constitución dice que, este...el Estado debe de proveerle a los ciudadanos de, eh, el trabajo, es un derecho con nuestro exigir tener trabajo, ¿no cierto?, y no la perversión que ellos hacen, que no tenemos trabajo, que no tenemos fuentes de trabajo, y encima, se tiene que quedar con lo que es nuestro porque, este, no tenemos, capacidad para pagar los servicios y los impuestos, siendo que el agua es un derecho.](VA01).

tas, ausencias y privatizaciones que hacen posible la emergencia de no-ciudadanos. En la composición de un lenguaje que exprese lo anterior, las luchas ponen en evidencia la herencia de ciudadanía aprendida del marco común y más básico de la cultura política peronista.

Respecto de esto, Jelín (1989) señala que el peronismo de postguerra tuvo un impacto fundamental a través de la extensión de los derechos sociales y de la operación discursiva de nombrar e interpelar al “pueblo” (a quien se otorgaba al mismo tiempo una identidad “digna”) en la construcción de la cultura social y política de los sectores populares⁴³. En el imaginario de nuestros entrevistados, la lectura ampliada y desmercantilizada de los derechos y la ciudadanía en ese periodo está claramente dispuesta en contraposición a un orden que vacía de sentido al Estado como garante del bienestar ciudadano. Frente a esa retracción del Estado de las cuestiones sociales, los sectores populares reivindican -y reclaman como propias- las condiciones y derechos que se conquistaron en el pasado en nombre de la *justicia social*⁴⁴.

La primacía de la noción de *justicia social* como el concepto organizador y pivót de estos discursos no refiere al mero equilibrio de los intereses entre individuos o la reparación de los perjuicios que unos hacen a otros. No se ocupa de impedir que los individuos que viven juntos se provoquen daños o de resarcirlos cuando ocurran, dividiendo ganancias y pérdidas. Por el contrario, la justicia social tiene como objeto la construcción del orden que determina la distribución de lo común⁴⁵ y las formas de ejercicio y control de ese poder común⁴⁶.

⁴³ [¿Y qué le pasó? Que lo que el pueblo necesitaba encontró mucho con Perón. En el pueblo que necesitaba tener fábricas, lo encontró con Perón. Y que el que quería trabajar de obrero en la fábrica, tenía las fábricas abierta para entrar. Y el hijo de ese obrero que tenía esa fábrica y quería estudiar en la universidad pudo lograrlo. Entonces lo sigamos de cerca, lo sigamos, los sigamos de cerca. Vas a ver que, si querés, tenían estadios de fútbol, tenía canchas de fútbol para jugar, ha tenido muchas cosas de lo social, en esta relación del trabajo.](CCC01).

⁴⁴ [lo que nosotros reivindicamos es la historia de lucha del (—) del peronismo (—) pero, sobre todo, eh... del movimiento popular ¿sí?... eh... vendría a ser descamisados, una especie de montoneros] (CTD-AV04).

⁴⁵ [los otros días un compañero lo sintetizó muy bien: nosotros nacimos, crecemos, creemos y peleamos por la justicia. Yo creo que es el valor que aglutina todo el resto. Porque la justicia significa que nosotros podemos pelear por un país justo. Que no es poca cosa, o sea, justo en posibilidades, justo en derechos, justo en responsabilidades, en un montón de cosas. Entonces me parece que eso es lo que hace nuestra forma de trabajo, desde el compromiso, desde que tenemos valores comunes y puros, si los comparamos con otras organizaciones políticas, bueno, que han sufrido la debacle política de este país, en donde lo político ha pasado a ser un comercio. Para nosotros la política es una palabra muy linda] (BDP06).

⁴⁶ [para poder hablar de trabajo para todos, este... acceso igualitario a la educación, a la salud, a la vivienda, tiene que haber un cambio. Nosotros lo definimos como eso... como un cambio social. Donde la democracia sea mucho más perfecta de lo que es hasta

Ahora bien, el término *justicia social* hace lugar a la elaboración de un marco axiológico-ideológico laxo, en el que es posible inscribir una multiplicidad de ideas, sentimientos e ideologías, como una diversidad de demandas y reclamos. Dentro de un marco general de re-definición de las relaciones sociales profundamente asimétricas y violentas⁴⁷, se inscriben reclamos que incluyen temas como la distribución de recursos y movilidad social⁴⁸, las condiciones y formas de explotación⁴⁹, la validez de valores y reglas sociales⁵⁰, entre otros. En definitiva, para ser más que un contrato

ahora, que está siendo una farsa. Donde haya la posibilidad, como hacemos nosotros, las asambleas, de la democracia directa, de la revocatoria de los mandatos, donde nadie esté atado. Hoy uno elige un representante, y el tipo tiene 4 años para hacer y deshacer a su gusto, este... y no tenemos los mecanismos para decir...no loco nosotros te votamos para esto, no para esto otro.](MTR01).

⁴⁷ [en general, digamos, como paradigma aspiramos sí a la justicia social ¿sí? lo cual parece un eslogan pero cuando lo ponés en la práctica te aparecen un montón de cosas que vos ni te las soñabas, eh, apuntamos un poco al laburo comunitario, al laburo responsable, al respeto y adquirir como otra forma otro trato en las relaciones humanas entre los compañeros ¿no?, hay como una especie de degradación de lo que son las relaciones humanas, eh, mucha violencia, eh este maltrato, y una cosa que para la gente pasa a ser común, ¿verdad?, es decir es lo mismo hacerte un cariño que decirte una puteada por ejemplo, ¿sí? Entonces, este, bueno, tratamos sí que ese tipo de cosas vayan, este vayan adquiriendo como otra forma de hacer las cosas, ¿no?...pero cuesta esto del grupo y de la relación y de armar una cosa que a su vez sea produzca algo y ese producto sea una cosa, una buena cosa digamos, un buen resultado, entonces cuesta, cuesta nosotros acá en el barrio ya hace, va a hacer tres años que estamos trabajando con un grupo que se ha mantenido, si hay mucha gente que se fue, otra que se incorporó pero hay un grupo básico que se mantuvo y ese grupo que es alrededor de veinte son los que han adquirido por ahí, otra forma de hacer las cosas, por lo menos mientras estamos juntos ¿no?](UniDHos01).

⁴⁸ [esa es nuestra lucha, esa es la lucha de UniDHos, donde todos tengamos un buen trabajo, donde todo tengamos... como te puedo decir, donde todo sea más equitativo, que en el día de mañana sea más equitativo para todos, no como se dice, que la plata se llevan un montón, un poquito, y los que están abajo, quedan abajo nomás](UniDHos02).

⁴⁹ [a ver dentro de este sistema ... a esto que yo le llamo el capitalismo, eh, el trabajo mmm....sería lo que, el trabajo nuestro, de los pobres, de los más excluidos y de los trabajadores calificados y ésto sería el sustento del capitalismo, eh, eso por un lado, ¿no cierto?, como cosa ideológica del capitalismo no es factible si no hay explotación de los trabajadores, ahora por otro lado, eh, necesitás el trabajar para vivir es decir más allá de la dignidad de cada quien de ganarse su sustento, este el...el trabajo es lo que hace que uno plasme en esa acción en esa actividad lo que uno es, a veces uno tiene la suerte de elegir en que va a trabajar y otras tiene que agarrar lo que haya digamos y como venga y bajo las condiciones que sean, entonces bueno, yo creo que en una sociedad un poco más justa digamos el trabajo debería ser una alegría y no un sufrimiento como lo es en este momento, ¿no?](UniDHos01).

⁵⁰ [nosotros creemos que si hay algo que expresa lo que fue el neoliberalismo y la derrota cultural que sufrimos es precisamente los valores. Una de las pautas que sostiene el modelo está dado precisamente en la cultura, ¿no?, que adaptaron solamente para sus intereses, a la economía, y la legislación y la represión, y también una cultura, una moral basada... que es lo que permite que hoy venga Cavallo y nadie le meta un tiro en la cabeza, viste, y bueno, "Si, que vuelva", viste. NO ENGAÑA A NADIE, viste, ni a los que tiene al lado. O que se hable de corrupción, de robo y demás y, si... está naturalizado, digamos.]

entre personas que intercambian bienes o servicios, organizar el “estar juntos” requiere, como primer paso, la definición de formas de equidad e igualdad radicalmente diferentes a aquellas según las cuales se intercambian mercancías y se reparan perjuicios.

En segundo lugar, y en relación a la última afirmación del párrafo anterior, fuertemente ligado a la noción de *justicia social*, se encuentra el par de categorías *dignidad-persona*⁵¹. Esta apelación a la dignidad humana o la humanidad en sí, es el fundamento último que organiza los discursos, en momentos en que su estatus cívico es constreñido. De esta manera, el término “humano” u “hombre” cumple el papel del universal opuesto a lo particular del ciudadano. “Ser pobre no significa ser otro tipo de persona” es el registro de la violencia de los niveles de ciudadanía, de la ilegitimidad de fragmentar y dividir “lo humano”, y de la proposición de una nueva dimensión igualitaria.

Las implicancias polémicas de colocar en la dualidad hombre vs. ciudadano se manifiestan en la exigencia del respeto a la *dignidad humana*. Oponer el *hombre* al *ciudadano* implica una estrategia de develamiento de la fractura entre realidad e ilusión que visibiliza el carácter privativo de la ciudadanía, en cuanto excluye del reino de los derechos —la ley—, o en definitiva, de la igualdad ciudadana, a parte de la población. Lo que se registra en esta acción es la pérdida de identidad entre ambos términos —otrora conciliada en la noción de *justicia social*.

Finalmente, este discurso centrado en la justicia social, que marca el camino de las luchas en su etapa inicial, da paso en un momento inmediato posterior, a una comprensión que incorpora nociones de *cambio social*. La realización de aquella justicia social y dignidad personal requiere indefectiblemente una metamorfosis de las reglas de juego para todos⁵², y no “parches” provisorios, parciales, superficiales⁵³. Es esta visión del todo social lo que las luchas son capaces de imaginar y proyectar.

⁵¹ [Bueno se habla de un 20% de desocupación, bueno ese 20% está ahí cortando el puente Pueyrredón, o la ruta 88, o acá la ruta 9. Este... cuando se habla de que en el país se mueren 100 pibes por enfermedades vitales, por desnutrición, por condiciones de vida que no son las adecuadas viste... fallecen menores de un año 100 por día, ahí es cuando van los compañeros a los piquetes con los chicos, lo que sea, bueno, ahí estamos, dejan de ser número para tomar cuerpo, más allá de que a muchos no les guste ver la realidad así tan de frente, bueno eso es recuperar la dignidad. Ser pobre no significa ser otro tipo de persona...](MTR02).

⁵² [y del cambio social, que es la otra consigna fundante del movimiento, es precisamente para lograr todo esto, el trabajo genuino para todos, la distribución igualitaria de la riqueza, la recuperación de la dignidad como persona, no la vamos a lograr desde un marco como el que está ahora, sino que tiene que haber un cambio que tiene que ser muy profundo en la sociedad.](MTR02).

⁵³ [hay que cambiar las cosas, no hay que parcharlas más, 1.000, 2.000 o 10.000 obreros no pueden ser los que, los que sufren en una fábrica para un puñado de 5 o 10 que son

Si hasta el momento las luchas se habían pensado y erigido en búsqueda de la satisfacción de demandas en escenas locales fragmentadas, ahora se las repiensa en relación a un marco más amplio que es el de la sociedad en su conjunto. Esta reconsideración de los contextos de la lucha implica también una reformulación de los objetivos y los tiempos. En relación a los objetivos, si bien se sigue manteniendo el lenguaje de la justicia y los derechos, ahora ellos inscriben en un marco de realización que exige la transformación por completa del sistema. Conforme a ello, los plazos de las luchas se replantean en un doble horizonte: el inmediato, que tiene que ver con acciones presentes que preparan y organizan las acciones del futuro; y el de largo plazo, que está dirigido por el objetivo claro de cambio social.

Fraguadas al calor de las prácticas y envueltas en la cotidianidad de su existencia, surgen y se construyen las visiones sobre la dirección —más o menos radical, según los movimientos— en que debe orientarse la transformación⁵⁴. Se trata de apropiarse del futuro, de reclamar control sobre él⁵⁵, y de autodefinirse como sujetos colectivos legitimados para reclamar la apertura de un orden social que se manifiesta clausurado.

los dueños de la fábrica. Eso hay que cambiarlo. Va a tener que pasar a ser los dueños, los 1.000 o 10.000, los dueños de esa fábrica. Después ¿como lo harán? Y como lo hacen todos los días. Todos los días los que entran a trabajar, producen y saben, son los obreros. Por lo tanto, no es que van a inventar algo. Tendremos algunas resquicias por ahí hasta que todo lo que administrativo que por ahí no lo dominamos, lo vamos a hacer. Pero para eso también están los jóvenes que salen de las universidades que siempre nos han dado una mano y que siempre han estado dispuestos, siempre... nosotros hoy vemos a la juventud con muchas ganas de cambiar, CON MUCHAS GANAS DE CAMBIAR.] (CCC01)

⁵⁴ [Nosotros en un primer momento nos planteábamos dos ejes, la lucha contra el hambre y la desocupación, no, como organización territorial. Este, veíamos que esos eran los dos problemas esenciales que teníamos en el territorio los compañeros y la necesidad de organización desde una visión de poder popular. El poder popular nosotros lo entendíamos como que, no solamente teníamos que depender del Estado, sino que desde el mismo territorio nosotros podíamos ir solucionando algunos problemas que, o por lo menos los problemas más importantes que se nos presentaban en el barrio. Nosotros nacemos como una organización de lucha, principalmente, de las llamadas piqueteras en ese momento... y bueno, eso básicamente son nuestras dos primeras, este, nuestras dos primeras consignas con lo de poder popular](BDP01).

[acá la lucha es este tratar de construir una sociedad más equitativa, lo cual es muy difícil este, muy duro porque, eh, bueno el capitalismo es un pulpo, no solo acá es internacional, es el planeta y bueno, entonces acá estamos en esta historia ya a los 48 años imaginete y las que tengo que pelear todos los que me quedan de vida y que no voy a ver la sociedad más equitativa, esa la tengo clara, pero sí creo que con el trabajo cotidiano nosotros podemos ir plantando semillitas y ayudando a otros a que se organicen y vivan, intenten por lo menos vivir de una manera más digna ¿no?] (UniDHos 01).

⁵⁵ [hoy en día vos vas por la calle y ves chicos de cinco, seis, siete años, limpiando vidrios, pidiendo monedas...y hay una frase que nos dijo Argentino Luna...en un festival..."Yo no voy a dejar que un puñado de bastardos robe las ilusiones de los argentinos"...porque

De esta manera, la experiencia de desigualdad, es decir, de des-ciudadanización, no se vive desde un lugar de victimización, “figura última de quien está excluido del logos, munido únicamente de la voz que expresa la queja monótona, la queja del sufrimiento desnudo, que la saturación ha hecho inaudible” (Rancière, 1996: 156). Nuestros entrevistados no se limitan a hacer visibles el sufrimiento y las consecuencias negativas de su situación (hambre, enfermedad, analfabetismo, desocupación, discriminación, etc.); más bien, antes de unirse en la tragedia, propone unirse en la lucha por proyectos posibles, aunque sin desconocer que son víctimas de algo.

Conforme a ello, ciudadano es aquel sujeto que, exigiendo el respeto de su condición humana, fundamento último de igualdad cuando las demás garantías se ven constreñidas, puede reclamar tal desbarataje de seguridades, atacar su discrecionalidad y sus consecuencias, dar razones de ello y elegir los espacios para hacerlo. A él/ella le compete discutir cuestiones de justicia social, organizar la vida común, y pensar las direcciones de los cambios sociales. Impugnando las nociones clásicas y mercantilizadas de la ciudadanía, esta es la redefinición que los movimientos dejan ver en sus discursos y prácticas y, es al mismo tiempo, el estatus que se dan a sí mismos.

Para estas luchas surgidas de la distancia con el ciudadano plasmado en los textos constitucionales, los derechos no son aquellos atributos ilusorios de un sujeto social ideal, “es el argumento de la distorsión” (Rancière, 1996: 116). En consecuencia, ellas se entienden dentro de un nuevo lenguaje ciudadano que se enmarca en el “derecho a tener derechos”, pero que se permite pensar los derechos en términos de acción y proyección política.

Consideraciones finales

Las luchas sociales emergidas de las desigualdades, en tanto manifestación de la “distorsión”, nos abren un abanico de posibilidades de reflexión que no se agota en la particularidad de su experiencia. Ellas actualizan e impulsan una serie de debates que sugieren nuevas líneas de investigación empírica y teórica.

así, imagínate esos chicos de seis y siete años limpiando vidrios, no solamente le robás la infancia, le robás los sueños, le estás robando el futuro porque son los “futuros delincuentes urbanos” como le llaman los políticos...yo tengo dos hijos...tengo un varón y una nena...y yo no quiero que mi hijo tenga doce, trece años y ande limpiando vidrios...o mi hija ande prostituyéndose para tener un mango...o no sé...es mi forma de ver y hacer mis cosas...por eso yo lucho por tratar de (...) cambiar toda esta situación es algo duro pero no imposible, ¿no es cierto?...porque nada es imposible en la vida cuando uno se lo propone y hay unión....yo pienso que si acá la gente se daría cuenta...y realmente quiere, esto cambiaría.] (PO03)

En primer lugar, estas luchas nos hacen ver que las consecuencias de una transformación social y económica como la que operó en la década anterior en Latinoamérica, se hace sentir profundamente en la multiplicidad de la experiencia humana, y pone en jaque el buen funcionamiento -o la autonomización- de las instituciones políticas democráticas. La consolidación de la democracia en la región en la década de los 90' es más un ideal que una realidad manifiesta, ya que la "democracia social" fue profundamente cercenada. Estos procesos son los que imprimen características particulares a los reclamos de des-ciudadanización que se encienden desde las luchas en los márgenes.

Elas nos conducen a repensar, en segundo lugar, aquellas concepciones que tienden a separar la condición de ciudadanía y las condiciones de clase, género, etnia, sexuales, religiosas, etc. La ciudadanía, como poderoso dispositivo de igualación de individuos, permite ocultar o poner fuera de su alcance -es decir, en el ámbito de lo privado- las relaciones de dominación y explotación en esos otros ámbitos. En otras palabras, las pautas igualitarias que se asientan sólo en una dimensión, política o civil en el caso de una ciudadanía de corte liberal, implican la aceptación de las desigualdades en las otras dimensiones. Ciudadanía y conflicto no pueden pensarse como dimensiones ajenas una de la otra.

Por último, las luchas ponen de manifiesto que la ciudadanía vivida desde los márgenes se vuelve tanto una categoría siempre abierta a procesos de re-definición como el lugar que habilita esos procesos. De esta manera, las luchas le han quitado su origen eurocéntrico y su condición de mero estatus jurídico, y a partir de allí, se han permitido apropiarse de ella, dotándola de una radicalidad particular que les permite politizar sus contenidos y alcances. En este ejercicio, dan cuenta de que es el problema de la democratización del poder lo que está en constante disputa. Así, frente a cualquier intento de privatización de su condición, las luchas reconstruyen el espacio político como aquel lugar en donde se discuten y dirimen los mecanismos de inclusión.

Bibliografía

ALONSO, A. (2008). "Exclusión y diálogo en la confrontación de hegemonías. Notas sobre la relocalización de influencias en el campo religioso latinoamericano." En A. ALONSO, *América Latina y el CAibe. Territorios religioso y desafíos para el diálogo* (págs. 15-40). Buenos Aires, Argentina: CLACSO.

BAUDRILLAR, J. (1970). *La société de consommation. Ses mythes, ses structures*. Paris, Francia: SGPP.

CEPAL. (Noviembre de 2007). "*Panorama Social de América Latina*". Recuperado el 1 de Noviembre de 2008, de CEPAL: <http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/5/30305/P30305.xml&xsl=/dds/tpl/p9f.xsl&base=/dds/tpl/top-bottom.xsl>

- CIMADAMORE, A.; EVERSOLE, R. y MCNEISH, J. (2006). *Pueblos Indígenas y Pobreza. Enfoques Multidisciplinarios*. Buenos Aires, Argentina: CLACSO.
- CIRIZA, A. (1999). "Democracia y ciudadanía de mujeres". Encrucijadas teóricas y políticas. En A. BORÓN, *Teoría y filosofía política*. Buenos Aires, Argentina: CLACSO-EDEBA.
- CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO. (Noviembre de 2008). *Informe 2008*. Recuperado el 2 de Noviembre de 2008, de Latinobarómetro: http://www.latinobarometro.org/docs/INFORME_LATINOBAROMETRO_2008.pdf
- FITOUSSI, J.P.; ROSANVALLON, P. (2003). *La nueva era de las desigualdades*. (H. Pons, Trad.) Buenos Aires, Argentina: Manantial.
- FOUCAULT, M. (2007). *Seguridad, territorio, población* (2006 ed.). (H. Pons, Trad.) Buenos Aires, Argentina: FCE.
- JELIN, E. (comp) (1989). *Los Nuevos Movimientos sociales*. Buenos Aires, Argentina: Centro Editor de América Latina.
- LAZZARATO, M. (2000). "Del biopoder a la bipolítica". Recuperado el 29 de Octubre de 2007, de Revista Multitudes: <http://www.brumaria.net/textos/Brumaria7/07mauriziolazzarato.htm>
- MERKLEN, D. (2005). *Pobres Ciudadanos. Las clases populares en la era democrática (Argentina, 1983-2003)*. Buenos Aires, Argentina: Gorla.
- PECHENY, M.; FIGARI, C. y JONES, D. (2008). *Todo sexo es político. Estudios sobre sexualidades en Argentina*. Buenos Aires, Argentina: El Zorzal.
- RANCIERE, J. (1996). *El desacuerdo. Política y Filosofía*. Buenos Aires, Argentina: Nueva Visión.
- RANCIÈRE, J. (2006). *El odio a la democracia*. Buenos Aires, Argentina: Amorrortu.
- SEN, A. (2002). ¿Por qué la equidad en salud? En *Revista Panamericana de Salud Pública* (Nº 5-6, págs. 302-309). Washington, Estados Unidos: PAHO.
- STROMQUIST, N. (2002). "Pobreza y escolaridad en la vida de las niñas y mujeres de América Latina". En *Educación de adultos y desarrollo* (Nº 59). Bonn, Alemania: Instituto de la Cooperación Internacional de la Asociación Alemana para Educación de Adultos.
- SVAMPA, M. (2005). *La sociedad excluyente. La Argentina bajo el signo del neoliberalismo*. Buenos Aires, Argentina: Taurus.
- SVAMPA, M. (2008). *Cambio de época. Movimientos sociales y poder político*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI Editores.
- TILLY, C. (2000). *Mechanism in political processes*. Estados Unidos: Columbia University.



LA GOBERNANZA REGIONAL Y EL DILEMA NORMATIVO DE LA LEGISLACIÓN PROVINCIAL DE LA REGIONALIZACIÓN EN CÓRDOBA (LEYES N° 8864/00 Y 9206/04)¹

*Martha Diaz de Landa*²

Resumen: Objetivo de transformación explícita en la normativa de la regionalización de la Provincia de Córdoba, es el cambio de la vieja gobernanza fragmentada y centralizada por una nueva gobernanza cooperativa y descentralizada. Los resultados observados del proceso de regionalización hasta el momento, parecen más dependientes de las características de la gobernanza pre-existente, reticente a la incorporación de los objetivos legales. La paradoja que se plantea a la luz de la debilidad de este proceso es que, desde los poderes públicos, dicho proceso se pretendió viable, factible y fortalecido por la existencia de un cuerpo normativo legislativamente sancionado (leyes n° 8864/00 y 9206/04). En este artículo pretendo profundizar sobre el tipo de legislación emergente dirigido a la regulación de procesos abiertos, entre actores con un grado importante de autonomía: ¿cuál es la capacidad sancionatoria de la normativa? ¿Cuál es su relevancia jurídica para resolver los problemas de no-cooperación? ¿En qué medida facilita la coordinación del sistema de actores que viabilice la gobernanza regional superadora de la gobernanza fragmentaria y localista? El sistema jurídico provincial ha reservado sus normas de mayor capacidad sancionatoria y relevancia jurídica para operar como recurso de defensa de los intereses locales, de la autonomía municipal/comunal, de la facultad en consecuencia de los gobiernos locales de participar o retirarse de la acción colectiva que supone la construcción regional, abriendo un amplio margen de discrecionalidad para la acción local. Este es el dilema normativo que se genera frente a problemas territoriales de envergadura, cuya solución parece inevitablemente depender de la construcción de espacios regionales de cooperación.

Palabras claves: Regionalización - Gobernanza - *Soft law* - Coordinación Política - Regionalization - Governance - Political coordination

¹ El artículo se enmarca en las actividades programadas por el proyecto de investigación “GOBERNANZA REGIONAL EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA: ANÁLISIS POLÍTICO, CULTURAL Y DE REDES EN ESTUDIOS DE CASOS”. Subsidio bi-anual. Secyt-UNC, 2008 y 2009.

² Abogada, Especialista en Sociología, Doctora. en Derecho y Ciencias Sociales, UNC; Posdoctorado en el Departamento de Sociología, The University of Chicago, Profesora Titular de Sociología Jurídica y actual Directora de la Maestría en Sociología, Centro de Estudios Avanzados (CEA) y Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Introducción

En trabajos previos (Díaz de Landa, 2008a y b, Díaz de Landa y Massuh, 2008) planteo la relación entre la estructura institucional de los gobiernos locales de Córdoba y las dificultades de ordenar regionalmente el territorio provincial. Concretamente, formulan los mencionados artículos que la provincia de Córdoba (Argentina) se caracteriza por presentar un ordenamiento estatal fuertemente articulado sobre la base de las autonomías locales. La institucionalidad de esta disposición organizacional integra, tradicionalmente, el núcleo ideológico, constitucional, cultural y político que regula como pauta básica el sistema de relaciones político-territoriales de los cordobeses. No es casual, entonces, que las estrategias de regionalización diseñadas por el gobierno provincial —aludiendo a las leyes n° 8864/00 y 9206/04— estén basadas en el acuerdo y, por tanto, en la concurrencia voluntaria de los niveles locales.

En vista a ello, no es posible pensar sino en la constitución de regiones en términos de asociaciones intermunicipales/comunales³ con-

³ LEY 8864 (29-12-1999). APROBACION DEL ACUERDO ECONÓMICO FINANCIERO Y FISCAL ENTRE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA Y LAS MUNICIPALIDADES Y COMUNAS. Artículo 1°. APRUEBASE el acuerdo económico financiero y fiscal suscripto entre la Provincia de Córdoba y Municipios y Comunas, para el fortalecimiento sustentable del régimen municipal y comunal. El acuerdo, compuesto de dieciocho (18) fojas y su Adenda de ocho (8) fojas, integran la presente Ley como Anexo Único.

ANEXO UNICO. Entre la PROVINCIA DE CORDOBA, representada por el Señor GOBERNADOR, Dr. JOSÉ MANUEL DE LA SOTA; y los Señores INTENDENTES y PRESIDENTES DE COMUNA abajo firmantes, comprometen acciones recíprocas de Gobierno con el objeto de promover el FORTALECIMIENTO SUSTENTABLE DEL REGIMEN MUNICIPAL y COMUNAL desde la perspectiva ECONÓMICA, FINANCIERA y FISCAL, con los programas de transformación que se implementen en el corto, mediano y largo plazo; y convienen: XIII. ENTES DE RECAUDACIÓN FISCAL y GESTION. En el marco y de conformidad a las formas jurídicas previstas en las disposiciones del art. 190 de la Constitución Provincial y art. 183 de la Ley n° 8102 (Orgánica Municipal) y sus correlatos de las Cartas Orgánicas Municipales que se hubieren dictado, las partes acuerdan la creación de Entes de Recaudación Fiscal y Gestión, bajo las siguientes pautas: - Las Municipalidades y comunas con menos de 30.000 habitantes conformarán ENTES REGIONALES DE RECAUDACIÓN FISCAL Y GESTIÓN. En Anexo "A" que integra el presente se convienen las regiones que se conformarán. El acta de constitución, y sus estatutos de funcionamiento, se referendarán en un plazo no mayor de noventa (90) días de la firma del presente pacto. - Las Municipalidades con más de 30.000 habitantes, y que hubieran suscripto el presente pacto, se obligan a conformar un Ente de Recaudación Fiscal y Gestión, en sus respectivas jurisdicciones, en las mismas condiciones que aquellas que integren Entes Regionales de Recaudación Fiscal y Gestión, salvo que se decida integrarse a algún Ente Regional.

LEY ORGÁNICA DE REGIONALIZACIÓN DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA. TÍTULO I: DE LA REGIONALIZACIÓN. Regiones. Artículo 1°.- REGIONALÍZASE el territorio de la Provincia de Córdoba sin modificar el actual sistema de Departamentos y, a ese efecto, créanse tantas regiones como Departamentos actualmente existen. Límites Territoriales. Artículo 2°.- ESTABLÉCENSE los límites territoriales de las regiones creadas por el Artículo anterior, en coincidencia con los límites territoriales de cada Departamento, para la

formadas a partir de relaciones de cooperación y dinamizadas mediante acciones colectivas interlocales. En ese sentido, la regionalización está necesariamente condicionada por la tensión entre el poder de los gobiernos locales dado el principio de autonomía y el poder del Gobierno Provincial por su centralidad en el manejo de las finanzas públicas⁴ y por otras competencias provinciales —excluyentes y concurrentes— en el ámbito de las políticas públicas y que —políticamente— inclinan la base de poder hacia el gobierno central (Díaz de Landa y Mazzuh, 2008).

Sin duda, las normativas legales comentadas suponen la conformación de sistemas de acción cooperativos por parte de los actores involucrados en el proceso de regionalización, como condición de la consolidación de las regiones y de la generación y emprendimiento de *estrategias de desarrollo*⁵.

Es decir, que estamos frente a una estrategia normativa en la que la ley es instrumento de inducción de procesos de desarrollo -dinámico, en las aspiraciones de sus propulsores—, supuestamente fundados en sistemas de gobernanza creativa, descentralizada y con amplio margen de autorregulación, si se asume la capacidad de los colectivos para la construcción de consensos y determinación de objetivos de acción comunes.

Sin embargo, los supuestos políticos legalmente instituidos sobre la coordinación de los sistemas regionales no solo están siendo muy débilmente alcanzados sino que, por lo contrario, los actores municipales/comunales han privilegiado acciones individuales, de específico impacto en sus respectivas jurisdicciones, en detrimento de acciones colectivas dirigida a objetivos comunes al sistema regional⁶.

descentralización de competencias y demás fines previstos en el Artículo 175 de la Constitución Provincial. **TÍTULO II. DE LAS COMUNIDADES REGIONALES. Reconocimiento. Artículo 3°.- RECONÓCESE**, en cada una de las regiones creadas conforme al Artículo 1° de la presente Ley, una COMUNIDAD REGIONAL, con los fines, organización y modalidades que este plexo legal establece. **Integración. Artículo 6°.- PODRÁN integrarse** a la Comunidad Regional todos los Municipios y Comunas comprendidos dentro de la Región. La integración será absolutamente voluntaria y la decisión de la Municipalidad o Comuna de integrarse a la Comunidad Regional deberá ser dispuesta por Ordenanza Municipal o Resolución de la Comisión Comunal. También podrán participar de la Comunidad Regional, cuando por resolución de sus cuerpos orgánicos así lo dispongan, los representantes de los Consejos de la Sociedad Civil con asiento en la Región.

⁴ Situación de la que fuertemente dependen municipalidades y comunas por la concentración de recursos fiscales en los niveles centrales —provincial y nacional—. (Díaz de Landa, 2007)

⁵ Los críticos del desarrollo regional sustentado en las ideas de la competitividad y la consolidación, refieren a las estrategias de *desarrollo inteligente* para designar propuestas de construcción de regiones basadas en la lectura crítica de las experiencias de transformación del capitalismo avanzado, pragmática y sensible al contexto.

⁶ Del intento de regionalización bajo la ley n° 8864/00, el único resultado fue la reprogramación del pago de la abultada deuda que los gobiernos locales tenían con la Provincia y el

Objetivo de transformación explícita en la normativa de la regionalización es el cambio de la vieja gobernanza fragmentada y centralizada por una nueva gobernanza cooperativa y descentralizada. Los resultados observados del proceso de regionalización hasta el momento, parecen más dependientes de las características de la gobernanza pre-existente, reticente a la incorporación de los objetivos legales, jugando la normativa -a partir del interés de los actores- como un elemento de freno más, a la construcción de una nueva gobernanza regional.

La ley juega, en el sistema de actores concretos que se constituye en las propuestas de regionalización, como recurso de defensa de intereses locales, de la autonomía municipal/comunal, de la facultad —en consecuencia— de los gobiernos locales de participar o retirarse de la acción colectiva que supone la construcción regional, abriendo un amplio margen de discrecionalidad para la acción local.

En dicho margen de discrecionalidad se impone, por lo visto en los análisis realizados, la vieja modalidad de gobernanza de las relaciones entre los gobiernos locales y de éstos con el gobierno provincial. En este sentido, las leyes que pretenden operar como impulsoras de nuevas formas de gobernanza, se sustentan en un sistema de estímulos cuya efectiva aplicación es altamente dependiente de la acción cooperativa de los gobiernos locales y del rol de agente propulsor asumido por el gobierno provincial.

Varios trabajos previos dan cuenta de la relativa -o mejor dicho, débil- materialización de tales supuestos, tanto en el estudio del papel de las relaciones intergubernamentales horizontales en la coordinación sociopolítica propuesta en los diseños legales de regionalización (Díaz de Landa, M. 2002, 2003; Díaz de Landa, M. y A. Gigena, 2002; Díaz de Landa, M. y M. C. Parmigiani de Barbará, 2004; Parmigiani de Barbará, M. C., 2005, 2006), como en el análisis de la centralidad del papel del Gobierno Provincial y, por tanto, la incidencia de las relaciones intergubernamentales verticales en el proceso de coordinación regional (Díaz de Landa, M.; A.C. Massuh, 2008). Por tanto, el avance de la regionalización no solo se ve condicionado por el accionar de los propios gobiernos locales sino también por la deficiente atención proveniente desde el gobierno provincial.

La paradoja que se plantea a la luz de la debilidad de este proceso es que, desde los poderes públicos, dicho proceso se pretendió viable, factible y fortalecido por la existencia de un cuerpo normativo legislativo-

saneamiento de las finanzas locales. Mientras, la regionalización debió esperar. Bajo la ley n° 9206, el único resultado concreto de la normativa legal es el avance en la definición de los radios municipales/comunales, sin que ello necesariamente implique ventajas para la consolidación de la acción colectiva regional.

mente sancionado (leyes nº 8864/00 y 9206/04). Pero los mismos gobiernos implicados –gobierno provincial y gobiernos locales- obstaculizan o al menos lentifican el proceso de regionalización. El interrogante, que por tanto se derivó de esta problemática, pregunta sobre ¿cuál es la importancia de la legislación sobre la regionalización para regular la coordinación de jurisdicciones políticas relativamente autónomas entre sí? Esta cuestión se desarrolló en Díaz de Landa, 2008.

El objetivo en el mencionado trabajo fue exponer acerca de la relación entre legislación y el proceso de generación de nuevos espacios de regulación socio-política –esto es, la regionalización del territorio provincial-. Tal propósito exigió comprender la construcción jurídico-política de la gobernanza regional en la provincia de Córdoba.

En este artículo pretendo profundizar sobre el tipo de legislación emergente dirigido a la regulación de procesos abiertos, entre actores con un grado importante de autonomía institucionalmente sostenida⁷ y con el propósito de construir nuevos espacios de ordenamiento territorial. Este objetivo político adquiere especial relevancia en tiempos de cambios conceptuales que suponen el paso de la noción de *gobierno* a la de *gobernanza*, y sobre los cuales los análisis políticos y sociológicos advierten acerca de que la ley parece haberse vuelto un proyecto frágil, cuando se contrasta con la importancia a ella adjudicada dentro del llamado Estado de Derecho, Estado Social Intervencionista y Estado de Bienestar⁸.

Las nuevas orientaciones de las legislaciones como mecanismo de regulación del hacer respecto a la *cosa común* y que involucran como actor necesario al Estado, aunque en tanto tal no excluyente y en cooperación/competencia/conflictividad con otros actores -no estatales—, han surgido —se dice— para superar las insuficiencias del orden legal gubernamental tradicional. En ese sentido es útil la referencia de Trubek and Trubek (2007) sobre que las nuevas orientaciones de la regulación legal —tanto dirigida al ámbito social, económico como político— se comprende en el contexto actual de replanteo de las formas tradicionales de los sistemas de orden y mando (gobierno). Tendencia que concentra la atención de sociólogos,

⁷ Si bien su legitimidad se sustenta en gran medida en su legalidad, ésta tiene fuerza –al menos en término de expectativas- por la sanción social y cultural que opera como freno frente a cualquier intento de ignorar el estatuto de autonomía. Se entiende, por tanto, que la autonomía se sostiene legal, social y culturalmente por lo que políticamente no es reductible a amenazarla abierta u ostensiblemente.

⁸ Numerosos teóricos vinculan la débil confianza contemporánea en la ley o su indeterminación, como principio de articulación política, social y económica, a los procesos de globalización, privatización, descentralización y de desregulación de amplias cuestiones sociales que concluyen en el debilitamiento del sistema estatal de coordinación/regulación social y que lleva a plantear la idea de la “sociedad contractual”.

politólogos y juristas y que ha dado a llamarse el paso de los esquemas de gobierno a los sistemas de gobernanza⁹.

En ese marco, se trata de comprender la relevancia política y jurídica de ordenamientos normativos reconocidos bajo la denominación de *soft law* y su pertinencia en sistemas de gobernanza, comparativamente a la calificada en términos de *hard law*¹⁰. En esa dirección, presento en la Sección I los contrastes entre estas dos modalidades normativas; la Sección II centra su atención en la *relación gobernanza, soft law y nuevo regionalismo*; y la Sección III avanza sobre la interpretación de la regionalización en Córdoba como una situación que reproduce la tipicidad de emergencia de formas de regulación *soft*.

1. *Soft Law* o Derecho Indicativo, frente al *Hard Law* o Derecho Imperativo.

En el marco del estado moderno, la política pública es básicamente un instrumento legal que ordena el rol del estado, supuestamente bajo el régimen del estado de derecho, afianzando su previsibilidad y control (Díaz de Landa, 2007). Por tanto, la política pública es un ordenamiento de las relaciones sociales en función de un objetivo y procedimiento definido, con expectativa de vigencia y obediencia, sea que se la adopte como instrumento tanto de reproducción como de cambio social.

Es así que las políticas públicas buscan mediante la ley –dado su carácter de dispositivo estatal– el cumplimiento de órdenes que dotan a determinados sujetos de derechos y facultades y/o les imponen obligaciones o restricciones a su acción; o bien, constituyen o reconocen sujetos a quienes otorgan capacidad de generar relaciones jurídicas válidas y por tanto socialmente exigibles. Las políticas públicas son por tanto, en última instancia, herramientas jurídicas.

La exigibilidad normativa de las relaciones esperadas o constituidas, a partir de la sanción legislativa de las políticas públicas, es mutua o recíproca entre el estado y la sociedad. En este sentido, y por la estructura lógica del sistema legal, cuentan no solo las disposiciones explícitas de las

⁹ Una revisión sistemática respecto a “gobierno”, “governabilidad” y “gobernanza” se realiza en Mazzalay, Víctor (2008) *Estructuras de Gobernanza en el desarrollo local-regional*. Tesis Doctoral. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Cuyo (en evaluación). Dirección de Tesis: Martha Díaz de Landa

¹⁰ Tanto la literatura jurídica, como política y sociológica han conservado en sus textos en español estas designaciones en el idioma inglés, aunque explícita o, por el contexto de sentido, los textos dan a entender el significado atribuido a estos términos.

políticas públicas, sino también las implícitas y sus respectivas consecuencias normativas¹¹.

Contextualizada a partir de nuestro objeto de análisis, una cuestión importante es: ¿hasta qué punto la política de regionalización puede imponer sus mecanismos de coordinación y en ese sentido qué función, si hay alguna, pueden jugar las sanciones para asegurar los objetivos acordados? Por otra parte, ¿cuál es la efectividad de las leyes que carecen o tienen un débil carácter vinculante, como parece ser la legislación de regionalización sancionada en la Provincia de Córdoba?

Con el propósito de encontrar respuesta a tales interrogantes, revisé experiencias, análisis y propuestas de normalización/normatividad vinculadas a una perspectiva constructorista de espacios regionales, independientemente de los ámbitos estaduales involucrados (locales/provinciales, nacionales, internacionales). Resultado de dicha revisión es el informe que sigue.

El término *soft law*, si bien procedente de los EE.UU. para denominar instrumentos jurídicos que no son obligatorios¹², se ha generalizado en su uso y difundido desde el ámbito de las relaciones internacionales y comunitarias europeas, para aludir precisamente a normas derivadas de acuerdos entre gobiernos que carecen de fuerza legal y por tanto se trata más de *normas indicativas* que de *normas imperativas* (jurídicamente obligatorias)¹³.

No sorprende la recepción que dicho término (*soft law*) ha tenido y tiene en la Unión Europea mediante una variedad de mecanismos normativos: códigos de conducta, declaraciones, comunicaciones, guías/orientaciones, notas, circulares con objetivos que se resumen principalmente en las siguientes funciones:

- recomendar, recordar, o reforzar el logro de finalidades o propósitos no alcanzados;
- introducir innovaciones institucionales o cambios en actividades sociales;

¹¹ Es decir, selección y emergencia de relevancia jurídica de otras normas del sistema, que de otro modo no se activarían, sea por interpretación o por reconocimiento expreso del marco legal de la política pública de la que se trate. Por ejemplo, leyes de protección ambiental pueden limitar el derecho de propiedad de empresas susceptibles de control por contaminación ambiental.

¹² Como, por ejemplo, acuerdos interinstitucionales que influyen en actos legislativos o los actos no vinculantes de las instituciones que los tribunales de Justicia pueden considerar para interpretar los actos imperativos, según Texto: *Soft law*, Boletín terminológico nº 15 de la Plataforma Internet del Parlamento Europeo, http://www.europarl.europa.eu/transl_es/plataforma/pagina/celter/bol15.htm (fecha: 3-6-1999).

¹³ Snyder, 2005.

- complementar o apoyar la efectividad de las leyes “duras” o *hard law*;
- sustentar políticas públicas de difícil desarrollo legislativo, aún cuando sancionadas por actos legislativos.

Particular relevancia adquiere esta última función, a los fines del presente análisis cuando, incluso fuera del ámbito de las relaciones internacionales, se plantea la identificación del *soft law* con la noción de ley modelo o guía legislativa. Aunque la categoría “*soft law*” ha sido objeto de especial elaboración en el campo del Derecho Internacional eso no significa que se halle ausente en otras ramas del Derecho: desde el derecho privado hasta otras ramas del Derecho Público (Ruiz, 2000; Delmas-Marty, 2004; Foy Valencia, 2004; del Toro Huerta, 2006; Calderón Carrero, 2006; Valdés Dal-Ré, F., 2007)

Así pues, en origen, el *soft law* no describiría una realidad existente únicamente en el ordenamiento jurídico internacional. Sin embargo, ha sido en esta disciplina donde inicialmente el término fue acogido doctrinalmente y sobre el que se han desarrollado los más amplios y numerosos debates. Debemos advertir que la expresión (*soft law*) no ha encontrado un significado unívoco. En efecto, por un lado se utiliza en relación a instrumentos heterogéneos en los que suelen concurrir dos elementos, el carácter no jurídicamente vinculante –si bien por factores diversos– y una cierta relevancia *jurídica*. Así en relación con resoluciones no vinculantes de organizaciones internacionales, instrumentos de actores no estatales y los denominados acuerdos *no normativos*. Por otro lado, encontramos la expresión referida al contenido de instrumentos, bien jurídicamente vinculantes (*legal soft law*) o no (instrumentos entonces, *doblemente* “soft”). En conjunto se aprecia que la expresión se aplica a instrumentos cuya juridicidad es dudosa o cuya fuerza vinculante es débil o se cuestiona.

El Derecho “*soft*”, esto es, no susceptible de ejecución forzosa, no se considera como un fenómeno patológico ni disfuncional (no es una *lex imperfecta*), sino como algo necesario e idóneo en determinados contextos que, por su flexibilidad, puede desplegarse allí donde el *hard law* no puede ni osa aventurarse¹⁴. El *soft law* no sólo es “necesario” en función de determinadas circunstancias (*soft law* como función promocional o como normas de aspiraciones), también puede ser “idóneo” para afrontar ciertos problemas y, como tal, ser una elección consciente.

¹⁴ No puede perderse de vista la observación de que la creación y sanción de los ordenamientos legislativos y sus subsecuentes modificaciones son procesos marcadamente políticos (Abbott, K.W., Keohane, R.O., Moravcsik, A., Slaughter, A.-M. and Snidel, D., 2000: 419).

En términos de Abbot y Snidarl (2000: 421-22), *hard law* engloba disposiciones legales, obligatorias (dotadas de naturaleza imperativa) que constituyen normas precisas o susceptibles de serlo por adjudicación o regulación reglamentaria, que explícita o implícitamente se delega en una autoridad su interpretación o su implementación. Por tanto, según estos autores, estamos en presencia de *soft law* cuando se debilita ya el cumplimiento de la obligación, la precisión de su interpretación o la delegación de esta función. Corresponde por tanto decir que se trata de normas a las que les falta uno de los elementos tipificantes de las normas jurídicas, el efecto o consecuencia jurídica, o sanción. Es precisamente el carácter de vinculante –por sancionatorio– el que marca la diferencia entre *hard* y *soft law*.

En un documento temprano sobre el tema, el boletín terminológico nº 15 de la Plataforma Internet del Parlamento Europeo (1999)¹⁵, se hace referencia al término *soft law* diciendo que el mismo “... puede encontrarse últimamente en algunos textos comunitarios, de cualquier lengua original, no sólo inglesa, con un sentido de derecho de naturaleza incierta, menos vinculante, menos seguro, que se traduce en una armonización ficticia y una transposición aleatoria [de las normas] en los ordenamientos nacionales”.

También el documento antes mencionado, reconoce que las traducciones utilizadas en español (“derecho blando”, “derecho flexible” e incluso “derecho verde”) no parecen expresar con claridad el sentido normativo de estos dispositivos —por lo general acuerdos o arreglos entre los actores involucrados en la cuestión o tema a “normalizar”—, orientados los mismos a inducir, persuadir, recomendar, introducir innovaciones, comportamientos, decisiones, cuya efectividad es de cumplimiento voluntario —no obligatorio— por las partes o actores a los que se dirige¹⁶.

Sin duda que este emergente, dado a llamar *soft law*, ha generado numerosos y encontrados debates sobre su virtualidad normativa, particularmente en la doctrina jurídica (Mazuelos Bellido, 2004). Por lo contrario y en general, politólogos y sociólogos son más proclives a destacar las ventajas de su práctica. Es precisamente en situaciones de gobernanza y

¹⁵ *Soft law*, Boletín terminológico nº 15 de la Plataforma Internet del Parlamento Europeo, http://www.europarl.europa.eu/transl_es/plataforma/pagina/celter/bol15.htm. Documento del 3 de junio de 1999.

¹⁶ Me parece interesante, desde una perspectiva sociológica jurídica, rescatar lo anotado en el documento que se comenta: “Estas normas *blandas, verdes o flexibles* vienen a recuperar para el ámbito jurídico la característica básica de las normas sociales, dotadas de una sanción tácita que sólo supone en mayor o menor medida un descrédito o pérdida de consideración pública del maleducado que las incumple. Los Estados o instituciones que no cumplen lo que recomiendan estas normas sólo incurrir en ese descrédito”. Si bien, se reconoce esto aún en caso de las denominadas legal soft law.

como instrumento de coordinación que se destaca la funcionalidad de la *soft law*.

Por su parte, los críticos principalmente observan que las experiencias de *soft law* constituyen la manifestación de ciertas tendencias a una suerte de “particularización” en la construcción normativa, la que aún bajo la apariencia de decisiones consensuadas como fundamento de su sanción legal obvian controles de cumplimiento normativo mediante una supuesta coordinación horizontal, caracterizada por un grado importante de autorregulación y evaluación mutua. Se crea un margen riesgoso de incertidumbre sobre las definiciones de las obligaciones que afectan a la previsibilidad de las normas. La inseguridad jurídica se agrava aún más por la complejidad de un proceso que se esfuerza por articular perspectivas diversas y armonizar la heterogeneidad de las prácticas internalizadas de los actores involucrados y todo ello sin suprimir la diversidad¹⁷.

Sin dudas no se puede eludir la discusión y contraposición de posiciones que desde el análisis y la reflexión jurídica ponen el acento sobre la relevancia jurídica y más aún el carácter jurídico regulatorio de las normas *soft*. Sin embargo, en este artículo pongo énfasis en la capacidad heurística de esta categoría de normas para comprender el fenómeno de coordinación-regulación en sistemas de actores dotados de un margen de discrecionalidad suficiente como para decidir -o no- su inclusión, continuación, participación en un ámbito de acción colectiva que lo tiene como actor interdependiente con otros, cuyas posibilidades y voluntad de acción no son necesariamente previsibles y por lo general estratificadas. Por otra parte, si bien el problema se posiciona en una intersección de espacios disciplinares, el foco de reflexión se nutre básicamente de la perspectiva sociológica.

En ese sentido, se entiende que los modos de regulación reconocidos como *soft law* se asocian a la existencia, promoción, control y/o cambio de un fenómeno histórico recurrente —y relativamente reciente— en distintas geografías políticas, económicas y sociales de escala internacional, nacional, o local. Me refiero a las situaciones de gobernanza multilateral, y que se expresa también —postulo— en la experiencia de regionalización en la provincia de Córdoba.

¹⁷ Francis Snyder (2005) destaca que el *soft law* puede no tener fuerza legal vinculante pero, no obstante ello, tiene efectos prácticos en la integración europea. En ese sentido, describe que en los años recientes un nuevo sistema normativo formal no vinculante, pero potencialmente importante, ha emergido a través del Método Abierto de Coordinación (OMC). El OMC emplea objetivos no vinculantes y orientaciones para producir cambios en la política pública.

2. La regulación de la gobernanza regional.

La gobernanza regional, atento a las particularidades que manifiesta como espacio de interdependencias reconocidas, a partir de la propuesta legislativa de regionalización de la provincia de Córdoba¹⁸, presenta como cuestión centralmente problemática la coordinación-regulación del sistema de actores para la decisión y resolución de problemas y cuestiones que se definen comunes.

Vista desde esta perspectiva, la gobernanza puede presentar empíricamente grados variados de coordinación-regulación, diversidad de sistemas de actores implicados y diferentes selecciones, definiciones y valoraciones de los problemas o cuestiones que se reconocen comunes al sistema de actores¹⁹.

La variabilidad de manifestaciones (modalidad) que la gobernanza puede presentar, atento a las dimensiones de coordinación-regulación, sistema de actores implicados y problemas o cuestiones a los que los actores adjudican el carácter de comunes, tienen que ver no solo con las características de cada una de tales dimensiones, sino también con la combinación entre ellas, configurando sistemas de gobernanza en particular y singulares.

La dimensión de la coordinación-regulación refiere a la estructura²⁰, extensión²¹ y grado de persistencia²² de sistemas de acción cooperativos resultante de la tensión entre intereses en conflicto, la capacidad

¹⁸ Una descripción de tales particularidades ver Díaz de Landa, 2008b y Parmigiani de Barará, 2007.

¹⁹ Es necesario aclarar que se plantean en la provincia de Córdoba, tantos sistemas de gobernanza como sistemas regionales se han ordenado a partir de la política pública impulsada por las leyes provinciales de regionalización. Las reflexiones y el análisis que informan este artículo derivan de las observaciones de dos conformaciones regionales, que han alcanzado niveles de avance diferentes en el desarrollo de sus acciones de cooperación regional: la comunidad regional de Calamuchita y la comunidad regional de Santa María.

²⁰ Giddens (1991: 215) asume que el término estructura, conceptualmente significa tanto: "1: *principios estructurales* que son principios de organización de totalidades societarias, 2. *estructuras*: conjuntos de reglas-recursos que intervienen en la articulación institucional de sistemas sociales, y 3. *propiedades estructurales*, es decir aspectos institucionalizados de sistemas sociales que se extienden por un tiempo y un espacio." La estructura de la coordinación-regulación que caracteriza un sistema de gobernanza, comprende las tres dimensiones estructurales y estructurantes precisadas por Giddens, que permiten visualizar la gobernanza como una "estructura dinámica".

²¹ A título ilustrativo, referimos a distintos alcances (extensión) del sistema de gobernanza: territorial-espacial (se habla -por ejemplo- de gobernanza transnacional, nacional, local, regional); material (asuntos colectivos, públicos, privados, público-privados, corporativos); actores involucrados (estatales, no estatales, privados, sociales, etc).

²² Permanencia, estabilidad, en el tiempo supuesto por el tipo de sistema de gobernanza que se constituya, sus objetivos y actores participantes. El "tiempo supuesto" es el parámetro de definición de esta dimensión, comprendiéndolo también variable según subjetividades, condiciones de factibilidad y características de los objetivos colectivos propuestos.

de transacción de los actores involucrados y la disponibilidad de recursos (normativos, políticos, económicos, sociales).

Vinculados a la modalidad de la coordinación-regulación están, por tanto, los componentes normativos que la constituyen/definen y, en grado variable, sustentan la legitimidad del sistema de acción condicionando, en consecuencia, su persistencia. Esta cuestión adquiere especial relevancia frente al reconocimiento de la transformación que en general han sufrido las formas de regulación socio-territoriales, de la mano de los cambios (impuestos/difundidos/programados) que se sintetizan en lo que ha dado llamarse el paso de los esquemas de gobierno a los sistemas de gobernanza.

En términos de la distinción entre gobierno (estructura regulatoria y de control jerárquico) y gobernanza, esta última describe una forma de cooperación política que demanda a los actores involucrados (públicos y privados) constante adaptabilidad y habilidades de aprendizaje. Por ello, el éxito de la gobernanza depende de las constantes variaciones de la estructura y combinaciones de los mecanismos de control. De allí el carácter de un proceso abierto y flexible.

Bajo la noción de “gobernanza”, por tanto, se diseñan mecanismos para aumentar la flexibilidad institucional, mejorar la participación, promover la experimentación organizacional, incorporar la deliberación con el intento de fortalecer la legitimidad por consenso de la decisión pública-estatal, y, entre otras funciones, ordenar la dinámica bastante discrecional de las relaciones gubernamentales multinivel.

En muchos casos, tales mecanismos co-existen con formas convencionales de regulación o son orientados desde disposiciones formales. En la medida en que nuevas formas de gobernanza surjan en arenas reguladas por disposiciones y procesos legales convencionales, la presencia de una gama amplia de configuraciones es posible.

La regionalización de la provincia de Córdoba iniciada en 1999, y con modificaciones mantenida hasta ahora –aunque débilmente sostenida, constituye una expresión de lo que se denomina el *nuevo regionalismo*. La concepción del *nuevo regionalismo* se caracteriza por privilegiar —en la estructuración de la región— la gobernanza por sobre el gobierno y la comunicación social sobre la coerción estatal para motivar la agencia intermunicipal y la cooperación entre actores estatales y sociales (James Wesley Scott, 2007)²³. Por tanto, supone la emergencia de sistemas de gobernan-

²³ Advertien, sin embargo, los críticos del Nuevo Regionalismo que éste no es más que la búsqueda de una salida a los problemas de la crisis de gestión que manifiestan los niveles de gobierno municipales (locales) frente a los ambientes cada vez más inestables producto de las tendencias post-fordistas y neoliberales.

za como alternativa a modalidades jerárquicas de coordinación social; las formas de regulación *soft law* por sobre el uso de dispositivos de *hard law*.

Aparte de la composición y legitimación de las redes de actores que el nuevo regionalismo supone activadas para emprender propuestas de desarrollo regional, la gobernanza en este campo está principalmente orientada a la coordinación de acciones estatales con impacto territorial. La gobernanza regional es gobernanza territorial debido a que el principio territorial prevaleciente de las municipalidades como estructura de gobierno está en creciente conflicto con el comportamiento espacial de las poblaciones urbanas y la interdependencia funcional de las ciudades más allá de sus límites

La política de regionalización en Córdoba, pretende mediante su expresión legal impulsar y sostener el desarrollo regional como sustento de desarrollos locales y ampliación de la capacidad estatal para abarcar el ordenamiento territorial de la provincia. Esta generalización del objetivo de la política pública de regionalización, no difumina las importantes diferencias entre las leyes específicas y sucesivas (Leyes n° 8864/00 y 9206/04) que se expresan en cuanto a las estrategias de regionalización que cada una propone (Parmigiani de Babará, 2005, 2006 y 2007).

3. La gobernanza regional en Córdoba y su relación con la regulación legal provincial.

La regionalización en Córdoba, vista desde la noción de gobernanza regional sugerida por las normativas legales que la impulsaron en el territorio provincial, supuso la construcción de un sistema de cooperación entre actores estatales y autónomos (locales y provincial), base sobre la cual se articularían a la acción colectiva regional los actores sociales, económicos y políticos.

Sin embargo, la experiencia del proceso da cuenta que ha predominado el contexto de la norma doméstica local asentada sobre el principio fundamental de la autonomía local y la valoración de los asuntos propios como criterio de interés en la acción cooperativa.

“La realidad muestra que las comunidades regionales, concebidas como “modelo para impulsar el desarrollo armónico y equilibrado del territorio cordobés”, avanzan hacia ese objetivo con la dinámica de un caracol.” (...)
“Superado el cuello de botella financiero y recuperados los recursos coparticipables (en referencia a la crisis 2001-2003), los “caciques” políticos territoriales volvieron a prestar atención a su propio juego de intereses y a mostrarse

refractarios a propuestas institucionales incompatibles con el ejercicio absoluto del poder político propio.” “Así, la ilusión de la integración territorial en comunidades departamentales no logró superar esa instancia y, en consecuencia, este capítulo del denominado proceso de modernización y democratización del Estado provincial quedó anclado en su etapa larval.”

Fuente: Nota del periodista Héctor Brondo en *Noticias*: “Las comunidades regionales, a paso lento” (23/07/07) (<http://www.entemunicipioscba.org.ar>)

El texto citado es categórico en cuanto a la percepción externa sobre el proceso de regionalización y reproduce lo que en particular, a partir de sus propias experiencias, denuncian de un modo y otro los actores directos del proceso. Ilustran al respecto las siguientes expresiones:

A1: *(..) en la comunidad nuestra es muy poco (lo hecho) digamos eh nosotros empezamos la ultima comunidad regional que se formó fue la de Santa María; las otras (comunidades regionales) creo que empezaron un año antes un poco más antes. Nosotros tuvimos muchos problemas (...) para ponernos de acuerdo, todos fue un año. Un problema (...) por algunos intendentes y algunos presidentes comunales que querían estar al frente de esto y bueno fue un poco la discordia hasta que pudimos llegar a un acuerdo y se formó la comunidad regional con dos coordinadores tuvo que ser así ... para que llegara a un acuerdo sino no había... no había forma.*

A2: *Creo que todavía no se ve (la comunidad regional), pero me parece que es la herramienta para el crecimiento. Lo que pasa es que todo esto depende de decisiones políticas. Todavía está en pañales. Yo soy uno de los que está disconforme, por muchos motivos, especialmente el período electoral de año 2007. Pero también tiene que ver con una visión nueva, de no ser tan localista y trabajar en comunidad. Creo que con el tiempo uno va entendiendo que hay que sentarse en una mesa y discutir problemas comunes, que de hecho es muy difícil para una persona que nunca ha participado en ello, sentarse con 24 intendentes más. Hay localidades abiertas y otras cerradas, y que tengan que*

abrirse puede ser complicado. Creo que es una gran herramienta para mejorar la calidad de vida, no tengo duda. (Pero) Está en pañales, a mi me parece que todavía no se hizo nada. El diagnóstico es ese. El tema es que, a las Comunidades Regionales hoy le tienen que bajar todos los recursos que dice la ley, y todo eso no se ha dado. Supongo que tiene que ver con este año electoral y bueno. Pero tiene que pasar, si no pasa esta ley... es lo mismo. Si los recursos los va a seguir manejando la Provincia...esto no va a funcionar, bueno, vemos como lo hacemos solos, que de hecho hay algunos pueblos que ya han abierto esta vía. El ejemplo lo han dado los intendentes más viejos, por esto del localismo. De última, sería una ley más que no va a funcionar. Creo que se va a trabajar fuertemente, aparte tiene que ser así porque no hay más tiempo. Si no, van a terminar yéndose cada intendente y Presidentes Comunales a su pueblo, viendo cómo lo resuelven individualmente.

A3. *En parte si estoy de acuerdo que tratemos problemas comunes como te dije el tema residuos ahora ponerse dentro digamos que sea cabecera la comunidad regional en un solo lado ver de cada uno centrar todo en un solo lado me parece que no porque cada quien tiene su idiosincracia su forma de que está hecha la localidad yo no me puedo semejar a otra localidad; mi localidad tiene una particularidad en especial que en eso se distingue de una u otra localidad, yo la comunidad regional la respeto pero si apuntáramos a temas en particular que nos atañen a todos no.. no juntar todo y decir bueno de acá sacamos todo una sola cosa en eso no comparto*

Entrevistador: *o sea que el criterio ese que se dijo bueno todo el departamento Santa María es una comunidad regional, Punilla, Calamuchita...?*

Sí, sí me parece perfecto pero apuntemos a temas en particular que nos atañen a varias localidades por eso es comunidad regional no que digamos una comunidad regional y que metamos toda la misma si yo no tengo problemas lo mismo que la parte turística la parte de agricultura no veamos porque cada quien tiene su idiosincracia cada pueblo tiene su ..no podemos ir en contra de lo que la gente quiere porque yo creo que estaríamos sobrepasando lo que la gen-

te... porque si la gente decidió vivir en mi localidad no es lo mismo que vivir en ... otra zona por darte un ejemplo ...

A4. (...) *Por los mismos problemas internos de organización de la comunidad: hay desorden, dificultad para confluir, lograr continuidad, ...*

Entrevistador: **Qué aspectos han presentado mayores dificultades para generar la cooperación regional en el marco de la Comunidad Regional?**

La cuestión de los recelos entre los diferentes funcionarios y localidades. La Comunidad Regional sólo debe tener incumbencia en las zonas grises, dejando que las localidades resuelvan sus problemas ellas mismas.

Entrevistador: **Suponga que llega a algunos municipios una información importante para todos los gobiernos locales (por ejemplo: un fondo de ayuda para algunos proyectos de municipios). ¿Qué comportamiento piensa Ud que predominaría en los intendentes/Presidentes Comunales de las localidades de la CR?**

No avisarían a otros gobiernos locales para tener más posibilidades de conseguir el dinero para mi localidad.

Dos manifestaciones de peso del sistema de gobernanza entre los gobiernos locales y entre estos y el provincial han caracterizado las relaciones entre estos actores y el desarrollo de las políticas públicas provinciales y locales; la gobernanza fragmentada entre los gobiernos locales (no necesariamente descentralizada, pero localista y centrada en los liderazgos territoriales) y centralizada en el gobierno provincial (principal proveedor de recursos de financiamiento y centro de las políticas de desarrollo de mayor impacto).

Objetivo de transformación explícita en la normativa de la regionalización es el cambio de la vieja gobernanza fragmentada y centralizada por una nueva gobernanza cooperativa y descentralizada. Frente a estas resistencias e incumplimientos de los objetivos de las leyes de regionalización de los actores en relación, locales y provincial, ¿cuál es la capacidad sancionatoria de la normativa? ¿Cuál es su relevancia jurídica para resolver los problemas de no-cooperación? ¿En qué medida facilita la coordinación del sistema de actores que viabilice la gobernanza regional superadora de la gobernanza fragmentaria y localista?

Las disposiciones jurídicas constitucionales y la normativa orgánica que garantizan el poder local de las municipalidades/comunas y su autonomía, constituyen expresión clara de la caracterización del derecho *hard law*. Esto es, disposiciones jurídicas con fuerza legal suficiente, aún, como para dotar a los actores municipales de capacidad efectiva para lograr a su favor la decisión jurisdiccional y a la vez para deslegitimar cualquier intento de avanzar en un intento de regionalización por sobre la autonomías locales. En ese sentido, estas disposiciones tienen capacidad sancionatoria y relevancia jurídica, y restringen la viabilidad de la gobernanza regional a la efectividad que puedan lograr acuerdos, recomendaciones, guías y orientaciones, sea que se promuevan por la acción de los mismos actores locales, sea que se deriven de acciones y programas del gobierno central, sin desconocer que ambas procedencias pueden coordinarse para afianzar el logro de determinados objetivos.

En cambio las leyes de regionalización, a pesar de su carácter de norma jurídica por su sanción legislativa, solo alcanza en lo que a la gobernanza regional se refiere el carácter de derecho propio de la modalidad *soft law*. Tanto la ley 8864/00 como la n° 9206/04 supeditan toda la construcción y gestión de los espacios regionales a la facultad y voluntad de los gobiernos locales de participar o retirarse de la acción colectiva que supone la construcción regional, abriendo un amplio margen de discrecionalidad para la acción local.

En dicho margen de discrecionalidad se impone, por lo visto hasta aquí, la vieja modalidad de gobernanza de la relaciones entre los gobiernos locales y de éstos con el gobierno provincial. En este sentido la ley opera como impulsora de nuevas formas de gobernanza en la medida en que regule, posiblemente, mediante un sistema de estímulos de efectiva aplicación, la acción cooperativa de los gobiernos locales, y el rol de propulsor que debe asumir el gobierno provincial. De otro modo, se frustrará nuevamente la posibilidad de cambio que representa la generación de estrategias inteligentes de desarrollo.

Conclusión

Sin duda, las normativas legales comentadas suponen la conformación por parte de los actores involucrados en el proceso de regionalización de sistemas de acción cooperativos entre ellos, como condición de la consolidación de las regiones y de la generación y emprendimiento de *estrategias de desarrollo*²⁴.

²⁴ Los críticos del desarrollo regional sustentado en las ideas de la competitividad y la consolidación, refieren a las estrategias de *desarrollo inteligente* para designar propuestas de cons-

Es decir que estamos en el caso en que la normativa legal propone lanzar procesos de desarrollo dinámicos, fundados en sistemas de gobernanza creativa, descentralizada y con amplio margen de autorregulación, debido a la capacidad esperada de los colectivos para la construcción de consensos.

Sin embargo, los supuestos políticos legalmente instituidos sobre la coordinación de los sistemas regionales no solo están siendo muy débilmente alcanzados sino que, por lo contrario, los actores municipales/comunales han privilegiado acciones individuales, de específico impacto en sus respectivas jurisdicciones, en detrimento de acciones colectivas dirigida a objetivos comunes al sistema regional²⁵.

Los resultados observados del proceso de regionalización hasta el momento, parecen más dependientes de las características de la gobernanza pre-existente, reticente a la incorporación de los objetivos legales, jugando la normativa -a partir del interés de los actores- como un elemento de freno más, a la construcción de una nueva gobernanza regional. Objetivo de transformación explícita en la normativa de la regionalización es el cambio de la vieja gobernanza fragmentada y centralizada por una nueva gobernanza cooperativa y descentralizada.

El sistema jurídico provincial ha reservado sus normas de mayor capacidad sancionatoria y relevancia jurídica para operar como recurso de defensa de los intereses locales, de la autonomía de municipal/comunal, de la facultad en consecuencia de los gobiernos locales de participar o retirarse de la acción colectiva que supone la construcción regional, abriendo un amplio margen de discrecionalidad para la acción local.

En dicho margen de discrecionalidad se impone, por lo visto hasta aquí, la vieja modalidad de gobernanza de la relaciones entre los gobiernos locales y de éstos con el gobierno provincial. En este sentido la ley opera como impulsora de nuevas formas de gobernanza en la medida en que regule, posiblemente, mediante un sistema de estímulos de efectiva aplicación, la acción cooperativa de los gobiernos locales y el rol de propulsor del gobierno provincial²⁶.

trucción de regiones basadas en la lectura crítica de las experiencias de transformación del capitalismo avanzado, pragmática y sensible al contexto.

²⁵ Del intento de regionalización bajo la ley n° 8864/00, el único resultado fue la reprogramación del pago de la abultada deuda que los gobiernos locales tenían con la Provincia y el saneamiento de las finanzas locales. Mientras, la regionalización debió esperar. Bajo la ley n° 9206, el único resultado concreto de la normativa legal es el avance en la definición de los radios municipales/comunales, sin que ello necesariamente implique ventajas para la consolidación de la acción colectiva regional.

²⁶ Por supuesto que las limitaciones legales por inconstitucionalidad que, principalmente, se le han observado a la ley 9206 (Parmigiani de Barbará, 2007) no pueden ser pasadas por alto, pero no es el problema que aquí se destaca, ni creo afectan a las conjeturas centrales de este artículo.

De allí el carácter *soft* que tipifica la normativa de la política de regionalización en la Provincia de Córdoba y el dilema normativo que se genera frente a problemas territoriales de envergadura (de inversión, de control, de seguridad, ambientales, de desarrollo y de protección de derechos de poblaciones marginales a los radios municipales), que reclaman intervenciones gubernamentales insoslayables.

El dilema normativo que plantea la regulación de la gobernanza regional parece requerir analizar la tensión entre la valoración de la ley como herramienta para constreñir el comportamiento de actores con determinadas preferencias y la consideración de la ley como una herramienta de transformación, capaz de cambiar el comportamiento de los actores construyendo nuevas formas de relacionamiento y compromiso con los objetivos comunes, para dirigir los esfuerzos colectivos hacia la solución de problemas de ineludible atención estatal. Esta es la tarea pendiente.

Bibliografía

- ABBOTT, K. W. y D. SNIDARL (2000) "Hard Law and Soft law in International Governance", *International Organization*, Vol. 54 (3): 421-456.
- ABBOTT, K. W., KEOHANE, R.O., MORAVCSIK, A., SLAUGHTER, A.-M. and SNIDEL, D., (2000) 'The concept of legalization', *International Organization* 54(3): 401-19.
- ALONSO GARCÍA, R. (2001) "El *soft law* comunitario", *Revista de Administración Pública*, vol. 154: 63-94.
- BAZ TEJEDOR, José A. (2007) "Empresa socialmente responsable y derechos fundamentales laborales". *Criterio Jurídico*, Santiago de Cali V. 7:323-352 (ISSN 1657-3978).
- MAZUELOS BELLIDO, ÁNGELES (2004). "Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?" *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. www.reei.org.
- CHIESA, VIRGINIA M. (2008). "Aspectos legales e institucionales del Sistema Acuífero Guaraní en la República Argentina". Proyecto para la Protección Ambiental y el Desarrollo Sostenible del Sistema Acuífero Guaraní: <http://www.sg-guarani.org/index/>.
- CALDERÓN CARRERO, JOSÉ M. (2006) "Seudo-Normas. La incidencia de la globalización en la configuración del ordenamiento tributario del siglo XXI." Instituto de Estudios Fiscales, Universidad de A Coruña DOC. N.º 20/06 (Trabajo basado en la ponencia presentada en la *Jornada de Derecho Tributario Global*. IEF, Madrid, el 25 de noviembre de 2004).
- DEL TORO HUERTA, MAURICIO IVÁN (2006) "El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VI, 2006: 513-549.
- DELMAS-MARTY, MIREILLE (2004). "Estudios Jurídicos comparativos e internacionalización del derecho" Versión en español: Traducción realizada por Marta M. Morales Romero. Insti-

tuto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Universidad de Castilla-La Mancha. http://www.college-de-france.fr/media/int_dro/UPL12964_rescours_0304dmesp.pdf.

DÍAZ DE LANDA, M. (2008a) "Construcción jurídico-política de la gobernanza regional en la provincia de Córdoba" *IX Congreso Nacional de Sociología Jurídica. De la Ley a las prácticas: Confrontaciones sociales por el uso del derecho* (Comisión VIII. Estado, Derecho y Políticas Públicas). Sociedad Argentina de Sociología Jurídica y Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, Rosario: 13 a 15 de noviembre.

—(2008b) "La cooperación intermunicipal y reconfiguración de las relaciones intergubernamentales: el dilema de la acción colectiva institucionalizada" Ponencia presentada en *el XIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública* - Buenos Aires, Argentina, 4 - 7 de noviembre.

—(2007). "Las relaciones intergubernamentales desde los gobiernos locales" En: C. Cravacore y R. Israel (coord.) *Procesos políticos comparados en los municipios de Argentina y Chile (1990 - 2005)*, Buenos Aires: Editorial de la Universidad Nacional de Quilmes-Universidad Autónoma de Chile-Hanns Seidel Stiftung. Pág. 229-270.

—(2003). "Desafíos a la sustentabilidad de los gobiernos locales: Micro-municipalismo y viabilidad política de la regionalización subprovincial. V Seminario Nacional de la Red Nacional de Estudios de los Gobiernos Locales "LA REFORMA MUNICIPAL PENDIENTE: PARA QUÉ Y POR QUÉ. PERSPECTIVAS y PROSPECTIVAS." Facultad de Ciencias Política y Sociales, Universidad Nacional de Cuyo. 9 y 10 de octubre.

—(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"* (Comisión 1: Globalización y gobernabilidad). Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. 7-9 de noviembre.

DÍAZ DE LANDA, M.; A. C. MASSUH (2008) "Normativización de la Regionalización en la Provincia de Córdoba como Estrategia de Reestructuración del Estado. Observación del proceso desde el caso Calamuchita". *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba*, Vol. X: págs. 655-680.

DÍAZ DE LANDA, M. y M. C. PARMIGIANI DE BARBARÁ, (2004). "Cooperación Intermunicipal Inducida para el Desarrollo Regional-Local: El Pacto de Saneamiento Fiscal en la Provincia de Córdoba". *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba*, Vol. VII: págs. 453-474.

DÍAZ DE LANDA, M. y A. GIGENA (2002) "La Regionalización en Córdoba como Estrategia de Gobernabilidad de Sistemas Locales en Materia Fiscal" *V Seminario Nacional de la Red de Centros Académicos para el Estudio de Gobiernos Locales. "Gobernabilidad en Sistemas Municipales"*. Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, Universidad Católica de Córdoba. 28 y 29 de noviembre.

FOY VALENCIA, PIERRE (2004) "Marco Conceptual Sobre Desarrollo Sostenible. Niveles de Gobernabilidad Ambiental y Reforma del Estado. Alcances Constitucionales" *FORO Marco Institucional Ambiental de la Descentralización*. Instituto de Estudios Ambientales de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Colegio de Abogados de Lima, 13 de Mayo 2004.

GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R. (2003) "El *soft law* comunitario en materia de telecomunicaciones", *Revista Española Derecho Europeo*: 687-713.

PARMIGIANI DE BARBARA, M. C. (2007). "Regionalización subnacional e institucionalidad en un contexto de autonomías locales" Anuario X del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales —CIJS—, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba:155-178. ISBN: 978-987-03-1337-3. 155-178

— (2006) "Modelos de regionalización subnacional en la Provincia de Córdoba". *Anuario IX del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales -CIJS—, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba.*; págs. 157-170. ISBN: 978-987-03-1035-8.

— (2005): "Aspectos jurídicos y políticos de la institucionalización de modelos innovadores de asociativismo municipal: una reflexión a partir de experiencias en Argentina". Página permanente del Consejo Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD): <http://www.clad.org.ve/docume.html> Documentos de Congresos/Documentos del X Congreso del CLAD.

RUIZ MIGUEL, CARLOS (2001) "Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión". *Revista de las Cortes Generales* nº 51 (2001), p. 117-134.

SCOTT, JAMES WESLEY (2007) "Smart Growth as Urban Reform: A Pragmatic 'Recoding' of the New Regionalism" *Urban Studies*, Vol. 44 (January), No. 1, 15-35.

SNYDER, FRANCIS (2005) 'Soft Law and Institutional Practice in the European Community', *European Law Journal*, Vol. 11, No. 3, (May), pp. 343-364.

TRUBEK, DAVID M. and TRUBEK, LOUISE G. (2007) "New Governance and Legal Regulation: Complementarity, Rivalry or Transformation" *Columbia Journal of European Law* (Spring).

VALDÉS DAL-RÉ, F. (2007), "Las transformaciones de las fuentes del Derecho del Trabajo: una aproximación" *Cuadernos de Relaciones Laborales* Vol. 25, núm. 2: 11-28.



LA CONCENTRACIÓN DE LAS MUJERES EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

María Eugenia Gastiazoro¹

Sumario: La creciente concentración de las mujeres abogadas en la administración de justicia, y su asociación con la profundización de las inequidades de género en la profesión, indica la importancia de analizar las dinámicas a través de las cuales estas desigualdades se reproducen y/o se transforman, así como la contribución de las propias actoras a estos procesos.

Las relaciones que se establecen entre los espacios y tiempos de lo productivo y reproductivo, de lo privado y lo público, de lo familiar y del trabajo son fundamentales para entender esta problemática en el marco de las transformaciones recientes de la profesión. Entrevistas a profesionales, sugieren distintas orientaciones explicativas para entender la situación.

Palabras claves: profesión jurídica, relación entre trabajo y familia, identidad, género.

1- Introducción

En Argentina, si bien hay una tendencia a la equiparación social entre hombres y mujeres todavía existen áreas en las que la desigualdad persiste. Los datos del PNUD (2006) para el ámbito nacional² muestran que la participación de las mujeres en la educación es similar a la de los hombres; incluso en algunos ámbitos educativos del nivel terciario y superior, las mujeres están más representadas que los varones. Pero cuando se analizan el mercado de trabajo y la participación en el mundo político se observa que en ambos sectores la representación de mujeres es escasa en los puestos jerárquicos de dirección.

El ámbito jurídico no es ajeno a esta situación. Dentro de una profesión que fue tradicionalmente masculina³ y en un terreno de importancia

¹ Abogada, Doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Becaria del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Auxiliar Docente en la cátedra Sociología Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Contacto: megastiazoro@yahoo.com.ar

² El informe PNUD para el ámbito nacional (Informe de Progreso 2005-2006) puede consultarse en www.undp.org.ar/docs/ODM_infpro_enbaja2_dic06.pdf

³ En el campo específico de la administración de justicia en Argentina, HARARI Y PASTORINO (2000:43) sostienen que *el imaginario judicial continúa atribuyendo funciones estereotipadas a uno y otro sexo asegurando el desigual reparto de poder entre géneros, lo que revela las concepciones que imperan en el actuar de los profesionales de la justicia.*

política en el cual los distintos sujetos individuales y colectivos persiguen y hacen valer sus intereses poniendo en acción el poder coercitivo del Estado (Bergolio, 1998), se observan importantes desigualdades entre hombres y mujeres. Consideramos, a los fines de la investigación, que el mercado de trabajo para abogados se encuentra segmentado entre el sector de la administración de justicia por una parte, y el sector del ejercicio de la profesión liberal. En ambas áreas pueden registrarse diferentes formas de segregación por género. Por otra parte, distintos procesos de cambio, vinculados a los procesos de democratización de la educación y de transformación estructural de la economía vienen modificando la organización social de la profesión jurídica, lo que agrega mayor complejidad a este análisis.

De acuerdo a distintas investigaciones la composición social de la profesión ha variado, de una profesión tradicionalmente masculina conformada principalmente por una élite vinculada al poder político a una profesión abierta a hombres y mujeres y a distintos sectores sociales (Bergoglio 2005). En consecuencia nos encontramos hoy con una profesión jurídica en la que la presencia de las mujeres es significativa; de acuerdo a datos del Censo 2001, las mujeres son el 45% del total de titulados en Derecho.

Por otra parte las inserciones ocupacionales se han diversificado, en el ámbito privado surgen las grandes firmas jurídicas en el contexto de una economía internacionalizada, a la par de los pequeños y medianos despachos de abogados. Una profesión que se caracterizó por el ejercicio autónomo tiene ahora una fuerte tendencia a la salarización: muchos profesionales son absorbidos por el ámbito público, como consecuencia de las reformas del poder judicial y muchos otros por el sector privado. Bergoglio (2005) observa que el desarrollo de relaciones capitalistas de trabajo se aceleró en una profesión que perdió su homogeneidad por una creciente estratificación de los ingresos que perciben los distintos profesionales según su inserción laboral.

A su vez la distribución de las mujeres en el mercado de trabajo jurídico presenta perfiles diferenciados. Trabajando a nivel nacional con datos de la EPH, Sanchez (2005) observa sobre-representación de las abogadas en el sector estatal, acentuada en los últimos años. Mientras que en 1995, 19,7% de las letradas trabajaban para el Estado, esa proporción era del 46% en 2003. Esta sobre-representación estaba asociada a una caída en el ingreso promedio de las abogadas.

La creciente concentración de las mujeres abogadas en la administración de justicia, y su asociación con la profundización de las inequidades de género en la profesión, indica la importancia de analizar las dinámicas a través de las cuales estas desigualdades se reproducen y/o se transforman, así como la contribución de las propias actoras a estos procesos.

2- La participación de las mujeres en la administración de justicia

2-a- Argentina

Históricamente las mujeres no formaron parte de la profesión jurídica hasta principios del siglo XX. La composición social de la profesión jurídica hasta esa época fue tradicionalmente masculina y conformada principalmente por una elite vinculada al poder político (Bergolio, 2005).

En nuestro país las primeras mujeres que se incorporaron a la profesión lo hicieron no sin obstáculos para ser admitidas como abogadas.⁴ A pesar de las dificultades, la presencia de las mujeres en la profesión se fue acrecentando a lo largo del siglo XX, sobre todo a partir de su ingreso masivo a la universidad desde finales de los años sesenta y principios de los setenta (Kohen, 2005) siendo hoy significativo el porcentaje femenino tanto en el ingreso de la carrera de grado como en el ejercicio profesional⁵.

Las desigualdades de género, específicamente en el ámbito de la administración de justicia, han sido descriptas por diversos autores. En Argentina, además de los trabajos pioneros de Mackinson y Goldstein (1988) y Gastron (1991), la cuestión ha sido revisada recientemente en otras investigaciones.

En Argentina la administración de justicia se presenta como uno de los ámbitos de la profesión jurídica en el cual las mujeres tienden a concentrarse cada vez más. Trabajando con datos nacionales provistos por las EPH, Sánchez (2005) ha mostrado que la proporción de abogadas que trabajan en el campo público, que era del 20% en 1995, se ha incrementado al 46,2% en 2003. Del mismo modo, Bergallo (2007) indica que la representación cuantitativa de mujeres juezas en la magistratura de Buenos Aires mejoró ostensiblemente entre 1988 y 2003, con aumentos del 5 al 22% en el fuero federal y del 14 al 33% en el nacional, aglutinándose en fueros y posiciones escalafonarias inferiores del empleo judicial y la judicatura.

⁴ El caso de La Plata nos ilustra esta situación, cuando la primera mujer recibida de abogada tuvo que recurrir a la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires para ser autorizada a matricularse en el Colegio de Abogados en razón de que se le prohibió ejercer la profesión por la *capitis diminutio* que pesaba sobre toda mujer (GONZALEZ MANUELA G. Y SALANUEVA OLGA L. 2005).

⁵ La incorporación creciente de las mujeres en la profesión se observa también en los resultados estadísticos de la Universidad Nacional de Córdoba del año 2006, que muestran que las mujeres superan a los hombres entre los egresados de la carrera de Abogacía (54,93% de mujeres y 45,07% de hombres). Ver Estadísticas de la UNC en <http://www.saa.unc.edu.ar>

Actualmente en la Facultad de Derecho de la UBA las mujeres matriculadas superan el 50%. El censo de la UBA del 2004 dice que de un total de 31.384 estudiantes de derecho 12.173 (38,78%) son hombres y 19.211(61,21%) son mujeres. Censo estudiantil UBA en <http://www.uba.ar/institucional/uba/datos.php> . De acuerdo a datos del Censo 2001 de Argentina, las mujeres son el 41,2% del total de titulados en Derecho.

La creciente representación de mujeres en el poder judicial indica una tendencia que parece ir en aumento, y sugiere que las mujeres tienden a concentrarse en la administración de justicia cada vez más. Datos preliminares procesados en el año 2008, en el marco de este proyecto, para las provincias de Córdoba, Chaco y Santa Cruz muestran una alta participación de mujeres en el poder judicial. De los magistrados y funcionarios informados⁶ en las provincias indicadas tenemos que en Córdoba las mujeres representan el 45,8 %, en el Chaco el número de mujeres es cuantitativamente mayor al número de hombres, ahí las mujeres representan casi el 60 %, mientras que en Santa Cruz el número de mujeres es del 37,2 %.

Esta mayor participación de las mujeres en la administración de justicia no está acompañada de una equidad en cuanto a la inserción profesional, la que ha sido y continúa siendo desigual respecto de sus pares masculinos. Distintos factores interactúan en la configuración de las desigualdades de géneros en la profesión la que se expresa en los repartos desiguales de los espacios de poder y prestigio.

Kohen (2006) en Buenos Aires, explica que la administración de justicia aparece como el ámbito de la profesión en el que las mujeres pueden desarrollar sus carreras más fácilmente en combinación con las necesidades y responsabilidades familiares. Las prácticas discriminatorias propias de las grandes empresas jurídicas, que la autora estima frecuentes, también impulsan a las mujeres hacia el área pública. La investigadora informa que las mujeres juezas están concentradas en las primeras instancias judiciales, en las materias tradicionalmente femeninas, de menor prestigio como Fueros de Familia, Menores, y Laboral. Jueces y Juezas de Familia fueron consultados, para dar su opinión, sobre por qué creían que las mujeres se concentraban en el fuero de familia, respondiendo que tal situación era una consecuencia de las diferencias de roles que hombres y mujeres tienen en la familia. Esto lleva a que las mujeres opten por áreas vinculadas a la maternidad y crianza de los niños, y que los hombres se interesen por las áreas más prestigiosas del derecho.

Bergallo (2003) observa que el grado de acceso de las mujeres a la magistratura tiene una relación directa con el mecanismo de selección utilizado en el reclutamiento de jueces. Analiza cómo el diseño y la operación de los procedimientos de selección de jueces nacionales y federales

⁶ Los datos relativos a la participación de las mujeres en la administración de justicia se obtuvieron de las páginas web de los poderes judiciales de las provincias de Córdoba, Chaco y Santa Cruz. Estas páginas informan los magistrados y funcionarios que componen el poder judicial. En la codificación se tomó en cuenta la totalidad de los fueros, instancias y circunscripciones territoriales de cada administración de justicia.

de Buenos Aires tienen sesgos de género y en consecuencia inciden en los procesos de segregación de las mujeres en el poder judicial.

Si bien en la administración de Justicia no hay diferencia salarial por géneros, pareciera indiscutible que en este segmento del mercado de trabajo profesional existe cierto grado de discriminación vertical, en el sentido en que las mujeres llegan a los niveles más altos muy lentamente. Prueba de ello es que recién en el año 2004 asume como jueza en la Suprema Corte de Justicia de la Nación por primera vez una mujer.

2- b- Otros países

La situación señalada arriba para la Argentina se asemeja a lo analizado por Boigeol (2007) en Francia, quien describiendo el proceso de feminización⁷ de la administración de justicia en ese país, argumenta que las mujeres prefieren ingresar a tribunales ya que ofrece una mejor oportunidad de combinar sus deberes profesionales y familiares, mientras que los hombres buscan el desafío profesional en el sector privado. Para las mujeres, la carrera judicial permite una posición relativamente elevada, carga horaria fija y poca presión de competitividad.

En América Latina, Junqueira (2003) observa que en Brasil las mujeres tienden a concentrarse en la administración de justicia ya que en ésta pueden alcanzar una mejor posición que en una gran empresa de abogados. Las exigencias de tiempo completo en horas de trabajo en el ejercicio liberal de la profesión lleva a las abogadas a optar por la carrera judicial, la que termina siendo vista como una alternativa para combinar las actividades domésticas con las de la profesión en un lugar en el que se cuenta con un salario fijo y con la posibilidad de ascender profesionalmente en el transcurso de los años.

Además Junqueira (2007) analiza la actual distribución de género en la profesión jurídica a través de la formación profesional identitaria, observando la actuación de las operadoras del derecho en el mundo del trabajo. Observa que las mujeres tienen que sortear todavía barreras, lo que implica que las estrategias individuales de ascenso y promoción en la carrera profesional están condicionadas por el género, lo que a su vez se intersecta con otros condicionantes como la raza, clase y educación.

Desde una perspectiva dinámica, Sommerlad (2007), en Inglaterra, estudió el proceso de constitución de la identidad profesional de las muje-

⁷ Las mujeres en la administración de justicia de Francia representan más del 50%, a pesar de la alta tasa de feminización las mujeres se encuentran sub-representadas en los cargos superiores del Poder Judicial (BOIGEOL 2007)

res en una profesión en la que se impone un perfil profesional -abogado masculino, de clase media, blanco- que excluye la diversidad de género, clase y etnia. Analizó las estrategias que las profesionales llevan cabo para acceder a la profesión y cómo se combinan éstas con su identidad de género. Observa que a pesar de los cambios positivos —como la mayor presencia femenina en la profesión— simultáneamente se generan nuevos modos de diferencias de géneros y clases y divisiones excluyentes que permiten que el proceso de segregación dentro de la profesión subsista.

En el marco de esta misma perspectiva en Francia, Boigeol (2003) en su estudio sobre el proceso de feminización del poder judicial, analizó los modos en los que las mujeres están desafiando la dominación masculina y las estrategias de los hombres para mantener su dominación. Su perspectiva dinámica ilustra el modo en que las elecciones de actores y actoras recrean una dominación que aparece como ejemplo clásico de violencia simbólica. Este enfoque permite analizar no sólo la existencia de las desigualdades sino también los mecanismos de producción de la inequidad.

3 - Lo público y lo privado en las desigualdades de género

3- a- La mirada de Bourdieu y Touraine

La mirada de Bourdieu resulta útil para revisar cómo las decisiones de los actores reproducen la estratificación. Observa que las estructuras de la división sexual y los principios de división correspondientes entre hombres y mujeres son una construcción social que se ha legitimado en la diferencia biológica de sexos deshistorizándose la acción social que llevó a la dominación masculina.

En el mercado de trabajo las estructuras de división sexual, además de estar objetivadas en carreras o puestos sexuados, actúan por medio de *principios prácticos que las mujeres y también su entorno ponen en práctica en sus decisiones* (Bourdieu, 2005:118). Pero las prácticas sociales de muchos siglos pesan sobre sus cuerpos. Inclusive hoy aunque los derechos de las mujeres están formalmente reconocidos y las opresiones son denunciadas la *agorafobia socialmente impuesta* sobrevive en el tiempo y lleva a las mujeres a autoexcluirse voluntariamente del ágora (Bourdieu, 2005).

La identidad de los sujetos como masculinos (hombre viril) o femeninos (mujer femenina) es construida socialmente por medio de prácticas que imponen una definición diferenciada de los usos del cuerpo en oposición a todo lo que distingue al otro sexo. En consecuencia las relaciones

sociales entre los sexos quedan atrapadas en dos clases de *habitus* según sean hombres o mujeres los que actúan y sobre quienes se han inscriptos previamente las operaciones de diferenciación⁸.

A su vez este orden sexual se configura por medio de la dominación masculina y la sumisión paradójica que se impone a través de la violencia simbólica ejercida por medio de la comunicación y del conocimiento. La *violencia simbólica* es una forma de poder que sólo puede ejercerse sobre los demás si previamente los sujetos de la dominación, tanto hombres como mujeres en nuestro caso, han asimilado los esquemas de percepción, apreciación y acción que en la relación son puestos en práctica. La asimilación de estos esquemas es tan fuerte que hace que queden inscriptos en lo profundo del ser social y en consecuencia funcionen como disposiciones en los sujetos.

Esta lógica de dominación es puesta en acto tanto por dominadores como por dominados, quienes aceptan los principios simbólicos (arbitrarios y contingentes) que se plasman en el lenguaje, el modo de vida y el cuerpo.

La perspectiva de Bourdieu enfatiza los componentes estructurales de la dominación, cómo las constricciones externas y objetivas del orden social sexuado se imponen a los sujetos quienes luego las ponen en marcha por medio de sus prácticas. En este sentido la profundización de las desigualdades de género en la profesión se sostiene en las estrategias de las mujeres en la profesión, las que pueden estar fundadas en *esquemas mentales que son el producto de la asimilación de relaciones de poder que se explican en las oposiciones fundadoras del orden simbólico* y que en consecuencia las ubican en las áreas de menor poder y prestigio.

Bourdieu, al igual que las perspectivas feministas, subraya que no se puede entender la configuración de las desigualdades de género en la estructura del espacio profesional si no se tienen en cuenta al mismo tiempo las presiones de la estructura del espacio doméstico.

La profesión se constituye como un orden que funciona como una *"...inmensa máquina simbólica que tiende a ratificar la dominación masculina en la que se apoya: es la división sexual del trabajo. Sólo a condición de*

⁸ BOURDIEU (2005:45) observa "... dos clases de *habitus* diferentes, bajo la forma de *hexeis corporales opuestos y complementarios de principios de visión y de división que conducen a clasificar todas las cosas del mundo y todas las prácticas según unas distinciones reducidas a la oposición entre lo masculino y lo femenino. Corresponde a los hombres, situados en el campo de lo exterior, de lo público del derecho de lo seco alto discontinuo realizar todos los actos a la vez breves, peligrosos y espectaculares que marcan unas rupturas en el curso normal de la vida; por el contrario a las mujeres al estar situadas en el campo de lo interno húmedo debajo de la curva continuo se les adjudican todos los trabajos domésticos privados ocultos invisibles vergonzosos como el cuidado de los niños y de los animales los mas sucios monótonos y humildes*".

tomar en cuenta las presiones de la estructura del espacio doméstico que se ejercen en la estructura del espacio profesional puede captarse la homología entre las estructuras de las posiciones masculinas y las posiciones femeninas en los diferentes espacios sociales, homología que tiende a manifestarse en una especie de carrera de persecución donde las mujeres jamás recuperan su desventaja” (Bourdieu, 2005:119).

Pero por otra parte este autor insiste en mostrar a los espacios públicos de la escuela y el Estado como lugares de elaboración y de imposición de los principios de dominación que luego se practican en el interior de la familia, entendiendo que el principio de perpetuación de esta relación de dominación reside también en instancias públicas⁹.

La mirada de Touraine (2007) si bien reconoce que las mujeres están dominadas por una estructura social, relaciones de poder, instituciones que les imponen normas, valores e intereses y las ideologías, recupera la capacidad de las mujeres como agentes activos en la construcción de un nuevo universo social y cultural. La transformación profunda de la cultura que Touraine indica es posible por medio de las respuestas que las mujeres dan a sus exigencias internas y personales, por sobre las constricciones externas que se le imponen.

El autor centra su estudio en las mujeres como agentes sociales activas que se identifican a sí mismas como mujeres, superando las visiones que reducen la vida social a la dominación radical que impide la formación de actores. En este sentido enfatiza que las mujeres se asumen como tales, sin caer en un discurso igualitario que eleva a las mujeres a la misma condición que los hombres introduciéndolas en una sociedad unisex de masculinización generalizada.

La agencia se sostiene en la conciencia femenina que se desarrolla en los territorios liberados, de acuerdo a esto resulta indispensable romper con las categorías previas de análisis, entre estas la concepción moderna de sujeto que fue puesta en cuestión por el feminismo¹⁰.

Touraine (2007:98) considera que la concepción de lo privado y lo público difiere entre hombres y mujeres. Observa que las mujeres tienen

⁹ Con esta perspectiva Bourdieu pretendió distinguirse de las feministas para quien solo hacían hincapié en las revoluciones cotidianas.

¹⁰ “...debo indicar por qué la destrucción de las categorías tradicionales de descripción y de análisis me parece una condición previa necesaria a mi propio esfuerzo de reflexión. Hay que rechazar la idea de que existe una naturaleza femenina. Ya lo he dicho: el análisis de la conducta de las mujeres empieza por reconocer que el género es una creación del poder masculino, directa e indirectamente, y que la noción de género, útil en su momento para luchar contra el esencialismo y el naturalismo, debe a su vez ser criticada. Sobre las ruinas de esta noción, tan activamente demolida por las feministas radicales y, en particular, por el grupo queer, se forman reflexiones que pueden ir en sentidos muy distintos, pero que comparten un punto de partida crítico irrenunciable”. (TOURAINÉ, 2007:29)

como objetivo el desarrollo personal a través de la transformación de la vida privada, sosteniendo que para transformar el espacio público hay que partir de la vida privada. Las representaciones que de la vida pública tienen los hombres poseen un contenido político que concierne ante todo a los dirigentes, en el caso de las mujeres los problemas privados deben ocupar el centro de la vida pública y éstos son los problemas que el movimiento feminista sostuvo en primer orden (“lo personal es político”).

Touraine, al igual que Bourdieu observa la configuración desigual de las relaciones de género y reconoce la dominación masculina, pero sostiene que las transformaciones que las mujeres pueden llevar a cabo surgen a partir de los cambios que en la vida privada personal las mujeres ponen en marcha. Es a partir de la constitución como sujetos activos que desafían esa identidad de mujer impuesta desde un orden sexual desigual que las mujeres pueden crear una nueva cultura que desafía el orden tradicional impuesto a hombres y mujeres.

Por lo tanto la mirada sobre lo público y lo privado es diferente en ambos autores, tanto en los aspectos subjetivos y objetivos como micro y macro, lo que nos permite analizar la situación de las mujeres desde una mirada amplia que permite captar las distintas singularidades en la problemática a estudiar.

3- b - Aportes latinoamericanos

La relación de lo público y lo privado es compleja, la organización de la vida laboral tiene sus efectos en la vida de las personas y viceversa, siendo diferente el vínculo que hombres y mujeres establecen con estas esferas de la vida. La situación ha sido analizada por distintos investigadores en Argentina como en otros países de Latino América, que exponen las complejidades de la problemática

Algunas investigaciones refieren a los aspectos estructurales ligados a la esfera de lo público que inciden en la vida privada. Así en Argentina Wainerman (2007:149) señala que el énfasis puesto en la vida pública para equilibrar la relación de géneros, especialmente la de los cónyuges entre sí en el seno del hogar, fue propio de la década del setenta, en la que se instalaron las políticas de promoción del papel de la mujer en la sociedad, no solo para dotarlas de mayores recursos (educativos, profesionales, financieros, políticos) sino también para eliminar principios de discriminación vigentes en el ámbito de lo público. Pero como muestra Bergallo (2007), en su estudio realizado en el Poder Judicial de Buenos Aires, estas políticas no implicaron la desaparición de esas barreras: todavía las mujeres se encuentran con patrones institucionalizados que socavan el ascenso en su carrera judicial.

Rodríguez Enríquez (2007) observa la relación entre empleo femenino, economía del cuidado¹¹ y políticas públicas en Argentina, señalando que la mayor incorporación de las mujeres al mercado laboral no está acompañada de una reconfiguración de la economía del cuidado, a lo cual se añade la ausencia del Estado en la responsabilidad colectiva del cuidado, todo lo cual termina recayendo en el tiempo y calidad de vida de las mujeres.

Otras investigaciones hacen hincapié en los aspectos identitarios de la problemática. Valdés (1999) en su estudio sobre las relaciones de poder en torno a la sexualidad y la reproducción de mujeres que viven en pareja, en Chile, indica que los cambios ligados a la modernización y democratización pusieron en marcha una nueva forma de relación entre hombres y mujeres que impacta tanto en su identidad, haciéndola más compleja en su definición, como en la conformación tradicional de su vida privada y pública. Los hombres como las mujeres redefinen su identidad la que tradicionalmente se ligó a lo de hombre proveedor-trabajo y mujer madre-matrimonio. En el ámbito privado esto implica la puesta en cuestión de la tradicional jerarquía entre los géneros y la transformación de los principios del matrimonio.

Godoy, Stecher y Díaz (2007), quienes trabajaron sobre una muestra de asalariados en grandes empresas de Chile, analizan los significados del trabajo que emergen de los relatos de hombres y mujeres, en un contexto de profundas transformaciones en el mercado laboral. Indican que el trabajo para las mujeres tiene una doble adscripción identitaria que se evidencia en la articulación que llevan a cabo entre trabajo productivo y reproductivo siendo ambos los ejes que entrecruzan sus identidades. Concluyen que a diferencia de lo que sucede con los hombres la centralidad del trabajo en las mujeres es siempre en articulación con las responsabilidades familiares históricamente atribuidas a ellas.

De Martino (2005) indaga las prácticas por medio de las cuales las mujeres trabajadoras en sectores industriales de Uruguay articulan procesos de producción y reproducción en el marco de las transformaciones asociadas a esta nueva fase de desarrollo capitalista. Identifica dos modos de vida: el primer modo de vida en el cual el atributo que permite una identificación básica es el de mujeres trabajadoras, acá el modelo familiar del jefe proveedor se diluye, en este modo de vida las mujeres perciben a

¹¹ *“la economía el cuidado refiere al espacio donde la fuerza del trabajo es reproducida y mantenida, incluyendo todas aquellas actividades que involucran la atención de los miembros del hogar, la crianza de los niños, las tareas de cocina y limpieza, el mantenimiento general del hogar y el cuidado de los enfermos o discapacitados”.* (RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, 2007:182)

la familia como un lugar que debe albergar dos biografías de cierta manera independientes: trabajo y hogar tanto para la mujer como para el hombre. No obstante en algunos casos existe una fuerte asociación entre maternidad y trabajo.

El segundo modo de vida es aquel en el que, para la mujer, el ciclo de vida doméstico y familiar es el trasfondo en el que acontecen y se organiza la vida, siendo el ciclo doméstico más determinante. El tiempo y el espacio además se presentan fuertemente asociados al sexo asumido de manera dicotómica y a la división de roles y tareas que de él se desprende. La vida, no solo familiar, se organiza básicamente en torno a la oposición hombre/mujer y en ella el hombre, padre y jefe de familia, posee las responsabilidades básicas. El trabajo extradoméstico presenta una potencialidad identitaria endeble para estas mujeres, para ellas ingresar al mercado de trabajo es la posibilidad de complementar el salario masculino y acceder a ciertas formas del consumo, aquí trabajar implica mantener y respaldar el modelo familiar de origen.

Como se puede observar los diferentes aportes coinciden finalmente en lo indicado por Wainerman (2007) en su trabajo: hay una lógica que es común en ambas esferas —la división del trabajo entre ambos sexos— en consecuencia no basta con estudiar los efectos de la vida laboral sobre la familiar o a la inversa la familiar sobre la laboral, sino analizarlas como pertenecientes a una misma lógica que atribuye su lugar específico a hombres como mujeres. Al mismo tiempo, las diferentes investigaciones latinoamericanas ponen a la luz el carácter históricamente cambiante de la relación público - privado en el ámbito de la división sexual del trabajo. En este contexto, el peso de las definiciones que las actoras realizan de la importancia de su participación en uno y otro ámbito se incrementa, abriendo una brecha a través de las cuales las propias mujeres inciden en la producción y reconstrucción de las desigualdades de género.

4- La mirada de las actoras

Nos encontramos en una profesión dividida, principalmente, en dos ámbitos de trabajo, la administración de justicia por un lado, y el ejercicio de la profesión liberal por el otro, ámbitos separados pero complementarios, los que a su vez están en proceso de transformación. Esta realidad dual impacta en la estratificación de la profesión llevando a las mujeres a concentrarse en el ámbito estatal a costa de menores ingresos comparados con los del ejercicio liberal en el ámbito privado.

Las entrevistas a profesionales sugieren distintas orientaciones explicativas para entender la dirección que las mujeres le dan a su carrera

profesional, teniendo en cuenta las barreras y restricciones estructurales que tienen que sortear.

Por un lado las mujeres entrevistadas, tanto las jóvenes como las de edad mediana, señalan que en su ámbito profesional se evidencian todavía desigualdades de género, en tanto todavía les cuesta más llegar a socias en los grandes estudios. Así, una de las entrevistadas dio a entender la existencia de discriminación implícita en su lugar de trabajo cuando observó cierta diferencia a la hora de promocionar a una mujer como socia:

“... son cuatro socios y habría una abogada mujer que estaría en condiciones ya de ascender tanto por los años que está ahí adentro como por la capacidad que tiene, ella estaría en condiciones de ser socia comparando las condiciones en que asociaron al último como socio en el estudio y me parece que no, que se va a demorar o no sé si se le dará...”¹²

En el mismo sentido otra de las abogadas entrevistadas¹³ percibe que las desigualdades de género persisten en la profesión:

“... los problemas de género subsisten arraigados, se han superado muchos de ellos, pero hay otros que, al contrario, se han potenciado.” “... Me consta la diferencia entre aquellas que trabajan en relación de dependencia siempre tienen un sueldo menor que los hombres, independientemente de las capacidades y responsabilidad”. “...las mujeres debemos invertir la carga de la prueba, o sea se presume que una mujer es menos capaz que un hombre, y por lo tanto debe demostrar que a pesar de ser mujer, y si para colmo es joven, peor aún, porque es una dualidad gravísima, ser joven y ser mujer es grave en nuestra sociedad cordobesa, no así en Buenos Aires. Entonces debe demostrar que a pesar de ser mujer, y ser joven, eventualmente, es capaz”

La discriminación no es percibida en los ámbitos de trabajo que se han feminizado, y en los cuales el número de mujeres representa una mayoría respecto de los hombres. En estos ámbitos las mujeres no perciben desigualdades por el contrario se encuentran muy cómodas con su profesión, como lo dice la siguiente entrevistada que trabaja en el área del Derecho Previsional.

“...en Derecho Previsional, en el que yo ejerzo, la mayoría son mujeres.” “en este estudio en donde yo estoy las posibilidades de crecimiento son máximas. Yo inclusive tengo un bebé de dos años y otro de dos meses y no he tenido ningún inconveniente. Yo creo que tiene mucho que ver con la calidad humana que hay dentro de este lugar”¹⁴

Por otra parte si bien las entrevistadas señalan que actualmente hay cambios en las relaciones entre hombres y mujeres respecto de los ro-

¹² Caso 3: Mujer junior, trabaja en un estudio de diecinueve profesionales en Córdoba.

¹³ Caso 14: Mujer, Senior, trabaja en una Consultora interdisciplinaria en Bs. As.

¹⁴ Caso 18: Mujer, edad mediana, trabaja en un estudio grande en Córdoba.

les ocupados tradicionalmente, las pautas tradicionales de la división del trabajo siguen en su mayoría vigentes. Las mujeres reconocen que las obligaciones familiares les plantean dificultades en su desarrollo profesional. En su mirada, las pautas culturales sobre la posición de hombres y mujeres en la sociedad tienden a naturalizarse. Esto se advierte en las entrevistas cuando las mujeres observan que las profesionales tienen una doble carga – familia y trabajo– lo que hace más complicado cumplir con las exigencias profesionales. Así lo relatan en sus propias palabras las siguientes mujeres:

“... siempre es más complicado, es hacer todo doble o triple. Sí y también es un supuesto, se parte de la idea de que así va a ser” “... no es una ama de casa tradicional, pero sí lo básico elemental que es lo más importante de una madre lo tiene que hacer, de una madre, o de una esposa eso es ineliminable, son cargas y cargas.”¹⁵

“... tienen más presión del vamos, porque la mujer es decir cuando forma familia, es decir, es la cabeza del hogar, yo pienso que más allá de profesionales lamentablemente ¿no? el ama de casa es algo que va a estar siempre, ...es totalmente compatible pero la mamá va a ser mamá siempre, y hay creo que por una cuestión biológica y junto con una... con el rol que uno ocupa en la sociedad, también una cuestión biológica y de comportamiento, no sabría como explicarlo, la madre, madre, siempre y cuando hablemos de una mujer que tiene familia e hijos, laburar doce horas me parece que se hace difícilísimo ...”¹⁶

“hay roles que no se pueden suplir y que no existe que se traten de modificar”¹⁷

También hay un deseo en las entrevistadas jóvenes de lograr un equilibrio entre su vida familiar y laboral, una aspiración futura de combinar ambas esferas, como dice la siguiente entrevistada:

“yo aspiro a formar una familia... y dedicarle el tiempo necesario... y que el núcleo familiar no se pierda por el desarrollo profesional, netamente personal”. “Es muy difícil lograr el equilibrio, pero es a lo que tiendo.”¹⁸

En el mismo sentido otra abogada aclara que en el caso de tener familia trabajaría menos horas, pero sin que eso signifique resignar su ejercicio de profesión liberal buscaría compatibilizar y equilibrar su vida privada con la profesional.

Otra cuestión interesante es que las entrevistadas tienden a crear sus propios ámbitos de trabajo en los cuales sienten que pueden desarro-

¹⁵ Caso 14: Mujer, Senior, trabaja en una Consultora interdisciplinaria en Bs. As.

¹⁶ Caso 3: Mujer junior, trabaja en un estudio de diecinueve profesionales en Córdoba

¹⁷ Caso 15: Mujer junior, trabaja en un estudio grande en Córdoba

¹⁸ Caso 15: Mujer junior, trabaja en un estudio grande en Córdoba

llarse profesionalmente encontrándose menos restringidas, algunos de estos espacios se destacan por la participación mayoritaria de mujeres en un ámbito de trabajo de relaciones más horizontales, de confianza y calidez.

Una de las entrevistadas, ha formado su propio estudio que se especializa en materia Laboral y Previsional. Lo interesante es que en su oficina la prioridad es asociar solo a mujeres. Esto evidencia una estrategia, que lleva a las profesionales a crear sus propios nichos de trabajo en los cuales se sienten más cómodas, en este caso específico con pautas de discriminación inversa.

“Este estudio tiene la prioridad para asociar a mujeres. Por ser más honestas, por ser responsables, bueno, el hombre no es que no lo sea”¹⁹

Una de las abogadas jóvenes que trabaja en ese estudio destaca el ambiente de trabajo del estudio:

“...el trato en el estudio en que yo trabajo es más familiar y de confianza”²⁰

Otra de las entrevistadas²¹ incursiona en un área novedosa del derecho – energía y medio ambiente- en Buenos Aires. La entrevistada destaca el trabajo interdisciplinario que se realiza en un ambiente de trabajo que se caracteriza por la horizontalidad en el trato cotidiano de trabajo, tanto con sus compañeros de trabajo como con sus clientes. Si bien señala que es un área en la cual todavía hay más hombres que mujeres.

“...una organización absolutamente horizontal, no verticalizado como aún permanecen en Córdoba. O sea una organización dúctil... que el jefe es un coordinador, un facilitador del trabajo que lidera...” “...Yo me fui de Córdoba pero no porque me fuera mal... me fui porque yo no funcionaba acá. Por ejemplo yo llamo al gerente general de Repsol YPF y me atiende él... es decir son estructuras absolutamente horizontales. Y eso es muy importante, o sea yo me he acostumbrado a trabajar de esa forma.”²²

5- Conclusiones

La concentración de mujeres en el poder judicial se puede explicar a partir de la convergencia de distintos aspectos. Por un lado la percepción de barreras de género en el campo profesional da cuenta de las restricciones que las mujeres enfrentan en su carrera. Hay aspectos estructurales que restringen el acceso de las mujeres a los puestos jerárquicos de poder y dirección que además sostienen la brecha de ingresos entre hombres y

¹⁹ Caso 7: Mujer, senior, trabaja en un estudio de cinco abogados en Córdoba

²⁰ Caso 6: Mujer junior, trabaja en un estudio de cinco abogados en Córdoba

²¹ Caso 14: Mujer, Senior, trabaja en una Consultora interdisciplinaria en Bs. As.

²² Caso 14: Mujer, Senior, trabaja en una Consultora interdisciplinaria en Bs. As.

mujeres. A su vez nos encontramos con una profesión sujeta a distintas transformaciones muchas de las cuales se traducen en una fuerte tendencia a la salarización y creciente estratificación de los ingresos, todo lo cual sucede en un marco generalizado de precarización del empleo.

A esto se agrega la coexistencia de pautas culturales de división del trabajo a las cuales las mujeres adhieren. Las mujeres han incorporado roles y pautas tradicionales de división del trabajo que si bien perciben que están cambiando las reconocen como un límite que las lleva a buscar un equilibrio en su vida entre lo privado y lo público. En este contexto, la estrategia de recurrir a tribunales se torna una opción para lograr el equilibrio entre su vida privada y pública en un ámbito de mayor seguridad económica y social.

Bibliografía

BERGALLO, PAOLA (2007) *El techo de cristal en la selección de jueces*, Seminario Internacional sobre Mujeres en las Profesiones Jurídicas organizado por ELA (Equipo Latinoamericano de Género). Buenos Aires.

BERGOGLIO, MARÍA INÉS (1986) *La familia: entre lo público y lo privado*, Marcos Lerner, Córdoba.

— (2005) *Transformaciones en la Profesión Jurídica: Diferenciación y Desigualdad entre los Abogados*, Anuario VIII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la UNC. Córdoba., pp. 361-380.

— (1998) *Desigualdades en el acceso a la Justicia*, Anuario IV del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la UNC, Córdoba, pp. 129-145.

BOIGEOL, ANNE (2003) "Male Strategies in the Face of the Feminisation of a Profession: The case of the French Judiciary", *Women in the World's Legal Professions*, Shultz and Shaw, G. editores, The Oñati International Institute for the Sociology of Law, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon.

— (2007) *So Many Women in the French Judiciary and so Few in the Upper Courts* Seminario Internacional sobre Mujeres en las Profesiones Jurídicas organizado por ELA (Equipo Latinoamericano de Género), Buenos Aires.

BOURDIEU, PIERRE (2005) *La dominación masculina*, Editorial Anagrama, Barcelona. Edición original 1998.

DE MARTINO BERMÚDEZ, MÓNICA (2005) "Género y subjetividad en el mundo del trabajo" en *Trabajo y subjetividad: entre lo existente y lo necesario*, Leonardo Schvarstein y Luis Leopold, comps., Paidós, Bs. As.

GASTIAZORO, MARÍA EUGENIA (2007) *Mujeres en la administración de justicia*, VIII Congreso Nacional de Sociología Jurídica, "derecho, democracia y sociedad", Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, noviembre de 2007.

GASTRON, ANDREA (1993) *Situación actual de la mujer en el poder judicial argentino*, Premio Coca-Cola en las Artes y Ciencias, Argentina.

GODOY, LORENA; STECHER, ANTONIO y DÍAZ, XIMENA (2007) "Trabajo e identidades: continuidades y rupturas en un contexto de flexibilización laboral", en *Los significados del trabajo femenino en el mundo global*, Rocío Guadarrama y José Luis Torres (Coords.) Cuadernos A, 27, Temas de innovación social, ANTHROPOS y Universidad Autónoma Metropolitana, México: España). Pp. 81-100.

GONZALEZ, MANUELA G. y SALANUEVA, OLGA L. (2005) "La enseñanza y el género en la Facultad de Derecho de la Plata", *Academia*, Año 3, número 6, primavera 2005. Buenos Aires, pp. 225- 244.

HAKIM, CATHERINE (2004) *Key Issues in Women's work. Female Diversity and the Polarisation of Women's Employment*, The Glass House Press, London.

HARARI, SOFÍA y PASTORINO, GABRIELA L. (2000) "Acerca del género y el derecho" en *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Birgin Haydée (comp.), Biblós, Buenos Aires.

JUNQUEIRA, ELIANE B. (2003) "Women in the Judiciary: a Perspective from Brazil", *Women in the World's Legal Professions*. Shultz and Shaw, G. editores, The Oñati International Institute for the Sociology of Law, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon.

— (2007) *Permanencias e transformações nas carreiras jurídicas: advogadas e juízas nos tribunais brasileiros*, contribución a la Conferencia Socio-jurídica de Oñati.

KOHEN, BEATRIZ (2005) "¿Dónde están las profesionales del derecho en la Ciudad de Buenos Aires?" *Academia*, Año 3, número 6, primavera 2005, Buenos Aires, pp. 245-256.

— (2006) *The Family Law Judges of the City of Buenos Aires, A View from Within*, Law and Society Association Annual Meeting. Baltimore.

MACKINSON, GLADYS J. y GOLDSTEIN, MABEL R. (1988) *La magistratura de Buenos Aires*, Literaria Jurídica, Buenos Aires.

RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, CORINA (2007) "Empleo femenino, economía del cuidado y políticas públicas. Algunas consideraciones desde la evidencia argentina" en *Entre familia y trabajo. Relaciones, conflictos y políticas de género en Europa y América Latina*, Levín y Carbonero Gamundí Comp. Homo Sapiens Ediciones, Rosario.

SANCHEZ, MARIANA (2005) *Género y Profesión Jurídica*, Anuario VIII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la UNC. Córdoba, pp. 451-465.

SOMMERLAD, HILARY (2007) *The diversity game: merit and the pseudo-democratisation of the profession: a proposal for training*, Seminario Internacional sobre Mujeres en las Profesiones Jurídicas organizado por ELA (Equipo Latinoamericano de Género), Buenos Aires

TOURAINÉ, ALAIN (2007) *El mundo de las mujeres*, Paidós, Barcelona.

VALDÉS, TERESA (1999), "Mujeres urbanas: impacto de la clase en las relaciones de poder en la sexualidad y la pareja", en *El poder en la pareja, la sexualidad y la reproducción. Mujeres de Santiago*, Jacqueline Gysling y M. Cristina Benavente, comps., FLACSO, Santiago de Chile.

WAINERMAN, CATALINA (2007) "Familia Trabajo y relaciones de género", en *Entre familia y trabajo. Relaciones, conflictos y políticas de género en Europa y América Latina*, Levín y Carbonero Gamundi Comp. Homo Sapiens Ediciones, Rosario.

Informes estadísticos:

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) - Argentina, Objetivos de Desarrollo del Milenio, *Informe de Progreso 2005-2006*. Accesible en www.undp.org.ar/docs/ODM_infpro_enbaja2_dic06.pdf

Universidad Nacional de Córdoba, Secretaría de Asuntos Académicos, *Anuario Estadístico 2006*. Accesible en <http://www.saa.unc.edu.ar/estadisticas.php#publicaciones>.



LOS DERECHOS DE ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY EN EL NUEVO CONTEXTO

*María Inés Laje*¹

Resumen: El propósito de este artículo es analizar desde la perspectiva de distintos actores sociales adultos, el proceso de transformaciones que el nuevo contexto legislativo en la Provincia de Córdoba promueve. De algunas entrevistas realizadas podemos señalar que estamos en un momento de transición, el pasaje para considerar a los niños sujetos de derechos plantea el desarrollo de procesos diferenciados en los agentes institucionales. En algunos el paso es lento, en otros, se expresa progresivamente en sus discursos, sin embargo, para algunos, se trata de un contexto importantísimo, largamente esperado, que refuerza las líneas de trabajo silencioso que muchos de ellos han venido realizando enmarcadas en la protección integral. Vamos a caracterizar a partir de los análisis de diferentes entrevistas, los discursos que revelan, por un lado, las dificultades que el cambio conlleva, pero también las posibilidades para la construcción de capacidades para situar nuevas acciones en el campo de la infancia.

Palabras Claves: adolescentes en conflicto con la ley - políticas públicas - agentes institucionales

Contexto normativo actual

Los antecedentes históricos del actual contexto normativo se sitúan en 1989, año de promulgación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), al año siguiente la sanción de la Ley Nacional 23849 y la incorporación de la CIDN en el art. 75 de la reforma constitucional en 1994. A partir de entonces,² a nivel provincial se cristalizaron modificaciones legislativas en dos leyes, que lejos de significar su adecuación

¹ Licenciada y Doctora en Antropología de la UBA, docente e investigadora de la Facultad de Derecho y Cs. Ss., UNC. Directora de proyectos sobre infancia y derechos desde 1985. Responsable de la Materia Opcional de la carrera de Abogacía: "Seminario Interdisciplinario de Investigación y Formación en Derechos del Niño", desde 2006. Profesora Titular de Antropología y Sociología en las Carreras de Psicología, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba.

² En artículos anteriores se han discutido las diferentes perspectivas en el campo de la infancia, véase de mi autoría: "Los Menores de ayer - Los Niños de Mañana" en Anuario del CIJS, 1993. "Debates y usos en el campo de las políticas para la infancia", 1998. "Adolescentes infractores a la ley penal y la necesidad de cambios sustanciales", En La Fuente, Revista de Psicología y Ciencias Humanas, N° 27, Año VIII, julio de 2005.

a la protección integral³, fueron confirmatorias de la situación irregular⁴. Hacemos referencia a la Ley 8498 de 1994 (Procedimiento Penal de Menores) y la Ley 9053, de 2002, que paradójicamente se denomina “Protección Judicial de Niños y Adolescentes”, poniendo en tensión los principios de la Convención. Esto, en tanto que no crea un procedimiento administrativo capaz de generar medidas de protección de derechos a través de programas y acciones que fortalezcan la familia de manera prioritaria, sino que, por el contrario habilita la “protección judicial” para que administre medidas orientadas al restablecer los derechos vulnerados. Se observa, que nuevamente se les atribuyen amplias competencias a los jueces de menores para atender cuestiones de índole social y/o familiar, a través de medidas tutelares que incluyen la separación discrecional del niño o adolescente del medio familiar o su internación. La lógica de control y observación a través de informes técnicos y estudios del “menor” y su familia se mantiene intacta, imperando la lógica prevaleciente de la situación irregular.

Es de destacar que los cambios legislativos sucedidos a nivel nacional, a partir de 2005, con la derogación de la Ley del Patronato de Menores (10903) y la sanción de la Ley de Protección Integral a Niñas, Niños y Adolescentes (26061), generaron una preocupación a nivel local del fuero, que dio como resultado el acuerdo reglamentario No. 794, por el que el Tribunal Superior de Justicia dispone que “los tribunales de la Provincia de Córdoba en competencia de menores prevencional, continúen su actuación judicial de conformidad a las competencias y atribuciones asignadas por la Ley 9053”, — como dijimos, orientada en la situación irregular—, obstaculizándose la adecuación provincial a la normativa nacional, de protección integral.

La adhesión provincial se produjo en abril de 2007 con la Ley 9396, que crea la figura del Defensor del Niño. Dos artículos deben destacarse de esta ley, el No. 2 establece que en el plazo de un año, prorrogable por un periodo igual, el Poder Ejecutivo Provincial deberá arbitrar las medidas necesarias que garanticen el cumplimiento de esta ley. Y el No. 3, que dice “Facúltese al Tribunal Superior de Justicia para que en el plazo de un año, prorrogable por única vez por un periodo igual, arbitre las medidas

³ Entendemos por protección integral al conjunto de principios implícitos de la Convención de los Derechos del Niño (no discriminación, interés superior del niño, participación) y los instrumentos internacionales que representan una nueva visión para encarar la vida en sociedad de los niños, entendiéndolos como sujetos de derecho. Implican políticas públicas desde el Enfoque de derechos: integrales, interdependientes, progresivas.

⁴ Hacemos referencia a la situación irregular que representa una visión de la infancia desde la perspectiva de las necesidades, entendiéndolo al “menor como objeto de protección”, sujeto a la tutela del Estado, a su institucionalización, implementándose políticas públicas asistenciales, limitadas y compensatorias.

conducentes a armonizar de manera gradual y progresiva las acciones que garanticen la adecuación a las disposiciones de la ley nacional No. 26.061, en materia de procedimiento prevencional”.

La Protección integral y los nuevos riesgos

Tomaremos el análisis de la denominada “sociedad del riesgo” (Beck, Giddens), para situarnos ante los desafíos que los cambios legislativos en el actual contexto están produciendo. La sociedad del riesgo se origina allí donde el sistema de normas fracasó, con relación a la seguridad prometida, puesto que la obediencia a las normas no garantiza que no ocurran igualmente los daños. La creciente ambivalencia que se vive disminuye al mismo tiempo la confianza en la seguridad que brinda el cumplimiento de las normas. Vivir en una sociedad de riesgo equivale a reconocer que todas nuestras actividades son susceptibles de verse afectadas por sucesos contingentes.

Esta noción de riesgo reviste una importancia central en una sociedad que se destradicionaliza, abriéndose a un futuro problemático en el que es esencial valorar hasta dónde es posible que los resultados difieran de los propósitos previstos. Para la problemática que nos ocupa el nuevo contexto⁵ es fundamental, en un momento en que se “dejó atrás” la protección tutelar como única manera posible de afrontar aquellas situaciones caracterizadas riesgosas, para imponerse la concepción de la protección integral, dejando de lado el modo tradicional de ver a los niños. Siguiendo con esta perspectiva, los cambios y nuevas alternativas de acción pueden implicar incertidumbre e imprevisibilidad.

La aplicación de la nueva legislación genera incertidumbre, por lo imprevisible de los resultados en un contexto en el que las instituciones tradicionales se han vaciado, se han destradicionalizado. Es necesario entonces, resignificarlas llenarlas con contenidos nuevos que respeten los derechos humanos, los derechos de niños, niñas y adolescentes (NNA), la vida en democracia, fenómeno que lejos de ser local o nacional lo es universal, resultado de tiempos de mundialización, de universalización.

La reorganización administrativa de los poderes judicial y ejecutivo, la desaparición de los juzgados de menores, el cambio de perspectiva que impone la nueva ley en el planeamiento y puesta en marcha de acciones y prácticas en el nuevo marco, el cambio del eje de la familia hacia su centralidad, la emergencia de los NNA como sujetos de derecho, el re-

⁵ El contexto es más que lo normativo, que el cambio teórico y práctico que se ha cristalizado en la nueva legislación debe implicar una profunda reflexión e internalización de lo que significa la “nueva infancia”, al nivel de todas las instituciones y la sociedad toda.

conocimiento de un sin fin de derechos antes vulnerados, etc. interpelan al mundo adulto. Se está ante el desafío de promover acciones que impliquen una verdadera transformación y que los declamados derechos contenidos en la CIDN se formalicen y garanticen. Esto es claro, implica incertidumbre, inseguridad laboral, conflictos corporativos, tensiones gremiales, en fin “temor al cambio”, es decir la resistencia del mundo adulto a incorporar en sus prácticas la nueva perspectiva que considere a los niños/as y adolescentes como sujetos de derecho, y velar por garantizarles el cumplimiento de todos los derechos de los que son beneficiarios, en tanto personas en crecimiento.

El nuevo contexto impone un cuestionamiento de las prácticas situadas, requiere de procesos reflexivos que impliquen una puesta en acción de otras capacidades, la construcción de sujetos activos, que permitan que sus acciones se constituyan en políticas de vida, dejar que las cosas lleguen impuestas desde arriba, sin preguntarse, sin interrogarse sobre ellas, generando formas nuevas de pensar, de actuar, de comprometerse. En fin, planteamos la participación de estos sujetos activos, pensantes, para que intervengan en la construcción de otro tipo de acciones que se enmarquen en las llamadas políticas generativas⁶.

Entre los discursos y las prácticas

Es claro entonces, que un proceso que incorpore la nueva institucionalidad de la infancia, la consideración de los niños como sujetos de derecho e igualdad, la no discriminación, el interés superior, etc. debe concretarse en transformaciones profundas, con objetivos claros que orienten las acciones y los compromisos del Estado, de la sociedad civil y la familia.

En ese marco es que haremos referencia a lo expresado por agentes del Estado, en diferentes entrevistas⁷. Un avance preliminar del análisis sobre las consideraciones que éstos realizaron al consultársele sobre sus prácticas permite comprender que la orientación que se da, vislumbran algunos obstáculos para promover cambios, pero también perspectivas y orientaciones que alientan potenciales transformaciones.

⁶ Entendemos por Políticas Generativas, al conjunto de condiciones que permiten acciones pensadas, que no bajen impuestas, que generen autonomía en los sujetos involucrados, promuevan confianza en las instituciones, que permitan la descentralización de acciones, etc. (Giddens, A.)

⁷ Hacemos referencia a los resultados preliminares del análisis de las entrevistas realizadas durante 2007, por el Equipo de Investigación del Proyecto de investigación “Infancia y Derechos: el nuevo contexto”, que se desarrolla en el Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba 2008-2009, bajo mi dirección, acreditado y subsidiado por la Secretaría de Ciencia y Técnica de la UNC. Para esta presentación, se han analizado entrevistas a funcionarios del Poder Judicial, autoridades de distinto nivel del Ejecutivo provincial y a profesionales que realizan actividades estas áreas de gobierno.

El análisis de las entrevistas ha permitido agrupar en tres categorías los contenidos de los discursos producidos:

- a) "Improvisado"
- b) Renovado
- c) Generativo/reflexivo.

A continuación, para cada una de las categorías referidas, haremos referencia a: - quiénes son los que se incluyen dentro de cada categoría; - las características que asume el contenido de sus expresiones y, -a partir de las lógicas subyacentes, destacar las perspectivas dentro de las que se orientan sus prácticas.

a) El denominado "Improvisado", también recibe el calificativo de "irresponsable", ha sido elaborado a partir de lo dicho por los entrevistados⁸ cuando hicieron referencia a quienes están de "paso", aquellos que habiendo ocupado posiciones de jerarquía y responsabilidad en los órganos administrativos, "... carecen de discursos firmes". Subrayando que esta situación genera varias dificultades claramente expresadas, veamos un ejemplo:

"... hay vacío de contenido de sus propuestas al no tener una orientación clara, impiden el seguimiento de las acciones y la posterior evaluación ... lo que a su vez obstaculiza la labor de los agentes y operadores, e impide que se adscriban a líneas claras; promueven un personal conformista"

"Generan programas impuestos desde arriba, sin tomar en cuenta las condiciones y situación de los beneficiarios..."

Estas características se les han atribuido a algunos funcionarios políticos y al personal de confianza que éstos designan. Se desprende que tienen un desconocimiento en la temática específica, que más allá de la posible sensibilidad que ésta produzca, la carencia de formación les impide formalizar acciones adecuadas. Comprendemos esto como la falta de responsabilidad de las autoridades, que al designar individuos en los lugares claves, se manifiesta la imposibilidad del Estado, de asumir el compromiso constitucional de generar acciones que garanticen los derechos a NNA, enmarcada en la protección integral. Por el contrario, creemos que esta situación habilita a continuar con la trayectoria de la lógica de la situación irregular con todas las implicaciones que ésta aún tiene.

Otros entrevistados, a su vez, hacen mención a las consecuencias que los cambios políticos acarrearán en sí mismos, cuando se realizan traslados de personal, cierre de programas, mala utilización de recursos, etc.

⁸ Señala un funcionario judicial cuando hace referencia a las políticas sociales y a los políticos que asumen funciones en el Ejecutivo.

En la misma línea, hacen referencia a quienes no tienen compromiso, pero el compromiso no estaba vinculado a los chicos, sino con el personal que los tiene a cargo, en donde lo que priman fueron las condiciones laborales, la estabilidad, significando la importancia de estas condiciones al momento de “cumplir” con sus obligaciones, puesto que lo que impera es la conservación de sus puestos de trabajo.

“... pero nuestro desencanto era en relación al personal que presta servicios en estos correccionales, yo sostenía que había que regularizar su situación a través de un estatuto y no mantenerlos en un régimen de precariedad, pero el punto de vista gubernamental era otro”.

“La precariedad favorece la contracción al trabajo, ‘tengo que conservar mi empleo’, eh, a través de una organización, el estatuto burocratiza a los empleados...”

El funcionario judicial hace referencia a **los discursos y las acciones institucionales**, es confirmatoria en la siguiente caracterización, pues revela la falta o inexistencia de un plan, que justifique el quehacer, que adscriba a una orientación determinada, es un discurso personal, un punto de vista, una improvisación. En rigor, lo que apunta es la inexistencia de objetivos en los programas que permitan orientación de acciones y evaluación de resultados.

“Que veo yo en los **cursos de acción** que hay hoy?, que quiero decir de entrada con toda franqueza, porque se lo había dicho al mismo (autoridad del momento)....., esta faltando un discurso fundante de lo que se está haciendo. ... llama la atención porque toda gestión política, por lo general, tiene un discurso justificador o justificante de lo que se lleva adelante eh, y generalmente se lo trata de reflejar o adscribir a una determinada plataforma política, acá eso, no existe. En la gestión anterior tampoco hubo discurso, había discursos personales, cada funcionario tenía su punto de vista sobre lo que se hizo”.

“No hay un discurso fundamentador lo cual deja a los operadores sin el marco teórico, sin aquello que da sustento, porque si uno pregunta cuál es la situación acá, se justifica bien o mal lo que yo hago, yo puedo decir cual es el marco, y a partir de allí poder decir si lo está haciendo bien o no lo está haciendo bien desde un determinado marco. No conocemos cuál es ese marco, no lo conocemos, ni siquiera yo se si el marco político que se refiere a todo esto es el mismo que tenían en 1973 o en 1946 yo no lo sé, no lo sé porque nunca ha habido palabras explícitas sobre eso, es lo que falta, lo explícito. ... Y falta lo que nosotros llamamos un plan, un programa si se quiere, justamente un programa explícito, en el que viéramos qué rol ocupa lo institucional, aquí institucional en el sentido de los internados, a parte de lo extra institucional, las alternativas a la institucionalización,

pero uno puede ir extrayendo algo de lo que se ha ido haciendo. Yo advierto que de lo que se ha trabajado ha sido en ambas direcciones pero no con el mismo, no con la misma fuerza, en primer lugar. Y en segundo lugar ha **faltado conocimiento** a cerca de lo que podría hacerse”.

Lo mas significativo de esto es que el nuevo contexto, las posibilidades de transformación, que indicarían la oportunidad de mostrar acciones sustentadas en discursos garantistas con alto impacto político, sin embargo se siguen sustentando en decisiones irresponsables, en la designación de funcionarios que desconocen e ignoran la cuestión de la infancia y en particular la vulnerada, la que es expresión clara del fracaso del Estado en sus obligaciones con sectores desfavorecidos de nuestra sociedad.

b) El discurso “renovado”, ha sido expresado por un grupo de entrevistados que están incorporando la perspectiva del “niño como sujeto de derechos”. Creemos que se está dando un giro lento hacia una orientación más “garantista”, no exceptuándose marcadas diferencias entre ellos. Sin embargo, observamos que la “protección integral” aún no está realmente incorporada, sino que se ha instalado más bien a un nivel discursivo, a una expresión de deseos. Esto especialmente se ha observado cuando señalan la imposibilidad de promover acciones concretas, en donde no se observa que emerja una perspectiva orientada al enfoque de derechos, que implica integralidad, progresividad, articulación de acciones conjuntas con otras instancias administrativas, con el ámbito presupuestario, con los recursos humanos, y la ausencia de participación de los adolescentes y jóvenes en la planificación y en el diseño de las acciones. Esto a pesar de las posibilidades que distintos agentes tienen en tanto autoridades de diversas instancias de la administración central. Explica esta situación la presencia de una formación y prácticas cristalizadas de la histórica lógica tutelar, y que en la actualidad carecen de ámbitos de capacitación específica y de discusión sobre los alcances de la protección integral desde el enfoque de derechos. Esto se observa al hacerse hincapié solo en el mejoramiento edilicio de los institutos y en la infraestructura, al complejo Esperanza y la creación de más institutos, sin considerar la internación como “la última instancia posible”. De manera similar, la referencia al incremento de las actividades es resultado a una respuesta de la demanda de los jueces de menores, que no cuestiona la calidad de los contenidos, sino solo como la permanente ocupación de los internos. La falta de articulación con otras áreas de gobierno, es una muestra más de esta perspectiva, que aún no incorpora la lógica de la protección integral.

Un elemento importante que destacan algunos entrevistados es la adecuación, aún pendiente, de la educación que se está implementando

para los chicos judicializados —internos, egresados, en libertad asistida o con permisos prolongados—, a sus necesidades y situación.

A pesar de la mirada crítica de algunos funcionarios de la justicia respecto a los responsables del ejecutivo, interpretamos que los primeros poseen un discurso que caracterizamos como “renovado”, en el siguiente párrafo en donde se observa claramente su posición:

“Vamos a **lo institucional** porque es lo que está más a la vista. Uno va al complejo Esperanza en estos días que corren y vemos que nada tiene que ver con lo que era el Complejo de Bouwer hace 9 años, 8 años atrás. Se han ido integrando los establecimientos, se han ido aprovechando espacios comunes y por mucho insistir han aparecido en este caso ciertos programas para actividades de los internos pero todavía falta participación. O sea, es una parte de la población la que interviene en estos programas y otra parte permanece mucho tiempo ociosa, pero ha ido creciendo la participación es decir no se ha quedado, no se ha estancado hay un avance. Además en los últimos tiempos se ha, no hablo de los tiempos preelectorales, se ha visto un discurso fuerte, sobre todo, cuando se llevó la población que antes estaba en comisarías a Bouwer”.

En la percepción de la situación actual de las **instituciones correccionales**, está ausente la protección integral, se sitúa en cuestiones edilicias y en el actual aprovechamiento del espacio físico, en el incremento de programas con actividades para los internos, marcando haber incorporado las recomendaciones que la justicia hiciera en diferentes oportunidades. Ahora los chicos no demandan audiencias cuando ellos llegan, marca la conformidad del encierro, no se pregunta sobre la calidad de las acciones, ni sobre las condiciones ni los resultados de la internación.

Se trata de un análisis que no cuestiona la internación, la coherencia entre lo que hace la justicia y las prácticas del ejecutivo, en el marco de la nueva legislación, que considera la internación como medida de última instancia. Esto es confirmatorio ante la afirmación sobre la construcción del complejo que implica la concentración de las instituciones, alejadas de la ciudad, y la del nuevo instituto para los chicos que residían en los precintos policiales, que albergaban un lugar en malas condiciones. En realidad se trata de otra institución de encierro, y de dar respuesta a las demandas de la justicia, demandas sustentadas en el derecho de los chicos de habitar un lugar digno, impidiéndoles el derecho a la libertad.

“Todo lo otro se ha ido integrando, hay un buen ambiente, no existe esa demanda de la población de internos que uno percibía enseguida cuando llegaba, todos te pedían audiencia en el Tribunal. Ahora no, ahora están interesados en sus actividades, están entusiasmados por un partido de fútbol, o viendo televisión, de manera que ha habido un cambio, que

uno percibe. Claro este cambio implica mucho dinero, Bouwer es algo en marcha, pero es un desafío porque hay mucho por hacer, hay mucho por mantener. Con el cambio de autoridades eso hay que mantenerlo porque todo sufre su desgaste, hay muchos problemas con el personal derivado de lo que yo mencioné solo a título de anécdota —de lo que había ocurrido en la época de...— porque todo lo que sucedió entonces es consecuencia de esta manera de ver las cosas, que este gobierno pienso que introdujo algunas mejoras, pero no tengo conocimiento qué personal que presta servicio en un instituto haya encontrado plena satisfacción a sus demandas y cuando tendrían que estar bien, tienen que tener eso que da seguridad, seguridad no me refiero a la seguridad física, sino a la seguridad anímica en cuanto a su trabajo, a sus descansos, a sus vacaciones, a sus mejoras, tienen que saber a que atenerse, como pasa en todos los servicios que todas las personas necesitan eso”.

La posición de estos entrevistados que están tan sumergidos en el ambiente institucional, pierden de vista la perspectiva integral de la protección y su formación. Esto se observa al evocar las bondades de una institución escolar para los internos y externados, con el agravante de que ésta carece de mayor inversión y cobertura en relación a la gran demanda. visión orientada a la creación de cada vez más instituciones para los “vulnerables”, volviéndose imposible el fortalecimiento de mecanismos de integración con otras instituciones escolares y comunitarias que hasta la fecha siguen discriminando y excluyendo a los adolescentes y jóvenes expulsados de las instituciones de educación formal.

c) La tercera categoría, el discurso generativo o reflexivo, se presenta en profesionales y agentes que han manifestado su compromiso con la infancia a través de: la promoción de diversas acciones concretas orientadas a la protección integral; la denuncia explícita de situaciones de abuso de poder, de situaciones violatorias de los derechos de NNA. Entendemos que se trata de agentes con una alta reflexividad institucional observándose en el contenido y objetivos de los programas que llevan a cabo y en la lógica que les imponen.

Estos operadores, en su mayoría con varios años de antigüedad y con mucha experiencia institucional han pasado por situaciones tales como: haber sido desplazados de diversas funciones por problemas políticos, de competencia, de celos profesionales, etc. debiendo abandonar sus iniciativas.

No obstante ello, se han sobrepuesto a los desplazamientos, insistiendo en la creación de nuevos programas, talleres, acciones que estratégicamente debieron su denominación, pero que continuaban con los

mismos contenidos (formación y capacitación laboral, formación socio-educativa, orientación familiar, mediación, talleres de formación socio-laboral y capacitación en oficios, etc.). Estos actores convocaban a otros operadores de su entorno y utilizando los contactos personales articulaban sus acciones, que en su mayoría fueron de carácter informal a modo de experiencias piloto, por lo que no gozaron de mayores recursos institucionales.

Solo para enunciar algunos ejemplos, el Programa de Orientación Familiar, que nació como iniciativa de una profesional, con el objetivo de trabajar con las familias de los/as NNA que ingresaban por primera vez al sistema. Funcionó con una perspectiva orientada al enfoque de derechos, hacia la protección integral, ofreciendo una instancia de apoyo y asesoramiento a las familias para evitar la internación. Se llevó a cabo sin una inserción formal, sin presupuesto y con escasos profesionales de apoyo. Esta experiencia ha sido evaluada y es considerada como una estrategia relevante, que recibe en la actualidad derivaciones formales de los juzgados de menores y con aceptación de las familias judicializadas de la propuesta de orientación que ofrecen.

Veamos, desde la justicia, se ha hecho referencia a esta iniciativa:

“El Centro Lelikelén es un alivio importante para los que están internados como para los que están externados. Es un espacio educativo que incluso llega a los padres de familia. Hay una escuela para padres cuyas bondades nosotros hemos podido verificar pero, así como se ha fortalecido el complejo Esperanza, Lelikelén debería haberse fortalecido en cuanto a lo cuantitativo, que es lo que hace falta, se tiene un buen equipo pero tiene 200 padres que atender, no da... Creo que esto se ha trabajado bien, pero se ha descuidado un cierto aspecto de lo extra institucional, donde yo veo que no se ha avanzado suficientemente, ha faltado decisión, es más hubo muchas vacilaciones”

La inquietud de otros profesionales permitió la creación de un programa con tres áreas de trabajo en las instituciones prevencionales, entre las entrevistas realizadas, destacamos las referencias al respecto,

“.. y le digo a ... hagamos un programa con objetivos, abramos tres áreas, bueno hicimos un programa... Salen tres áreas, área sociolaboral, área socioeducativa y área artística recreativa; entonces el área educativa sigue mas o menos con gestión educativa, o sea, la recepción de chicos, pase y traslado a escuelas, la gestión con los inspectores para que a los chicos se los ubique en escuelas cerca de los institutos; apoyo escolar. Hay un grupo de docentes que van a los institutos a hacer apoyo escolar diariamente para que los chicos no se atrasen, que se yo! lo mismo se atrasan, lo mismo desertan porque hay problemas, discriminación, en la escuela hay

muchos chicos con problemas de conducta, que vienen de los institutos. Imaginate lo que es un niño de seis, siete años de segundo grado, viviendo sin sus papas, tienen una mezcolanza. Bue!!, quien te dijo que los institutos eran una hermosura, son de terror, siguen siendo de terror, no les pegan a los chicos, mas o menos, los encierran en un placard, viste, cinco horas, una niña tres horas, entendes, no hay promoción, no hay prevención, no hay empoderamiento del niño, no hay nada!!!! ahí, le dan solamente la comida y la ropita bastante hecha ... pobrecitos”.

Trabajaron con los esfuerzos de pocos profesionales y debiéndose enfrentar a las condiciones de vida de los chicos internados, en donde lo que se satisfacen son necesidades alimentarias y de vestimenta, carecen de promoción, prevención y “empoderamiento”. En esos espacios:

“Siguen la lógica de las instituciones totales, no hay trato personalizado para los chicos, son de “terror”, no hay seguimiento, los equipos técnicos no dan abasto y trabajan mal, el equipo técnico hace solamente el seguimiento administrativo y judicial, el oficio de estar bien, cursos de capacitación, no se relacionan con los chicos. No aportan a la coordinación, hasta que cambie el actual sistema, deben haber institutos, de modo transitorio, pero tiene que ser una “conducción colegiada” tiene que ser un equipo interdisciplinario que vea todas las facetas de un niño en una institución, para que sea menos dañino.”

Otros profesionales, en su particular mirada crítica sobre el personal y los institutos, hicieron los siguientes señalamientos:

“Sin embargo hay pocos buenos, ... la mayoría el 80% de los sub-coordinadores son nefastos ... Todos seguimos hablando ... de lo que hay y cómo se puede mejorar esta infamia que hay, porque los chicos están en el instituto. Entonces, yo siempre pensé en el ahora y el orden, si, puedo trabajar para el cambio, pero voy a un instituto de niñas de 15 a 19, 20 años y están todas tiradas, todo el día viendo televisión con las patas abiertas y por favor, es de terror”.

Desde esta perspectiva crítica hay profesionales que además de lo señalado, denuncian las situaciones irregulares, que marcan el conformismo, la mediocridad, el desconocimiento y/o irresponsabilidad de los funcionarios y autoridades de turno. Desde esta mirada, haremos referencia como ejemplo a un programa de desinstitucionalización, en concordancia con la nueva legislación, de retirar a los chicos de los institutos:

“... y bueno salen los chicos a la nada, digamos, este (programa), llegó un dinero en junio (2007) del Consejo Nacional para que sacaran los chicos de los institutos, entonces hubo una presión concreta a los técnicos. ... hay que hacer egresar a los chicos a donde sea, como sea, a la familia que sea, le damos \$500 por mes a los chicos o a la familia y que se lo lleven.

Es una desinstitucionalización forzosa, que tampoco funciona, porque la familia sigue igual, está el golpeador, está el abusador, está la mamá loca, psiquiátrica. Hay condiciones de pobreza increíble, entonces el niño vuelve a ser víctima de este”.

Siguiendo con la misma lógica, se plantearon cuestiones vinculadas a los adolescentes en donde se da la misma situación, cuando se les requiere a los operadores que los orienten para generarles autonomía a los chicos/as. Sin embargo, las condiciones en las que egresan los/as adolescentes y jóvenes no permiten, sino solamente a una minoría, incorporar y asimilar este mensaje. En el siguiente extracto puede verse más claramente lo que han expresado alguno de los entrevistados:

“... alquilate una pieza, una pensión, que se yo!! el otro día hablábamos con una compañera, no le podemos pedir a nuestros hijos de 18 años, ..., que se vayan a vivir solos, que se independicen, que consigan trabajo, que tengan proyecto de vida..., y les pedimos a estos chicos, que hace cinco años que están en institutos, que no tienen un proyecto de vida, que no tienen ni primer año hecho, por lo general no terminan ni el CBU con problemas concretos. ... Tenemos muy poquitos chicos que han terminado el secundario; a ellos les pedimos que egresen a los 18 años y que sean autónomos. Entonces, esto es un defasaje total, cuando muchos de ellos están acá por falencias del propio Estado, porque el maltrato en muchos casos son problemas económicos, el desempleo, las dificultades, las demandas, ...”

Veamos respecto a este Centro cuál es la percepción de un profesional:

“... tiene una escuela, que los chicos hacen módulos, es una escuela a distancia, digamos, que para ciertos chicos sirve, pero en general no. Para nosotros no ha funcionado, los sub coordinadores no los quieren mandar, porque un niño con estas características, un adolescente que no tiene una familia atrás que lo siga, yo digo, la resiliencia lo dice, expectativa de, el niño tiene que saber que el otro tiene expectativa de lo que uno puede lograr, el niño va a la escuela tiene la nota y quien recepta, quien recepta el muy bueno.....tendría que ser el operador, tendría que ser el educador. Por eso yo decía el paso del rol de operador al rol de educador, nunca se habla de educador en institutos, hay muchas cosas que atender, desde la institucionalización hasta el perfil de quien esta a cargo de los niños, ..., que son empleados de comercio, parientes, primos, cualquiera, mandemos operadores a los institutos si total el programa no dura, esa es la concepción, o sea, no cambió nada, ..., en el Leliquelén es deficiente, muy deficiente a nivel de los chicos que no aceptan esto, de hacer módulos porque tienen que estudiar en los institutos: Para nosotros lo mejor es la

contención escolar, o sea, la integración en una escuela, la contención de la maestra que se encuentre con otros chicos, que se mezcle. Que el chico diga: bueno tengo una vida más o menos normal, a pesar de que vivo en un instituto. Así tratamos de hacerlo, a no ser por un pedido del chico que diga yo no quiero ir mas a la escuela, quiero hacer los módulos en el Leliquelén, los anotamos ahí y la profesora de apoyo escolar los prepara, los ayuda y ellos van rindiendo los módulos en el Leliquelén”.

Estas observaciones orientan líneas posibles de trabajo, hacia las particularidades, las necesidades individuales y etáreas de los internos. Busca mirar en el otro, indagar en sus necesidades, escuchar y respetar sus decisiones, trabajar con él, dotarlo de herramientas para su fortalecimiento e inserción social.

“... se trabaja con los adolescentes, se realiza una entrevista a principio de año, a ver qué quieren hacer, cual es su interés a nivel de capacitación laboral, que proyecto tienen en la vida, que han hecho antes como para relacionarlo y decir bueno lo continuemos. Si hizo electricidad, porque no seguís con electricidad y vemos si después, orientarlo a nivel laboral. “... lo ideal sería tener ya convenios con las fábricas, con las empresas y poder ir insertándolos, no hay nada”.

“... insertarlos, promover la inserción, digamos la formación laboral, la elaboración de un proyecto de vida, la inclusión y si se puede la inserción laboral son chicos impulsivos, entonces debe haber un trabajo previo. De qué es entrar en un mercado laboral, aprender a manejarte, a respetar consignas, cumplir un horario. O sea, vienen de la marginalidad, vienen de la villa, con códigos villeros, y tenes otros chicos que vienen de una clase media empobrecida, muy golpeada, donde ha habido quizá abuso, maltrato o problemas psiquiátricos. Esos chicos tienen un poquito mas de armas, siguen, vos los podes apoyar..., primero esta el perfil del joven deteriorado, empobrecido por la pobreza”.

A modo de ejemplo, destacamos otras acciones que trasunta deseos de ofrecer a los NNA herramientas no solo para ingresar al mercado de trabajo, sino que son constitutivas de su formación integral, la sensibilidad, incorporar otros valores, la construcción de identidad, la toma de decisiones, etc.

La labor de “ profesores de niños menores en riesgo, de niños y adolescentes en riesgo y ellos tienen como experiencia dar talleres artísticos básicamente, artesanías, títeres, teatro, y promueven la expresión teatral”.

“... hicimos jornadas con los chicos de educación sexual, mejor dicho derechos sexuales y reproductivos, derechos sexuales y reproductivos, que se llama, hablemos sobre sexualidad; ...algo de primeros auxilios en el Feliu, a niñas madres, se ha hecho con un médico del Rawson sobre HIV”.

A modo de cierre

Retomaremos algunas cuestiones ya mencionadas sobre la vida institucional de los/as adolescentes y jóvenes, otras como resultado del contexto conflictivo en que éstos habitan. Estas, más el conocimiento resultado de investigaciones anteriores⁹, nos permite delinear solo algunos aspectos sobre los que es prioritario reflexionar.

Consideramos a los/as adolescentes y jóvenes internos como agentes entendidos, con capacidad intencional o no de cambiar cursos de acción¹⁰. Asimismo, hemos podido comprender a partir de nuestro análisis de la vida cotidiana¹¹ en los correccionales de menores, que algunos internos poseen capacidad negociadora, adaptativa y desafiante otros.

El estado de anomia de NNA y jóvenes debido al deterioro de las instituciones y de la incapacidad para responder a sus necesidades, los excluye y discrimina, cuestión que no es menor. También es claro que las instituciones y los adultos que las habitan no están legitimados por NNA y jóvenes, lo que los coloca en situaciones de incertidumbre y pesimismo por el futuro.

Sin embargo, consideramos a los/as adolescentes y jóvenes como partes fundamentales en la construcción de líneas de futuros programas y planes de acción colectiva. Lo que implica la necesidad de incluirlos e invitarlos a participar activamente.

Esto significa tomar distancia de la tradición, reflexionar e interrogarse sobre los mandatos institucionales, las necesidades familiares y grupales, los compromisos comunitarios, para que a la luz de las experiencias y nuevos conocimientos se instale en la agenda pública.

Sin embargo, el contexto es auspicioso, la demanda social que desde distintos lugares se va expresando, construye nuevas subjetividades y la

⁹ Hacemos referencia entre otras investigaciones, realizadas desde el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Fac. de Derecho, a: Adolescentes y jóvenes en instituciones de menores: un análisis social de la intervención estatal. Tesis doctoral, 2003. "Adolescentes Infractores a la ley penal: la respuesta estatal", Año 2006- 2007. "Adolescentes Infractores a la ley penal: la perspectiva de los actores", 2004, Adolescentes y jóvenes judicializados: la perspectiva de los protagonistas: Estudio de Casos. 2002-2003.

¹⁰ Esta perspectiva ha sido desarrollada en Laje, M.I. "El encierro escenario de reproducción cultural", Anuario CIJS No. 10, 2008.

¹¹ La cotidianidad en nuestros estudios es entendida como un tejido de tiempos y espacios en los que se organizan innumerables rituales que garantizan la existencia del orden constituido. Es el ámbito en el que se entrecruzan signos y símbolos que dan lugar a multiplicidad de posibilidades que conllevan a la capacidad de dudar y optar por parte del actor social. Es un lugar estratégico, permite pensar sobre la compleja "pluralidad de símbolos y de interacciones" pues se trata de un espacio donde se encuentran y reencuentran las prácticas y las estructuras, siendo el escenario de la reproducción y de la innovación social.

toma de conciencia sobre el verdadero significado que la protección integral implica.

Bibliografía

ABRAMOVICH, VÍCTOR (2006) "Una Aproximación al Enfoque de Derechos en las Estrategias y Políticas de Desarrollo". Revista de la CEPAL No. 8.

BECK, ULRICH (1996) "Teoría de la sociedad en riesgo", en Beriain, Josetxo (Comp.) Las consecuencias perversas de la modernidad. Anthropos, España.

DUTCHASTKY, SILVIA (comp.) (2005) Tutelados y Asistidos, Paidós, Argentina

GIDDENS, ANTHONY, (1998) "Más allá de la Izquierda y la Derecha" Ed. Cátedra, Madrid.

LAJE, MARÍA INÉS (2008) "El encierro escenario de reproducción cultural", en Anuario N° 10, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, UNC.

TOURAINÉ, ALAIN (1998) ¿Podremos vivir juntos?, Fondo de Cultura Económica, Argentina.



LA JUSTICIA EN RIESGO: EL BANCO MUNDIAL Y LAS REFORMAS JUDICIALES EN LATINOAMÉRICA

Carlos A. Lista¹

Resumen: en las últimas décadas, distintas agencias transnacionales, entre otras el Banco Mundial, han mostrado un renovado interés por la promoción de reformas judiciales en Latinoamérica, tomando como principal argumento que la debilidad de la regla del derecho y de los sistemas judiciales obstaculiza el desarrollo económico y la gobernabilidad de la región. Así, las sociedades latinoamericanas son definidas como riesgosas. Este trabajo se centra en los procesos de reforma judicial, discutiendo los argumentos dados para su legitimación, así como las principales consecuencias, implicaciones y riesgos de estos renovados intentos de intervención legal y política.

Palabras Claves: Justicia, riesgo, Banco Mundial y reforma judicial.

Introducción

La inestabilidad de los países latinoamericanos y las particularidades de sus sistemas políticos y jurídicos han sido tradicionalmente considerados como riesgosos bien sea para la estabilidad política interna, como la de la región en su conjunto, o para el desarrollo capitalista, la economía de mercado y la inversión privada. Ya pertenece al sentido común de especialistas y legos atribuir tal situación de riesgo a rasgos internos y estructurales de las sociedades latinoamericanas, sin reparar que su constitución ha sido históricamente relacional. Esta definición del riesgo como falta de certeza, equivocación e incompletitud ha servido de justificación para el desarrollo de un complejo técnico corrector y preventivo que legitima la intervención regulativa.

En este trabajo se discuten aspectos de las reformas judiciales promovidas por las agencias multilaterales de crédito, con especial atención a la década del noventa y a la acción desarrollada por el Banco Mundial

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC) y Master en Sociología (NYU). Profesor Titular de Sociología Jurídica (Carrera de Abogacía) y de posgrado (Maestría en Sociología), UNC. Director del Instituto Internacional de Sociología Jurídica, Oñati, España. Prof. visitante en las universidades de Lund, Strathclyde, NYU, UNAM y Coimbra. Libros: *Los Paradigmas de Análisis Sociológico y La Enseñanza del Derecho y la Formación de la Conciencia Jurídica* (coautoría con A.M. Brígido) clista@iisj.es

(BM). Esta institución ha alcanzado una posición de liderazgo y guía en la transnacionalización del derecho, o visto desde otro punto de vista, en la incorporación de los sistemas jurídicos estatales y judiciales al derecho transnacionalizado. Ello ha sido resultado tanto de su capacidad de financiación, como de su rol en la producción de “un discurso de justificaciones y de líneas de acción teóricas y políticas bajo las cuales enmarcar los proyectos de reforma legal y judicial” (Burgos, 2000, p. 48). A partir de ello, es que el BM se ha constituido en un actor privilegiado, aunque no exclusivo, en el proceso de globalización del derecho y de creación e imposición del derecho globalizado.

Más allá de su fortaleza financiera no se debe desatender a su capacidad para desarrollar un soporte teórico y argumental desde el que se abordan, de manera directa e indirecta, temas jurídico-políticos tan fundamentales como estado de derecho, soberanía, ciudadanía, democracia y gobernabilidad (*governance*). Esto no ha sido desarrollado por el BM con fines teóricos, sino fundamentalmente pragmáticos, a fin de implementar y legitimar políticas y acciones de crédito, en el contexto de un proceso de globalización hegemónico en el que gobernabilidad y desarrollo aparecen como palabras clave aplicables a los países receptores de las reformas. Igual pragmatismo se observa en las estrategias que el BM ha empleado y emplea en la definición de tales temas fundamentales, siguiendo una orientación técnica y supuestamente apolítica, adoptada a partir de los límites fijados por su propio mandato.

Todo ello hace que la acción que el BM desarrolla como actor transnacional en el campo jurídico interno de los países latinoamericanos resulte un tema de análisis fundamental para comprender el fenómeno de transferencia tecnológica, sus resultados y riesgos.

En el presente trabajo se destaca, en primer lugar, el desarrollo evolutivo y adaptativo de las políticas de reforma económica, política y jurídica adoptada por las agencias multilaterales de crédito y en segundo lugar, se focaliza la atención en los rasgos de tales reformas y algunos aspectos problemáticos de su implementación, que son considerados como factores de riesgo jurídico y político para las sociedades en las que se han implantado.

1. Cambio de agendas: las reformas legislativas

Tal como lo señalamos en un trabajo anterior (Lista, 2008), en Latinoamérica, a lo largo de los últimos cuarenta años, los sucesivos intentos de transplante jurídico mediados por las agencias transnacionales se fueron adaptando a las variaciones del contexto internacional, de acuerdo a los intereses de los centros de poder económico y político internacionales,

luego transnacionalizados. En tal proceso, las estrategias cambian y los objetivos se replantean y transforman, aunque no varían fundamentalmente. El desarrollo económico prevalece, como objetivo expreso, el que no necesariamente coincide con el fortalecimiento de la democracia y el estado de derecho.

En la década del ochenta, con la expansión de la economía de mercado, a partir de la desaparición y fragmentación del bloque soviético, el capitalismo adquiere una nueva vitalidad. Este proceso se ve acompañado, por la reconstrucción democrática, en sociedades antes dominadas por regímenes autoritarios de diverso carácter e intensidad. Latinoamérica emerge como uno de tales escenarios, en los que más democracia y más desarrollo son enarbolados como objetivos prioritarios.

De acuerdo a las pautas del llamado consenso de Washington y bajo el liderazgo de los países centrales y los organismos transnacionales que representan sus intereses, se produce un giro en el modelo económico y político hasta entonces vigente. Del intervencionismo estatal (de inspiración keynesiana), como principal fuerza dinamizadora del desarrollo, se pasa al modelo neoclásico, en el que el estado promotor es desplazado y reemplazado por el sector privado como agente generador de riqueza y crecimiento.

Este giro provoca una reorientación de los objetivos principales de la política crediticia de los organismos financieros, con la que se pretende un rediseño económico global en el nuevo contexto de expansión capitalista. En éste, los países menos desarrollados presentan marcados déficit de sus balanzas de pago y un fuerte endeudamiento externo, combinados con estancamiento económico.

Las agencias financieras comienzan a implementar políticas de transformación para promover cambios económicos de los gobiernos, con un amplio alcance de intervención institucional. Para lograrlo, los nuevos programas proponen como metas el equilibrio macroeconómico, el fortalecimiento del sector privado, la reducción del estado y el aumento de su eficiencia. Ellos son utilizados por las agencias para fijar una nueva política de condicionalidad que los gobiernos debieron aceptar para ser prestatarios de los créditos².

Otro cambio importante de las agendas fue que se empezaron a financiar programas y no proyectos, entre los que los Programas de Ajuste Estructural (PAJ) son una clara expresión. Estos programas constituyeron un primer gran momento de las reformas jurídicas que comenzaron a implementarse hacia el fin de la década del ochenta. A través de ellos agen-

² El objetivo del Banco Mundial de promover las modificaciones legales imponiendo políticas de condicionalidad, ha sido permanente y se mantiene desde entonces.

cias como el Banco Mundial se interesan por la remoción de los obstáculos institucionales y legales que a su criterio obstaculizan el desarrollo económico de los países latinoamericanos. Los sistemas legislativos volvían costosa e insegura la inversión nacional y extranjera, pues no había “[leyes] claras y ejecutables en relación con la propiedad, los contratos y las obligaciones” [...] “Leyes mal consideradas, sobrerregulación, administración pobre o cortes deficientes reducen la flexibilidad del sector privado, incrementan el costo de hacer negocios e introducen un fuerte elemento de incertidumbre”, todo lo cual hace “...más difíciles y costosas las decisiones para invertir, tanto para los inversionistas domésticos como internacionales” (Shihata, 1991, p. 228).

En términos del Banco Mundial ¿cuáles eran los principales obstáculos y déficit legales a corregir, que el sistema jurídico oponía para la importación de un modelo económico de mercado?

La lista es larga, aunque se destacan los siguientes rasgos y tendencias: inejecutabilidad de los contratos y desprotección del derecho de propiedad, dudas sobre los títulos sobre la tierra, dificultades en establecer, estructurar y liquidar empresas, normas laborales rígidas que desincentivaban la inversión, impuestos excesivos que impedían la expansión de los negocios, regulación débil o sobre regulación de las actividades de inversión y bancarias, leyes y regulaciones complejas e ineficientes, procesos legislativos defectuosos, normas de derecho administrativo que retardan o impiden los negocios privados (Shihata, 1991, pp. 226, 227 y 229).

Orientados por los objetivos de desregular y/o flexibilizar la regulación económica de algunos sectores y como contrapartida, regular con claridad el derecho de propiedad, los PAJ de finales de los ochenta fueron utilizados por el BM como instrumentos privilegiados para producir cambios legales y condicionar el otorgamiento de créditos. Entre las políticas legales promovidas se destacan: flexibilización laboral; protección del derecho de propiedad; privatización de las empresas del estado en sectores antes protegidos, como telecomunicaciones, agua, petróleo, electricidad, etc.; remoción de regulaciones que limitaban la libre circulación y operación de las inversiones; modificación de leyes sobre impuestos, mercados financieros y quiebras (ver Burgos, 2000, pp. 62-63).

2. La preocupación por la gobernabilidad y el renovado interés por el estado de derecho

A principios de la década del noventa, las reformas legislativas no estaban produciendo los resultados esperados o sólo lo lograban parcialmente. Además, los programas de ajuste económicos comenzaron a generar tensiones sociales y políticas en aquellas sociedades en las que se

aplicaban. Es importante recordar que esto coincide con el proceso de democratización de las sociedades de los ex estados comunistas, en las que, además de crear sectores económicos privados, había que diseñar y establecer instituciones propicias al estado de derecho.

Algunos efectos negativos de los ajustes y las perspectivas poco esperanzadoras a largo plazo en determinadas regiones generaron, en los centros de poder mundiales, la preocupación por la política interna de los estados prestatarios. Más allá de la calidad técnica de los programas financiados por las agencias, la acción de los gobiernos de los países receptores aparece como un obstáculo para los objetivos de reforma, por lo cual el BM incorpora como variable la gobernabilidad (*governance*)³ y lo hace con un ropaje técnico, aparentemente a-político, lo que se deriva de los límites que le son impuestos por su propio mandato. La estrategia del BM para intervenir políticamente y no violar manifiestamente el mandato de no hacerlo consistió en no referirse a la política en términos políticos, sino en términos técnicos, o al menos, aparentemente técnicos; utilizar el vocablo "*governance*" y finalmente, no definir a éste con claridad, incluyendo bajo el mismo un amplio y variado tipo de definiciones (Burgos, 2000, 58).

Es por ello que el funcionamiento del estado y el vínculo entre la política del sector público y la eficiencia económica comienzan a ser considerados por el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Interamericano de Desarrollo y la Organización de Libre Comercio como factores centrales en la determinación de los resultados del desarrollo (Burgos, 2000, p. 57).

Ahora bien ¿qué entiende el BM por "*governance*"? La estrategia del Banco consiste en manejarse con cierto grado de indefinición o con definiciones evolutivas que son adaptadas de modo pragmático a las políticas y necesidades del BM y a los intereses que representa⁴.

De todas maneras, más allá de la ambigüedad, si se toman como indicadores del significado de dicho término los contenidos de las reformas promovidas por el BM, se podrá observar que la preocupación por la gobernabilidad se traduce en: el mejor manejo del sector público, la reforma del servicio civil, la gestión de las finanzas públicas, medidas anticorrupción, descentralización del gobierno, mejora de la fiscalización,

³ A falta de mejores términos, utilizaremos *governabilidad* para referirnos a *governance*, aunque el significado de este término sea objeto de debate y en su traducción se utilicen neologismos, como *governanza*, que tampoco resultan clarificadores. El término "*governance*" resulta más técnico, que "buena política" y evita cualquier consideración sobre el carácter democrático o no democrático de los regímenes políticos de los estados.

⁴ Susanne Dove (1998) citada por Burgos (2000) identifica al menos tres significados para el término "*governance*" dados por BM: "gobierno democrático", "buen gobierno", "establecimiento de reglas de juego".

transparencia presupuestaria, y en lo que hace a los aspectos jurídicos, variaciones en la estructura legal a través de leyes relativas a la propiedad, quiebras bancarias, etc. (Burgos, 2000, p. 57).

Siempre orientados por los mismos objetivos económicos, el BM y otras agencias con las que se complementa comienzan a actuar en favor de un estado de derecho definido primaria y expresamente en términos formales, como una manera de evitar compromisos sustantivos. El interés manifiesto, al menos a nivel discursivo, fue el fortalecimiento de un estado de derecho y de la “*rule of law*” que permitiesen certeza jurídica y con ello generar un clima institucional de confianza para las inversiones y los negocios. Esto suponía: conocimiento previo de las leyes, su promulgación y aplicación efectivas, la ejecución de las mismas, su reforma o modificación cuando no sirviesen a sus propósitos y la resolución de los conflictos por un sistema judicial independiente (World Bank, 1992, p.30). Todo ello llevó a que el BM concentrase también su atención en la reforma judicial.

En suma, durante la década del noventa el BM amplió su agenda como actor multilateral, a favor del desarrollo macroeconómico. Con el interés por la gobernabilidad irrumpe en el campo político, lo que le está vedado según su propio mandato. Por ello es que lo hace adoptando estrategias tecnocráticas.

De manera progresiva y como parte de su política de préstamos ha contribuido a definir y difundir una concepción de estado de derecho que podría definirse como *débil, limitada o restringida*⁵, si tomamos en cuenta la distinción que hace Weber entre derecho formal y sustantivo. El BM, en su definición, hace referencia manifiesta y exclusiva a los componentes formales mencionados con anterioridad, referidos al proceso de formulación y aplicación de reglas y a principios legitimados en el mundo jurídico occidental, como son la generalidad y no retroactividad de las leyes, la separación de poderes y el control del ejecutivo y legislativo por el judicial.

Si se relaciona este concepto formal con los objetivos hacia los que apunta el interés del BM y otras agencias por el estado de derecho, no resulta difícil completar tal definición con componentes sustantivos. Dicho interés está orientado a proveer estabilidad jurídica y credibilidad regulativa para favorecer la seguridad en los negocios, proteger la propiedad privada y asegurar otras condiciones que se consideran necesarias, en última instancia, para instaurar o fortalecer la economía de mercado de acuerdo al paradigma económico neoclásico o neoliberal.

La valorización de la seguridad jurídica dentro de la concepción de estado de derecho del BM es consistente y permanente, lo cual en términos

⁵ Germán Burgos (2000, p. 82) la caracteriza como *stricta* siguiendo a Rafael de Asís (1999).

generales y abstractos permite la protección de los derechos y de la autonomía individuales. Sin embargo, en los programas de reforma legal y judicial que promueven el BM y otras agencias, los beneficios de tal protección y promoción no están dirigidos a todos los ciudadanos, sino que existen actores sociales privilegiados y derechos priorizados, definidos éstos en términos de variables económicas.

La “*rule of law*” promovida por el BM es indiferente a una concepción *fuerte* de estado de derecho, la que, por otra parte, en mayor o menor medida, ha sido incorporada en las reformas constitucionales de los países latinoamericanos de la década del noventa y es promovida por las agencias nacionales e internacionales de derechos humanos. En esta concepción se prioriza, con diversa intensidad, la defensa de los derechos fundamentales, bien sea individuales o sociales, el gobierno democrático y el origen también democrático de las leyes, la supremacía de la Constitución y la importancia central de la función parlamentaria.

Si bien en el discurso del BM no se abandonan, de manera explícita, tales componentes sustantivos de un concepto *fuerte* de estado de derecho, tampoco se los prioriza y lo que es más aún, en los hechos se los debilita a través de distintas prácticas y estrategias.

3. La reforma judicial y el rediseño institucional

Para los economistas enrolados en lo que se da en llamar la nueva economía institucional⁶ el mercado no funciona en abstracto, sino en un contexto en el que un conjunto de instituciones hacen posible su desarrollo, dado que las transacciones y con ello la asignación eficiente de recursos requieren de un buen funcionamiento institucional. Son estos arreglos institucionales los que establecen las reglas de juego que poseen relevancia económica, pues contribuyen a determinar el costo, el nivel de dificultad y la rapidez de los intercambios. Entre estas instituciones se destaca el poder judicial, en principio y de manera inmediata, por su carácter mediador entre terceros.

De igual modo, el análisis económico del derecho resalta el valor económico de las decisiones judiciales, no sólo por sus consecuencias para los actores involucrados en ellas, sino porque la acción judicial condiciona ex ante el comportamiento de los actores económicos. Dicho de otro modo, las señales e información que desde los tribunales se envía al mercado tienen relevancia económica y serían un insumo que los actores tendrían en cuenta al momento de tomar decisiones económicas.

⁶ Entre los que se destaca Douglas North (1993).

Estos marcos teóricos proporcionaron a las agencias transnacionales de crédito una justificación plausible para la intervención más directa en procesos de reforma institucional, especialmente cuando las reformas económicas y legales previas mostraban dificultades en el logro de sus metas.

Las concepciones de “governance”, “rule of law” y estado de derecho contenidas en el discurso del BM y de otras agencias multilaterales responden a estos modelos teóricos que otorgan al poder judicial una función central en el logro de objetivos de desarrollo económico macroestructural. Esto hace comprensible el interés que despertaron, hacia mediados de la década del noventa, las nuevas reformas para la modernización de los poderes judiciales, como complemento y refuerzo de los anteriores programas de reforma legal y económica estructural.

Es de destacar, especialmente, la función mediadora que cumpliría el sistema judicial entre el mercado y el estado. Así lo sintetiza una frase de un documento del BM (1997, p. 100).

“El judicial está en una posición única para apoyar el desarrollo sostenible, haciendo responsable a las otras dos ramas por sus decisiones y fundamentando la credibilidad del ambiente político y de los negocios.”

En definitiva, el sistema judicial y su desempeño comienzan a ser valorados (y medidos) en términos del impacto que pueden producir sobre el desarrollo económico, particularmente, por su capacidad para producir un ambiente seguro jurídicamente, que actúe como condición e ingrediente de una política predecible, lo que, a su vez, favorecería los negocios y la inversión y estos el crecimiento económico, especialmente el desarrollo, para utilizar conceptos del BM. En esta línea causal lineal, el mejoramiento de la eficiencia judicial es ubicado como un eslabón fundamental.

Es este posicionamiento de mediación y articulación del poder judicial entre derecho y economía, derecho y política y política y economía, lo que lo torna particularmente atractivo y objeto de atención, especialmente por las agencia financieras multilaterales, en especial el BM.

Como lo afirma Burgos (2000, p. 65), por un lado, los PAJ necesitan de mejores condiciones institucionales para ser eficaces en sus resultados, por el otro, los poderes judiciales pueden ser fortalecidos en defensa del estado de derecho, al menos en los términos en que lo define el BM.

Ahora bien, ¿por qué modernizar los poderes judiciales? ¿qué obstáculos oponen al cumplimiento de los objetivos del desarrollo? o dicho en términos más precisos ¿en qué dificultan el crecimiento de la economía de mercado, los negocios y la inversión?

Los diversos diagnósticos dan cuenta de algunos de los rasgos comunes de los poderes judiciales latinoamericanos que darían respuesta a

los anteriores interrogantes, entre los que se destacan: la excesiva duración de los procesos y la lentitud en la toma de decisiones, la ineficacia de los despachos, los altos costos, la existencia de *familias judiciales*, el carácter marcadamente jerárquico de las estructuras organizacionales, los procesos de selección no transparente ni basados en la idoneidad, el alto grado de discrecionalidad y en términos más psicosociales, la poca confianza y credibilidad social en la justicia. La gran consecuencia de todo ello sería la falta de certidumbre y seguridad que provoca la acción judicial, tanto a nivel social en general, como en el ámbito de los negocios en particular.

Todo ello no es sólo atribuible al poder judicial sino, sobre todo, a los poderes políticos y a los administradores políticos cuando se corrompen. De todos modos, el papel que se le asigna al poder judicial es esencial: la aplicación de las leyes. Y si ello mejora, los expertos juzgan que se resolverían muchos de los problemas centrales de la gobernabilidad y el desarrollo.

3. Diversidad de programas, resultados problemáticos y factores de riesgo

La agenda de los programas de reforma judicial en América Latina es diversificada (Carothers, 2001). Entre los objetivos más frecuentes de los mismos pueden destacarse: la promoción de la independencia del poder judicial, el mejoramiento de los despachos judiciales, la formación y capacitación de los integrantes del poder judicial, el acceso al sistema judicial por parte de los ciudadanos y sectores marginados, el reforzamiento de los mecanismos de control penal y los cambios normativos y de diseño legal (Lista, 2008).

Inicialmente, se puede acordar que los programas de reforma judicial han contribuido a exponer las estructuras y procesos judiciales al escrutinio público y al debate de temas, como el de su eficacia y eficiencia, que de otro modo no resulta fácil imaginar. Más allá de ello, han favorecido la generación de un importante espacio para discutir mejoras e implementarlas, que de no haber sido bajo el imperativo de actores extraestatales con capacidad de financiación, difícilmente ello se hubiera podido lograr. Resulta claro que se han dado procesos de mejoramiento en la administración judicial, de todos modos los resultados han sido parciales y desparejos y en muchos casos, como es de esperar, fueron superados por la fuerza del contexto y por la resistencia de las culturas y estructuras jurídicas y políticas locales.

No se discute ni la necesidad de las reformas ni la dificultad que tienen de ser mantenidas a mediano y largo plazo, sino algunos rasgos de

los programas que resultan problemáticos, lo que sirve para evaluar su impacto y discutir políticas futuras.

No se debe olvidar la meta hacia la que supuestamente se orientan los programas de reforma de las agencias multilaterales de crédito: el desarrollo. Con distintas particularidades en cada país, la región en su conjunto ha empeorado en numerosos aspectos. Muchos indicadores permiten afirmar que, bajo la influencia de los programas de reforma económica y política, el desarrollo en América Latina se ha vuelto más profundamente asimétrico, lo que ha acrecentado la gravedad de los problemas sociales, el surgimiento de otros y el deterioro de la justicia en sentido sustantivo. Estos resultados son atribuibles tanto a las acciones de los gobiernos, como a las estrategias utilizadas por las agencias multilaterales.

En cuanto a los programas de reforma, algunos de sus rasgos y resultados despiertan críticas, escepticismo y disconformidad, tanto por parte de las mismas agencias internacionales, como de los especialistas y los habitantes de la región. Entre los rasgos problemáticos que presentan pueden destacarse algunos.

Más allá de que discursivamente se utiliza la idea de cooperación como argumento, las reformas fomentan procesos de transplante jurídico y político, generados desde arriba y el centro. Las agencias imponen sus modelos de derecho y de justicia y con ellos sus objetivos. Existe, en tal sentido, un discurso reformista hegemónico. Por otra parte, si bien mantienen su adhesión a ciertos postulados y metas, se han visto obligados a adaptar las propuestas como consecuencia de una globalización asimétrica que beneficia a algunos y excluye a muchos.

Las agencias imponen, asimismo, sus estrategias de reforma, lo que en muchos casos no ha resultado eficaz. Es cierto que muchos países, desde el punto de vista técnico son contrapartes débiles y que necesitan de apoyos técnicos especializados. También resulta comprensible que las agencias condicionen sus préstamos y donaciones al cumplimiento de ciertos requisitos. Las unidades ejecutoras utilizadas por las agencias suelen estar más preocupadas por satisfacer a quienes les proveen de recursos que por el éxito de la reforma en sí (Hammergren, 1998, p. 17).

Los préstamos para las reformas judiciales provocaron un importante endeudamiento de los estados latinoamericanos con las agencias financieras. En un número muy limitado, los fondos fueron transferidos a los países en forma de donaciones, la mayoría de las transferencias se hicieron como créditos que contaron con contrapartidas de los estados prestatarios. La reducción del estado debilitó su capacidad financiera y su autonomía en la utilización del gasto público, lo que se contradice con la condición que le imponen las agencias financieras de introducir costosas innovacio-

nes tanto en la estructura estatal como en la justicia (Burgos, 2000; Vargas, 2001). La solución que se les ofrece son nuevos créditos también condicionados por la adopción de modelos jurídicos y de administración de justicia que ellas mismas promueven, con lo cual se reproduce un círculo vicioso de endeudamiento y dependencia⁷.

El interés de muchos gobiernos por recibir recursos de las agencias suele estar guiado por la obtención de réditos políticos, prestigio y reconocimiento inmediatos y cortoplacistas, más que por la decisión y compromiso de realizar reformas profundas y mantenerlas a largo plazo, como es el caso de las judiciales. Otros gobiernos serán responsables del pago de los créditos y de asegurar la eficacia y sustentabilidad de los cambios, si éstos se logran (Hammergren, 1998, p. 28; Vargas, 2001).

Los diagnósticos de situación y la detección de problemas de los sistemas judiciales han sido prolongados, parciales muchas veces, en gran medida superficiales (Vargas, 2001, Burgos, 2000) y en muchos casos caros e ineficaces. Tienden a beneficiar a consultores y otras agencias intermediarias y encarecen el proceso de reforma, acrecentando el endeudamiento. Este parece deberse, en gran medida, a la perspectiva burocrática (Vargas, 2001) y a los intereses recíprocos tanto de las agencias, como de los consultores transnacionales y nacionales que hacen de las reformas un negocio. Existen verdaderas redes de asesores y técnicos.

Aun que a veces técnicamente ineficaces los estudios diagnósticos sirven para legitimar las reformas y los marcos conceptuales previamente establecidos por las agencias, más que para detectar los problemas y sus causas en los servicios judiciales (Burgos, 2000, p. 52, nota 22).

Prevalece en ellos una visión tecnocrática y jerárquica. Se les critica, el que no promuevan con eficacia el involucramiento de los individuos y sectores que más directamente participan en las reformas. (Lista, 2008; Salas, 2001, pp. 29-32).

Se observa, también, falta de coordinación entre las agencias y programas, con multiplicación de esfuerzos y superposiciones en el contexto de un mismo país y/o la existencia de “espacios en blanco” de necesidades por satisfacer. Si bien coordinar aumenta costos y esfuerzos, cuando no se realiza, la eficacia de las acciones tiende a disminuir.

Las reformas judiciales promovidas por las agencias financieras suelen combinar criterios que pueden resultar contradictorios. Por un lado, se utilizan modelos empleados en las empresas privadas, asimilando los “productos” de la justicia a los de la industria, el comercio y otros servicios

⁷ La creación de líneas de crédito especiales a petición de los estados habría morigerado la política de compulsión externa diseñada por el BM y otras agencias (Burgos, 2000, p. 50).

de muy diversa naturaleza. Por otro lado, criterios tomados de experiencias anteriores pueden ser utilizados como guía para la reforma de otras áreas del estado, con lo cual se pasa por alto la especificidad de la justicia y sus organizaciones. Al hacerlo, se consideran a éstas como si sólo fueran un área administrativa, con consideraciones técnicas, olvidando, por un lado, los componentes jurisdiccionales que hacen que las organizaciones judiciales sean especiales y por el otro, los componentes políticos, considerando que toda reforma judicial es en primera y última instancia política y no meramente técnica (Vargas, 2001). Estos aspectos contradictorios pueden quitar sustentabilidad a las reformas judiciales, que son necesariamente a largo plazo, y que para ser eficaces deben involucrar a actores internos, resocializarlos y transformarlos en agentes de cambio.

4. Algunas implicaciones jurídico-políticas: tensiones, conflictos y riesgos

Más allá de los logros y obstáculos que presentan los programas de reforma judicial y los problemas prácticos que enfrentan en su implementación, resulta importante reflexionar sobre algunos efectos colaterales de dichos programas y sobre su influencia ideológica y en su eficacia para definir y redefinir conceptos jurídico-políticos centrales para la vida democrática y el desarrollo social.

La resignificación del discurso que han producido las agencias multilaterales de crédito son algunos de los resultados más importantes de la política que, en las últimas décadas, han seguido en la región en materia jurídica. Si relacionamos los logros con los objetivos que las agencias han fijado a sus programas de reforma podría discutirse el grado de éxito alcanzado, aunque no es un éxito menor el haber logrado instalar el tema de la reforma legal y judicial en el contexto de los países latinoamericanos e imponer un discurso hegemónico en el ámbito jurídico.

Desde otro punto de vista, tal éxito pueda ser considerado riesgoso para los intereses de amplios sectores de la población y en consecuencia, para la estabilidad política, la gobernabilidad y el desarrollo económico en sentido amplio, riesgos que son políticamente contruidos a través de los vínculos que mantienen entre sí los actores que participan en su construcción.

Las agencias transnacionales y de los centros de poder económico y político que promueven la globalización, inspirados en el modelo económico neoclásico, asignan al derecho, la justicia y el estado un carácter marcadamente instrumental y subsidiario con relación a las metas macroeconómicas. Este es el vínculo priorizado, que implica una jerarquía entre sus términos: de la economía sobre el derecho. Las instituciones jurídicas son

consideradas como un medio para instaurar y/o mejorar el funcionamiento de la economía de mercado y el sector privado de la misma.

Siempre considerando la problemática abordada como una relación en la que participan actores con diversos intereses, si se cambia de perspectiva y se observa el proceso de reforma judicial desde otro punto de vista, se pueden formular otras preguntas ¿Qué riesgos plantean las reformas? ¿No se ponen en riesgo aspectos jurídicos y políticos internos de los propios sistemas jurídicos y judiciales de la región? ¿No es la justicia la que corre riesgos? Si esto es así ¿cuáles son algunos de los principales?

4.1 Justicia y estado de derecho

Uno de los aspectos en los que se introducen riesgos es en el estado de derecho. La definición que realiza el BM y otras agencias financieras es pragmática e inspirada en el discurso económico neoliberal. La apariencia técnica y los subterfugios discursivos con que son tratados el estado, el derecho y la justicia, son intrínsecamente políticos y en definitiva encubren “las políticas” de los organismos financieros sobre “la política”.

La imposición de este modelo económico y jurídico es realizado por las agencias —claramente el Banco Mundial— bien sea condicionando préstamos que otorgan a los estados, o directamente, a través de préstamos cuyos objetivos son, precisamente, la reforma legal y más recientemente la reforma de la justicia.

La condicionalidad de los créditos ha estado generalmente ligada a la exigencia de cambios macroeconómicos que deberían lograrse con anterioridad a los desembolsos. A través de esta forma de condicionalidad se interviene en las políticas gubernamentales para crear condiciones que a juicio de las agencias asegurarían la eficacia de los préstamos que otorgan.

La debilidad del concepto de estado de derecho promovido por el BM y otras agencias multilaterales se deriva de que si bien incorpora los elementos formales que tradicionalmente se aceptan como propios de él, en lo sustantivo y material se orienta fundamentalmente a defender cierto concepto de autonomía individual, cuyos sujetos no son la persona humana, el ciudadano o todos los grupos sociales que conforman la sociedad, sino determinados actores económicos.

Esto ha generado tensiones entre las definiciones débiles del estado de derecho que el BM y otras agencias promueven y definiciones sustantivas fuertes, contenidas en muchas constituciones latinoamericanas, que se basan en la voluntad popular soberana y que son objeto, sobre todo, de reclamos sociales de amplios sectores de la población, ejercidos a través de la participación directa y la movilización colectiva.

En suma, ni la economía es apolítica, ni lo técnico tampoco lo es, menos aún cuando de lo que se trata es de reformas sobre materias legales y judiciales, cuyos contenidos son inherentemente políticos y ligados a la organización del estado, la distribución y legitimación del poder, los derechos de los ciudadanos y la constitución nacional, para nombrar sólo algunos de ellos.

Más todavía, si se pudiese afirmar que ingenuamente las instituciones financieras transnacionales pretenden reformas de la ley y la justicia inspiradas en criterios meramente técnicos, resultaría técnicamente improcedente ignorar los condicionamientos políticos de oportunidad y resistencia a tales reformas y las consecuencias, también políticas, que ellas producen. Lo técnico necesariamente deviene en político y lo formal, aún de manera latente, tiene derivaciones sustantivas y materiales.

4.2 Justicia democracia y gobernabilidad

Los contenidos de las políticas se observan no sólo en lo que priorizan sino en lo que no priorizan, en los silencios manifiestos. Uno de estos silencios es la escasa y débil referencia que en los programas de reforma judicial se hace al origen democrático de las leyes que regulan tanto las acciones de los particulares, como las del estado. Más aún, el interés puesto en las reformas judiciales es la contracara de la desconfianza que las agencias suelen tener de los poderes legislativos. Este dato se correlaciona con la no promoción de un estado de derecho *fuerte*, dos de cuyas bases son la representación plural y la discusión democrática.

Los procesos legislativos y los órganos colegiados y deliberativos, tales como los parlamentos, no resultan atractivos para las agencias financieras. Más aún, las prácticas deliberativas —un fuerte componente de los gobiernos democráticos— les resultan ineficaces para instaurar reformas. Por su parte, cuando los órganos ejecutivos no constituyen un poder hegemónico y/o no tienen mayoría parlamentaria, las legislaturas por su carácter colegiado son interlocutores más difíciles de controlar y con los que negociar⁸. Tal como lo expresa Burgos (2000, p. 83):

“La relevancia por la credibilidad y calculabilidad del marco legal y el conocimiento previo de la leyes, como factores centrales en el desarrollo del sector privado, admiten como origen cuerpos democráticos o no democráticamente elegidos.”

⁸ De ahí que no sea extraño e infrecuente que los gobiernos latinoamericanos elegidos democráticamente que vehicularon las reformas económicas y jurídicas de los noventa, apoyados por las agencias transnacionales, tomaron muchas medidas trascendentales a través de decretos de necesidad y urgencia, clara manifestación del estado de excepción del que habla Agamben (2005).

Ello no supone afirmar que la democracia como principio de legitimación de la acción de las agencias que financian el desarrollo no esté presente en su discurso, sino que no es un objetivo prioritario y condicionante. La idea de gobernabilidad y de buen gobierno habría reemplazado la preocupación por la democracia. Dentro de aquel concepto, la democracia aparece como un logro eventual (Salas, 2001, p. 23).

Las democracias occidentales más avanzadas y las agencias financieras transnacionales que promueven la vigencia democrática interna han mostrado, a lo largo del siglo XX y en lo que va del XXI, distintos grados de ambigüedad, ambivalencia y contradicción en el campo internacional ante las democracias imperfectas y autoritarias y aun ante los gobiernos antidemocráticos⁹. En algunas situaciones, en la práctica, la indiferencia fue reemplazada por claros gestos de preferencia.

La fuerte condicionalidad externa que imponen los bancos transnacionales a los gobiernos, también incorpora riesgos internos, al introducir un elemento de tensión adicional a la deliberación democrática de las leyes (Burgos, 2000, p. 83), la que se combina con el carácter único de los modelos económicos y jurídicos sobre los que se basa tal condicionalidad. Este rasgo evidencia el carácter antidemocrático del modelo de globalización económica y jurídica hegemónico, que por otra parte es réplica de las relaciones internacionales que le precedieron.

4.3 Justicia y derechos fundamentales

Las políticas jurídicas y las reformas judiciales promovidas por el BM y otras agencias financieras suman otros factores de riesgo interno, pues tampoco contemplan como objetivo explícito y prioritario la promoción de derechos fundamentales del individuo, los cuales no aparecen incluidos como un componente relevante en la concepción de estado de derecho que promueven.

Si bien, por ejemplo, el discurso contenido en los documentos de las agencias incorpora el valor de la autonomía individual como finalidad sustantiva, ésta no es entendida (ni promovida en la práctica) en un sentido amplio e incluyente, sino reducido y excluyente, prácticamente limitada al mundo de los negocios y a los actores que participan en él. Como lo afirma Craig (1997):

“una concepción formal del Estado de derecho puede estar basada en algunos valores sustantivos abstractos relaciona-

⁹ Los casos de Argentina, Brasil, Chile y Uruguay, durante ese período, resultan paradigmáticos en Latinoamérica.

dos con la autonomía humana. Otra cosa diferente es concluir que la *rule of law* debe tratar de cumplir específicas libertades sustantivas . . .”

En el condicionamiento de los créditos que otorga el BM y otras instituciones similares no se observa igual preocupación por la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que el que se manifiesta por la eficacia de las leyes que promueven la economía de mercado a través de sistemas judiciales eficientes y la seguridad jurídica a los inversionistas extranjeros.

De manera directa o indirecta, las organizaciones y movimientos de derechos humanos presionan por la inclusión de su garantía en la condicionalidad exigida por los organismos financieros, aun cuando la definición y los contenidos de los mismos varíe de acuerdo a las distintas perspectivas de quienes los promueven. El BM no ha sido ajeno a tales reclamos y de manera coherente con su discurso institucional se ha expresado sobre lo que entiende por la promoción de los derechos humanos, condicionando su realización al desarrollo económico (World Bank, 1998, pp. 2-4).

4.4 Justicia y constituciones nacionales

Un aspecto no menos importante de los riesgos colaterales producidos en los sistemas jurídicos y judiciales latinoamericanos por las políticas de financiación de las reformas promovidas en las últimas décadas, es la escasa relevancia que las agencias otorgan a las Constituciones nacionales de la región, como “referente y garante central de la defensa de los derechos fundamentales” (Burgos, 2000, p. 83).

Por una parte, tanto el BM como el FMI son en sí mismos evidencia de la supremacía regulativa y resolutoria transnacional en materia económica, política y jurídica respecto a los estados nacionales y sus Constituciones. Por otra parte, en ciertos aspectos, promueven la acción de organismos multilaterales para resolver conflictos, lo que aumentaría la credibilidad institucional de los países ante los inversionistas internacionales (idem, pp. 83-84), con lo cual también se disminuye la relevancia de las Constituciones.

4.5 El significado del término justicia

Finalmente, es importante considerar el significado que las asociaciones transnacionales de crédito y el BM en particular, asignan al término justicia y los riesgos que pueden derivarse de ello.

En un documento relevante sobre “*governance*” y desarrollo, el BM incorpora a los componentes formales del concepto de justicia un componente material o sustantivo:

“un sistema legal justo es, en sentido general, aquel que conduce a un desarrollo balanceado, esto es, por ejemplo, un desarrollo que facilite el crecimiento y responda a las necesidades de los pobres.” (World Bank, 1992, p.30)

Más allá de la retórica, la atención que el BM ha prestado en sus programas de reforma judicial a ambos contenidos –crecimiento económico y satisfacción de las necesidades de los pobres– dista mucho de estar balanceada. Más aún, la definición de justicia es en sí misma asimétrica, pues coloca al poder judicial al servicio de objetivos económicos y reduce el concepto de justicia a variables también económicas, en un claro proceso de “*commoditization*” de la regla del derecho y de la administración de justicia.

La penetración y vigencia del discurso económico neoliberal como fundamento de las reformas legales y judiciales resalta y tiende a reducir la administración de justicia a un servicio, a valorarlo por su eficiencia y a medirlo fundamentalmente por la satisfacción de los usuarios, entre los que se consideran como privilegiados a los inversionistas, en particular, los extranjeros.

La aplicación de criterios propios de los modelos de gestión de las empresas privadas ha desplazado la preocupación por la justicia como valor y por los resultados políticos, sociales y éticos de tales servicios de justicia.

Lo afirmado no supone negar la importancia de la eficiencia como criterio para mejorar la administración de justicia, especialmente allí donde no es eficiente; lo problemático y riesgoso reside en considerarla como criterio único, dominante y guía, tal como ocurre cuando la acción judicial es exclusivamente evaluada en términos económicos, como eficiencia para los negocios y orientada a satisfacer prioritaria, sino exclusivamente los intereses de algunos actores y grupos sociales.

Los servicios de justicia así entendidos se mantienen excluyentes, al volverse, en el mejor de los casos, más eficientes económicamente, pero más injustos y productores de injusticias. Es allí cuando la justicia mercantilizada, en tensión con la justicia como valor se torna mucho más riesgosa.

Conclusiones

Durante las últimas décadas se produjo un proceso de transferencia tecnológica de grandes magnitudes en materia jurídica, desde los

centros de poder político y económico mundiales hacia los países menos desarrollados y con menor potencia económica y política, como son los de la región latinoamericana. Y con ello, una tarea compleja de re-ingeniería jurídica, a través de la acción crediticia condicionada de las agencias financieras transnacionales y multilaterales.

En primer lugar, más allá de la justificación retórica que abunda en los documentos de las organizaciones, tal proceso de transferencia y re-ingeniería no es desinteresado ni está diseñado en beneficio de los países receptores de los créditos y las reformas, dado que son vehículo de imposición unilateral de un modelo económico globalizado y globalizante que no los tiene como actores privilegiados, ni a sus poblaciones como principales beneficiarias.

En segundo lugar, tal transferencia es guiada por una definición de desarrollo limitadamente económico, aun desde el punto de vista económico, que por un lado, favorece a actores transnacionalizados (gobiernos, empresas e inversionistas) y por el otro, a gobiernos nacionales de países receptores que se limitan a satisfacer urgencias políticas coyunturales y a responder a los intereses de las burguesías nacionales transnacionalizadas.

En tercer lugar, tal proceso de transferencia es definido en términos técnicos y no políticos, a pesar de que a través de él se produce la intervención directa en asuntos del estado, el que se ve reducido al papel de ejecutor y gestor de políticas externas y a enfrentar, a nivel local, los riesgos y problemas que produce tal intervención.

Desde el punto de vista de los centros mundiales de poder, si se atiende a los resultados, el proceso de colonización jurídica que resulta de tal transferencia tecnológica, aunque desordenado fue exitoso, pues contribuyó a ampliar y profundizar una nueva etapa de modernización capitalista y extendió las fronteras de la globalización. Incorporó, aunque de manera imperfecta y despereja, nuevos mercados al mercado transnacional y nuevas poblaciones a la regulación global.

Los procesos de reforma son entendidos y justificados desde esa perspectiva, como una nueva misión civilizadora, desde el centro hacia la periferia, lugar éste del caos y la indeterminación, que presenta constantes desafíos a la buena *governance*.

Ahora bien, más allá del saber técnico, desde las perspectivas de amplios sectores de las poblaciones de las sociedades receptoras, los resultados no pueden ser vistos tan positivamente, lo cual genera insatisfacción y frustración sociales y con ello tensiones y conflictos. La persistencia y aumento de la pobreza, a pesar del crecimiento macroeconómico; la precarización del trabajo en múltiples formas; la reducción de las coberturas de la

protección social y del acceso a la educación, la salud y la vivienda; el surgimiento de nuevas formas de exclusión; las migraciones forzosas; un estado des-protector y des-protegido en el que la economía dicta la política, entre otros procesos, no permiten experimentar mejoras en la calidad de la vida cotidiana, ni un futuro más esperanzador que hagan posible sostener que las sociedades en las que viven se han vuelto más justas y equitativas.

La definición de riesgo y de sociedad de riesgo es relativa, según el enfoque de los actores sociales que lo definen y de los conocimientos a partir del cual se los aborda. En el campo jurídico, las ciencias sociales enfrentan nuevos y múltiples desafíos relacionados, por un lado, con las políticas jurídicas y por el otro, con los nuevos riesgos que surgen de la imposición global y colonizadora de discursos y prácticas jurídicas también globales.

Los resultados de la globalización son más complejos que los que pueden prever los programadores tecnocráticos. En América Latina ha dado lugar a discursos y prácticas jurídicas, políticas y económicas alternativas y de resistencia que se reflejan en diferentes procesos.

Regulaciones globales y resistencias locales, fragmentaciones e integraciones sociales, nuevas políticas y riesgos producen situaciones inéditas en todos los campos, entre ellos el jurídico, a los que las ciencias sociales deberán hacer frente con discursos más críticos e innovadores y menos ideológicos y tecnocráticos que permitan mejorar el conocimiento y construcción de una realidad más justa, más inclusiva y menos riesgosa para todos.

Bibliografía:

AGAMBEN, GIORGIO (2005). *The State of Exception*. Chicago: The University of Chicago Press.

ASÍS, RAFAEL (1999). *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*. Madrid: Dykinson.

BURGOS, GERMÁN (2000). "El Banco Mundial y su análisis del derecho y el poder judicial. ¿De qué Estado de Derecho nos habla el Banco Mundial? 1992-1998", *La mano invisible del mercado. Derecho y Economía. El Otro Derecho*, vol. 24, agosto. Bogotá: ILSA, pp. 47-95.

CAROTHERS, THOMAS (2001). "The Many Agendas of Rule of Law Reform in Latin America", en Pilar Domingo y Rachel Sieder (comp.), *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*. Londres: Institute of Latin American Studies, University of London, pp. 4-16.

CRAIG, PAUL (1997). "Formal and Substantive conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework", *Public Law*, Autumn.

DAKOLIAS, MARÍA (1996). *The Judicial Sector en Latin America and the Caribbean*. Washington D.C.: The World Bank.

DOMINGO, PILAR y SIEDER, RACHEL (2001). "Conclusions: Promoting the Rule of Law in Latin America", en Pilar Domingo y Rachel Sieder (comp.), *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*. Londres: Institute of Latin American Studies, University of London, pp. 142-164.

DOVE, SUZANNE (1998). *From Paradigm to Policy: The Evolution of the World Bank Public Sector Reform Policies (1948-1998)*. Memoria de Investigación. Departamento de Ciencias Políticas y de la Administración, Universitat Autònoma de Barcelona.

HAMMERGREN, LYNN (1998). "La Asesoría Técnica Internacional en las Reformas a la Rama Judicial en América Latina", en *Reforma Judicial en Latinoamérica: premisas para el cambio, Justicia y Desarrollo, Serie Debates, año II, N° 4*. Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia.

LISTA, CARLOS A. (2008). "Los programas de 'Derecho y Desarrollo' y la reforma judicial en América Latina", *Anuario X del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina*, pp. 747-766.

NORTH, DOUGLAS (1993). *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

SALAS, LUIS (2001). "From Law and Development to Rule of Law: New and Old Issues in Justice Reform in Latin America", en Pilar Domingo y Rachel Sieder (comp.), *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*. Londres: Institute of Latin American Studies, University of London, pp. 17-46.

SHIHATA, IBRAHIM (1991). *The World Bank in a Changing World. Selected Essays*. The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers.

VARGAS, JUAN ENRIQUE (2001). *Las reformas judiciales en América Latina como experiencia de Política Pública*, documento del Forum III: Balance de la Reforma Judicial en la última década en Latinoamérica, Alertanet-Portal de Derecho y Sociedad,

—(1999). "Políticas de Modernización en el Sistema de Personal en el Poder Judicial Chileno", en Fuentes, Alfredo (comp.), *Reforma Judicial en América Latina. Una Tarea Inconclusa*. Bogotá: Corporación de Excelencia en la Justicia.

WORLD BANK (1998). *Development and Human Rights. The Role of the World Bank*. Washington: World Bank Publication.

—(1997). "El Estado en un mundo en transformación. Informe sobre el desarrollo mundial". Washington: World Bank Publication.

—(1992). *Governance and Development*. Washington: World Bank Publication.



EL SISTEMA PENAL: ¿UNA HERRAMIENTA ANTIDISCRIMINATORIA?

*Mariana N. Sánchez Busso**

Resumen: Entender al Derecho Penal y específicamente a la propia ley punitiva como herramienta antidiscriminatoria, resulta casi una contradicción o paradoja. El sistema penal —en manos del Estado— representa el medio más poderoso de control social; aunque también contiene una visión de género construida por diferentes mecanismos sociales. Así, preguntarnos si puede la ley penal combatir la desigualdad de género, a primera vista, parece una contradicción en sí misma. No obstante, no dejamos de reconocer que el Derecho —incluido el sistema penal— se constituye como el principal ámbito de percepción, recepción y discusión de las problemáticas sociales. Su efectividad como transmisor de valores y factor de cambio puede ser cuestionada, pero nunca desechada. Aún más, en el campo de las desigualdades de género, el lenguaje del derecho tiene una importante función política: Haber dado particular fuerza a las reivindicaciones de los movimientos femeninos que exigieron el tratamiento y la satisfacción de nuevas necesidades materiales y morales. Este debate es analizado en este trabajo, que repasa diferentes concepciones teóricas que discurren sobre la aptitud del sistema penal como herramienta transformadora de la realidad social o ámbito de lucha feminista.

Palabras claves: Sistema Penal, Feminismo, Desigualdad de Género, Violencia de Género.

La *evolución* que las teorías feministas han desarrollado en relación con el estudio de la problemática del Derecho¹ muestra que el papel

* Abogada egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC, Magister en Métodos y Técnicas de Investigación en Ciencias Sociales (UBP), Doctorando en el Programa de Doctorado de Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, España. Profesor Asistente, cátedra A Sociología Jurídica, Facultad de Derecho UNC. Investigadora categorizada dentro del Programa Nacional de Incentivos. e-mail: msanchez@derecho.unc.edu.ar

¹ En la explicación de las relaciones entre el derecho y el género diferentes autoras han desarrollado la evolución del feminismo socio-jurídico a partir de tres fases o etapas que, si bien denominan con terminología variada, mantienen en común el mismo hilo conceptual conductor que identifica dichas tendencias con las corrientes clásicas del pensamiento feminista: 'El derecho es sexista', 'el derecho es masculino' y 'el derecho tiene género', en términos de Carol Smart; 'el modelo de la mismidad-igualdad frente a la diferencia', 'el modelo de la dominación' y 'el modelo posmoderno', en términos de Margaret Greenberg; 'el monopolio machista del derecho', 'la cultura masculina del derecho' y 'la retórica jurídica del orden social patriarcal', en términos de N. Naffine. Véase este punto en la explicación y citas que brinda

que éste cumple en los procesos de construcción de identidades de género es relevante. Como fenómeno y práctica sociales, el Derecho construye y perpetúa diferencias de género.

Este enfoque de género ha sido uno de los aportes más significativos al análisis del discurso jurídico que las perspectivas feministas han proporcionado. Las mismas revelan que paralelamente al discurso jurídico existe otro, el de la diferencia de género, que contribuye a elaborar identidades diferenciadas a través de procesos jurídicos que operan de múltiples maneras. La idea de Carol Smart de concebir al Derecho como una *tecnología de género* refiere no sólo a este proceso de construcción de identidades de género opuestas, sino también a que el sistema jurídico realza la identidad de género masculina al punto de considerarla como patrón o medida de la femenina. Aseverar que toda identidad es una construcción contingente implica igualmente desde este constructo teórico la necesidad de deconstruir conceptos y categorías, como el de *mujer* -por ejemplo- que no responden a esencias únicas ni totalizantes.

En este contexto, reflexionar sobre la posibilidad de que el Derecho penal pueda ser el ámbito más apropiado para dar respuesta a las reivindicaciones feministas resulta sugestivo. Si el Derecho tiene tanta importancia como constructor de identidades, a primera vista pareciera que éste es un medio idóneo para resolver estas desigualdades; aunque no debemos olvidar que el Derecho como sistema, y en este caso el sistema penal, es una herramienta poderosísima de control social que puede ser utilizada por grupos en su propio beneficio, lo que en la mayoría de los casos más que solucionar situaciones de inequidad, concluye agravándolas.

1.- Sistemas Penales y Mujeres

Podemos afirmar actualmente que, en relación con las problemáticas femeninas, muchos de nuestros Derechos penales han atravesado profundos procesos de transformación. Desde deconstrucciones conceptuales que implicaron notorios cambios en su lenguaje hasta manifestaciones normativas (no tan neutras ni asexuadas) destinadas enteramente a contemplar situaciones conflictivas en que las mujeres pueden encon-

Beatriz Kohen, "El Feminismo Jurídico en los países anglosajones: el debate actual", *El Derecho en el género y el género en el Derecho*, Haydée Birgin Compiladora, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 78 y ss.

Asimismo, 'doctrina de la igualdad como equivalencia', 'la discriminación como negación de la igualdad sustantiva: la igualdad frente a la diferencia', 'el derecho como forma del patriarcado' y 'género y subordinación en el campo jurídico-social', es la clasificación y terminología que utiliza Encarna Bodelón en *La igualdad y el movimiento de mujeres: propuestas y metodología para el estudio del género*, WP N° 148, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona, 1998, p 12 y ss.

trarse, pasando por la utilización de su influyente capacidad simbólica, algunos Derechos penales *posmodernos* han logrado evidenciar muchos problemas de género considerados individuales como problemáticas de fenómenos sociales estructurales.

Aunque estos procesos han sido desarrollados a través de muchas décadas de lucha, podemos considerarlos relativamente recientes puesto que la historia muestra que desgraciadamente hasta años cercanos las cosas eran bastante diferentes.

1.1.- Una sucinta revisión de las etapas sexistas y masculinas del Derecho Penal en España y Argentina

Durante años y en muchos aspectos, si no todos, el Derecho penal consideraba a las mujeres —y en términos claros y directos— seres inferiores a los hombres, con capacidades de actuación diferentes y menos valoradas que las del sexo masculino. Y aún más, las transgresiones cometidas por mujeres no eran interpretadas como violaciones a las reglas cometidas por un individuo, sino comportamientos que estaban transgrediendo expectativas o roles sociales atribuidos a su propio género. Las transgresiones relacionadas con su conducta sexual o su rol doméstico (elementos estructuradores básicos de su género) eran criminalizadas como así también cualquier otro comportamiento “desviado” que cuestionara dicho rol asignado de género².

Quizá una de las manifestaciones normativas más evidentes de esta posición asumida por el Derecho penal español era el artículo 428 del Código Penal de 1949, que castigaba con la *simbólica* pena del destierro al marido que “sorprendiendo en adulterio a su mujer matase en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causase cualquiera de las lesiones graves”. Cualquier otro tipo de lesiones no era punible. La pena simbólica, claro, no era aplicable a las mujeres que matasen o lesionasen gravemente a sus maridos adúlteros, sino que para ellas regía la normativa de los homicidios en general. Dicha norma estuvo en vigor hasta 1963.

El artículo 583 del mismo Código sancionaba a los maridos que maltratasen a sus mujeres aunque no les causasen lesión; y a las mujeres

² Roberto Bergalli y Encarna Bodelón, “La cuestión de las mujeres y el Derecho penal simbólico” en Anuario de Filosofía del Derecho IX, Nueva Época, Madrid, 1992, p. 58. En este sentido, los autores citados refuerzan esta idea señalando que *la función de la pena fue, por un lado, reconducir a la mujer a un modelo de conducta basado en la castidad y fidelidad sexual y, por otro, hacer aprender a la condenada el trabajo doméstico, considerado fundamental para absorber el rol femenino, pero además importantísimo económicamente, por cuanto que de él depende el trabajo asalariado de otros miembros de la familia*; esto, en función de la estricta relación existente entre esta forma jurídica de control social y la forma de organización de la producción social típica de la ideología liberal burguesa.

las sancionaba si maltrataban “de palabra” o de obra a sus maridos. Dicha norma, en vigor hasta 1983, dejaba impune el maltrato puramente verbal del marido a su mujer, puesto que insultar y vejar de palabra a su mujer no conformaba el tipo penal.

El Código Penal de la Nación Argentina también nos brinda algunos significativos ejemplos que caracterizan esta etapa del Derecho Penal como un Derecho claramente sexuado. El artículo 132, anterior a la reforma de 1999, señalaba: “En los casos de violación, estupro, rapto o abuso deshonestos de una mujer soltera, quedará exento de pena el delincuente si se casare con la ofendida, prestando ella su consentimiento, después de restituida a casa de sus padres o a otro lugar seguro”. El artículo ni siquiera merece un comentario extra. Se trataba lisa y llanamente de una discriminación directa y, además, de una clara conceptualización de lo que el Derecho Penal entendía como “mujer”. Por otra parte, era coherente con el título bajo el cual se regulaba esta conducta, el que rezaba “Delitos contra la Honestidad”, aunque hasta hoy no podemos identificar con claridad de qué clase de honestidad se trataba ni de a quién se le pretendía defender dicha honestidad. En el caso citado, la regla permite apreciar que no es precisamente el honor o la honestidad de la mujer la que se pretende resguardar.

Pero el ejemplo más emblemático que han contemplado los Códigos Penales de raíz romano canónica sea, quizá, el del adulterio. Tanto el Código Penal español como el argentino contemplaban una similar norma que castigaba tanto al hombre como a la mujer adúlteros. La diferencia radicaba en que para la mujer el adulterio era definido como una mera relación extramatrimonial ocasional, en tanto que para el varón se requería —para configurar el tipo de adulterio— que mantuviese una manceba dentro o fuera de la casa conyugal (arts. 118 del Código Penal de la Nación Argentina y 499 y 452 del Código Penal español). Dichas normas prevalecieron hasta 1978 en España y hasta —increíblemente— 1995 en Argentina.

Los ejemplos evidencian que la normativa jurídico-penal no sólo diferencia a los sujetos en virtud de su sexo, sino que además lo hace siempre en desventaja de las mujeres, características éstas propias de un Derecho sexista o llanamente discriminatorio. Las valoraciones normativas diferenciadas reafirmaban -de este modo- aún más las desigualdades sociales.

Retomando el desarrollo que en relación con el Derecho nos brinda Carol Smart³, entendemos que los primeros esfuerzos feministas liberales que lucharon contra este Derecho penal desigual bregaron por

³ En “La teoría feminista y el discurso jurídico” en *El Derecho en el género y el género en el Derecho*, Haydée Birgin compiladora, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 31-71

la obtención de un ordenamiento jurídico neutro y asexuado. Su principal objetivo era lograr la plena igualdad jurídica entre hombres y mujeres, eliminando las diferencias sexuales que eran consideradas innecesarias y discriminatorias. Y podemos afirmar que en gran parte alcanzaron estos objetivos. Más pronto o más tarde los ordenamientos penales se convirtieron en modelos cuasi andróginos en los que la igualdad se medía en virtud de la neutralidad y homogeneidad sexuales de su lenguaje. No obstante, las consecuencias de estos cambios no fueron las esperadas; la realidad no terminaba de acoplarse a los términos formales de esta igualdad. Con la aparente neutralidad del Derecho penal no se superaba el problema de la sustancial discriminación de la mujer.

Todo lo cual permitió comenzar a entender al Derecho penal no como cargado de fuerza sexista sino de masculinidad, tanto en su estructura material de configuración como en los principios universales que lo sustentan. Esta visión entiende que el sistema penal se compone mayormente de varones que lo administran y ejecutan, pero también de valores masculinos. De esta forma, el grupo masculino sigue manteniendo su poder y excluyendo presencias físicas, visiones y valores femeninos. El sistema penal no es sólo igualdad o desigualdad formal, es un elemento más que forma parte del patriarcado.

En este contexto teórico los ejemplos derivados de la antigua protección de los mal llamados delitos sexuales, tanto en España como en Argentina, son suficientemente ilustrativos. Antes de la reforma al Código Penal de la Nación Argentina por ley 25087 de abril de 1999, el delito de raptó penaba al que, con *miras deshonestas*, sustraía o detenía a una mujer por medio de la fuerza, la intimidación, o el fraude. La pena, privación de la libertad de uno a cuatro años, se elevaba de dos a seis si la víctima estaba casada. El agravante se dirigía a tutelar el matrimonio o el honor del marido, más que a la mujer en sí.

Algo similar ocurría con el llamado Infanticidio que derogó la ley 24410 de 1995 y que rezaba en el segundo párrafo del art. 81: “Se impondrá reclusión de hasta tres años... a la madre que, para *ocultar su deshonra*, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerperal y a los padres, hermanos, maridos e hijos que, para ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, cometiesen el miso delito en las circunstancias indicadas en....” (y remite a la emoción violenta). Nuevamente los valores masculinos eran traslucidos en esta norma que bajo el elemento subjetivo “para ocultar la deshonra” refuerza la imagen de la mujer en su rol exclusivamente sexual y como agente reproductor de la especie, y todo en relación con el deshonor social que el hecho de esa maternidad implicaría.

En ambos países, en España hasta la reforma de 1989, el bien jurídico tutelado era “la honestidad”, que mayormente se confundía más con la honestidad o el honor masculino que el femenino, pese a que la mayor cantidad de figuras típicas ubicaban a la mujer como víctima. Y, si bien especialmente en España hacía ya tiempo que la jurisprudencia había dejado de extraer consecuencias del bien jurídico supuestamente tutelado, la ordenación básica de los delitos en ambos países —violación, estupro, abusos deshonestos— respondía a una clara visión androcéntrica de la sexualidad y a una conceptualización de la mujer como sujeto pasivo de placer y como reservorio reproductivo. Valoraciones y visiones sobre la mujer construidas a partir de la ideología masculina que sustenta al patriarcado.

1.2.- Las reformas con perspectiva de género. Los avances...

Las reformas penales sobre la regulación de los delitos sexuales llevadas a cabo tanto en España como en Argentina, aunque en momentos diferentes, no pueden ser entendidas sin la incorporación a las mismas de *la perspectiva de género*. Esto implicó un gran avance para las luchas feministas que bregaban desde hacía tiempo en incorporar esta visión de género en los ordenamientos penales. Los cambios efectivizados, más o menos criticados por feministas y no feministas, tuvieron claramente la intención de infiltrar el concepto de género transversalmente en las diferentes problemáticas penales en las que las mujeres se ven implicadas, tanto autoras como víctimas. Los resultados, si bien no reflejan un aumento en la efectividad del Derecho penal y pueden ser plausibles de nuevas reformas y ajustes, son innegables aproximaciones a una visión más ajustada de la posición social de la mujer en las sociedades actuales y de su capacidad de decisión. Citaremos a continuación, muy brevemente y sólo a modo ejemplificativo, algunos artículos representativos de estas modificaciones en la normativa jurídico penal de ambos países.

El ejemplo más significativo y relevante en España lo constituyen los delitos sexuales que, tras la reforma de 1989, el Código penal de 1995, y las reformas de 1999, 2003 y 2004, han pasado a considerarse delitos derivados de la *violencia de género*. La transformación del concepto que tipifica a la violación —de ser un delito definido por un coito vaginal heterosexual a ser una figura calificada de agresión sexual⁴— tiene su razón de ser en

⁴ El Artículo 179 del Código Penal español enuncia: Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a doce años.

un entendimiento cada vez menos falocéntrico de la sexualidad⁵; entendimiento que, desde hacía tiempo, reclamaban ciertos sectores feministas al reconocer que existían ciertas agresiones sexuales tan o más graves que la típica penetración vaginal.

En el mismo contexto de ideas puede entenderse el nuevo delito de *acoso sexual* regulado en el art. 185 del Código Penal español con la reforma de 1999⁶. Aunque formulado en términos neutros, en el tipo delictivo y sus formas calificadas (en especial en el llamado *acoso vertical*) subyace esencialmente el *problema de poder* derivado de una relación de dominación de género, cuestiones que sólo pueden ser interpretadas desde la comprensión de este fenómeno como un problema de violencia de género.

Pero el avance más importante de esta perspectiva de género en las reformas del Código Penal español está dado en la configuración del nuevo artículo 153⁷ modificado por la reciente Ley Orgánica 1/2004 de Medidas

⁵ Ramón García Albero, "Las perspectivas de género en Derecho penal: algunas reflexiones" en *La discriminación por sexo tras 25 años de la constitución española*, Ángeles Vivas Larruy (Directora), Cuadernos de Derecho Judicial III, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 469.

⁶ Artículo 184 del Código Penal español:

1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses.

3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo.

Tal como sostiene García Albero, óp. cit., p. 474, la reforma de 1999 procuró aproximarse casi completamente al concepto de acoso sexual que figuraba en la Recomendación de 1991 de la Comisión Europea, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo y el correspondiente código de conducta sobre medidas para combatir el acoso sexual.

Para una revisión en profundidad acerca de esta nueva figura penal ver los trabajos de Manuel Cobo del Rosal y otro, *El acoso sexual*, Centro de estudios superiores de especialidades jurídicas, Madrid 2006; y de Esther Sánchez y Elena Larrauri, *El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; para una visión jurídica y sociológica, respectivamente.

⁷ Artículo 153 Código Penal español: 1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin con-

de Protección Integral contra la violencia de género, sobre lesiones en el ámbito familiar o violencia doméstica. Dicho avance ha puesto definitivamente fin al criterio que orientaba buena parte de nuestros sistemas penales y que sostenía que el ordenamiento jurídico penal no debía interferir en los núcleos de intimidad familiar. La normativa ha eliminado incluso su lenguaje neutral, al elevar a la categoría de *delito* los tipos de lesiones que enuncia *cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia*, e intenta evidenciar, regular y combatir una tan dramática como cotidiana realidad que España vive con la cantidad de mujeres víctimas de violencia (lesiones y muertes) en manos de sus parejas o ex compañeros sentimentales.

En Argentina el proceso de transformación ha comenzado recientemente y responde más a imposiciones externas que a fuertes reclamos sociales. La visión del Código Penal argentino antes de las reformas iniciadas en 1995 era la de una mujer como sujeto construido por valoraciones masculinas que debía ser objeto de tutela y también de represión en cuanto a su conducta sexual deshonesta. Los roles de la mujer que el antiguo Código regulaba en estos términos eran exclusivamente el de madre y el sexual; y en relación a este último, no tutelando su libertad sexual sino su honestidad. Las mujeres eran vistas y consideradas por la legislación penal como esposas, madres, hermanas, hijas; esto es, como componentes de la familia en su rol dependiente. Igualmente, el término *mujer* también era considerado en relación con el embarazo o el parto; es decir, con la mujer

vivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.

considerada en su rol de madre. Maternidad, sexualidad y dependencia eran los conceptos centrales en la configuración del estereotipo del rol femenino como objeto de tutela y represión.

La reforma del Título III del Código Penal argentino relativa a los “Delitos contra la honestidad” era una necesaria obligación luego de que el Estado argentino suscribiera los tratados internacionales de derechos humanos. En particular, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación sobre la Mujer del año 1979⁸ que es suscripta por Argentina el 17 de julio de 1980 y que adquiere rango constitucional (por el art. 75 inc. 22 de la Constitución de la Nación Argentina) cinco años después.

Debieron pasar diez años más para que, recién en 1995, se comenzara lentamente con un proceso de modificación del Código Penal que se inició con la ley 24453 y culmina en 1999 con al ley 25087. Fue ésta última la que prevé la mayor modificación en el articulado del Título III, puesto que la 24453 —en relación con los tipos penales en los que la mujer se encontraba involucrada— sólo había derogado la figura del adulterio.

La reforma, aunque tardía, es considerada un avance significativo en relación con el tratamiento que el ordenamiento legal deparaba a los llamados *delitos contra la honestidad*. En especial en la modificación del lenguaje utilizado, el que se ha vuelto más neutro, y la derogación de artículos en los que se encontraban supuestamente lesionados el honor o la honestidad de quienes la ley entendía que debían estar a cargo de la mujer; esto es, alguna figura masculina.

La reforma cambia radicalmente el bien jurídico tutelado que ahora es *la integridad sexual de las personas*. El conjunto de conductas que se incriminan son actos de agresión y violencia que atentan fundamentalmente contra la integridad física, psíquica y moral de las mujeres; y que implican una agresión sexual contra la autodeterminación como mujeres libres para decidir sobre su sexualidad o su cuerpo. La nueva ley reconceptualiza la percepción de las agresiones sexuales, ya que las concibe como un atentado contra la integridad de la víctima y no contra su pureza, cas-

⁸ Que en su artículo 2 establece: Los Estados partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto se comprometen a: ...

b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer. ...

f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer.

g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

tividad u honor propio o de algún varón. En este mismo contexto, la ley de reforma ha eliminado todas las referencias a la honestidad y al estado civil de las víctimas en todo su articulado.

En general las modificaciones tienden a incrementar las penas de los tipos penales calificados por el vínculo o relaciones de dependencia. El principal ejemplo lo constituye el nuevo artículo 119⁹ que ahora regula los *abusos sexuales* en lugar de los antiguos *abusos deshonestos*. Se penalizan estos abusos con independencia del sexo al cual pertenezca el sujeto pasivo de la agresión y se incorpora la modalidad calificada del abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, autoridad o poder. Al hablar de “no haber podido -la víctima- consentir libremente la acción por cualquier causa” se está dando preeminencia al concepto de consentimiento que aquí juega un papel fundamental, contrariando la visión de “suficiente resistencia al ataque” que caracterizaba la comprensión pasada del delito de violación.

El mayor avance quizá sea la interesante innovación que regula expresamente el derecho de la víctima a instar el ejercicio de la acción penal pública con la asistencia de instituciones oficiales o privadas, cuestión que se entiende directamente ligada a asociaciones de ayuda a la víctima -que en relación a la mujer se han hecho cada vez más presentes en la sociedad argentina—; y la posibilidad de que la víctima mayor de 16 años pueda proponer un avenimiento con el imputado, tal como lo sostiene el art. 132¹⁰.

Aunque modestas, las modificaciones introducidas al Código Penal argentino constituyen un avance en el intento de integrar la perspectiva de género en su articulado. Amén de las muchas derogaciones de artículos,

⁹ En su primera parte el Artículo 119 (con la modificación de 1995) del Código Penal de la Nación Argentina reza: Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía.

¹⁰ Artículo 132 del Código Penal de la Nación Argentina: En los delitos previstos en los artículos 119: 1º, 2º, 3º párrafos, 120: 1º párrafo y 130 la víctima podrá instar el ejercicio de la acción penal pública con el asesoramiento o representación de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda a las víctimas. Si ella fuere mayor de dieciséis años podrá proponer un avenimiento con el imputado. El Tribunal podrá excepcionalmente aceptar la propuesta que haya sido libremente formulada y en condiciones de plena igualdad, cuando, en consideración a la especial y comprobada relación afectiva preexistente, considere que es un modo más equitativo de armonizar el conflicto con mejor resguardo del interés de la víctima. ...

cambios en el lenguaje y agravantes en función de vínculos, la estructura tipológica ha quedado intacta y no ha habido, como en el caso español, incorporación de nuevas figuras delictivas.

1.3.- ...y sus limitaciones: Las debilidades de las reformas

No obstante este claro avance de la perspectiva de género en las normativas penales de los países analizados, las críticas no se han hecho esperar. Fue probablemente Elena Larrauri quien más pronto advirtió que -a pesar de las reformas que operaron en España a partir 1989 y que erradicaron las normas evidentemente discriminatorias- el problema de la sustancial discriminación vivida por las mujeres no había sido solucionado bajo esta nueva forma neutral y asexuada de Derecho penal. Sostiene la autora¹¹ que los valores que subyacen a las normas siguen en muchos casos impregnados de una ideología típica de la masculinidad asociada a la fuerza física, la inquisitorialidad, el raciocinio o la objetividad. En este sentido, entiende y afirma que la forma en como están concebidos determinados tipos penales parece, en efecto, reflejar el razonamiento masculino prevalente respecto de la mujer.

Tal es el caso de algunas técnicas de tutela, articuladas en torno a la relación entre tipos básicos y calificados, que se condicen con pautas de comportamiento que beneficiarían *la típica forma de ser de los hombres*. En el caso del homicidio y su forma calificada, el asesinato, se dice que las mujeres quedarían excluidas de las formas más atenuadas pues -tal como lo ha estereotipado la literatura criminológica clásica- las mujeres tratarán de compensar su desventaja física mediante el uso de algún recurso que directamente redunde en un tipo penal calificado (el envenenamiento, sostiene la literatura, es el prototipo de homicidio femenino que resulta calificado por el medio empleado).

Para el caso de los delitos sexuales o derivados de la violencia de género, Larrauri recoge algunas voces feministas que insisten en que la consideración de estos delitos como delitos públicos no puede necesariamente considerarse una victoria para las mujeres. Poniendo de relieve las experiencias humillantes que muchas mujeres tienen que pasar al ser víctima de estos tipos delictivos, frente a policías, médicos o tribunales, no puede afirmarse sin asomo de duda que se esté defendiendo de mejor for-

¹¹ Elena Larrauri, en su obra "Control formal: ... y el Derecho penal de las mujeres" en *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Elena Larrauri (comp.), Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 1994, p. 93 y ss., en la que -a pesar de publicarse pocos años después de la realización de las principales reformas en España- contiene reflexiones críticas de suficiente envergadura y actualidad.

ma los intereses de las mujeres al convertirlos en delitos perseguibles de oficio.

Pienso que sólo quien no tenga ninguna duda en que el Estado sabe siempre y en todo momento qué es lo mejor para la mujer, valorará esta reforma como enteramente positiva. Yo, que carezco de esta confianza en el Estado, observo cómo la pretendida mayor protección que se concede a la mujer se logra a costa de anular su capacidad de decisión.¹²

Pero el ejemplo de la violación, que con la reforma pasó a convertirse en un tipo neutro (de “el que yaciere con una mujer” a “comete violación el que tuviere acceso carnal con otra persona”) es el ejemplo extremo en el cual, según la autora citada, el género neutro de la nueva redacción oscurece el hecho de que la violación es un delito que esencialmente comete un género contra otro; puesto que son las estructuras valorativas masculinas las que han otorgado tradicionalmente este dominio corporal del hombre sobre la mujer, un comportamiento aprendido por los hombres como una forma de mostrar y ejercer su poder por medio de la sexualidad. Tal apreciación es válida también para la reforma operada en Argentina.

Una interpretación similar puede aplicarse a la nueva regulación del infanticidio¹³ —figura penal eliminada con la reforma— en Argentina. Zaffaroni sostiene que “teniendo en cuenta únicamente el objetivo de modificar el lenguaje sexista sin pensar en las consecuencias prácticas y reales de la derogación para las mujeres, se eliminaron no sólo los componentes valorativos insostenibles, la *deshonra*, sino la totalidad del tipo privilegiado”¹⁴. El resultado es que actualmente las mujeres que incurrían en el viejo delito de infanticidio son penadas con prisión o reclusión perpetua como autoras de parricidio; esto es, un homicidio calificado por el vínculo que constituye el tipo delictivo con la pena más grave de todo el ordenamiento penal argentino. Así, quedan cruelmente ocultadas problemáticas esencialmente femeninas que en la mayoría de estos casos inter-

¹² Elena Larrauri, óp. cit, p. 94 y 95.

¹³ El inciso 2 del artículo 81 del Código Penal argentino sostenía antes de la reforma: Se impondrá reclusión de hasta tres años o prisión de seis meses a dos años a la madre que, para ocultar su deshonra, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerperal y a los padres, hermanos, maridos e hijos que, para ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, cometiesen el mismo delito en las circunstancias indicadas en la letra a) del inciso 1º de este artículo.

Con la reforma de la ley 24410 este inciso quedó completamente eliminado.

¹⁴ Eugenio Zaffaroni, “El discurso feminista y el poder punitivo”, en *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho penal*, Haydée Birgin compiladora, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 35.

fieren en la comisión de este tipo de delito. Las mujeres que realizan estas conductas son generalmente muy humildes, muy jóvenes, abandonadas por sus compañeros y sin ningún tipo de apoyo personal o económico de instituciones o de sus propias familias, las cuales viven difíciles realidades de pobreza y exclusión.

Otro ejemplo de *protección*¹⁵ que brinda el sistema penal a la especial realidad que viven las mujeres argentinas es el caso del aborto, previsto como un *delito* en el Código Penal de la Nación Argentina. Si bien el sistema penal no suele ponerse en funcionamiento con frecuencia en estos casos, cuando lo hace garantiza la invulnerabilidad de las personas que incurrir en estas conductas pero que se encuentran en los sectores sociales más favorecidos y con mayores ingresos y capacitaciones profesionales. Son los “profesionales” de más bajo nivel y las mujeres de escasos recursos quienes no sólo están más expuestos a la captación del sistema penal sino a poner más en riesgo su vida y su salud.

Además de los problemas citados, que conciernen a la normatividad penal o a los valores que subyacen a ella, debemos también tomar en consideración los problemas derivados de la propia estructura del sistema penal *ut supra* citados, que en relación con los delitos en los que las mujeres resultan víctimas, adquieren una perspectiva diferente.

Habiendo acordado la naturaleza selectiva de los sistemas penales, como una inmensa red que capta especialmente los sectores más vulnerables de sociedad y, además, con un sesgo aún alto de masculinidad, el solapamiento de discriminaciones se hace evidente: las mujeres son discriminadas tanto por su género como por su posición en la escala social, puesto que pertenecen a los sectores más desprotegidos de la sociedad.

En segundo lugar, los autores¹⁶ acuerdan que el procedimiento penal, basado en la persecución pública, maltrata doblemente a las mujeres víctimas de delitos. Por un lado, a través de la expropiación del conflicto y de su neto carácter adjudicativo, no satisface los intereses concretos de la víctima sino que sólo se limita a cumplir con los intereses represivos de su función de control: la aplicación de una pena. Por otro, a este maltrato propio de la justicia penal se agrega otro de igual gravedad, la revictimización que significa para las mujeres víctimas de delitos sexuales la exposición en el procedimiento penal.

¹⁵ Como lo llama Lucila Larrandart en “Control social, Derecho penal y género”, *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho penal*, Haydée Birgin compiladora, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 105.

¹⁶ Entre ellos, Bergalli y Bodelón, “La cuestión de las mujeres...”, *ob. cit.*, p. 56 y Alberto Bovino, “Delitos sexuales y...”, *ob. cit.*, p. 190.

Por último, la imagen que los Derecho y los sistemas penales actuales construyen de las mujeres, siendo aquellos vistos como efectivas estrategias generadoras de género¹⁷, suele generar curiosas formas de discriminación en lo que respecta a su tratamiento cuando resultan autoras de ciertas conductas delictivas. Tras haber superado desigualdades de género mantenidas por normas jurídicas o por jurados masculinos, el derecho o —más precisamente— el funcionamiento concreto de las instituciones jurídicas aparece como creador de identidades diferenciadas por género que pueden consolidar las desigualdades entre los sexos emergentes de las pautas culturales. En efecto, la literatura ha comprobado que la adopción por parte de la mujer —presuntamente autora de un delito— de un rol diverso al que el juzgador estima se supone debe responder (asociado, claro está, a su función de reproducción o cuidado dentro de la estructura doméstica), influye en él negativamente a la hora de calificar y castigar su conducta. Cuestión que se corrobora a la inversa, cuando la “conducta desviada” es cometida por una madre que, sin tener recursos para la alimentación de sus hijos, comete un delito contra la propiedad. De tal forma, se reafirma la idea que no es el *sexo* la variable en juego para comprender estos fenómenos, sino el *género*, al que se le asignan determinadas características sociales.¹⁸

¹⁷ Como *tecnología de género*, en los términos de Carol Smart, “La Mujer del Discurso Jurídico” en *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*, Elena Larrauri compiladora, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 1994.

¹⁸ Entre las investigaciones más destacadas sobre esta temática pueden citarse las realizadas por M. Eaton, *Justice for women? Family, court and social control*, University Press, Londres, 1986; Marcela Lagarde, *Los cautiverios de las mujeres: madres, esposas, monjas, putas, presas y locas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993; Encarna Bodelón, “El análisis del género en los tribunales de Justicia”, *Oñati Papers*, Oñati, 1998; y también Mariana Sánchez, “Género y Delito”, *Anuario VII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, p. 543-561, septiembre de 2004. En este último trabajo, los resultados derivados de análisis cualitativos permiten observar que, amén de la diferenciada pena que reciben las mujeres según se ajusten o no al rol social esperado, es especialmente en los delitos considerados más graves -abortos, homicidios, delitos contra la vida- donde se observan escenarios de fuertes controles sociales masculinos; esto es, las mujeres involucradas en estos tipos de delitos se encuentran supeditadas muy notoriamente al control de una figura masculina con mayor frecuencia que aquéllas sentenciadas por tipos penales de menor gravedad: *las entrevistadas muestran y explican la situación en la que se encuentran a partir de seguir a sus parejas o estar supeditadas a ellas en todo*, óp. cit. p. 557.

Atendiendo a la función legitimadora del patriarcado que reproduce el sistema penal, los trabajos de Gerlinda Smaus sostienen que *la diferencia con la cual parecen ser tratadas las mujeres en los juicios penales encuentra su explicación, sobre todo, en la preocupación del sistema de justicia criminal (de género masculino) en limitar su propia interferencia negativa sobre el cumplimiento de los roles conferidos a las mujeres en la esfera de la reproducción. Si los jueces penales tratan “más caballerescamente” a las mujeres y parecen, de ese modo, desear mostrarles que su lugar, en vez de estar en la cárcel, está en su casa al lado de sus hijos, es porque saben que no existen tantas madres y esposas disponibles.* “Das strafrecht und

*Quien no responde a las expectativas de su género tampoco debe pretender la sobre protección que pueda brindarle el ordenamiento jurídico.*¹⁹

2.-La capacidad transformadora de los Sistemas Penales

La interpretación del sistema penal a partir de las herramientas conceptuales de la sociología crítica del Derecho penal enfrenta a éste con un grave problema de legitimación. Su carácter fragmentario, selectivo, su capacidad para reproducir conflictos, su incapacidad para solucionarlos, su utilización como tecnología de género y su desatención a las víctimas, nos enfrenta -en relación con la problemática femenina- a una gran paradoja muy difícil de resolver. ¿Es el Derecho penal una herramienta útil para representar los intereses de las mujeres? ¿Puede el Derecho Penal alcanzar modificaciones sustanciales en la realidad que logren disminuir las diferencias de género?

A primera vista y de acuerdo a las reflexiones realizadas precedentemente, las preguntas parecen una contradicción en sí mismas. ¿Cómo un ordenamiento jurídico, en este caso penal, intrínsecamente discriminatorio puede combatir la discriminación de género? Sin embargo, al mismo tiempo, el sistema penal sigue cumpliendo una función significativa en la construcción de representaciones de problemáticas sociales que, hasta el momento, no ha sido reemplazada por otro mecanismo. Y es que, efectivamente, la *alianza* entre las mujeres y los sistemas penales es mucho más compleja de lo que, a primera vista, pudiera parecernos.

Desde las teorías feministas se han planteado diferentes disquisiciones en relación con el uso del derecho penal. Así, ciertos sectores del feminismo se han manifestado a favor de la utilización del sistema penal tomando en cuenta que este subsistema social es una de las principales esferas de poder del Estado y las mujeres deben luchar por un nuevo espacio de ejercicio de poder también en este ámbito. Reconociendo incluso las dificultades y los significados que el mismo conlleva, esta parte del feminismo defiende su utilización en su dimensión simbólica.

La principal referente de esta postura es Gerlinda Smaus²⁰ que ha mantenido una disputa con los teóricos abolicionistas del sistema penal sosteniendo que, en el campo de la criminología, abolicionistas y feministas se destacan más por sus diferencias que por sus similitudes. Sostiene

die frauenkriminalität" en *Kriminologisches Journal*, 4, 1990, p. 277, citado por Alessandro Baratta, "El paradigma del género...", ob. cit., p. 64.

¹⁹ Ramón García Albero, "Las perspectivas de género...", ob. cit., p. 489.

²⁰ En relación con esta temática puede verse su trabajo sobre "Abolicionismo: el punto de vista feminista" en *No hay Derecho*, III, 7, 1992, p. 4-31.

la autora que las feministas se interesan por el mejoramiento de las condiciones primarias que hacen que las mujeres estén particularmente expuestas a violencia por parte del sexo masculino. En estas circunstancias el Derecho penal es visto por ellas como uno de los medios con los cuales se puede públicamente problematizar y politizar su posición. Y esto, aún a costa de las consecuencias secundarias de los sistemas penales.²¹

En un agudo análisis, Smaus considera que las mujeres no han todavía alcanzado una equiparación de derechos y viven aún en larga medida en una situación de falta de derechos. Esta situación, afirma la autora, no es para nada voluntaria sino que se trata más bien de una exclusión. En principio, el Derecho penal es un sistema de control específico de las relaciones de orden público (trabajo productivo, relaciones de propiedad), en tanto que la esfera de la reproducción, de la familia, de lo doméstico -el orden privado- no es objeto de control por parte del poder punitivo público. El sistema de control dirigido exclusivamente a las mujeres es el informal, el que se realiza en la familia y se ejecuta a través del dominio patriarcal, que ve su última expresión y sostén en la violencia física. De tal forma, ambos controles -el penal en la esfera pública y el informal en la privada- aunque con competencias distintas se interrelacionan y dirigen hacia un fin común: la reproducción del *status quo*. El orden público es un orden entre varones y el privado el dominio de los varones sobre las mujeres.

Creo por lo tanto que las mujeres deberían primero alcanzar la situación que los colegas masculinos consideran digna de ser abolida...

*Del mismo modo en el que los trabajadores organizados han tratado de imponer la tutela de sus intereses en el derecho, las mujeres no pueden renunciar a este instrumento. Y del mismo modo en el que las conquistas ya alcanzadas por los trabajadores a lo largo del tiempo han sido resistidas por poderosos grupos de influencia, también las mujeres pueden contar con el hecho de que sus reclamos no serán jamás completamente satisfechos y que serán constantemente expuestas a un proceso de erosión.*²²

²¹ En esta misma línea de razonamiento es muy ilustrativa la reflexión de Elena Larrauri que, a pesar de mostrarse muy crítica en relación a al utilización del Derecho penal en esta problemática, nos dice: *Es irritante asistir a una desmedida ampliación del derecho penal en diferentes ámbitos y cuando desde sectores feministas se reclama la introducción de un nuevo delito se nos replique que el derecho penal es la ultima ratio, precisamente en este caso.* "Control formal:... y el Derecho penal de las mujeres", ob. cit., p. 99.

²² Gerlinda Smaus, óp. cit., p. 10.

En esta línea de razonamiento, evitar recurrir al derecho penal estabiliza relaciones de poder; así, la falta de tipificación de la violencia contra las mujeres como delito asegura el dominio del patriarcado en el espacio privado.²³

Aunque reconociendo la plena incapacidad del Derecho penal como herramienta funcional para satisfacer las discriminaciones de género, Samus reconoce su capacidad simbólica y política: la de dar particular fuerza a los movimientos de mujeres y progresiva satisfacción de sus nuevas necesidades.

En otra posición teórica se encuentran quienes sostienen que en este ámbito de conflictos sociales, si no en todos, esta rama del Derecho se muestra incapaz de enfrentar y resolver los conflictos que originan su intervención.

En esta línea teórica podemos citar a autores como Roberto Bergalli y Encarna Bodelón²⁴, quienes afirman que ni el Derecho penal ni el sistema penal parecen ser los canales más adecuados para dar solución y contención a los conflictos que involucran a las mujeres, puesto que dentro del sistema penal ya existe una visión de género. Los comportamientos de las mujeres que han sido criminalizados por el sistema penal han sido definidos históricamente como comportamientos ejercidos por sujetos necesitados de tutela, puesto que otras instituciones relacionadas también con este sistema, así la consideraban. La intervención penal respecto de las mujeres ha ayudado a perpetuar una imagen del género que se originó con otros proyectos hegemónicos del siglo 19, ligado a un especial sistema de producción social capitalista. De tal forma, el control ejercido sobre ellas ha sido interpretado y administrado de una manera diversa al de los varones. Y así, ha permanecido en el tiempo.

Así pues, modificar simplemente la normativa no resulta la herramienta adecuada para mejorar o cambiar la situación que ocupa hoy la mujer en la sociedad. El simple hecho de confirmar que no se ha mejorado

²³ En esta misma línea se expresa Rosario Carracedo Bullido en relación con los delitos violentos ejercidos por hombres sobre las mujeres, quien sostiene: *Actuar contra la industria del sexo y contra el proxenetismo debe constituir una prioridad de la política criminal de nuestro país, la sanción punitiva de todos los que organizan, promueven, favorecen la captación de mujeres para su explotación sexual, merece un severo reproche penal. Expresar la deslegitimación y desaprobación social hacia los hombres que compran cuerpos de mujeres constituye una estrategia imprescindible y resulta un modelo equivalente a las políticas puestas en marcha contra la violencia en las relaciones de pareja. Actuar sólo protegiendo a las mujeres maltratadas contra la violencia machista se ha rebelado como un modelo de intervención insuficiente, ya que tal intervención por sí misma no impide que tales conductas sigan reproduciéndose, de ahí que fuera necesario actuar contra los autores de la violencia.* "Feminismo y abolicionismo", *Critica*, Año 56, N° 940, Fundación Castroverde, Madrid, 2006: 37-41, p. 39.

²⁴ En su trabajo, "La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico", ob. cit. p.43 a 74.

la situación de las mujeres en la práctica luego de las reformas legales, abre un debate más amplio en relación con la capacidad resolutoria del derecho penal.

Pero por otra parte, los autores citados aseveran también en relación con los actuales sistemas penales, que la utilización consciente del potencial simbólico del Derecho penal en cuanto instrumento que colabora a hacer reconocibles como problemas ciertas situaciones padecidas por las mujeres, presenta diversos problemas. Bergalli y Bodelón sostienen que concretar en un texto jurídico una problemática tan compleja como lo es la problemática femenina, termina desvirtuando el contenido que las expresiones sociales de origen le habían conferido.

La plasmación normativa de un conjunto de reivindicaciones sociales conlleva en muchos casos la pérdida del sentido originario de la reivindicación y su nueva reubicación en un contexto simbólico y semántico diferente...

El hecho de que en el lenguaje neutro y abstracto del derecho penal se tutelén “personas”, hace desaparecer uno de los rasgos que caracterizan las reivindicaciones de mujeres, cual es su carácter de problema que es percibido particularmente por un colectivo social. De esta forma, un conjunto de situaciones complejas se codifica en términos universalistas. La criminalización del problema comporta un “extrañamiento” de éste, por cuanto el contexto en el que ha sido definido por los actores sociales no puede ser recogido por la norma penal, así como sus implicaciones o contradicciones se ven simplificadas haciendo del contenido de la norma penal algo alejado del problema inicial.²⁵

Evaluando lo reflexionado, podemos concluir que las perspectivas teóricas analizadas en este acápite —si bien aparecen ubicadas en puntos interpretativos diferentes— pueden aportar herramientas importantes en este debate teórico. La pregunta de cómo puede un Derecho patriarcal mejorar las condiciones de las mujeres nos sugiere una respuesta compleja y dudosa. En muchos casos, empero, no se trata de la esperanza ingenua en el Derecho penal para corregir prácticas sociales arraigadas de género, sino de la utilización consciente del potencial simbólico del Derecho penal como instrumento para hacer reconocibles como problemas ciertas situaciones padecidas por las mujeres. Como advierten Roberto Bergalli y En-

²⁵ Bergalli y Bodelón, óp. cit. p. 55 y 56.

carna Bodelón²⁶ “determinados temas morales se convierten en públicos solamente cuando se sirven de un trasfondo iuspenalístico... Las mujeres que invocan la función simbólica del Derecho penal son criticadas, pero son tomadas en serio”.

Pero, ahora bien, el Derecho penal sólo no puede ser el único centro de las actuaciones sobre la violencia de género, sino en todo caso un elemento más; puesto que la problemática derivada de la violencia de género es un fenómeno social que proviene de la propia estructura social desigual y se articula como otra arista de la subordinación social de las mujeres²⁷. A las modificaciones legislativas habrá que incorporar un cambio cultural de los operadores jurídicos, un nuevo conjunto de medidas procesales que garanticen los derechos de las mujeres víctimas durante los procesos penales, y —especialmente— medidas sociales y económicas que complementen la efectividad normativa y que beneficien a mujeres generalmente atemorizadas por la situación extrema que les ha tocado vivir, amén de sin recursos o excluidas socialmente.

La lucha y la reivindicación jurídica, aunque en los términos dados, puede ser cuestionada pero nunca desechada. Aún más, en el tema que nos ocupa, el lenguaje del derecho ha tenido una importante función política: la de haber dado particular fuerza a las reivindicaciones de los movimientos de mujeres, que comenzaron a exigir para sí y para los demás el tratamiento y la satisfacción de nuevas necesidades materiales y morales.

Más si se trata de problemáticas sociales cada vez más reconocidas y denunciadas como es el caso de la violencia de género que gracias a su tratamiento jurídico logran salir a la luz, dejar de pertenecer al ámbito privado para posicionarse como un fenómeno social, como un asunto de interés público que afecta a todos y que es digno de tutela por parte del Derecho.

En este sentido se pronuncia Carol Smart, quien puede señalarse como una de las más notables representantes del Feminismo Jurídico en la actualidad. La autora señala, a través de sus diferentes trabajos ya aquí citados, que es posible mantener una actitud crítica frente a la legalización de la vida sin por ello abandonar el Derecho como un lugar de lucha. Sos-

²⁶ Bergalli y Bodelón, óp. cit., p. 46.

²⁷ Entendemos a la violencia de género como aquella que sufren las mujeres como consecuencia de la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. La violencia contra las mujeres constituye una categoría específica de violencia social que tiene su origen en la discriminación estructural de la mujer por el reparto no equitativo de roles sociales y que no tiene parangón en el sexo masculino. Patricia Laurenzo Copello, “La Violencia de Género en la Ley Integral. Valoración político criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, N° 07-08, p. 08:1. <http://criminet.ugr.es/recpc>. Fecha de consulta: setiembre 2006.

tiene que el Derecho continúa siendo un centro válido para el análisis feminista teórico y político, sin dejar de reformularnos nuestra comprensión de la relación entre derecho y género²⁸.

Concluye la autora,

*Es necesario dejar de pensar el derecho en términos de ingeniería política y social. En cambio, deberíamos verlo como el lugar donde discutir los significados de género; un lugar sumamente fructífero para este tipo de actividad.*²⁹

En este nuevo contexto el Derecho penal puede y debe ser utilizado como instrumento en la lucha no sólo contra la discriminación desde el entendimiento clásico del principio de igualdad, sino fundamentalmente como mecanismo para luchar contra la legitimación que el propio orden simbólico efectúa de las desiguales relaciones de poder entre sexos. El derecho penal crea género tanto cuando protege o tutela, como cuando silencia u omite.



²⁸ En la misma línea de pensamiento, y sin dejar de entender al discurso jurídico penal como un discurso discriminatorio, se encuentra el prestigioso jurista argentino Eugenio Zaffaroni. Sostiene que en la lucha contra la discriminación puede legítimamente utilizarse el poder punitivo apelando -precisa e irónicamente- a su propia cualidad deslegitimante y sin necesidad de recurrir a su ineficaz valor simbólico. *La ética del feminismo -proveniente de su objeto estratégico- le permite usar como táctica la fuerza de su enemigo (el poder punitivo), pero poniendo pragmáticamente la distancia que permite discriminar entre una táctica coyuntural y el compromiso con los objetivos estratégicos. El feminismo no necesita legitimar el discurso del poder punitivo. Más aún, no debe hacerlo, para salvar su potencial de transformación social, que es la gran esperanza de quienes luchan contra las restantes discriminaciones.* "El discurso feminista..." óp. cit. p.36.

²⁹ Carol Smart, *La Teoría Feminista y el Discurso Jurídico* en *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000, pag. 68.

LA INCLUSIÓN LABORAL DE LOS JÓVENES DE 18 A 25 AÑOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS EMPLEADORES DE CÓRDOBA

*Leopoldo Schapira*¹

Resumen: Esta investigación exploratoria cualitativa se suma al panorama de investigaciones anteriores realizadas con motivo de los distintos Congresos organizados por Inclusión Social Sustentable sobre el tema de la Cultura del Trabajo y los Valores en el pabellón Argentina de Ciudad Universitaria con el apoyo de la Universidad Nacional de Córdoba.

.En el mes de mayo de 2008, se realizaron 42 entrevistas en profundidad a responsables de la Selección de Personal en empresas de distintos tamaños y en consultoras de Recursos Humanos. La conclusión de esta investigación (que debe ser validada cuantitativamente) es que existe un desacople entre las expectativas de los empleadores y las actitudes de los jóvenes, lo que termina penalizando su incorporación al mercado laboral. Cabe preguntarse si no sería necesario redefinir el paradigma del trabajo para lograr un mayor entendimiento entre las partes.

Palabras claves: Mercado laboral – jóvenes - preconceptos.

Introducción

El propósito de esta investigación es aportar herramientas para superar el desequilibrio social que implica que los jóvenes de entre 18 y 25 años tengan más dificultades para encontrar empleo que otros grupos étnicos. A su vez, hay marcadas diferencias por género ya que las mujeres jóvenes tienen aún más dificultades. para integrarse al trabajo.

En este estudio se toma una parte del mercado. El de los empleadores (de empresas o de consultoras especializadas), cuyas percepciones de los atributos del grupo en estudio, determina sus reservas en el momento de la contratación.

De hecho que aún queda por probar si estas creencias son prejuiciosas o si tiene un anclaje en la realidad.

Queda por indagar (investigación actualmente en desarrollo) si los jóvenes, generacionalmente “millennials”, no comparten la visión del mun-

¹ Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC.

Se agradecen los valiosos comentarios de la Sra. Marisa Failla de García Remonda y del Sr. León Molina

do del trabajo con sus empleadores mayores, y por eso no satisfacen sus expectativas.

De todos modos, se considera conveniente evaluar la posibilidad de un replanteo de las condiciones laborales que involucran a estos jóvenes. De hecho que la dinámica social así lo demanda

I. Trascendencia social de la temática

Según la última información disponible de la Encuesta Permanente de Hogares (Primer Trimestre 2007), los jóvenes de entre 18 y 25 años presentan una elevada proporción de desocupación. Es casi tres veces mayor que la de los adultos jóvenes.

Las diferencias de ocupación son más marcadas cuando se analiza no sólo la edad, sino también el género de los jóvenes. A juzgar por las cifras, a las mujeres se les hace más difícil lograr un empleo.

Interesa, por lo tanto, averiguar las causas que pudieran estar operando que impiden la incorporación laboral de este gran grupo poblacional, base de todo futuro desarrollo social.

Desocupación en el Gran Córdoba por edad y género

Edad	Varón	Mujer
Entre 10 y 18 años	7,00%	6,10%
Entre 18 y 25 años	10,10%	17,10%
Entre 26 y 35 años	4,60%	4,30%
Entre 36 y 65 años	1,80%	5,20%
Mayores de 65 años	3,20%	0,60%
Total	4,10%	5,30%

Fuente: Indec, EPH, primer semestre 2007 Base Usuarios y elaboraciones propias

II. Los distintos aspectos de la problemática

Para indagar sobre las causas de esta situación se programaron entrevistas a los demandantes del mercado con el objeto de determinar, si sus percepciones, creencias, actitudes y conductas eran determinante en las dificultades de integración al mercado laboral de los jóvenes de entre 18 y 25 años. En la literatura, este grupo se designa como millenials o generación Y (Ver Bibliografía)

Se confeccionó un padrón de consultoras de RRHH y de responsables de contratación en empresas de distinta envergadura de Córdoba,

capital. Los entrevistados fueron elegidos al azar. Luego de 42 entrevistas se consideró que se había llegado a un grado de saturación en las respuestas que hacía poco probable que pudiera encontrarse alguna originalidad de seguir indagando.

El temario guía de la entrevista en profundidad comprendía los siguientes campos:

- La percepción de los atributos de los jóvenes en este tramo etéreo en contraste con los de otros grupos de edad;
- Criterios de Selección entre jóvenes postulantes de este grupo;
- Que creen los empleadores que los jóvenes buscan en las empresas;
- Que creen los empleadores que la empresa les brinda;
- A criterio de los empleadores cuáles con las causas de la situación laboral del grupo

La articulación de las respuestas revela la existencia de situaciones complejas que se informan en los siguientes apartados:

III. Los atributos de los jóvenes frente a otros grupos etéreos – Criterios de selección dentro del grupo; y que implican

IV. Demandas hacia la familia y el Sistema Educativo Formal; o la necesidad de

V. Definir un nuevo paradigma de las relaciones laborales con estos jóvenes – Interrogantes

III. Los atributos de los jóvenes de 18 a 25 años frente a otros grupos etéreos – criterios de selección dentro del grupo

III.1. Las posiciones para los cuales se realiza la búsqueda

Generalmente se los busca para cubrir cargos operativos de baja responsabilidad. En una empresa que vende materiales eléctricos argumentan: “... para gente que tenga ganas de aprender, de adquirir experiencia esto es una buena escuela, porque acá se aprende muchísimo, nosotros tenemos más de 10 mil materiales de iluminación. O sea que tiempo para aprender y cosas para aprender hay muchísimas”. En lo que hace a las búsquedas de una Consultora de RRHH entre jóvenes de entre 18 y 25 años, “la mayoría son para los jóvenes que están dentro de la franja de edad que

vos mencionaste. Excepto cuando se solicita alguien con una experiencia muy específica, que ya implica una trayectoria que va a tener que coordinar gente, asesorar gente, capacitar gente..." "...salvo obviamente puestos medios o de gerencia porque son puestos de experiencia".

En algunas empresas están asumiendo trabajos de coordinación en grupos de tareas específicas. Por ejemplo: en Call Centres, .:

III.2. Fortalezas y debilidades del grupo etéreo según sus probables empleadores

Quienes ofrecen empleo, por lo general tienen otra edad, otra mirada de la empresa, de los negocios, de cómo trabajar, en un contexto en el que se revaloriza la experiencia de vida como parte de la experiencia laboral.

Según los empleadores, los jóvenes **no tienen experiencia laboral y requieren de un período de capacitación**, en tanto que los mayores se incorporan casi inmediatamente a la producción. "...mientras menos capacitación podamos hacer en una primera instancia mejor..." Otros señalan "... yo pienso: ¿Qué estamos haciendo con los jóvenes?. En realidad un chico de 18 años no sabe hablar, no sabe leer, no sabe escuchar... o sea, no sabe todo..... No lo aprendió en la casa..... ni hablar de la gente de las partes marginales de la sociedad, que los padres están presos...."

Sin embargo, los jóvenes **son más flexibles y con facilidades para el aprendizaje** "tiene sus neuronas más ambientadas de conocimiento" y los de mayor edad son más rígidos y llegan con sus "mañas" a las empresas. Los consultores consideran que les cuesta mucho más conseguir trabajo a la gente de esa edad que a los jóvenes-jóvenes, que se adaptan más fácilmente, que tienen más flexibilidad.... "Entonces yo prefiero acompañar a alguien de 22 años y no a alguien de 30, porque una persona de 30 te cuesta el triple, tienen mucha más resistencia, seguramente tienen alguna mala experiencia en el camino, y aparte tienen muchísima energía". "Creo que la capacidad de adaptación, el joven se adapta mucho más rápido, ... como que los cambios se viven de otra forma. Esa es una fortaleza."

Los jóvenes son maleables, (más que otros grupos etéreos) pero el espectro de la formación es mucho más amplio. Una entrevistada señala: "Hay que enseñarles a peinarse, a bañarse, a hablar correctamente, a no correr dentro de los pasillos porque es una oficina, a no masticar el chicle mientras hablan con un gerente".

Por otro lado, **agregan "buena onda" al lugar de trabajo**. Un consultor lo define: ".....Tienen que tener buena onda, que no es ser simpático..., estamos hablando de gente comprometida, con ganas de trabajar. En la medida que no tengan eso, por más que sean excelentes técnicos, excelentes profesionales, bueno nosotros no los postulamos"

Los jóvenes tienen, teóricamente, más fuerza, energía, ganas, de trabajar y sin embargo, **muy difícilmente los jóvenes consideren que “vivir para trabajar sea un valor positivo”**.

Les dan muchísimo más peso al ocio, mayor peso a pasarla bien. Prefieren .., pasarla bien antes que tener seguridad en un trabajo de largo plazo...,

Frente a los valores clásicos del trabajo, los jóvenes son un grupo que carece de una serie de virtudes reconocidas:

No son incondicionales, tienen algo de “mercenarios”: “entro dos meses, me voy dos meses a otro lado” y una altísima rotación. Lamentablemente no alcanzan a visualizar que termina jugando en contra dice un empleador: “...cuando en un currículum dice que trabajo dos, tres, cuatro meses en distintos trabajos,...queda descartado automáticamente.” Una alta rotación de empleos que, los más advertidos, ocultan en su currículum.

“No se ponen la camiseta”, una bajísima lealtad que los pone permanentemente al acecho de una oferta mejor; o sea que se prevé su discontinuidad (“Me salió un trabajo en otro lado, me pagan un poquitito más, me queda más cerca, llega fin de año y se va del trabajo para terminar las materias, o juntaron para irse de vacaciones”). “Entonces van saltando de un lado a otro, es como que no tienen la necesidad de hacer algo que les permita crecer dentro de una misma organización”. Este fenómeno es propio de la cultura de fines del siglo XX y comienzos del XXI: ni el empleado, ni el empleador esperan una relación de por vida;

Toleran menos la frustración laboral (no se quedan en un trabajo considerando que vale la pena “bancarse” algo) “... no soportan nada, no toleran nada. Ante una llamada de atención se van, no vuelven más al trabajo, no es que se sientan a decir voy a renunciar, no, desaparecen, se fueron a almorzar y no volvieron más.” La encargada de personal de una empresa cuenta “...Cuando está vacío (el local) hay otras tareas, hay que limpiar, hay que hacer otras tareas y están 12 horas prácticamente parados. ... Pero digamos lo que más le ha costado a este pibe en particular es el tema de la gran cantidad de horas, y además estar las 12 horas parados. Te dice: HUUU ya me duelen las piernas... yo te digo que para mí es un espanto que un vendedor esté 12 horas parado, bueno, pero en eso estamos...”

Tienen dificultades para entender los códigos internos de la empresa, por ejemplo, los disciplinarios. “...encontramos sistemáticamente dificultades en el cumplimiento de horarios, incluso en la entrevista.” “No ha pasado de chicos que han salido seleccionados y el primer día de trabajo no fueron...” dice un consultor de RRHH “Pero en determinados sectores hay una clara ausencia de códigos del trabajo. En materia de accidentes siempre son ellos los que se accidentan, siempre son los más chicos, por-

que son irresponsables,..., no usan los elementos de seguridad de noche. Son como más omnipotentes... Y después que faltan muchísimo, los lunes, los viernes, ni te cuento cuando hay rally se van los viernes, sábados y domingos acá; un viernes a la noche de 40 que tenían que venir, 20 faltaron, tratamos de sacar un promedio de edad y da 25 años. Todos los más chiquitos, algunos con carga de familia y todo.”

Por lo tanto, **lo que más preocupa al emplear un joven son sus actitudes y, muy pocas veces, su experiencia. Lo que se busca es la parte actitudinal** “Que no entre acá para estar dos meses y pasarse a otro lado, o sea gente que tenga compromiso, buena predisposición, ganas de aprender y eso es fundamental, a mi criterio, en cualquier trabajo, y a criterio de cualquier empresa también”, “..En ese tipo de selección son muy pocas las competencias técnicas que se requieren porque las empresas prefieren muchas veces una persona que tenga actitud que sea activa etc., y si no sabe manejar muy bien una PC, eso se aprende. “.... en general se inclina por la persona con más competencias blandas”. “....Y también se da o que los jóvenes a veces no tienen la experiencia que se les solicita, y en ese caso hay que hacer hincapié en el potencial o la actitud para alcanzarla en breve.... “

III.3. Criterios de selección de un candidato

Puestos a elegir entre dos jóvenes del mismo tramo, las actitudes valoradas son:

Compromiso: “... hay como algo un poco infantil de los chicos en algunas cuestiones, no hay interés, a veces recibía a algún chico que no sabés por qué vino, que no tiene ganas de trabajar, que no va a asumir el compromiso, y es notorio eso, que se ve en la rotación que hay, hay una falta de compromiso sobre todo que tienen los chicos...”

“Respondiendo a **la idea de que tener familia es ser portador de compromiso** (incluso a veces apelando a la historia laboral de la familia biológica) se subieron las condiciones.: Antes se prefería las personas solteras, ahora se prefieren la personas casadas, porque se supone que tienen más responsabilidad, si ya pasó por una experiencia laboral se supone que tiene alguna cultura del trabajo, que ya cumplió un horario, determinadas condiciones...En una PYME metalúrgica afirman:” En todo lo que es nivel operativo, tratamos de que sean mayor de treinta años, que tengan carga de familia y que vengan de industrias livianas, digamos de tipo manuales.. Que sean mayores de 30 años para que ya tengan alguna responsabilidad. Hemos hecho un estudio que son como menos ausentistas, tienen mayor responsabilidad en el trabajo. Por ahí nos cuesta mucho los días viernes, los que son jovencitos que vengan a trabajar porque o los lunes no vienen”.

Y por otro lado, vinculado al desarrollo de actividades que puedan dar **prueba de constancia**, de regularidad (“...ahí sí tiene valor el haber asistido regularmente a una institución educativa, haber practicado deportes, etc...”):

Proactividad e iniciativa: entendida como no dependencia a la hora de solucionar las cosas, a contar con cierta autonomía, capacidad de autogestión. “Pero la mayoría pide perfiles juniors, con mucha capacitación, con mucho potencial para que llegue a ser seniors antes, o con perfiles académicamente excelentes, actitud muy dispuesta, muy proactiva es la palabra que suena mucho. Es decir, jóvenes que lleguen a ser senior sin necesidad de tener tanta trayectoria...”

Flexibilidad: capacidad de adaptarse tanto a la cultura organizacional de la compañía como a los constantes cambios de un mundo donde todo se vuelve obsoleto en poco tiempo.

Interés: seguir aprendiendo, por seguir actualizado.

Energía, predisposición, que valore el trabajo y genere cosas.

Por cierto que **las empresas de mayor tamaño están en mejores condiciones** para absorber problemas que pueden traer los jóvenes, las Pymes, no están en condiciones de ignorar “los agujeros” que les pueden producir, por ejemplo, su discontinuidad, el desaprovechamiento de un alto costo de formación, el ausentismo, etc.. Este hecho merece una particular atención, por cuanto estas pequeñas y medianas empresas son las principales generadoras de empleo en Argentina y a nivel mundial. Un seleccionador de una Consultora afirma: “...Uno pensándolo desde el lado de la PYME, del empresario, es difícil contratar a alguien, capacitarlo y que se vaya tan rápidamente... “..La empresa debe trabajar en motivación y en retención; y en las PYMES puede que se les complique, porque tienen que competir con las grandes compañías, las grandes corporaciones y las PYMES a veces no tienen los recursos para estar a la par.. Y las compañías lo pagan porque lo padecen El hecho de que haya tantas consultoras trabajando,, es por eso.. por la rotación. Hay mucha rotación, es muy difícil retener a la gente, es como muy competitivo en ese sentido el mercado...” En una consultora de selección de personal afirman “...fundamentalmente las PYMES han ido como estirándose y buscando gente mayores de 25, son pocas las que quedan de personas que hacemos de menores de 25 años.”

IV. Demandas hacia la familia y el sistema educativo formal

La facilitación de la inclusión laboral de los jóvenes de 18 a 25 años desde la perspectiva de los empleadores de Córdoba implica reclamos hacia el sistema educativo formal. Quién selecciona personal en una empresa de distribución de materiales eléctricos dice: “...el costo que uno paga para

tener gente especializada es cada vez más caro, entonces nos faltan este tipo de escuelas técnicas que nos puedan brindar gente con un cierto conocimiento. Y también fomentar a que la gente vaya a ese tipo de escuelas. Para mí el gobierno debería fomentar eso.”

“... la escuela media que en algún momento de la historia tuvo especialidades que preparaban al joven para la vida laboral,... que después las hicieron desaparecer, ...la escuela media te preparaba para la Universidad o para el trabajo, vos elegías que hacías con esa formación, pero te formaban. Hoy la escuela media es un trayecto que está semivacío de contenidos, totalmente vacío de disciplina con lo cual el resto de tu formación humana pasa a un último, ni siquiera a un segundo plano, porque prácticamente no existe”.

Sin embargo, esta demanda no sólo se manifiesta en términos de la provisión de educación técnica laboral, sino que también, y principalmente, incluye pedidos de construcción de actitudes personales positiva hacia el empleo, positivas al menos en términos de una armonización con los valores de la edad y experiencia de los empleadores y su percepción de los atributos del grupo en consideración

Salvo en empleadoras de profesionales jóvenes, se considera a este grupo como seres maleables de manera que, dentro de una estructura de actitudes posibilitantes, la empresa pueda “introducirle” los conocimientos laborales específicos.

Para muchos, las actitudes de los jóvenes se deben a “una falla en los padres, en los maestros, en la enseñanza que no transmite lo que es la responsabilidad y qué implicancias tiene”. Tampoco dudan estos entrevistados, en depositar en el colectivo cultural, el origen y la causa de no compartir códigos, por falta de transmisión de los mismos. Es decir, piensan que no hay cultura de trabajo, “...que la década de los ´90, es una generación que no ha visto a sus padres trabajar, por la gran desocupación que había, o que no le fue bien a pesar de su trabajo. Entonces el hecho de mantener un empleo, el esfuerzo, el compromiso, está muy poco afianzado en ellos”. La ausencia de la Cultura del Trabajo deriva de “Que no están habituados a que en su casa se trabaje y que se valore el trabajo, que se sienta el trabajo como algo que dignifica a la persona... la idea de satisfacción, que te conviene trabajar, que está bueno, que te sostiene, que no todo pasa por tener plata y comprarte algo, por muchas otras cosas..., por la dignidad, por ser una persona productiva, más allá del éxito o no, ...estar orgulloso de lo que uno hace, más allá de lo económico.”

Por otro lado, las empresas no pueden conseguir gente especializada. El costo se les ha ido a muchísimo porque traer gente con experiencia y especializados hoy en día requiere de pagar un sueldo muy alto.

“Entonces, la tendencia es que las empresas van a invertir en crear una escuela interna, de hecho muchas ya la tiene, y formar a jóvenes entre 18 y 25 años para cumplir las tareas que ellos van a estar necesitando”, afirma el responsable de una consultora en Recursos Humanos.

V. Definir un nuevo paradigma de las relaciones laborales con estos jóvenes

Son pocas empresas que ponen énfasis en la idea de que parte del compromiso del joven puede complementarse con lo que ellas mismas pongan a disposición para lograr ese vínculo. Surgen los siguientes interrogantes: ¿Por qué no se logra el compromiso?; ¿Es posible que exista una diferencia entre lo que las empresas ofrecen al trabajador y lo que los trabajadores quieren recibir? ¿Es posible que esta diferencia tenga alguna influencia en la falta de compromiso en el empleado? ¿Es necesario encontrar culpables o sería más interesante el desarrollo de acciones para solucionar estos aspectos y acercar a las partes?

V.1. Las empresas no saben lo que los jóvenes esperan de ellas

Según los entrevistados, el mercado laboral cordobés actual (Mayo 2008) se enfrenta, como nunca antes en la historia, a un freno en el crecimiento causado por la escasez de recursos humanos capacitados.

Sin embargo, ante la pregunta ¿Qué creen que los jóvenes buscan en las empresas? La mayoría de los entrevistados no supo qué responder. Hasta el punto que una vez recabada toda la información, nos encontramos que es muy poco lo que los responsables de la selección de personal saben de lo que este segmento de trabajadores quiere, de lo que buscan en ellas. Principalmente creen que los jóvenes... “actuales no saben lo que quieren, no tienen sus metas claras y que por lo tanto, son ellos mismos los responsables de que las empresas no sepan qué quieren y buscan”.

Entre las pocas respuestas obtenidas se mencionan aspectos de connotación negativa. La idea más recurrente es que los jóvenes están siempre como al acecho de una mejor propuesta, de la mejor oferta de trabajo, la mejora continua.

Ideas como que lo que los jóvenes, al ser “facilistas”, buscan un puesto de trabajo que demande poco, y pague mucho. Es decir, “buscan solo un sueldo para poder consumir lo que quieran en tiempo y forma”.

Por eso, si tienen interés en los jóvenes, las empresas ofrecen a los trabajadores una serie de servicios adicionales, sin saber en realidad si esto es importante, útil, necesario desde la perspectiva de grupo a seducir.

V.2. Lo que las empresas creen que deben ofrecerles a los jóvenes

Los empleadores manifiestan que su oferta de trabajo es atractiva a lo jóvenes porque contiene una serie de atributos, que en muchos casos no superan los requisitos planteados por la legislación laboral ("Si, si, si... nosotros a diferencia de otras consultoras, como somos una ONG, tenemos una misión social no podemos tomar cualquier tipo de pedidos, entonces todos nuestros pedidos están dentro de las condiciones, contratos de relación de dependencia, por ahí la cuestión monotributista funciona bastante"), o el obvio interés de incrementar la productividad del empleado. Mencionan: 1) Contratos legales; 2) Trabajo en blanco; 3) Relación de dependencia; 4) Sueldos acorde a la ley; 5) Obra Social "Las empresa ofrecen contratación en blanco, se está usando alguna obra social un poco más diferenciada, en puestos no ya de gerente pero si algunos mandos medios o jefaturas..."; 6) Capacitación; 7) Oportunidad de hacer experiencia y aprender trabajando (Esto tiene distintas manifestaciones como semanas de clases teóricas y prácticas, meses de rotación en los distintas secciones de la compañía que pueden resultar relevantes para la posición que va a ocupar); 8) Promoción de sus estudios formales; 9) Capacitación en una institución universitaria; 10) Escuelas internas propias de la empresa; 11) Descuentos (En los productos propios de la compañía ó Acuerdos con locales para conseguir descuentos); 12) Transparencia, lo que implica no ocultarle al candidato "lo bueno y lo malo del trabajo"; 13) Servicios adicionales como el uniforme, refrigerios "en todos los locales, tenés café, mate hasta leche chocolateada para tomar de desayuno, tenemos fiestas y eventos laborales, revista interna, sorteos almuerzo, cancha de fútbol, gimnasio, comedor subsidiado, sistema de transporte subsidiado, obras sociales más caras a partir de mandos medios y no de altos. Gestiones en ANSES por asignaciones familiares, gestiones en escuelas para que puedan retomar sus estudios, pack de gaseosas con el sueldo, adelantos a determinada altura del mes, obsequios por nacimientos de hijos, regalos de cumpleaños para los hijos, mochila escolar, canasta navideña"

Otro grupo de respuestas se refiere a la Contención: 1) Seguimiento y acompañamiento; 2) Movilidad ascendente, planes de carrera (Que en no más de dos años de ingresados estén en un puesto de mayor jerarquía); Plan de desarrollo

V.3. Armonización de visiones e intereses

Esta situación de ignorancia puede generar profecías autocumplidas.

Esta mirada de los empleadores los puede hacer considerar que no tiene mucho sentido invertir en la adecuación de estos empleados jó-

venes, entendiéndolos, capacitándolos, conteniéndolos, etc. Por lo tanto, estas creencias pueden generar **profecías autocumplidas** ya que ante esta falta de interés por parte de la empresa, los jóvenes podrían reforzar sus conductas.

Esta situación puede resultar potencialmente seria si se tiene en cuenta que el 36% de las empresas argentinas manifiestan dificultades para conseguir empleados² en particular en el caso de los cargos que requieren mayor capacitación.

El impacto de estos factores serían realmente serios si se acepta que, como los entrevistados señalan, el mercado laboral cordobés actual se enfrenta, como nunca antes en la historia, a un freno en el crecimiento causado por la escasez de recursos humanos capacitados y que, por otro lado, desde la demanda de empleo, los jóvenes tienen muchas expectativas³

Los empleadores no saben qué buscan los jóvenes en las empresas lo que hace más difícil la resolución de este desacople. A primera vista, se abren dos caminos: ó los empleadores demandan a la Sociedad, la Familia, los Medios de Comunicación y el Sistema Educativo Formal un ajuste de las actitudes de los jóvenes; ó se plantean seriamente un cambio en las relaciones laborales a partir de una mejor interpretación de las necesidades y expectativas de los mismos

V.4. Interrogantes Pendientes

Dado que las PYMES son las principales empleadoras del país. ¿Están en condiciones de absorber los costos de la incorporación de jóvenes entre 18 y 25 años? Sino, ¿Cómo se puede superar esta situación?

Las demandas de las empresas hacia el Sistema Educativo formal y el de la familia, son la preparación de los jóvenes para el mundo laboral en dos aspectos: el primero netamente actitudinal, o sea generar la disposición para responder a las exigencias del mundo del trabajo; y la segunda, de formación técnica laboral. Con relación a este último punto, las empresas parecen estar preparadas para ser ellas, las que carguen de habilidades al postulante. Sin lugar a dudas, que si el Sistema Educativo generaría este producto, las empresas se beneficiarían con externalidades positivas.

El desacople entre los criterios de evaluación de las empresas y los valores y conductas de los jóvenes pueden estar marcando la necesidad de un reajuste del paradigma de relaciones laborales.

² Encuesta de Manpower Argentina publicada en La Nación el 1/06 de 2008..

³ En una encuesta publicada por el diario La Nación el 1 de Junio de este año, realizada por TNS Gallup entre adolescentes entre 12 y 17 años en marzo de 2008, el 65% cree que estará económicamente mejor o bastante mejor que sus padres. Sin embargo la principal preocupación que tiene un 20% es conseguir trabajo y 14%, la situación económica.

Bibliografía:

Sobre las expectativas y conductas laborales de los “millennials”

[http://www.pwc.com/extweb/pwcpublications.nsf/docid/18E31741D06BA7A0852575120073CEBA/\\$File/mtp-millennialsatwork.pdf](http://www.pwc.com/extweb/pwcpublications.nsf/docid/18E31741D06BA7A0852575120073CEBA/$File/mtp-millennialsatwork.pdf)

<http://nortonbooks.typepad.com/everydaysociology/2007/12/millennials-at.html>

ESQUIVEL, MARILINA, Claves para entender a los Millennials en La Nación, 29 de Marzo de 2009

Sobre las expectativas de los empleadores con los millennials y formas de administrar estos recursos

[http://www.generationsatwork.com/articles/millennials.htm#Where%20Employers%20Go%20Wrong%20with%20Millennials:](http://www.generationsatwork.com/articles/millennials.htm#Where%20Employers%20Go%20Wrong%20with%20Millennials)

<http://humanresources.about.com/od/managementtips/a/millennials.htm>

<http://itvoir.com/portal/boxx/knowledgebase.asp?iid=1395&Cat=23>

Sobre un nuevo paradigma laboral

http://blogs.harvardbusiness.org/davenport/2008/12/can_millennials_really_change.html



“Y SERÉIS COMO DIOS”. EL JUICIO POR JURADOS EN CÓRDOBA EN LOS DISCURSOS DE LOS DEBATES CONSTITUCIONALES DE 1987 Y PARLAMENTARIOS DE LA LEY N° 9182

María Isabel Urquiza - Bruno Rusca¹

Resumen: La provincia de Córdoba en su reforma constitucional de 1987, incorporó el juicio por jurados, en medio de la efervescencia democrática de los ochenta. En 2004, la ley provincial N° 9182 regula esta institución. Por lo anterior, nos proponemos comparar los fundamentos vertidos en los debates constituyentes de 1987 y legislativos de 2004, atento que la decisión de incluir expresamente esta institución corresponde a dos momentos históricos distintos; para, posteriormente mostrar si estos discursos guardan relación con la mirada que tuvieron los teóricos (como Montesquieu, Tocqueville, Weber) que reflexionaron agudamente acerca de los jurados.

Palabras clave: jurados - discurso - debates - teóricos - fundamentación

1. Introducción.²

En 1853, los constituyentes incorporaron al texto de la Constitución Nacional³, el juicio por jurados; institución que la Nación aun no ha implementado.

¹ María Isabel Urquiza doctoranda, profesora asistente por concurso de Sociología Jurídica e Introducción al Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, marisaurquiza@gmail.com.

Bruno Rusca es adscripto de Sociología Jurídica, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, brunorusca@yahoo.com.ar.

Ambos integran el proyecto dirigido por la Prof. Dra. Ma. I. Bergoglio: *Procesos de cambio en la cultura jurídica: la experiencia del juicio por jurados*, SeCyT, UNC.

² A nuestra Maestra, la Prof. Dra. Ma. I. Bergoglio quien generosa y sabiamente nos guía y enseña a superarnos cotidianamente.

³ En tres oportunidades aparece la institución del juicio por jurados, en el articulado de 1853:

^{1º}) Art. 24, CN: *“El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos y el establecimiento del juicio por jurados.”*

^{2º}) Art. 75, inc. 12, CN (en el texto original de 1853, art. 67, inc. 11). En este artículo se prevén las atribuciones del Congreso, y en particular en este inciso se hace referencia a dictar leyes generales, incluyendo entre ellas *“las que requieran el establecimiento del juicio por jurados.”*

^{3º}) Art. 118, CN (en el texto original de 1853, art. 102): *“Todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de diputados, se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación*

En 1987, en medio de la efervescencia democrática, la provincia de Córdoba incorporó esta modalidad de juicio. Recién en el año 1998, comenzó a regir la ley N° 8123 que reforma el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Esta ley incorpora en forma optativa⁴ el jurado escabinado. Se establece que, junto a los tres magistrados que conforman la Cámara en lo Criminal, actúan dos ciudadanos legos, convocados por sorteo. Se previó su conformación para casos graves que suponen una expectativa de pena privativa de la libertad de quince años o más⁵. Más adelante, en 2003, la vigencia del jurado escabinado se extendió de forma obligatoria a todos los delitos comprendidos en el ámbito del fuero penal económico y anticorrupción a través de la ley N° 9122 (publicada en el Boletín Oficial el 08/08/2003).

Más tarde, en 2004⁶, la ley provincial N° 9182 regula, ampliando la obligatoriedad de esta institución⁷. Sin embargo, los motivos que manifestaron para la inclusión y ampliación correspondientes, los constituyentes de 1987 y los legisladores de 2004, fueron diversos; esto último, a tenor de

de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito, pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar que haya de seguirse el juicio."

⁴ Este sistema es optativo, ya que puede ser requerido por el acusado, el fiscal o la víctima constituida en querellante. Los ciudadanos designados escabinos actúan con iguales facultades y obligaciones que los jueces letrados.

"El escabino (...) como el juez técnico junto al cual actúa, está obligado a exponer sus fundamentos con apego a la sana crítica racional, que es nada más ni nada menos que dando razones suficientes de su conclusión (no contradictorias, ni arbitrarias, y basadas en las pruebas objetivas legalmente obtenidas e incorporadas); y puede hacerlo en forma individual, o mediante su adhesión a lo que ya haya dicho algunos de los otros jueces o jurado". FERRER, C. y GRUNDY, C. 2005. *El nuevo juicio penal con jurados en la provincia de Córdoba. Ley N° 9182 comentada*. Meditránea, Córdoba, Argentina, p. 11.

⁵ "... el modelo que empezó a regir en Córdoba, tuvo como basamento axiológico la intención de integrar a jueces y ciudadanos en pie de igualdad (y no reemplazar a unos por los otros), generando un ámbito propicio para su interacción, de manera que la sociedad tenga voz y pueda ser oída, con incidencia en la solución que corresponde al caso". *Ibid.*, p. 11

⁶ Respecto de la experiencia cordobesa del sistema escabinado, cabe señalar que: *"Con apenas treinta y tres casos decididos entre 1998 y 2004 (Vilanova, 2004), la participación ciudadana en las decisiones judiciales prevista por el modelo escabinado resultó muy limitada. Sin embargo, la experiencia contribuyó a ampliar la aceptación de la institución en los círculos judiciales"*. BERGOGLIO, M. 2009. Nuevos caminos hacia la legitimidad judicial. Participación ciudadana en los tribunales penales de Córdoba, en *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad Nacional de La Plata, N° 1, p.5. www.revista.dcs.jursoc.unlp.edu.ar

⁷ Art. 2° de la Ley N° 9182.- Competencia. *"Establécese que las Cámaras con competencia en lo Criminal deberán integrarse obligatoriamente con jurados populares, cuando se encuentren avocadas al juzgamiento de los delitos comprendidos en el fuero penal económico y anticorrupción administrativa previsto en el artículo 7° de la ley N° 9181 y también de los delitos de homicidio agravado artículo 80), delitos contra la integridad sexual de la que resultare la muerte de la persona ofendida (artículo 124), secuestro extorsivo seguido de muerte (artículo 142, bis, in fine), homicidio con motivo u ocasión de tortura (artículo 144, tercero, inciso 2°) y homicidio con motivo u ocasión de robo artículo 165), todos ellos del Código Penal de la Nación"*.

los dichos en los debates que precedieron a la sanción de las manifestaciones jurídicas respectivas.

En relación con lo anterior, nos proponemos comparar los fundamentos vertidos en los debates constituyentes de 1987 y legislativos de 2004 en la provincia de Córdoba, atento a que la decisión de incluir y posteriormente, de consolidar esta institución, corresponde a dos momentos históricos marcadamente distintos. Procuraremos asimismo, mostrar si estas dos instancias discursivas guardan relación con la mirada que tuvieron los teóricos (como Montesquieu, Tocqueville, Weber) quienes analizaron, interpretaron y reflexionaron con sabiduría y agudeza sobre la experiencia de los jurados de su tiempo.

2. Los clásicos y los jurados.

El siglo XVIII se caracterizó no sólo por la doble revolución, por el inicio del constitucionalismo moderno, sino también por la enorme riqueza intelectual de sus pensadores; entre ellos, Charles Louis de Secondat, barón de la Bréde et Montesquieu se destaca por iluminar nuevos caminos que llegan hasta nuestros días.

En la primera mitad del siglo XVIII, en Francia, la monarquía con tinte absolutista gobernaba; mientras que en Inglaterra, la monarquía parlamentaria se había impuesto luego de la "glorious revolution" del siglo anterior. En este contexto, nuestro autor, observaba con profunda admiración a la nación inglesa y bebía de las ideas de unos de sus más importantes pensadores, John Locke.

En 1748, terminó de escribir *El espíritu de las leyes (l'Esprit des Lois)*, libro que le había llevado veinte años redactarlo. En el libro XI: "De las leyes que forman la libertad política en sus relaciones con la constitución," en el capítulo VI: "De la constitución de Inglaterra", se refiere a los jurados.

Consideraba necesaria la separación del poder judicial respecto del poder político: "***No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo. Si no está separado del Poder Legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del Poder Ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor***". Es posible que la experiencia francesa del absolutismo, en la que los reyes asumían funciones judiciales y las delegaban en sus asesores, haya motivado estas

⁸ MONTESQUIEU. 1999. *El espíritu de las leyes*. Oxford University Press, México D.F., p. 108. (El destacado en negrita no aparece en el texto original, sino que corresponde a los autores de este artículo.)

palabras. Aunque también es posible que el conocimiento y contacto con Inglaterra, haya influido notablemente en su pensamiento. En este sentido, la tradición inglesa recogía la doctrina de “*checks and balances*”⁹; sin embargo, la concepción teórica de separación de funciones de la autoridad política fue expuesta por John Locke, pero Montesquieu la desarrolló, perfeccionándola.¹⁰

Asimismo afirma que “*el Poder Judicial no debe dársele a un Senado permanente, sino ser ejercido por personas salidas de la masa popular, periódica y alternativamente designadas (como en Atenas) de la manera que la ley disponga, las cuales formen un tribunal que dure poco tiempo: el que exija la necesidad*”¹¹. Lo que pretendía, tal como inmediatamente agrega, es que **el poder de juzgar**, “*tan terrible entre los hombres, no sea función de una clase o de una profesión*”. Quería que el temor no estuviera dirigido a los jueces, sino a la magistratura. Por eso, debía ser un poder “*invisible, nulo*”.

También consideraba necesario que los **jueces fueran de igual condición que el acusado**, “*para que no pueda sospechar ninguno que ha caído en manos de personas inclinadas a maltratarle*”. Los juicios debían ser un “*texto preciso de la ley*”. Porque “*si fueran nada más que una opinión particular del juez, se viviría en una sociedad sin saberse exactamente cuáles son las obligaciones contraídas*”¹².

En síntesis, basaba el jurado en la idea republicana de separación de poderes y en el poder de juzgar encarnado en iguales con un fuerte apego a la ley, en cuanto garantía de juridicidad, características fundamentales del estado de derecho.

Basada en el modelo inglés, la institución de los jurados llega a los Estados Unidos. Joseph Story, quien fuera magistrado de la Suprema Corte, en su obra *Comentario abreviado a la Constitución de Estados Unidos de América*, en el capítulo 42: “Poder Judicial Federal”, bajo el título “Del Jurado”, procura destacar su antigüedad e importancia: “*Nuestros abuelos en la madre patria lo han considerado siempre como el baluarte de sus libertades civiles y políticas, y lo han defendido con infatigable solicitud. (...) Cuando nuestros abuelos emigraron a América, trajeron consigo estos privilegios,*

⁹ Es decir, controles y equilibrios. Esto significa que los distintos órganos de la soberanía debían mantenerse en posición recíproca de contrapeso y control en cuanto a su propio poder.

¹⁰ En este sentido, Arturo Enrique Sampay afirmaba: “*John Locke fue el primero que, con un miraje moderno, percibió la utilidad de una separación de los poderes como garantía formal del subjetivismo de la libertad*”. SAMPAY, A. 1942. *La crisis del estado de derecho liberal burgués*, (sin datos editoriales), Bs. As., p. 73.

¹¹ MONTESQUIEU, ob. cit., p. 109. (El destacado en negrita no aparece en el texto original, sino que corresponde a los autores de este trabajo.)

¹² *Ibidem*.

como un derecho de su nacimiento y de su herencia, como una parte de su admirable ley común que ha levantado en todas partes barreras contra las invasiones de lo arbitrario. Actualmente este privilegio **se ha convertido en un principio fundamental insertado en todas nuestras constituciones estatales, y la Constitución federal habría sido con razón el blanco de las objeciones más fundadas, si no lo hubiera reconocido y confirmado en términos solemnes**¹³.

Otro pensador francés, Alexis de Tocqueville, maravillado por los Estados Unidos de América y su democracia; entre 1832 y 1834, escribió *La democracia en América (La Démocratie en Amérique)*, obra que se publicó por primera vez en 1835. En el tomo I de dicha obra, capítulo 11: "De la omnipotencia de la mayoría en los Estados Unidos y de sus efectos", bajo el título "Del jurado en los Estados Unidos considerado como institución política", se refiere al juicio por jurados.

Considera que el jurado es ante todo, una institución política. Y lo conceptualiza inmediatamente: "*Entiendo por jurado un cierto número de ciudadanos tomados al azar, y momentáneamente revestidos del derecho a juzgar*"¹⁴.

Asimismo, que es una institución eminentemente republicana, y ya sea que fuera aristocrática o democrática, según la procedencia social de sus integrantes; "*conserva siempre un carácter republicano, porque coloca la dirección real de las sociedades en manos de los gobernados, o de una porción de entre ellos, y no en las de los gobernantes*"¹⁵. Agrega posteriormente, en tono enfático que el hombre que juzga al criminal es realmente el dueño de la sociedad.

"*Cada ciudadano americano es elector, elegible y jurado. El sistema de jurado, tal y como se entiende en América, me parece una consecuencia tan directa y tan extrema del dogma de la soberanía del pueblo como el voto universal. Son dos medios, igualmente poderosos, de hacer reinar a la mayoría*"¹⁶.

Más adelante, respecto de los procesos penales, agrega: "*No sé si el jurado es útil a los que sufren procesos, pero estoy seguro de que es muy útil a quienes los juzgan. Le miro como a uno de los medios más eficaces de que pueda servirse la sociedad para la educación del pueblo. (...) Además, los procesos criminales descansan sobre hechos sencillos, que el buen sen-*

¹³ STORY, J. 1999. *Comentario abreviado a la Constitución de los Estados Unidos de América*, Oxford University Press, México, p. 272. (El destacado en negrita no aparece en el texto original, sino que corresponde a los autores de este trabajo.)

¹⁴ TOCQUEVILLE, A. 2001. *La democracia en América*, folio, Barcelona, p. 133.

¹⁵ Ibid., Op. cit., p. 134.

¹⁶ Ibidem. (El destacado en negrita no aparece en el texto original, sino que corresponde a los autores de este trabajo.)

tido consigue apreciar fácilmente. **En este terreno, el juez y el jurado son iguales**¹⁷.

Tocqueville valora especialmente la intervención del jurado en materia civil: *“De cualquier manera que se aplique el jurado, no puede dejar de ejercer una gran influencia sobre el carácter nacional; pero esa influencia crece infinitamente a medida que se introduce más y más en las materias civiles. (...) Se debe considerar como una escuela gratuita, y siempre abierta, donde cada jurado acude a instruirse sobre sus derechos, donde entra en diaria comunicación con los miembros más instruidos y más cultos de las clases elevadas, donde las leyes le son enseñadas de una manera práctica, y son puestos al alcance de su inteligencia por los esfuerzos de los abogados, las opiniones del juez y las propias pasiones de las partes*¹⁸.

En nota a pie de página, brevemente realiza sus consideraciones acerca de la utilidad del jurado como institución judicial. Presenta dos argumentos: por un lado, que a medida que los jurados vayan incorporándose en los diversos asuntos, podría disminuirse el número de jueces, y por otro, que cuando los jueces son muy numerosos es posible que, entre ellos, se encuentren *“muchos incapaces”*, ya que *“un gran magistrado no es un hombre vulgar”*. Concluye, afirmando que *“En cuanto a mí, me gustaría más abandonar la decisión de un proceso a unos jurados ignorantes, dirigidos por un magistrado hábil, que entregarla a jueces, la mayoría de los cuales no tuviese más que un conocimiento incompleto de la jurisprudencia y de las leyes”*¹⁹.

Al final de su presentación, acerca de esta institución, el autor concluye brillantemente: *“El jurado, que parece disminuir los derechos de la magistratura, funda, pues, realmente su imperio, y no hay países en que los jueces sean tan poderosos como aquellos en que el pueblo entra en el reparto de sus privilegios. (...) De esta forma, el jurado, que es el medio más enérgico de hacer reinar al pueblo, es también el medio más eficaz para enseñarle a reinar”*²⁰.

En síntesis, basaba su idea de los jurados en considerarlos una institución política eminentemente republicana, herramienta eficaz de socialización jurídico-política, que contribuye a legitimar socialmente la labor judicial.

¹⁷ Ibid., p. 137. (El destacado en negrita no aparece en el texto original, sino que corresponde a los autores de este trabajo.)

¹⁸ Ibid., p. 136. (El destacado en negrita no aparece en el texto original, sino que corresponde a los autores de este trabajo.)

¹⁹ Ibid., p. 133, nota nº 4. (El destacado en negrita no aparece en el texto original, sino que corresponde a los autores de este trabajo.)

²⁰ Ibid., p. 138. (El destacado en negrita no aparece en el texto original, sino que corresponde a los autores de este trabajo.)

Max Weber, a comienzos del siglo XX, en *Economía y sociedad*, se refiere a los jurados provenientes del modelo inglés (*jury*), que llega hasta nuestros días, y a los jurados provenientes del modelo germánico (*Schöff*). Procurando explicitar el proceso de racionalización y el desarrollo del derecho, se refiere brevemente a los jurados de la antigua Roma; pero sobre todo, a los jurados ingleses del medioevo, de origen remoto romano. En la segunda parte de la obra, en el capítulo VIII: "Economía y derecho (Sociología del derecho), en el título: "El carácter formal del derecho objetivo", se refiere al modelo inglés.

Hace referencia a que durante el reinado de Enrique II Plantagenet (1133-1189), se conformó la fuente del jurado en el proceso civil, mediante la declaración jurada (cojuradores) de doce vecinos acerca del hecho motivo del juicio. En materia criminal, durante su reinado, a través de la Corte Criminal de Clarendon (1166); el juicio por jurado se convirtió en norma, reemplazando a la ordalía o juicio de Dios y al duelo judicial²¹, que habían sido introducidos por los normandos. En este sentido, señala Weber que el carácter formal del procedimiento coexiste con el irracional de los medios de decisión. Agrega: "*El "jurado"- jury- nació cuando las partes se acostumbraron a someterse espontáneamente (y muy pronto, obligados de hecho) para toda clase de cuestiones al fallo de los doce jurados, en vez de pedir la aplicación de la vieja assisa y de los viejos procedimientos irracionales. El jurado vino en cierto modo a ocupar el lugar de la invocación a los oráculos y tampoco ofrece los fundamentos racionales de sus decisiones. El procedimiento de halla dividido entre el "juez" presidente y el jurado*"²².

Más adelante, precisa aun más estas últimas ideas y formula una importante crítica al modelo inglés: "*Lo único que distingue el oráculo auténtico del precedente judicial inglés es la falta de fundamentación racional. Comparte en cambio esta peculiaridad con el veredicto del jurado. Históricamente, los jurados no son, como tales, los descendientes de los profetas jurídicos carismáticamente dotados, sino que representan más bien una sustitución de los medios irracionales de prueba de la justicia impartida en las asambleas primitivas por el testimonio de los vecinos en la justicia real, por lo cual constituyen un producto del racionalismo regio (especialmente tratándose de cuestiones de posesión)*"²³.

Respecto del modelo germánico y su manifestación medieval, el jurado escabinado (*Schöff*en), afirma: "*La verdadera descendencia de la*

²¹ El duelo judicial fue abolido de la ley inglesa, recién en 1819.

²² WEBER, M. 1992. *Economía y sociedad*, FCE, Bs. As., p. 520. (El destacado en negrita no aparece en el texto original, sino que corresponde a los autores de este trabajo.)

²³ *Ibid.*, p. 525. Cabe aclarar que cuando Weber se refiere a "cuestiones de posesiones", hace alusión a la intervención del jurado en materia civil.

justicia carismática oracular debe buscarse en la posición de los jurados germánicos frente al juez, así como del Gesetzessprecher (locutor del derecho) en el derecho nórdico²⁴.

Asimismo señala que, antiguamente los sabios versados en derecho eran magos, a los que se recurría en casos concretos, atendiendo a su autoridad carismática. Luego fueron sacerdotes, como los *brehons* en Irlanda y los *druidas* en las Galias, u *honorarios* a los que por elección se les reconocía autoridad, como los *Gesetzessprecher* de Germania septentrional o los *ragimburgos* (*ragimburgii*) entre los francos. Continúa el autor: ***“El locutor carismático del derecho (Gesetzessprecher) fue más tarde un funcionario electo en forma periódica y luego designado oficialmente, y en el lugar de los ragimburgii aparecieron los escabinos (Schöffen) como funcionarios jurídicos honorarios nombrados por el rey. Pero en todos estos casos perduró el principio fundamental de que el hecho de conocer del derecho no deriva de la autoridad como tal, sino de la aptitud carismática”***²⁵.

En el mismo capítulo, bajo el título: “Las cualidades formales del derecho moderno”, no se refiere a la manifestación histórica del jurado, ya sea del modelo anglosajón o del germánico, sino al jurado anglo-norteamericano moderno. Critica fuertemente esta institución desde una altiva postura aristocrática: ***“Una “justicia de Cadi” directamente irracional es actualmente practicada en gran medida por la administración popular de justicia del jurado “popular”. Responde al sentimiento de los legos no educados jurídicamente, a quienes ofende siempre en el caso concreto el formalismo del derecho, así como al instinto de las clases no privilegiadas que reclaman una justicia del tipo material”***²⁶.

En síntesis, considera a los jurados negativamente, contrarios a la racionalización jurídica, cuya expresión más acabada se advierte en la codificación moderna.

²⁴ Ibidem. (El destacado en negrita no aparece en el texto original, sino que corresponde a los autores de este trabajo.)

²⁵ Ibidem.

²⁶ 24. Ibid., p. 658. (El destacado en negrita no aparece en el texto original, sino que corresponde a los autores de este trabajo.)

En este punto cabría recordar la reflexión que hiciera Anthony Giddens acerca de Weber y su concepción del proceso de racionalización: ***“El desarrollo de la racionalización depende de fuerzas que no son ellas mismas racionales; de ahí la importancia del carisma en el pensamiento de Weber. El carisma es una fuerza “específicamente irracional”, en el sentido de que es “ajena a toda regla”. Esta característica convierte a los movimientos carismáticos en el elemento revolucionario principal de la Historia, es la fuente más potente de nuevas modalidades de racionalización.”*** GIDDENS, A. 2002. *Política y sociología en Max Weber*, Alianza, Madrid, p. 64.

3. La Constitución de Córdoba de 1987 y los jurados.

En los primeros años de esta etapa democrática, se reformó por completo la Constitución de 1923. Se quería dictar una constitución que mirara democráticamente al siglo XXI. En este contexto, se planteó incluir instituciones novedosas, frente a la constitución anterior; entre ellas, la conformación de jueces técnicos y legos en un tribunal, motivada por la necesidad de democratizar la justicia. La constitución de 1923, reproducía casi textualmente el art. 102 de la Constitución Nacional de 1853, en el que se seguía el modelo del jurado norteamericano. Como la norma nacional, no se redactó como operativa, sino que se prefirió dejar librado al legislador, el tiempo y el modo en que debía hacerse realidad; nunca se operativizó, ni en la Nación, ni en Córdoba. Y nuevamente, el constituyente de 1987, dicta una norma no operativa.

En la Sesión N° 9 de la Honorable Convención Constituyente de la provincia de Córdoba, que tuvo lugar entre el 30 de marzo y el 1° de abril de 1987, y que fuera publicada en el "Diario de sesiones de la Convención Provincial Constituyente", tomo I, p. 858-865; se debatió la institución de los jurados²⁷.

Los convencionales que disertaron fueron seis, dos por cada partido (unión cívica radical, peronismo renovador y democracia cristiana, y unión democrática de centro). La moción corresponde al convencional Cafferata Nores (UCR), y el grueso de la argumentación, también. Los convencionales de cada partido no intervienen al azar, sino que ritualmente, primero participan los presidentes de cada partido, y en una segunda instancia, otro convencional del mismo partido refuerza la argumentación, resemantizando²⁸, lo que ya manifestó el convencional de mayor jerarquía partidaria. Si en la intervención hubiera algún error por parte de algún interviniente; quien intervenga posteriormente no lo salva, sino que repite como si se hubiera argumentado en un primer momento con corrección²⁹.

²⁷ Se aclara que las transcripciones que aparecen en los párrafos a continuación, corresponden a dicho Diario de Sesiones; y que se siguió, para el análisis de discurso, a Teun Van Dijk y a Irene Vasilachis de Gialdino.

²⁸ Quiere decir que se procura restituir el valor semántico original de los términos y de las unidades discursivas, favoreciendo el significado de una unidad discursiva más amplia; que en este caso, estaría conformada por lo dicho no sólo por cada convencional de cada partido, sino por todos los convencionales de cada partido. Cfr. ALBANO, S, LEVIT, A. y ROSENBERG, L. 2005. *Diccionario de semiótica*, Quadrata, Bs. As., p. 196.

²⁹ En la discusión queda claro que la opción por el modelo anglosajón es descartada, lo cual es expresado explícitamente por el convencional autor de la moción; sin embargo, el convencional que continúa, proveniente de la unión democrática de centro, argumenta, manifestando su oposición a la instauración del jurado y se centra en el modelo anglosajón, pese a lo expresado por el anterior convencional. Cuando un nuevo convencional proveniente del

El discurso se fetichiza³⁰ y el debate se oscurece. Se disminuyen los actores reales, centrándose en los presidentes de cada partido, que además son presentados por los convencionales de sus filas, como sujetos de saber y poseedores de carisma³¹.

El motivo y la finalidad centrales para la inclusión del jurado, esgrimidos abiertamente son: “...un principio de **democratización de la justicia**, para que el **pueblo participe directamente en su administración...**”³².

El planteo de la oposición “jueces oficiales” (“teoría elitista aristocrática”) - “jueces populares” (“teoría democrática de la administración de justicia”) aparece explícitamente en el discurso del convencional autor de la moción. Respecto de los primeros, refuerza expresando: “**el juez técnico aparece en los regímenes despóticos como delegado del poder del monarca de turno, y se perfecciona en Europa bajo el sistema inquisitivo cuyas rémoras aun persisten hasta estos días. Esto ha determinado una suerte de clase judicial, se dice, cuyos fallos se transforman en movimientos reflejos, expresados en una mecánica aplicación del derecho consentido meramente burocrático, y que no captan la realidad social**”³³.

Sin embargo, al referirse a los jueces populares, la oposición se desdibuja y plantea una solución sincrética: “**La intervención popular la pensamos como subsidiaria, porque creemos que sólo el técnico en derecho puede cumplir las funciones que la administración de justicia exige al juez. Porque la tarea del juez no exige menos conocimiento profesional que cualquier otro, como sería la medicina o la tecnología. Además, el juez técnico se encuentra alejado generalmente de presiones sectoriales y goza de independencia e inamovilidad que lo colocan en mejor situación para rechazar influencias que puedan intentar el desvío de su voluntad**”³⁴. Pero, a pesar de estas consideraciones, es en la composición mixta del tribunal, en la que se advierten posibles ventajas: “**En un tribunal como el que hemos proyectado ambas clases de jueces colaboran y se prestan mutuamente**

mismo partido político que el autor de la moción, toma la palabra, sigue hablando del modelo anglosajón que ya fuera descartado desde el comienzo.

³⁰ En este contexto, se quiere significar que se naturaliza el discurso, fijándose y concentrándose la atención en la persona del hablante y no en cada acto de habla correspondiente. Cfr. MACEY, D. 2001. *Dictionary of critical theory*, Penguin Books, London, p. 126-127

³¹ La utilización de estrategias retóricas laudatorias contribuyen no sólo a una auto-presentación del “nosotros” positiva, sino que su funcionamiento contribuye a bloquear hipotéticas objeciones que pudieran formularse. Cfr. VAN DIJK, T. 2003, b. *Racismo y discurso de las élites*, Gedisa, Barcelona.

³² FERRER, C. y GRUNDY, C. 2005. Ob. cit., p. 83-84.

³³ Ibid., p. 80.

³⁴ Ibid., p. 81.

aquellas facultades que a los otros les faltan. Los técnicos prestan su conocimiento del derecho, los jurados su visión espontánea de las realidades jurídicas propias del hombre común³⁵.

Alude a Tocqueville e implícitamente recoge el pensamiento de Montesquieu, al defender la institución de los jurados, considerándola como configuradora de *"lo que debe ser una administración de justicia en un sistema republicano como el nuestro"*.

Sin embargo, el eje de la discusión se traba en relación al poder de juzgar y el autor de la propuesta reconoce que este poder constituye la *"más divina de las actividades humanas."* Y este argumento es continuado por otro convencional de diferente partido político (Juan Carlos Maqueda), quien se vale de una referencia anecdótica atribuida a José Figueroa Alcorta, al asumir en 1929 la presidencia de la Corte Suprema: *"gobernar es una tarea de hombres, juzgar es una tarea de dioses."* Al mistificarse la labor judicial, se abandona lo racional, divinizándola. ¿Quiénes desempeñarán la tarea sagrada de los dioses: los jueces técnicos o el pueblo? Maqueda concluye: *"Tomando las palabras de Figueroa Alcorta, si juzgar es una tarea de dioses, realmente está más capacitado para ocupar la tarea de los dioses, el pueblo, en su conjunto, que cualquier representante técnico"*³⁶.

Se procura presentar un modelo semejante al escabinado como el más conveniente y no sólo para el fuero penal, descartándose el modelo anglosajón: *"hemos pensado por ejemplo en tribunales de menores o de familia que podrán componerse a la par de los jueces de carrera, con pedagogos o psicólogos, o bien en la integración mediante especialistas, o simples ciudadanos, cuando tribunales penales deban por ejemplo, deslindar los límites entre lo que puede ser artístico y lo que puede ser obsceno cuya exhibición pública es penada por la ley"*³⁷.

Aunque el proyecto propuesto fue aprobado, nuevamente se redactó una norma programática. Esto implica que el legislador será el encargado de operativizarla. El actual art. 162 de la constitución de Córdoba

³⁵ Ibid., p. 82. (El destacado en negrita no aparece en el texto original, sino que corresponde a los autores de este trabajo.)

³⁶ Ibid., p. 88.

Cabe aclarar que José Figueroa Alcorta desempeñó funciones en los tres poderes del Estado: fue Gobernador de Córdoba, Vicepresidente de la Nación, y al serlo, presidió el Senado y la Asamblea Legislativa; fue Presidente de la Nación, Ministro de la Corte Suprema desde 1915, y en los dos últimos años de su vida (1929-1931), fue Presidente del Alto Tribunal. Respecto del Convencional Maqueda, desde diciembre de 2002, es Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

³⁷ Ibid., p. 83. (El destacado en negrita no aparece en el texto original, sino que corresponde los autores de este trabajo.)

establece que la ley puede determinar los casos en que los tribunales colegiados sean integrados por jurados.

4. La ley N° 9182 y el juicio por jurados en materia penal.

En 1998 comienza a regir la reforma al código de procedimiento penal (ley N° 8123). Años más tarde a esta primera experiencia, en 2004, el 22 de septiembre; se sanciona la ley N° 9182 que regula institución del jurado en materia penal en Córdoba. Tiene lugar en la 34ª sesión ordinaria de la Legislatura unicameral de la provincia. El presidente de dicha legislatura, antes de comenzar el debate, destaca la presencia, entre otros, del “ingeniero” Juan Carlos Blumberg³⁸. Los argumentos presentados por los oradores se caracterizan por la falta de escucha de unos hacia otros³⁹. Los contenidos son débiles y difusos; y en varias oportunidades, vía presidente de la legislatura, se dirigen declamatoriamente a Blumberg. En general, la participación es jerarquizada, en un primer momento, los legisladores de mayor rango partidario y, posteriormente, los demás. Hay acusaciones de todo tipo, denuncias de corrupción en el procedimiento a seguir para la discusión parlamentaria, que nadie responde, sino tan sólo en función de mociones de orden. Las referencias que se hacen en torno a la discusión de la convención de 1987, están fuera de contexto y con una significación diversa y deformada a favor del hablante.

Se continúa hablando de jurado escabinado, pero con un alcance que nada tiene que ver con lo que los convencionales debatieron, aun cuando en un primer momento, por parte del bloque oficialista que sostiene el proyecto de ley, se alude a motivos similares a los expuestos años

³⁸ Juan Carlos Blumberg, padre de un joven secuestrado y asesinado en el conurbano bonaerense en la madrugada del 23 de marzo del 2004, se convirtió el rostro visible de un movimiento que exigió una serie de reformas legislativas en materia penal y procesal penal, tendientes a lograr una mayor seguridad basada en el endurecimiento represivo, entre las que se encontraba la adopción del juicio por jurados acorde al modelo anglosajón. Para ampliar lo sucedido en 2004, ver: CELS, 2004. *Derechos humanos en Argentina. Informe 2004*, Siglo veintiuno, Bs. As., p. 155-176. También disponible en: www.cels.org.ar

³⁹ Es interesante señalar la experiencia de Teun Van Dijk, respecto de la labor parlamentaria: *“El discurso parlamentario está generalmente planeado, fijado y, en realidad, formulado de antemano. Son infrecuentes los casos donde presenciamos un diálogo parlamentario más espontáneo o improvisado.*

“Los parlamentarios no ignoran que su habla se registra, y por lo tanto, actúan en consecuencia; no hablan meramente para argumentar a favor o en contra de una política determinada o de un proyecto de ley ni de otras actividades políticas, sino que se pronuncian de forma oficial a fin de reflejar su posicionamiento partidista que, a la sazón, acabará en un registro que puede ser citado por los medios de comunicación. Es decir, sus contribuciones (...) representan aquello por lo que se les puede considerar moral o políticamente responsables”. VAN DIJK, T. 2003, b. *Racismo y discurso de las élites*, Gedisa, Barcelona, p. 99.

atrás. Asimismo, se altera el número de ciudadanos no letrados que se incorporarían al tribunal, aumentándose a ocho.

El oficialismo presenta estos fundamentos y estas finalidades: *"lo que nosotros proponemos en este momento es la existencia de un jurado escabinado donde prime la cantidad de ciudadanos comunes por sobre los jurados letrados, porque forma parte de una idea soberana, de una garantía republicana que garantiza la división de poderes y la independencia del Poder Judicial. (...) forma parte de un espíritu de transformación de las instituciones para acercarlas a la gente, para permitir que el ciudadano común pueda participar también de aquellas decisiones que parecerían a veces estar reservadas para unos pocos"*⁴⁰.

Posteriormente, desde la unión cívica radical, en medio de reproches y acusaciones, se amplían estos fundamentos y se presentan ventajas de su implementación: *"el jurado es una verdadera pieza angular en el ideario liberal y republicano, en el cual se basa la Constitución Nacional. (...) este sistema que permite la participación del pueblo en los actos de gobierno y de esta manera facilita su publicidad, también ayuda a difundir las leyes y el derecho, modifica ciertas conductas de los juristas que deben y empiezan a utilizar lenguaje llano, comprensible para la generalidad, además se obtiene un mayor respeto y conciencia por las leyes"*⁴¹.

Sin embargo, al final de la presentación oficialista, emergen los motivos reales, que no son consistentes con los expuestos en un primer momento: *"Durante este último tiempo la sociedad argentina vivió una crisis muy profunda, un proceso de atomización de las instituciones y de la sociedad que casi llevaron a la disolución nacional. (...) el pueblo argentino pidió creer en sus instituciones porque ya no creía. Entonces, nosotros, los legisladores de la Provincia de Córdoba, debemos dar respuesta al reclamo popular y crear nuevos institutos que nos permitan reponer un pacto social que se ha perdido para generar un puente entre la gente y sus dirigentes; para generar aquella creencia que se perdió en el tiempo. Tenemos que reconstruir el pacto social (...) el juicio por jurado, es otro paso más que nos lleva al largo camino de reconstruir la confianza en las instituciones..."*⁴².

⁴⁰ Ibid., p. 96-97. (El destacado en negrita no aparece en el texto original, sino que corresponde a los autores de este trabajo.)

⁴¹ Ibid., p. 118-119. (El destacado en negrita no aparece en el texto original, sino que corresponde a los autores de este trabajo.)

⁴² Ibid., p. 101. (El destacado en negrita no aparece en el texto original, sino que corresponde a los autores de este trabajo.)

Este es un ejemplo de solución mistificatoria. El legislador oficialista que abre el debate, después de hacer presente el "contexto catástrofe" del 2001, hace suyo el reclamo de

La necesidad de re-legitimar las instituciones, es el fundamento. Pero la legitimación es un proceso de construcción social, no una palabra mágica. Tampoco una “creencia que se perdió con el tiempo”. En este contexto, el establecimiento de los jurados aparecería como una solución mistificatoria. Asimismo, es interesante como juega la presencia de Blumberg, invitado por el oficialismo, para procurar que la institución de los jurados, contribuya a lograr penas más severas.

En general, los representantes de la oposición se dirigen a Blumberg con argumentos paternalistas, procurando advertirle sobre los motivos del oficialismo. A modo de ejemplo de las numerosas manifestaciones de diversos legisladores hacia Blumberg, un legislador del frente nuevo, afirma: *“Señor presidente: queremos que le transmita al señor Blumberg que **no abjuramos de su presencia sino que queremos protegerlo de la utilización política que se hace de su dolor...**”*⁴³.

5. Algunas conclusiones.

De la sola lectura de los puntos anteriores, surge que la fundamentación a favor de los jurados es diversa. En la convención de 1987, los motivos que fundamentaban esta institución se acercaban notablemente a los argumentos vertidos por Tocqueville, y en menor medida a los vertidos por Montesquieu. Sin embargo, en la discusión parlamentaria de la ley regulatoria, en un primer momento, se esgrimen argumentos semejantes a la instancia constitucional, pero posteriormente, se exponen fundamentos distintos: se hace necesario democratizar la justicia porque se ha deslegitimado. Juan Bautista Alberdi, en *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, escrita en 1854, creía necesario preservar principios y normas constitucionales de la reglamentación e interpretación legislativas, podía la jurisprudencia interpretar la Constitución, pero no el parlamento. *“La reserva (“conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”) deja en manos del legislador, que ha sido co-*

Blumberg por la “seguridad” unida a la re-legitimación institucional a través de los jurados como solución mágica.

Irene Vasilachis de Gialdino introduce la categoría “contexto catástrofe” al realizar su investigación sobre la relación de la prensa escrita y la sanción de la ley nacional de empleo en la década pasada. *“La definición en términos dramáticos de las situaciones sociales remite semánticamente a circunstancias que requieren de soluciones inmediatas para evitar y paliar consecuencias negativas de más vasto alcance. La exigencia de rapidez y eficiencia de la respuesta, por lo general, justifica el empleo de medios de solución que no se aceptarían ni ética, ni jurídicamente en situaciones normales”*. VASILACHIS DE GIALDINO, I. 1998. *Discurso político y prensa escrita. Un análisis sociológico, jurídico y lingüístico*, Gedisa, Barcelona, p. 229.

⁴³ Ibid., p. 116. (El destacado en negrita no aparece en el texto original, sino que corresponde a los autores de este artículo.)

lono español, el peligro grandísimo de derogar la Constitución por medio de reglamentos, con sólo ceder al instinto y rutina de nuestra economía colonial, que gobierna nuestros hábitos ya que no nuestros espíritus⁴⁴. En otras palabras por un lado se encontraría la Constitución como señora del país y de las ideas, y por otro, las leyes, conservando el señorío de los hechos. Lo curioso es que en nuestro caso, sucedió. El texto constitucional, imbuido de un fuerte espíritu democratizador, según se expresa en el debate constituyente, estaba previsto con un alcance amplio, para fuero civil, menores, etc.; y no solamente se refería a ciudadanos comunes, sino también a diversos especialistas de las profesiones más variadas. Al dejar librada esta norma al futuro y eventual criterio legislativo, se perdió el alcance previsto, la riqueza de una democratización de la justicia en diversos fueros, y la posible discusión judicial enriquecida por ciudadanos y especialistas.

Asimismo, al perderse de vista los motivos constitucionales originarios como rectores en el debate y la redacción legislativa, se redujo la previsión constitucional a un motivo justificador de re-legitimar la administración de justicia, de re-legitimar la "tarea de los dioses".

Max Weber, abogado e imbuido por una formación jurídica legalista, basada en un espíritu codificador glorificado, es decir, educado en relación a un derecho racional, formal, previsible, calculable y moderno; no acepta esta institución por considerarla irracional, material, imprevisible, arbitraria y antigua. Lo curioso es que muchas de sus ideas descalificadoras de los jurados vienen estando presentes, casi un siglo después de haber sido expuestas, en jueces y juristas de una arraigada formación positivista o jusnaturalista racionalista a-histórica, con una fuerte creencia en un legislador con características sobrehumanas, autor de los códigos, considerados éstos la máxima expresión de racionalización y sistematización de una cultura eurocéntrica que se identificaba con la humanidad toda.⁴⁵

⁴⁴ Citado por CANAL FEIJÓO, B. 1955. *Constitución y revolución*, F.C.E., Bs. As., p. 448. Canal Feijóo manifiesta en torno a esta cita alberdiana: "Había que despertar energicamente a la conciencia de esa peligrosa contradicción, que enfrenta la vocación constitucional con hechos y cosas, intereses, automatismos y prejuicios, que subsisten de la vieja complejidad colonial, y la incultura general vuelve más atrevidos y peligrosos. El peligro de "inconsecuencia", involuntaria o subconsciente, del legislador ex colono, está infinitamente denunciado en este capítulo, a menudo bajo esas felices formas apotegmáticas en que normalmente acierta la prosa alberdiana." *Ibid.*, p. 449.

⁴⁵ En este sentido Felipe Fucito afirma: "Estas ideas, de paso, pueden mostrarnos el porqué de la resistencia centenaria en la Argentina a establecer el juicio por jurados que fijó la Constitución de 1853 y que permaneció incluso luego de la última reforma constitucional de 1994: porque se trata de una institución "no racional", que traslada parte de la solución del caso legal a ciudadanos comunes, sin formación jurídica. Esto no forma parte de la tradición francesa que preside nuestro sistema legal y judicial, en el cual sólo los técnicos en derecho presentan el caso y deciden, sin aporte de quienes no tienen formación jurídica." FUCITO, F. 2002. *¿Podrá cambiar la Justicia en la Argentina?*, F.C.E., Bs. As., p. 77.

Sin embargo, todos los proyectos legislativos que procuraron reglamentar a nivel nacional y provincial, esta institución, fueron presentados en períodos democráticos.⁴⁶

Tal vez, uno de los tantos motivos por los cuales la Justicia perdió legitimidad y credibilidad, se halle en una marcada separación respecto de la sociedad. La Justicia, basada en el derecho codificado, hija de un positivismo aséptico y aristocrático⁴⁷, se manifiesta a través de un lenguaje cerrado, comprensible sólo por juristas y jueces y vedado al ciudadano común, quien ya ni siquiera cuenta ni con asignaturas jurídicas en la currícula de su formación secundaria obligatoria. Y si a esto le agregamos los estándares previstos en los códigos, tal es el caso del juez, que debía asemejarse a un “buen padre de familia”, de conducta intachable, paternalista, sólo él sería capaz de interpretar “la intención del legislador”; muy lejos de la racionalidad y del alcance del ciudadano común. Esta ideología elitista, contribuyó a generar una judicatura con características corporativistas.

Hace algunos años atrás el jurista argentino Carlos Santiago Nino, en su investigación titulada *Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, en el capítulo 6, titulado “¿Cómo salir de la trampa de la anomia argentina?”, teniendo en cuenta la tendencia a la a-juridicidad propia de nuestra sociedad, propone a los jurados como alternativa para desconcentrar la coacción y como herramienta de protección de los derechos individuales. Presenta una serie de efectos positivos de este tipo de participación en la Justicia, entre ellos: “*tiende a aminorar el sentimiento de alienación respecto del poder, que es una de las causas de la anomia; la participación en cualquier tarea de gobierno, incluyendo la Justicia, atenúa la cesura entre la sociedad y el Estado*”⁴⁸.

Bibliografía:

ALBANO, S., LEVIT, A. y ROSENBERG, L. 2005. *Diccionario de semiótica*, Quadrata, Bs. As.

BERGOGLIO, M. 2009. Nuevos caminos hacia la legitimidad judicial. Participación ciudadana en los tribunales penales de Córdoba, en *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad Nacional de La Plata, No. 1. Accesible en: <http://revista.dcs.jursoc.unlp.edu.ar>

⁴⁶ Concordante con estas últimas ideas: CAFFERATA NORES, J. 1997. *Actualidad del juicio por jurados en la Argentina*, Congreso Internacional de juicio por jurados en materia penal, La Plata. Disponible en: www.inecip.org/reforma_de_la_justicia_penal/jxj.pdf

⁴⁷ En este sentido, el Maestro Fernando Martínez Paz afirmaba en una de sus últimas obras: “*En última instancia todo se resuelve en una 'idealización del derecho' que ha dejado de ser una respuesta a las necesidades y a las nuevas relaciones sociales y jurídicas de un mundo en cambio La ciencia jurídica y el derecho se aíslan en el 'círculo mágico' de las conceptualizaciones abstractas y las normas positivas*”. MARTÍNEZ PAZ, F. 2001. *El modelo jurídico multidimensional*. Mediterránea, Córdoba, Argentina, p. 5-6.

⁴⁸ NINO, C. 2005. *Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como causa del subdesarrollo argentino*, Ariel, Bs. As., p. 206.

- CAFFERATA NORES, J. 1997. Actualidad del juicio por jurado en la Argentina, en *Congreso internacional de juicio por jurados en materia penal*, La Plata. Disponible en: www.inecip.org/reforma_de_la_justicia_penal/jxj.pdf
- CANAL FEIJÓO, B. 1955. *Constitución y revolución*, F.C.E., Bs. As.
- CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS). 2004. *Derechos humanos en Argentina. Informe 2004*, Siglo XXI editores, Bs. As.
- 2007. *Derechos humanos en Argentina. Informe 2007*, Siglo XXI editores, Bs. As.
- FERNÁNDEZ, R. 2007. El juicio por jurados en la provincia de Córdoba y la obligación de fundar lógicamente y legalmente la sentencia, en *Alfredo Fraguero (in memoriam)*, Instituto de Filosofía del derecho de la Academia nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponible en www.acader.unc.edu.ar
- FERRER, C. y GRUNDY, C. 2005. *El nuevo juicio penal con jurados en la provincia de Córdoba, ley N° 9182 comentada. Anexos: concordancias con la Ley de Fuero Penal Económico, Orgánica del Poder Judicial y acordadas del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba; Proyecto de ley y tratamiento legislativo; Exposición de motivos de la Convención Constituyente de 1987; Instructivo para jurados*. Mediterránea, Córdoba.
- FUCITO, F. 2002. *¿Podrá cambiar la Justicia en la Argentina?*, F.C.E., Bs. As.
- GIDDENS, A. 2002. *Política y sociología en Max Weber*, Alianza, Madrid.
- GHIRARDI, O. 2007. *El pensamiento de Carlos Luis de Secondat, barón de la Brède et Montesquieu*, Conferencia pronunciada en sesión privada el 6 de noviembre de 2007, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponible en: www.acader.org.ar/doc-trina/articulos/el-pensamiento-de-carlos-luis-de-secondat-baron-de
- MACEY, D. 2001. *Dictionary of critical theory*, Penguin books, London.
- MARTÍNEZ PAZ, F. 2001. *El modelo jurídico multidimensional*, Mediterránea, Cba., Argentina.
- MONTESQUIEU, 1999. *El espíritu de las leyes*, Oxford University Press, México.
- NINO, C. 2005. *Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Ariel, Bs. As.
- ROSSETTI, A. 1983. *El problema de la democracia*. Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones, Córdoba.
- SAMPAY, A. 1942. *La crisis del estado de derecho liberal burgués*, Bs. As., (sin datos editoriales).
- STORY, J. 1999. *Comentario abreviado a la Constitución de Estados Unidos de América*, Oxford University Press, México.
- TOCQUEVILLE, A. 2001. *La democracia en América*, Folio, Barcelona.
- VAN DIJK, T. 1995. "Discourse semantics and ideology", *Discourse & Society*, vol. 6 (2): 243-289.

— 2003, a. *Dominación étnica y racismo discursivo en España y América Latina*, Gedisa, Barcelona.

—2003, b. *Racismo y discurso de las élites*. Gedisa. Barcelona.

—2006. *Ideología. Una aproximación multidisciplinaria*, Gedisa, Sevilla.

VASILACHIS DE GIALDINO, I. 1998. *Discurso político y prensa escrita. Un análisis sociológico, jurídico y lingüístico*, Gedisa, Barcelona.

VILANOVA, J. 2004. Juicio por jurados y construcción de ciudadanía: relaciones entre procedimiento y democratización, en *V Congreso Nacional de Sociología Jurídica*, La Pampa.

WEBER, M. 1992. *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. F.C.E., México.

Documentos:

Código de procedimiento penal de la provincia de Córdoba.

Constitución de la Nación Argentina.

Constitución de la Provincia de Córdoba de 1923

Constitución de la Provincia de Córdoba de 1987.

Debates de la Convención Constituyente de 1987 y debate parlamentario de la ley N° 9182 (previstos en Ferrer, C. y Grundy, C., ya citados en bibliografía).



SECCIÓN VIII
BECARIOS

EL DERECHO PENAL SUSTANTIVO ARGENTINO DESDE LA PERSPECTIVA GARANTISTA CONTEMPORÁNEA¹

Gonzalo Javier Basso²

Resumen: El trabajo presenta los resultados de un proyecto de investigación orientado a determinar si los principios de la corriente garantista contemporánea de derecho penal han influenciado las reformas sancionadas y los proyectos de reforma propuestos en materia de derecho penal sustantivo.

Palabras claves: Derecho Penal - Garantismo Penal - Tendencias - Reformas - Proyectos de Reforma

La corriente garantista de derecho penal constituye un planteo dogmático que, en sus diferentes formulaciones históricas, ha tenido por finalidad limitar la potestad estatal de castigar. En la modernidad, la facultad sancionadora del monarca —omnímoda y arbitraria— fue restringida por las bases sentadas por la tradición liberal ilustrada del siglo XVIII, que dio lugar al nacimiento del garantismo penal en su formulación clásica³. La tesis garantista clásica fue objeto de una reformulación en la década de los ochenta del siglo veinte, en la que el principal aporte consistió en la propuesta de un programa de derecho penal mínimo⁴. En la actualidad, el denominado discurso de la resistencia —continuador del garantismo penal— se presenta como un enfoque tendiente a contrarrestar el avance de

¹ El presente trabajo constituye un breve artículo destinado a difundir las conclusiones obtenidas en el proyecto de investigación desarrollado en el marco del Programa de Becas de Pre-Grado del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC).

² Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Correo electrónico: gonjb@hotmail.com.

³ Los autores de la corriente liberal ilustrada propugnaban una reforma sustancial del sistema imperante en su época, que permitiese garantizar los derechos individuales y humanizar la imposición de penas. El precursor del movimiento fue Cesare Beccaria, con su obra *De los delitos y de las penas* (1764).

⁴ Sobre el programa de derecho penal mínimo, puede consultarse FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, traductores varios, 4ª edición, Editorial Trotta, Madrid, 2000, p. 331-338 y 464-479; BARATTA, Alessandro, "Principios de Derecho Penal Mínimo" en *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*, editorial B de F, Buenos Aires, 2004, p. 299-333; entre otros.

las concepciones de corte securitista vigentes, que constituyen una nueva forma de avasallar los derechos individuales.

La inquietud inicial que motivó la elaboración del proyecto de investigación consistía en determinar qué debe entenderse por garantismo penal, para luego poder precisar cuándo una determinada norma puede ser calificada como de corte garantista. En particular, el objetivo se dirigía a averiguar si la corriente garantista, tan en boga en los últimos años en el ámbito doctrinario y académico, había tenido recepción a nivel legislativo en las recientes reformas introducidas en la legislación penal sustantiva nuclear. Asimismo, el interés se orientaba a establecer conclusiones sobre el *grado*⁵ de influencia de la concepción garantista de derecho penal en la redacción del Anteproyecto de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de 2006.

Con la intención de lograr el objetivo planteado, la investigación se dividió, en términos generales, en dos partes. La primera consistió en efectuar el planteo teórico de la corriente garantista de derecho penal. La segunda, en tanto, se orientó a analizar las principales reformas introducidas al Código Penal Argentino en los últimos años⁶ y a examinar la estructura e innovaciones del último Proyecto de Código Penal.

El examen de la normativa vigente y de las tendencias reformistas permitió extraer determinadas conclusiones sobre el *grado* de efectiva vigencia del modelo garantista en el sistema jurídico-penal argentino y sobre su influencia en el último proyecto de reforma de la legislación penal codificada.

Las modificaciones introducidas al Código Penal desde la década de los noventa del siglo pasado, sancionadas como consecuencia de avatares sociales y políticos más que jurídicos, constituyen mayoritariamente medidas coyunturales de corte antiguarantista. Las enmiendas realizadas implicaron un aumento en la utilización de medios penales para el abordaje de la problemática criminal. Se incrementaron los supuestos de hecho reprimidos, se incorporaron agravantes de determinadas figuras delictivas, se establecieron agravantes genéricas de la pena y se aumentaron las penas

⁵ Difícilmente un modelo teórico goce de plena vigencia en la práctica; por el contrario, los mismos sólo resultan susceptibles de un mayor o menor *grado* de realización fáctica (Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho...* ob. cit., p. 46 y 92).

⁶ Se examinaron las reformas de mayor trascendencia introducidas al Código Penal Argentino desde la década del noventa hasta el presente, agrupándolas en dos períodos, 1990-1999 y 2000-2007. El análisis comprendió principalmente las modificaciones realizadas en la parte general y especial del derecho penal *nuclear*. El estudio de las reformas introducidas en el derecho penal *periférico*, constituido por el derecho penal económico y la legislación especial, no fue objeto de análisis. Sobre la distinción entre normas de derecho penal nuclear y periférico, puede consultarse BALCARCE, Fabián I., *Introducción a la Parte Especial del Derecho Penal Nuclear. Su Vinculación con la Parte General*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2004, p. 20.

conminadas en abstracto para diversos tipos penales. Con todo ello, se insiste en un modelo de derecho penal represivo que erige en protagonista a la pena de prisión, empleada con una manifiesta intención de castigar, segregar y neutralizar, lo que justifica la atribución del carácter antigarantista asignado a las reformas implementadas.

El último Proyecto de Código Penal, en cambio, presenta rasgos que traducen una manifiesta influencia de la corriente garantista de derecho penal. Ello en virtud de que se disminuyen las escalas penales de los tipos delictivos, se establecen medidas alternativas a la pena de prisión y se flexibilizan en algunos casos el ejercicio de determinados derechos, como la posibilidad de obtener la libertad condicional aún habiendo sido condenado con anterioridad, como consecuencia de la eliminación del instituto de la reincidencia. Además, se desincriminan ciertas conductas típicas de frecuente comisión en la práctica, como por ejemplo la tenencia y el consumo personal de estupefacientes, cuestión de indudable trascendencia en la jurisdicción federal.

Resulta difícil pronunciarse favorablemente respecto a la inmediata recepción normativa del proyecto de Código Penal. Las exigencias actuales de la sociedad en materia de seguridad -respuestas inmediatas y represivas en el abordaje del fenómeno delictivo- se justifican en modelos securitistas de derecho penal de corte netamente antigarantista, que resultan absolutamente incompatibles con la tendencia subyacente en el proyecto propuesto. En este contexto, se torna necesario la adopción de medidas que permitan resistir las presiones sociales y políticas coyunturales y que proporcionen las bases para que pueda tener lugar un amplio debate sobre la reforma que se propugna.

El mero examen de las modificaciones legislativas y del proyecto de Código Penal no permiten efectuar mayores consideraciones sobre la efectiva implementación de un modelo penal bienestarista, puesto que para ello es menester introducirse en el análisis de la forma en que se elaboran las políticas sociales, que constituyen el cauce adecuado para abordar la problemática de la criminalidad por sus causas estructurales. Sin embargo, dicho examen puede revelar, en cierta manera, determinados indicios sobre la concepción que subyace en la política desarrollada. Una orientación represiva en materia penal implica la adhesión a un modelo securitista de índole no garantista. La minimización de la intervención punitiva en materia jurídico-penal revela, en cambio, una concepción que, por priorizar la utilización de instrumentos no penales, presenta matices garantistas.

La obtención de soluciones de fondo en el abordaje de la criminalidad requiere la elaboración de una política social eficaz y fructífera. Es por ello que resulta necesario encontrar un punto de equilibrio entre las

medidas cortoplacistas que se adopten bajo la presión de las circunstanciales exigencias sociales y las decisiones con miras a la consecución de objetivos a mediano-largo plazo, de manera de reducir progresivamente la implementación de las primeras a medida que se vayan desarrollando las segundas. De no encontrarse dicho punto de equilibrio, resulta difícil reconocer terreno fértil para las propuestas garantistas en el contexto securitista actual.



PLURICULTURALIDAD Y GARANTÍAS JUDICIALES: ALCANCES DE SU APLICACIÓN AL CASO DE LAS COMUNIDADES ORIGINARIAS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE I.D.H, Y DE LOS TRIBUNALES NACIONALES DE LA REPÚBLICA ARGENTINA DESDE LA VIGENCIA DEL CONVENIO 169 O.I.T

*Natalia Patricia Copello Barone **

Ya en las postrimerías del siglo XX señalaba Bobbio que los derechos humanos nos exigían ocuparnos de discutir —antes que de su fundamentación filosófica— acerca de las mejores maneras de lograr que éstos adquieran vigencia efectiva para todos los pueblos del orbe, este desafío subsiste en la postmodernidad y nos obliga a reflexionar sobre los mecanismos más adecuados y eficaces para asegurar el ejercicio efectivo de tales derechos.

Precisamente: sobre este aspecto, en el Sistema Internacional de protección de los Derechos Humanos: que comprende aquel desarrollado por Naciones Unidas, mecanismos regionales, como el desarrollado por la Corte y Comisión Interamericana y el Sistema Judicial Argentino; numerosos dispositivos, han destacado el trascendente rol institucional que corresponde a los órganos jurisdiccionales como garantes del ejercicio efectivo de los derechos humanos.

A partir de ello se consagra el derecho de acceso a la justicia y el disponer de un recurso judicial efectivo ante eventuales violaciones de tales derechos, derivadas de acciones u omisiones de los propios Estados o de los particulares, lo que requiere además disponer de tribunales imparciales e independientes.

Pero puede decirse, que para lograr la plena satisfacción del derecho al acceso a la justicia que se ha mencionado anteriormente, no es suficiente con que en el respectivo proceso o recurso se emita una decisión, en la cual se declaren derechos y obligaciones o se proporcione protección a las personas. Además, es preciso que existan mecanismos efectivos para

(*) Becaria de Pre- Grado del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la U.N.C. Investigación dirigida por el Dr. Nelson Marciotti

ejecutar dichas decisiones, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados. Frente a esta realidad muchas veces deben, además, implementarse técnicas de discriminación positiva con el fin de tratar de establecer la plena vigencia del principio de igualdad y de esa manera efectivizar el principio de progresividad de los Derechos.

Más allá de las tendencias generales de avance en la realización de los derechos, corresponde al Estado garantizarlos a todas las personas en su territorio y no se excusa cuando los garantiza a muchos o a la mayoría. La información relevada debería servir para formar un diagnóstico acerca de la situación en la que se encuentran los potenciales titulares de derechos del Protocolo, para exigirlos con ciertas posibilidades de éxito. Esta posibilidad no depende sólo del reconocimiento normativo, ni de la posición legal de cada individuo, sino de la disponibilidad de una serie de recursos y capacidades. Podemos mencionar por ejemplo recursos materiales y financieros, capacidades intelectuales, sociales y culturales, facilidades de lenguaje, información y conocimiento y recursos económicos. En ocasiones la integración de las personas en redes sociales y su contacto con actores relevantes como organizaciones de la sociedad civil con capacidad de demandar derechos o movilizarse y negociar con las autoridades públicas.

En este contexto, es preciso referirse a aquellos pueblos originarios, los cuales son considerados sujetos colectivos de derecho. Y aunque en relación a éstos se han vislumbrado diversos avances logrados por los Estados, especialmente en el ámbito de las Naciones Unidas y de la Organización Internacional del Trabajo, afirmando el principio de la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos, en muchas ocasiones esto no se refleja en la aplicación a todos los individuos de aquellos derechos humanos reconocidos internacionalmente.

Éstas comunidades originarias de nuestra América o pueblos indígenas, constituyen un segmento organizado, distintivo e integral de su población y tienen derecho a ser parte de la identidad nacional de los países, con un papel especial en el fortalecimiento de las instituciones del Estado; es pertinente destacar, que algunas de las concepciones e instituciones democráticas consagradas en las Constituciones de los Estados americanos tienen origen en instituciones de los pueblos indígenas, contribuyendo a actuales sistemas participativos de decisión, de autoridad y al perfeccionamiento de las democracias en las Américas.

Por lo que estimo la necesidad de un estudio pormenorizado acerca de la concepción de pluriculturalidad en el ámbito jurisdiccional, con el fin de identificar posibles conflictos de aplicación e interpretación y sus eventuales soluciones.

Un análisis jurisprudencial en el Marco Internacional y Nacional, permitirá el vislumbrar la posición adoptada por nuestro país en cuanto a la pluriculturalidad, ya que posiciones positivas frente a su aplicación tienden a vislumbrarse en distintos países tales como Ecuador y Guatemala y si la misma responde a la concepción que adopta la C.I.D.H (debido a la autoridad científica que esta detenta, entre otras razones). Dicho análisis debe centrarse además en el reflejo de dicho principio en la aplicación de garantías judiciales, que se vislumbran en la combinación de los artículos 8 y 25 de la Convención, brindando mayores seguridades, y una tutela que de ésta forma aspira a obtener el carácter de efectividad en relación a los Derechos que detentan como sujetos individualmente considerados que integran al colectivo.

Creo que la adopción de la pluriculturalidad permitirá el delinear un nuevo perfil de la función jurisdiccional, que supone una nueva manera de posicionarse del juez ante los conflictos originados por la vulneración de los derechos humanos, y que ante las complejidades emergentes de la crisis del derecho, implica una actitud ágil y razonablemente flexible de aquél, capaz de hacer frente a tal crisis mediante estrategias innovadoras y comprometidas con el goce efectivo de los derechos fundamentales.

Para los jueces es posible dar respuestas adecuadas ante los desafíos a que los enfrenta la mentada crisis del derecho, reafirmando así su responsabilidad y compromiso con el goce efectivo de los derechos humanos, ante las nuevas demandas y conflictos que se someten a su conocimiento; sea, en virtud del reconocimiento de nuevos derechos humanos y —consiguientemente— de nuevas garantías, o en virtud de nuevos conflictos originados .

Jueces con esta actitud han sido calificados por Bidart Campos como verdaderos *prestidigitadores*, que —superando las limitaciones de las lagunas normativas— han tenido la destreza suficiente para brindar respuestas satisfactorias para tales derechos, “su mano ha penetrado en una galera vacía y, con destreza de mago, ha transformado la vaciedad en una muy densa fuente judicial”.



INFLUENCIA DEL ACTUAL MODELO DE ENSEÑANZA JURÍDICA EN LAS ORIENTACIONES VALORATIVAS DEL EJERCICIO PROFESIONAL:

ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE ABOGADOS LITIGANTES Y ABOGADOS REPRESENTANTES DE ONGS Y OTROS MOVIMIENTOS SOCIALES

*Mariana Manzo*¹

Resumen: el presente artículo debe entenderse en el marco de una serie de investigaciones que desde la Universidad Nacional de Córdoba se efectúan en torno a la Enseñanza Jurídica en la Facultad de Derecho. En el mismo se exhibe un análisis comparativo de las “orientaciones valorativas” entre, por un lado, los abogados litigantes², y por otro, aquellos que se desempeñan en ONGs. Se analiza, así, la importancia de: a) la formación académica en la producción y reproducción del discurso hegemónico positivista; b) los “valores” como orientadores de las prácticas jurídicas profesionales.

Palabras Claves: Educación Jurídica - Valores - Profesión Jurídica.

1. El proyecto desarrollado durante la beca de pre-grado propuso ampliar el campo de observación de una línea de investigación que se viene desarrollando en torno a la *educación jurídica* desde la Universidad Nacional de Córdoba (UNC) por un grupo de investigadores dirigidos por los Drs. Carlos Lista y Ana María Brígido, al incorporar el estudio de las orientaciones valorativas de los abogados representantes de ONGs³ y de nuevos movimientos sociales de la ciudad de Córdoba. El trabajo pretendió responder a los siguientes interrogantes ¿Es posible observar diferencias en

¹ Abogada. Ex Becaria del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales período 2006-2007. Alumna de la Maestría de Antropología, Facultad de Filosofía de la UNC y Museo de Antropología. Adscripta de la cátedra “B” de Sociología Jurídica UNC.

² Se entiende por abogado litigante aquél que se desempeña de manera independiente en su profesión.

³ Cohen y Arato (2000) afirman que los nuevos movimientos sociales consideran a los modelos culturales, las normas, las instituciones de la sociedad civil como principales elementos del juego del conflicto social. El éxito de los mismos no debe medirse en la consecución de ciertas metas sustantivas, sino más bien en términos de democratización de valores, normas e instituciones que están arraigados en la cultura política. Ese desarrollo no puede perennizarse a un movimiento determinado, pero sí puede asegurarse a la forma del movimiento como un componente normal de las sociedades autodemocratizantes.

las orientaciones valorativas del desempeño profesional de los abogados, habiendo sido socializados los profesionales bajo un mismo proceso educativo? Y ¿Se evidencian diferentes percepciones valorativas en el ejercicio profesional del abogado de ONGs?

2. Diferentes autores que se abocan al estudio de la educación brindada por las Facultades de Derecho de nuestro país⁴ evidencian la influencia de un paradigma hegemónico en la manera de explicar el fenómeno jurídico. Dicha cosmovisión se expresa a través del modelo racional-formal que tiende a una orientación técnica instrumental de la enseñanza. Los resultados obtenidos en dichas investigaciones dan cuenta de un rasgo constante en el discurso pedagógico caracterizado por: a) una “descontextualización de la norma” al separar lo fáctico —“ser”— de lo normativo —“deber ser”— b) una “dogmatización⁵ del conocimiento jurídico que importa una adhesión a-crítica al saber transmitido y, consecuentemente, al discurso jurídico dominante.

Análisis empíricos efectuados en la ciudad de Córdoba⁶, permiten observar que el proceso de formación de la UNC influye en la adopción de un tipo particular de “conciencia jurídica”⁷ que visualiza al Derecho en términos de un fenómeno “neutral”. Dicha conciencia tiende a reproducirse en las prácticas de los abogados liberales que muestran un ejercicio escaso del pensamiento reflexivo con respecto a las repercusiones políticas y sociales de su labor profesional.

3. Esta concepción jurídica hegemónica se encuentra actualmente cuestionada por diversos movimientos críticos⁸ que abogan por un “Derecho Alternativo” entre los que, destacamos, a la “abogacía popular”. Junqueira Eliane (2002:196) advierte, en esta dirección, que esta “nueva forma de actuación profesional se caracteriza por asumir un compromiso político y ético en la defensa de los intereses de los sectores excluidos de

⁴ Agulla (1990); Cardinaux y González (2003); Fucito (1996 y 2000); González y Cardinaux (2004); Martínez Paz (1995); Vanossi, (1989 y 2000).

⁵ La dogmática jurídica, consiste en la elaboración de conceptos jurídicos fundamentales que se extraen del propio ordenamiento jurídico y que, por ese motivo, no pueden ser puestos en discusión o revisión. Bobbio (1993: 233).

⁶ Brígido (2002); Brígido y Tessio Conca, (2004); Lista, Carlos (2002, 2001, 1998).

⁷ Por conciencia jurídica aquí debe considerarse una manera de pensar el fenómeno jurídico la cual orienta la conducta profesional de los abogados en el campo jurídico.

⁸ El movimiento de crítica jurídica resulta de la coexistencia de diversas corrientes socio-políticas, filosóficas desarrolladas en Europa, EEUU, y Latino América, durante la década de los 70 y 80, sus bases se gestaron bajo la influencia de la obra de Antonio Gramsci, de la relectura de los textos clásicos del marxismo realizadas por Althusser, de la corriente de la escuela de Frankfurt y de Foucault con la introducción de la teoría del poder. Wolkmer (1997: 142)

la sociedad, promoviendo la transformación social a partir de luchas y resistencias contra toda forma de dominación...” Las prácticas profesionales que se desarrollan en este nuevo espacio representado por los abogados de las ONGs y otros movimientos sociales, son prácticas que en su accionar ponen en tela de juicio los postulados principales del positivismo jurídico, a saber: “la pretendida neutralidad valorativa del derecho”, el carácter “técnico del ejercicio profesional” y la delimitación entre “activismo político y social con el desempeño del abogado en su ámbito laboral”.

4. Se manifestó, de esta manera, durante el desarrollo de la investigación una tensión básica entre, por un lado, un discurso pedagógico dominante —positivismo jurídico— que afirma la neutralidad del fenómeno jurídico y por otro lado, un nuevo ejercicio profesional que adhiere explícitamente a valores y creencias políticas. En la pretensión de analizar dicha tensión, entre las orientaciones valorativas de los abogados litigantes y los abogados representantes de ONGs, apareció nuestra problemática de investigación. En esta dirección se realizó un análisis comparativo de ambos perfiles de abogados.

5. En las entrevistas realizadas a ambos perfiles de abogados, la primera dimensión analizada fue en relación a la “concepción del derecho” que los mismos profesionales percibían. Se pudo observar que los abogados liberales tienden a orientar su conducta a través de una racionalidad formal e instrumental, consecuencia que se desprende principalmente de la reproducción los presupuestos del paradigma positivista en el campo jurídico. Esto conlleva a sostener que los abogados liberales tienden a concebir y aplicar al derecho, de acuerdo a la legalidad y a la adecuación a la forma del procedimiento, independientemente de la legitimidad de dicha subsunción al caso concreto. En contrario, los abogados de ONGs, tienden a orientar su conducta a través de una orientación valorativa, teniendo en cuenta dimensiones sociales, políticas y culturales a la hora de definir su concepción de derecho. De allí se observa que lo jurídico es concebido como un instrumento que promueve el cambio y la transformación social.

6. La segunda dimensión abordada hizo referencia a la concepción del “sujeto de derecho”. Esta temática se encuentra íntimamente relacionada con las diferentes cosmovisiones de derecho a las cuales se adhiere uno u otro perfil de abogado. De los datos empíricos obtenidos y del análisis comparativo realizado de los mismos, se puede aseverar que los abogados de ONGs, niegan tener una vinculación contractual con el cliente que solicita su servicio profesional. Consecuentemente se pueden advertir dos

circunstancias: a) su relación es planteada en términos de igualdad “de sujeto a sujeto” b) se considera, por lo tanto, que el conocimiento del derecho, no es algo que se transmite unilateralmente del profesional al cliente sino, por el contrario se construye, se aborda, y se resuelve dinámicamente entre ambos individuos. Si pasamos ahora a considerar lo expuesto por los abogados liberales, éstos expresaron una vinculación unidireccional de “profesional-cliente”: a) los mismos sientan un vínculo contractual con su cliente quién solicita la prestación de un servicio en particular b) su concepción del conocimiento es vista de manera individual, cuya transmisión se realiza unilateralmente: “desde quién posee el conocimiento específico para abordar el fenómeno jurídico, interpretando y aplicando la normativa vigente al caso concreto, hacia quién no posee dicho conocimiento”.

7. El siguiente y último punto comparativo, es el referente a la “visión de justicia” que poseen los abogados entrevistados, la cual es ubicada y representada de manera diferente en uno u otro perfil de abogado. En esta dirección se entiende, que la noción de justicia en el abogado independiente, se reduce a un concepto formal e instrumental, lo cuál conlleva a la pérdida de contenido valorativo y a la falta de consideración de la misma en la actividad profesional. El lugar de la justicia, en efecto, es trasladado a la figura del juez, quién debe administrar justicia conforme a derecho, lo que implica exigir por la mayoría de las partes interesadas, la aplicación de la ley, la garantía del debido proceso y el comportamiento ético de las partes en el proceso. Sin embargo, en algunos casos puntuales se puede visualizar, la petición en juicio, de llegar a justicia sustancial a criterio del juez.

La justicia para los abogados de ONGs, es la fuente movilizadora de su conducta. La misma se relaciona con una expresa adhesión de valores comunitarios. Es por esto, que la actuación profesional de los abogados, se relaciona con la búsqueda de la “verdad real, no formal” identificada con la lucha y representación de intereses colectivos y de clases más desfavorecidas. Cabe puntualizar, que dicha noción, no es trasladada a la figura del juez, sino por el contrario, se efectiviza en la propia ciudadanía y la responsabilidad individual que se ostenta como sujetos pertenecientes a una comunidad.

8. A modo de síntesis, consideramos que investigaciones como la desarrollada contribuye a discutir sobre potenciales campos de reflexión en torno a diversos modelos de enseñanza jurídica con sus repercusiones en el campo profesional, y sus implicancias políticas, jurídicas, sociales sobre las instituciones de nuestra sociedad.



NUEVAS EXCEPCIONES A LA REGLA DEL PREVIO AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS COMO ALTERNATIVA PARA REFORZAR EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS ¹

Federico Robledo²

1. Planteo del problema

Conforme la regla del previo agotamiento de los recursos internos, para poder realizar una denuncia o presentación por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ComIDH) es necesario que *“se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, conforme los principios del derecho internacional generalmente reconocidos.”* salvo en los supuesto de excepcionalidad expresamente previstas en el art. 46.2. Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).³

En las últimas décadas, hemos sido testigos de nuevas situaciones, no enunciadas expresamente en la letra del art. 46.2 de la CADH, en las que el agotamiento de los recursos internos más que un requisito constituye un obstáculo para la tutela judicial efectiva de los derechos humanos. Se discute si podrían o no admitirse como nuevas excepciones a la regla precitada.

En este trabajo, nos hemos avocado al estudio de una de ellas, preguntándonos si *¿la falta de posibilidad de éxito de los recursos internos en virtud de existir una jurisprudencia de la Corte Suprema adversa, reiterada*

¹ El presente artículo es un resumen de la Investigación realizada en el Marco del Programa de Becas de Pregrado del CIJS, dirigida por el Dr. Jorge H. Gentile, a quien le agradezco su guía y estímulo permanente

² Abogado. Cuadro de Honor y Egresado Sobresaliente de la Facultad de Derecho y Cs. Ss. (UNC). Distinción Talentos 2008. Premios obtenidos por trabajos individuales y grupales por Universidades de Argentina, Chile, Brasil y Fundación Konrad-Adenauer. Actualmente, cursando Maestría en Derecho Privado (UNR) y Maestría en Bioética (UNC). Adscripto de Derecho Constitucional (UNC-UCC) y de Derecho Público Provincial y Derecho Municipal (UNC). Contacto: ab.federicorobledo@gmail.com

³ Las excepciones contempladas en el artículo 46(2) de la Convención, precisamente, se han establecido con el objeto de garantizar la acción internacional cuando los recursos de la jurisdicción interna y el propio sistema judicial interno no sean expeditos y efectivos para asegurar el respeto a los derechos humanos de las víctimas. Informe 63/04 de la ComIDH sobre petición 60-2003 relativo a Honduras.

y bien establecida constituye una nueva excepción a la regla de previo agotamiento en el sistema interamericano de derechos humanos?

2. Criterio de Efectividad de los Recursos Internos

En los últimos años, en los tres sistemas regionales de protección de los derechos humanos se ha producido un “ablandamiento de la regla del previo agotamiento”. No se exige ni aplica como un formalismo sino teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y procurando siempre la mayor protección de los derechos del hombre. Paralelamente, se ha desarrollado el “criterio de efectividad” de los recursos internos para examinar su cumplimiento.

“Efectividad” es un término que repite recurrentemente desde el año 1980 la jurisprudencia e informes de admisibilidad de la Corte y Comisión y que han utilizado como prisma para renovar la forma de aplicar la regla del previo agotamiento

A la luz de esta pauta, no importa la mera existencia formal de recursos, sólo deben agotarse los que sean adecuados y eficaces,⁴ es decir, idóneos para resolver la situación jurídica infringida y capaces de producir el resultado para el cual han sido concebidos. Si un recurso, por cuestiones de hecho o derecho, carece de efectividad no debe agotarse.

El criterio de efectividad es el fundamento que subyace en las excepciones del art. 46.2 de la CADH y también ha sido y es utilizado como puerta de apertura a nuevas situaciones que, pese no estar plasmadas en la letra de dicho artículo, habilitan el no agotamiento de recursos internos que no sean efectivos.

3. ¿Es necesario observar la regla del previo agotamiento de los recursos internos, cuando no existe posibilidad de éxito en virtud de existir una jurisprudencia de la Corte Suprema adversa, reiterada y bien establecida?

Para dar respuesta a este interrogante, se analizaron las opiniones consultivas (competencia consultiva), 81 fallos de la Corte Interamericana (competencia contenciosa) y una muestra de 120 informes de admisibilidad de peticiones presentadas ante la ComIDH, correspondientes todos ellos al período 1987-2007.

⁴ Así lo ha entendido la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990 sobre “EXCEPCIONES AL AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS (ART. 46.1, 46.2.a y 46.2.b CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS)” solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras” Serie C - N° 2: 26 de Junio de 1987, Sentencia (excepciones preliminares) parr.88 y el resto de su jurisprudencia hasta la fecha.

Se han encontrado cuatro casos recientes en los cuales se ha eximido del requisito de previo agotamiento de recursos internos fundándose en la carencia de efectividad de los recursos en razón de existir una jurisprudencia preponderante y adversa a las pretensiones de la víctima en los tribunales de mayor jerarquía del país.⁵

Conforme a la jurisprudencia e informes de la Corte y Comisión, los requisitos que deben observarse para que proceda son:

PRIMERO: la existencia de un estado de “jurisprudencia,” que prive de posibilidad de éxito a los recursos (pérdida de efectividad) y que sea: a) reiterada: no se puede excepcionar la regla del previo agotamiento en función de “*interpretaciones judiciales evidentemente aisladas*”;⁶ b) preponderante: deberá tener la virtualidad suficientemente como para coartar las perspectivas de éxito que puede tener un recurso que persiga lo contrario;⁷ c) adversa: debe ser contraria a las pretensiones de la víctima y afectar de sus derechos humanos; d) reciente: debe tratarse de jurisprudencia vigente de los últimos años, no pudiendo fundarse en fallos muy antiguos o no vigentes; y e) emanada por la Corte de mayor jerarquía del Estado.⁸

SEGUNDO: analogía del caso en cuestión con los casos anteriores en los que se sentó la jurisprudencia invocada.⁹

TERCERO: se requiere evidencias claras de que los recursos carecen de perspectivas razonables de éxito. Por ejemplo: probando que la máxima instancia judicial del Estado ha rechazado recientemente acciones en que se plantea la materia de la petición.¹⁰ La Comisión “*debe tener ante sí prueba que le permita evaluar efectivamente el resultado probable de las acciones de los peticionarios. La mera duda sobre las perspectivas de*

⁵ Informe N° 78/00 s/ petición 11.753 —EE.UU.—; Informe N° 51/00 s/ caso N° 11.193 —EE.UU.—; Informe N° 16/04 s/ petición N° 129-02 —EE.UU.—; Informe 26/06 s/ petición N° 434-03 —EE.UU.—

⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos Informe 05/02 sobre admisibilidad de la petición N° 12.080 relativa a la Argentina.

⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos Informe N° 78/00 sobre petición 11.753 relativa a los Estados Unidos; Informe N° 51/00 sobre caso N° 11.193 relativo a los Estados Unidos; Informe N° 16/04 sobre petición N° 129-02 relativo a los Estados Unidos.

⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 19/02 sobre inadmisibilidad de la petición N° 12.379 relativo a los Estados Unidos.

⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 19/02 sobre inadmisibilidad de la petición N° 12.379 relativo a los Estados Unidos.

¹⁰ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 26/06 sobre petición N° 434-03, relativa a los Estados Unidos, parr. 48; Informe 19/02 sobre inadmisibilidad de la petición N° 12.379, relativo a los Estados Unidos, parr. 61.

*presentarse ante la justicia no basta para eximir a los peticionarios del agotamiento de los recursos internos.*¹¹

Cabe agregar que esta nueva excepción también ha sido admitida por la Corte Europea de Derechos Humanos¹² y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas,¹³ lo cual pone de manifiesto un cierto grado de uniformidad en el horizonte internacional.

4. Argumentos a favor y en contra de la admisión de esta nueva excepción

Las objeciones a la admisión de esta nueva causal de salto a instancia supranacional son:

- a) en base a nuestra muestra, sólo fue intentado y admitido en casos relacionado con Estados Unidos y Canadá, los cuales a diferencia de la Argentina, tienen un sistema jurídico de *common law*, donde el derecho surge de la praxis judicial y el *stare decisis* es fuerte:
- b) podría afectar las garantías constitucionales de defensa en juicio, juez natural, debido proceso legal e igualdad de las partes.¹⁴
- c) no es posible admitir una nueva excepción a la regla del previo agotamiento no prevista “expresamente” en la letra del art. 46.2. de la C.A.D.H. Las excepciones son de interpretación restrictiva.

En la vereda contraria, podría argumentarse a favor de esta nueva situación que:

- a) los tratados de derechos humanos deben ser interpretados teleológicamente, con énfasis en la realización efectiva del objeto y fin para el cual han sido creados. La regla del previo agotamiento y sus excepciones, constituyen soporte procesal que permite el funcionamiento del sistema inte-

¹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 26/06 sobre petición N° 434-03, relativa a los Estados Unidos, parr. 48; Informe 19/02 sobre inadmisibilidad de la petición N° 12.379, relativo a los Estados Unidos, parr. 48.

¹² Casos “*Gautrin c/France*” (28-05-98), “*Avan Oosterwijk v. Belgium*” (06-11-99) y “*De Wilde, Oomas and Versyp*” (10-06-71).

¹³ En su dictamen del 11 de abril de 1991, en el el 41° período de sesiones, recordó que no es necesario agotar los recursos de la jurisdicción interna si objetivamente éstos no tienen posibilidades de éxito. Eso ocurriría en el caso de que, con arreglo a la legislación interna aplicable, se rechazaría inevitablemente la demanda, o en el supuesto de que la jurisprudencia establecida en los tribunales superiores del país impidiese un resultado positivo.

¹⁴ El salto de instancia diseñado por la C.A.D.H., al igual que en el *by pass* norteamericano, procede a petición de una sola de las partes.

- americano de derechos humanos y persiguen, como fin último, la tutela efectiva de los derechos humanos.
- b) la nueva excepción tiene soporte axiológico en el principio "*pro homine*" y coadyuva a la consecución de una tutela judicial efectiva de los derechos humanos.
 - c) Los fallos de la Corte e informes de la Comisión Interamericana deben servir de guía para la interpretación y aplicación de la CADH.

5. Consideraciones Finales

La Comisión aceptó por vía pretoriana una nueva excepción a la regla general de agotamiento de los recursos internos que no estaba incluida en la letra de la CADH, pero que surge de una interpretación armónica y teleológica de sus normas.¹⁵



¹⁵ La Corte ya había abierto la puerta a esta posibilidad en la Opinión Consultiva OC 10-91.

GENEALOGÍA INTELLECTUAL Y CONCEPTUALIZACIONES CRÍTICAS DEL POPULISMO LACLAUNIANO

Guillermo Javier Vazquez¹

Resumen: Este trabajo es un resumen de la primera parte de una investigación sobre las críticas de la noción de “populismo” en la obra de Ernesto Laclau. En el mismo, proponemos una lectura que trasciende el análisis meramente analítico de las complejas categorías laclaunianas, y presta atención a todo el marco histórico-político de su producción teórica. Señalando la existencia de un eje constante de interés –la formación hegemónica de identidades políticas–, también remarcamos las diferencias conceptuales en los distintos tramos del desarrollo intelectual de Laclau, como resultado de una radicalización de su antiesencialismo.

Palabras Clave: Laclau – Populismo – Identidades políticas

El resumen que presentamos sobre la investigación emprendida en torno a las críticas del populismo laclauniano, se centrará fundamentalmente en la premisa de la necesidad de un recorrido por la historia intelectual del trabajo teórico de Ernesto Laclau, atendiendo a una doble dificultad. En primer lugar, se constata una imposibilidad de espacio para brindar un merecido detenimiento que explique conceptualmente, pero también en un nivel histórico-político, la obra general de Laclau. Dicho recorrido debería incluir pormenorizadamente sus genealogías teóricas (desde el marxismo gramsciano al psicoanálisis lacaniano, de la ontología heideggeriana a la lingüística saussureana y el deconstruccionismo, etc.), la asunción de su explícita complejidad conceptual y la enorme cantidad de discusiones que el propio Laclau describe en sus tesis, sobre la base intertextual que las mismas han multiplicado en diversos medios intelectuales en torno al postfundacionalismo en materia de teoría política². Así

¹ Estudiante de Abogacía (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC) y Filosofía (Facultad de Filosofía y Humanidades, UNC). Becario de pregrado del CIJS, con el proyecto “El populismo como lógica política: aportes y críticas del modelo laclauniano”, dirigido por la Dra. María Susana Bonetto. Correo electrónico: vazguillermo@gmail.com

² Para una detallada caracterización del pensamiento político postfundacionalista, *cfr.* Marchant, Oliver: *Post-foundational political thought: Political difference in Nancy, Lefort, Badiou and Laclau*, Edinburgh University Press, 2007 y Palti, Elías: *Verdades y saberes del marxismo. Reacciones de una tradición política ante su “crisis”*, Buenos Aires, FCE, 2005.

también, un manejo de neologismos que no serviría de nada exponer analíticamente, cual glosario, sin la necesaria densidad y el andamiaje específico de cada término en los usos que Laclau les adscribe correspondientemente. En segundo lugar —y siendo esta dificultad, no obstante, quizás la principal tesis de nuestra lectura—, creemos que sería en vano avanzar en una discusión y relevamiento crítico de su categoría de *populismo* —cual es la tarea propuesta en nuestro proyecto originario— sin detenernos en el punto de partida teórico-político a partir del cual Laclau escribe *La razón populista*³, principal texto de referencia para nuestro propósito.

De allí que retomemos, antes que una idea, una *preocupación* propuesta por algunos textos, respecto del *joven Laclau* en los avatares políticos de la izquierda nacional⁴, cuya obra y opciones histórico-políticas tienden a ser dejadas de lado, privilegiando las categorizaciones analíticas antes que las que provee la historia intelectual. Como bien señala Kraniauskas, gran parte de las aproximaciones críticas a Laclau “siguen demostrando una notable ceguera: a saber, que el populismo, como concepto y como experiencia histórica, constituye el centro de gravedad de su obra. Los aportes de Laclau (...) no pueden concebirse sin su experiencia histórica del populismo en Argentina —especialmente, quizá, en el contexto de su represión— y sus intentos posteriores, primero, de conceptualizarlo, y luego de extender su lógica a la política en general”⁵.

Por ello, en esta primera parte de nuestro proyecto, hemos decidido detenernos —al precio de pecar de algún desvío en nuestros objetivos más específicos— sobre todo en la historia intelectual inicial de Laclau en sus años de formación —a los fines de una mejor comprensión de su situación conceptual— del proyecto de análisis laclauiano en torno al populismo.

Luego de una fuerte influencia del marxismo gramsciano⁶, del cual tomará como eje conceptual la categoría de *hegemonía*, es claro que después de su viaje a Inglaterra, serán otras las influencias, conceptos y modos de producción académica de Ernesto Laclau; pero, sin embargo, la intensa actividad historiográfica y el análisis de las realidades latinoamericanas en los años sesenta y setenta, son referentes ineludibles para la comprensión de sus tesis sobre el populismo. No es casual que la cita de ejemplo de la

³ LACLAU, ERNESTO: *La razón populista*, Buenos Aires, FCE, 2005.

⁴ En nuestro medio, el trabajo más importante sobre los textos tempranos de Laclau en las décadas del sesenta y setenta, es el de Bergel, Martín; Canavese, Mariana y Tossounian, Cecilia: “Práctica política e inserción académica en la historiografía del joven Laclau”, en *Políticas de la Memoria*, n° 5, Verano 2004-2005.

⁵ KRANIAUSKAS, JOHN: “El (pos-) marxismo político: Notas sobre Ernesto Laclau”, en *El ojo mocho*, n° 21, Invierno-Primavera 2008, p. 45.

⁶ Cfr. los trabajos de Aricó, José: *La cola del diablo. Itinerario de Gramsci en América Latina*, Buenos Aires, Puntosur, 1988 y de Portantiero, Juan Carlos: *Los usos de Gramsci*, Buenos Aires, Grijalbo, 1999.

caracterización funcionalista típica del populismo con la que se inicia *La razón populista* —y con cuya estrategia intelectual confrontará la posición de Laclau— sea la de Gino Germani⁷, con quien Laclau compartió, en los años sesenta, el Departamento de Sociología de Filosofía y Letras de la UBA. Conjuntamente con su militancia política⁸, paralela a muchas otras de corrientes nacional-populares a partir de la proscripción del peronismo, Laclau comienza a observar las dificultades para pensar históricamente una complejidad política como la del populismo ante la dimensión funcionalista del positivismo sociológico de Germani.

Pero además del funcionalismo, será la crítica a un marxismo reduccionista, sustentado en la determinación última del modo de producción, es decir, de la preeminencia de lo económico sobre lo político, lo que lleve a Laclau a una compleja relación con la obra de Marx⁹. El primer texto importante —y el cual fue leído y discutido en ámbitos que trascendían la Argentina, fundamentalmente en Inglaterra— sobre populismo de Laclau, fue escrito *ad hoc* para la editorial de la publicación más importante de la renovación teórica del marxismo anglosajón, en la cual ya había publicado otros textos: la *New Left Review*, que a instancias de Perry Anderson pidió a Laclau una serie de ensayos entre los que debía incluir, específicamente, uno sobre populismo. De allí surge “Hacia una teoría del populismo”, publicado en un libro de 1977¹⁰, texto en el cual Laclau afirma que los elementos de las tradiciones populares sólo existen articulados a discursos *de clase* en un sentido gramsciano, que no comprende sólo relaciones de producción, sino el conjunto de las relaciones políticas e ideológicas de dominación constitutivas de una formación social determinada.

Cuando el propio Laclau da pautas sobre su recorrido y trayectoria político-intelectual, siempre remarcará la *continuidad* que ha tenido en mente en toda la historia intelectual y política que lo acompañó, en torno a un único problema: *la formación hegemónica de identidades*. Dicha continuidad, será una permanencia *del interrogante*, pero no de un unívoco

⁷ GERMANI, GINO: *Autoritarismo, fascismo y populismo nacional*, Buenos Aires, Temas, 2003.

⁸ Es preciso recordar que su inicial militancia en el Socialismo de Vanguardia, lo acercará a las discusiones con los dos mayores representantes del Partido Socialista de la Izquierda Nacional: Jorge Enea Spilimbergo y —quien será su mentor político de entonces, aunque siempre señale Laclau que los distanciaba más de una decisión política— Jorge Abelardo Ramos. A partir de 1963, Laclau militará en el PSIN, llegando a dirigir las dos publicaciones de dicho partido: *Lucha Obrera* e *Izquierda Nacional*.

⁹ Para un análisis iridiscente de la lectura laclauiana de Marx, *cfr.* Dotti, Jorge: “Reflexiones persistentes sobre el marxismo y la crítica deconstruccionista” en *Estudios Sociales*, n° 20, primer semestre de 2001, pp. 11-26.

¹⁰ El texto es “Hacia una teoría del populismo”, en *Política e ideología en la teoría marxista: capitalismo, fascismo, populismo*, Madrid, Siglo XXI, 1978.

abordaje. Como ejemplo, bastará centrar la atención en el texto de 1977, y comparar una primera diferencia con lo que luego será la categoría de populismo en el Laclau de *La razón populista*, donde el lugar de *plebs* o “los de abajo” tiene una determinación mucho menos esencialista que esta “clase” que remarca en su primer trabajo sobre populismo. Ello es así en tanto entre “Hacia una teoría del populismo” y *La razón populista*, habrá pasado —en coautoría con Chantal Mouffe— *Hegemonía y estrategia socialista* (1985), libro en el cual llama a “terminar con el último reducto del esencialismo: la economía”; y los agentes ya no se constituyen en última instancia, para el último Laclau, en un núcleo de “clase”.

Laclau afirmará también que es absurda la posición que sostiene que todos los problemas de los “nuevos movimientos sociales” (entre los mencionados por Laclau: el feminismo, el antirracismo, la defensa de los colectivos gay-lésbicos, el ecologismo, entre otros) son problemas de las sociedades capitalistas altamente desarrolladas, mientras que en nuestras latitudes tercermundistas lo que existiría sería lucha de clases en el sentido clásico. Para Laclau, esa ortodoxia clásica nunca ha sido cierta en el Tercer Mundo, pues “lo que empieza a descubrir una perspectiva posmoderna hoy en el Primer Mundo es algo que nosotros conocemos desde siempre, es decir, cómo a partir de sectores marginalizados de la población, o sectores con inserciones sumamente precarias es posible transformar esas fuerzas en actores históricos”¹¹. Las tendencias nacional-populares que se conformaron con posterioridad a 1955 en Argentina, tenían una tendencia a debilitar el carácter rígido de las identidades tanto sociales como políticas. Los agentes sociales no eran las clases en sentido fuerte, tampoco los individuos, sino formas de articulación colectiva precarias, parciales, que se dan durante un proceso de interacción colectiva¹².



¹¹ En *El ojo mocho*, n° 9-10, primer semestre de 1997, p. 14

¹² Sin embargo, lejos de una apología de lo nacional-popular en la Argentina previa a los años setenta, Laclau afirma que “hubo un esencialismo de lo nacional-popular en esos años que llevaba a dicotomizaciones absolutas y radicales en torno a la teoría de la dependencia y que finalmente fue en parte responsable de todo el desastre político de la generación durante los ‘70”, en *El ojo mocho*, n° 9-10, primer semestre de 1997, p. 24.

ABSTRACTS

SECCIÓN I DERECHO PÚBLICO

BARBARÁ, JORGE EDMUNDO

Argentina: Independent regulatory agencies in charge of experts: ¿Anachronism or pending institutional debt?

Abstract: The institutional weakness that is observed in Argentina, is deepened if we stop in a deeper look of the public services regulatory and control agencies.

From the results of an audit performed on such agencies by the Sindicatura General de la Nación (SIGEN) and from the information that offers the annual Budget of expenses and resources of the agencies, is possible to obtain a picture of the situation that permit us to perform appraisals on the real operation of such agencies, particularly relating to the effective reinsurance of the regulatory frameworks these agencies are supposed to watch.

The social, legal and political significance of the agencies appears compromised if they fail in that effective reinsurance.

Looking toward the institutional weakness of the agencies requires to question if it has existed the necessary political will tending toward an institutional strengthening.

The conclusions we can arrive through the appraisal of the indicators exposed, do not permit us, in any way, to be pessimists as for their institutional justification. It is still an institutional debt, but it is one of necessary compliance.

Key words: Institutional weakness - regulatory and control agencies - audit - political will.

BORGARELLO, ESTHER SUSANA

The conscience clause and the right to information

Abstract: The right to information is done largely through the work of a professional journalist who works most often in a dependent relationship. One aspect that makes the security is in the dependency ratio is the conscience clause. Is it only a right of the journalist and media workers or the universal subject of the information? Today can be distinguished, within the clause of conscience-two aspects: one passive, for journalists, and a proactive, as it gives the right to take voluntary initiatives to warn of potential hazards or to denounce certain practices.

Key words: Conscience clause- right to information.

JULIÁ, MARTA SUSANA

The legal approach to the environmental problems

Abstract: This article elaborates on the definition of environmental problems as complex issues from a legal perspective, the implications for them and their characteristics in the analysis of the environmental legal situations. While there are theoretical and methodological limitations is necessary to launch an approximation of the basic requirements to be taken to address problems in the light of this situation.

Key words: Environmental law, environmental problems, environmental legal research.

NALLINO, MARÍA ALEJANDRA

Scopes and limits of the horizontal coordination by means of networks: the case of the agencialization in the province of Cordoba - Argentina

Abstract: The article characterizes and situates the horizontal coordination by means of networks(nets) of public and private actors in the current context and raises the scopes and limits of the same one in case of the agencialización in the area of the Public Administration in the Province of Cordoba, from the year 1999, in the frame of the reform of the State.

Key words: Horizontal Coordination - Networks(Nets) - Agencialización - Reform of the State - Public Administration.

PARMIGIANI DE BARBARÁ, MYRIAM CONSUELO

The problems whith institutional quality on intermunicipal-articulations in Argentina

Abstract: The article presents an overview of the intermunicipal-articulations in Argentina, in order to evaluate the quality achieved by these articulations.

After establishing the sense and reach of the expression "institutional quality", the context of the articulations is described and analyzed from two dimensions: that of the rules and that of the actors of the collective action. The conclusions register the more significant strengths and weaknesses found.

Keywords: Intermunicipal- articulation - sub-national regionalization- institutional quality.

PASTOR DE PEIROTTI, IRMA Y ORTIZ DE GALLARDO, MARÍA INÉS DEL C.

Due process of law and conventionality control

Abstract: The following article analyzes the guarantee of the Due Process of Law. It is about establishing the scope of this principle and its reception in jurisprudence from the Supreme Court of Justice, Cordoba's Supreme Court and International Courts. Also study the contribution of the Inter-American Court of Human Rights in application of the American Convention of Human Rights to protect them.

Keywords: Guarantee - principle - view - summary - disclaimer - justify - punitive - disciplinary power - unemployment - relief - conventionality control - human rights.

PICCARDO, IVANA

The access to justice and its projection on the economical, social and cultural rights. about case *Itzcovich*

Abstract: The article proposes TEST of compatibility between the standards fixed by the Inter-American System of Human Rights on the access to justice like guarantee for the enjoyment of economical, social and cultural rights and the constitutional practice of the Argentine Supreme Court. In first term the essential elements are reviewed that tie to this class of rights with the mechanisms for their suitable exigency, soon to deepen in the characteristic recently designed in the inter-American order putting emphasis in the principle of "equality of arms". Finally, from the case ITZCOVICH, some final reflections appear.

Keywords: National constitution - Inter-American System of Human Rights Access to Justice - Economical, Social and Cultural Rights - Supreme Court of Argentine Justice.

SECCIÓN II DERECHO PENAL

CORTÉS DE ARABIA, ANA MARÍA

Jurisprudence In Traffic Accident

Abstract: Eventhough the increase of deaths, injuries and damages produced by the circulation all around the country are facts known by the members of society, people do not really

become aware of the spread of the problem unless it affects them directly. The human factor, the condition of vehicles and highways, the irresponsibility of certain counties when giving driving licences and the victim's negligence can be pointed as some of the causes that contribute to these accidents. Jurisprudence regarding these issues show us the application of the Penal Law.

Keywords: Traffic accidents. Criminal responsibility. Jurisprudence.

FORTETE, CESÁR

The protection of the witness of complex criminal manifestations and the right of defense of the accused

Abstract: The fight against criminal organizations, because of their complexity and capability of tampering with witnesses and judges to obtain impunity, has put criminal courts in jeopardy. This situation led different countries and the international community to take special measures to protect victims and witnesses involved and to design infiltration strategies to confirm criminal offenses and disable them. Argentina also legislated on the subject, creating, in addition to ordinary or generic security measures for all types of victims and witnesses involved in the procedural process, a particular and specific protection for different classes of witnesses (bystanders, cooperating witnesses, repenting and undercover agents) for certain types of crime. In this context, the aim of this paper is to analyze at the light of due process these forms of protection of witnesses whose testimony is admitted under special conditions in the Argentine penal system and which are encompassed within the measures that are intended to adapt the judicial procedures to combat criminal organizations.

Keywords: Protection of witnesses - cooperating witnesses - repenting - undercover agents - defense right.

VOCOS, MARÍA TERESA

Evolution from juvenile penal rights to the protection of the rights of children

Abstract: The juvenile delinquency issue is considered to be of the most problematic social issues within the realm of criminologists all over the world since last century.

Despite the fact that crime has existed since the very dawn of mankind, those conducts against the general rule that tend to jeopardize public safety, or that simply challenge the established proper conducts present the highest impact at social level, specially when they are exerted on the side of youths instead of adults. Besides, there is a socially accepted concept that considers present young offenders as dangerous criminals in their adulthood, thus taking as granted - or socially accepted - that whenever dealing with juvenile delinquent, he/she has to be labeled as "incorrigible".

Juvenile delinquency is a global phenomena; it appears in industrialized cities, as well as in the suburbs of any town; from wealthy families to the poorest ones; in any social level, and in any space of our civilization.

Keywords: Minor - delinquency - society - State - Penal Law - safety measures - risk - institutions - criminal policy - violence - police - family - education.

SECCIÓN III DERECHO PRIVADO

ÁVILA PAZ DE ROBLEDOS, ROSA ANGÉLICA

The collective amparo as a way of effective protection for the environment. some proposals for its armonization at MERCOSUR

Abstract: These article analyzes the environmental protection from two perspectives: from a local point of view, analyzes the collective amparo with constitutional (art. 41 - 43 CN) and

legal (General Environmental Law, 25.675), focus on requisitorial judgment, created by the Supreme Court. From a MERCOSUR point of view, analyzes the Olivos Protocol, its Rules: CMC/Dec. 37/03 and specially, the General Arrangement on Environmental issues for the institutionalization of Alternatives Disputes Resolution.

Keywords: Collective amparo - environment - requisitorial judgment - decision of an arbitrator - Alternatives Disputes Resolution -MERCOSUR.

BERTOLDI DE FOURCADE, MARÍA VIRGINA – STEIN, PATRICIA DEBORAH – RAFFAELI, ADRIANA ESTHER- FORNAGUEIRA, ANDREA ISABEL

The exercise of sexual and reproductive rights. ¿A matter of fact or a matter of right?

Abstract: The present survey attempted to unravel the actual effectiveness of the legal norms that assure sexual and reproductive health rights. The research development demonstrated that, mainly, the Sexual and Reproductive Health Programs, both in the Province and in the Municipality of Córdoba, are certainly implemented, although its performance frequently comes across with significant difficulties. For such a reason we believe that, as the first guarantor of people rights, the State must promote, spread, raise people's awareness, inform, educate and provide the necessary elements to obtain the entire satisfaction of citizens rights, as a preventive positive action.

Keywords: Sexual and Reproductive Health, Birth-control, Family Planning, Programs.

LLOVERAS, NORA

Domestic Violence and intervention of the state. Analysis of the domestic violence in the city of Córdoba Argentina and Mérida - México - (During the last decade)

Abstract: The paper is a researchment about home violence from a legal, social, psychological and communicative view in Córdoba- Argentina and Yucatán- México. We compare the phenomena reception for different agents and the consequences of gender issues in order to discover hidden process of that social problem.

Keywords: Home violence, law, speech, policies, invisibility.

RICHARD, EFRAÍN HUGO

¿The transfer of the right to vote is lawful in the preventive contest?

When analysing the practice of meeting of creditors, it is observed that the approval of predatory proposals of reductions and deadlines is linked to a vote of certain third parties who substitute original and verified creditors; this resigning to privileges and acting in a way contrary to that of their expected behavior. In this way, the thesis holds that this agreement to a meeting of creditors is a deal for the majorities, with limitations to those who can legitimately vote.

Keywords: Concursal agreement - Transfer of credit - Transfer of vote - jus votandi.

URIONDO DE MARTINOLLI, AMALIA

Changelle aspects of the public policy concerning the marriage matters

Abstract: The foreign marriages contracted by persons during the subsistence of a previous marriage, that are invoked to succeed or acquired pension, have developed different jurisprudence. In Re "Solá" the Argentine Supreme Court declared that the principle of absolute divorce is recognized in our law. Therefore, is unless to discuss the subject of actual good morals in marriages contracted against local law.

Keywords: Marriage- prior existing marriage- changelle principles- public policy or the good morals- actuality.

SECCIÓN IV
DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
RELACIONES INTERNACIONALES E
INTEGRACIÓN REGIONAL

DRNAS DE CLEMENT, ZLATA

The mechanism of settlement of disputes of the “UNASUR” and its coherence with the model of integration of that process

Abstract: The present work analyzes the mechanism of settlement of disputes established in the Treaty of the Union of South American Nations (“UNASUR” in spanish) to determine its coherence with the objectives, the institutional system and the model of integration of that process.

Keywords: UNASUR - settlement of disputes - coherence.

JUÁREZ CENTENO, CARLOS A.

Human Rights and International Relations: Reflections about the intertwining of these disciplines in international theory and practice.

Abstract: This work reflects on the existing relation between disciplines in international relations and human rights. It also attempts to observe the impact that the evolution and reception of human rights have had on the international system.

Keywords: Human rights - international relations - human rights international law - international scenario - State.

SALAS, GRACIELA

The Security Council and the regional organisations

Abstract: 1. Introduction. 2. Concepts 3. The Security Council and the regional organisations. 4. The inter-American system and the Security Council. 5. The proposed reforms.

Keywords: United Nations Charter - Reform - inter-American System.

SHAW, ENRIQUE E.

Us and the Others: Knowing-us

Abstract: The object of study and the corpus of analysis are presented in this article and it introduces the theoretical framework of the project: “Us and the Others in the Building of Identity”. A view of International Politics according to Estanislao Zeballos in “La Revista de Derecho, Historia y Letras, 1898-1914) (“Journal of Law, History and Literature, 1898-1914”).

Keywords: International Relations - Zeballos - National Identity.

STICCA, MARÍA ALEJANDRA

The state of necessity as a precluding of wrongfulness: the case Continental v. Argentine Republic

Abstract: In this article we analyze the state of necessity as a circumstances precluding of wrongfulness, from the point of view of the ICSID award in the case Continental v. Argentine Republic. At first, we develop the antecedents of the case and then we expuse each condition required to configure the state of necessity.

Keywords: International responsibility - state of necessity - foreign investment - international obligations - ICSID - award.

ZAMZEM, VERÓNICA – MONTENEGRO, MARÍA CRISTINA – PEREYRA LUIS CRUZ

UNASUR: A new dimension of the south american integration and the relevance of transport and energy infrastructure

Abstract: The creation of UNASUR marks a new step in the process of South American integration. The challenge of reducing the asymmetries and promote the development of the poorest countries in the region is focused on the ability to carry on with the South American Regional Integration Initiative (IIRSA), emerged in the Brasilia Declaration of 2000 and adopted as a previous step from both UNASUR as the South American Community of Nations. Physical infrastructure, energy and communications are the postulates of both South American development and success of the goals of this new dimension of integration, as stated in Article 3 of the constitution of UNASUR: the development of an infrastructure in order to interconnect the region and our people according to the criteria of sustainable social and economic development.

Keywords: South American Integration - UNASUR - IIRSA - Physical infrastructure - connectivity - energy - sustainable development.

SECCIÓN V HISTORIA DEL DERECHO

ASPELL, MARCELA

The sacrament of the confession. The manuals and the sums confession

Abstract: The manuals and the confession sums which are proliferating in the 16th century, directed basically the confesores but also the Penitente dealt an eminently educational purpose: teach to confesores to administer the sacrament, whose annual practice it at least once a year compulsory was required from the Lateran Council and guide the seconds to carry out a proper examination of conscience. These texts require careful tracking of the intricacies of the soul to achieve the desired absolution, the inclusion of comprehensive interrogation was therefore common to guide the conduct of the sinner research. In this sense, the manuals established one previsa establishment of a rigid universe of patterns of sexual morality required the population by its ecclesiastical custodians.

Keywords: Sacrament of the Confession - Manuals - Sums - Sexual Morality

TAGLE, MATILDE – ROBLED, DIEGO – LIBERA, NATALÍ SOLEDAD – OLMEDO, ÁNGELES

The legacy to the juridical culture of three cultural managers – Parras, Muriel and Machoni- present in the Cordoba's Preachers Library (18th Century)

Abstract: After a decade researching about ideas and books in the Cordoba's Preachers Library - "Libería de la Orden de Predicadores de Córdoba"- we purpose to find out about three points of reference of the eighteenth-century-juridical-culture of Córdoba, Domingo Muriel, Antonio Machoni and Pedro Joseph Parras. Religious and teachers, the three of them lived an apostolic mission and established in Córdoba, occupying a high place in the university field in the 18th century.

Can we tell that the three of them were cultural operators? We understand that cultural operator means a person who reveals special abilities to convocate people for cultural management, to grow, lend services and to make possible his projects. In this sense, we divide the historical period in two moments: the first for the Jesuits (1613-1767) Domingo Muriel (Cyriaco Morelli), Antonio Machoni; and the second for the Franciscan Pedro Joseph Parras.

The objective of this research is to analyze the juridical-culture of Cordoba in the 18th century through the books of the three cultural managers and its projection to nowadays. We should remember that in the century we have taken, the perceptive literature belongs to a theological genre which connect law and theology. We consider law as a cultural phenomenon, where we can distinguish culture as a creation of the human (authors Muriel, Machoni and Parras), and also a cultural object as a legacy for humankind (books), and the person who receives that cultural legacy (nowadays).

We analyse direct from the books of the 18th century that were leaf as a legacy by Machoni “Palatij eloquentiae vestibulum sive tractatus duo de método variandae orationis”, Muriel “Fasti novi orbis et ordinationun apostolicarum ad Indias” and Parras “Gobierno de los Regulares de la América ajustado religiosamente a la voluntad del Rey” in the Cordoba’s Preachers Library. Furthermore, we work with dictionaries, enciclopedies, their biographers, comentarist, and comtemporary authors.

Keywords: Law and Theology - Cordoba’s Preachers Library (18th century) - Juridical culture - Cultural operator - Domingo Muriel, Antonio Machoni y Pedro Joseph Parras.

TORRES, FÉLIX

The Faculty of Law in Córdoba. Its creation in 1795.

Abstract: The Article reconstructs the academia- bureaucratic formalities undertaken by the authorities of the University of Córdoba for the foundation of the Faculty of Law and thus being able to award academic degrees to students who have studied Law since the establishment of the Chair of Instituta in 1791. The work includes chairs, the necessary academic functions to obtain degrees in Jurisprudence and other functional aspects in the development of the teaching of Law for the first time in our country.

Keywords: History - Argentinean law - Faculty of law and Social Sciences - Córdoba - Education.

VASSALLO, JAQUELINE

The fear of the “Lutheran heretics”. Cordoba del Tucuman, 1806-1807

Abstract: In this article we will try to identify the social fears unleashed by the presence of English prisoners in the jurisdiction of Cordova - on the occasion of the english invasion produced in 1806—; realizing, likewise, of the mechanisms of control and repression that there activated the colonial local authorities, with the aim(lens) to restore his safety.

Keywords: Social fear - foreigners - religion - Inquisition.

YANZI FERREIRA, RAMÓN PEDRO

The Teaching Constitucional Law in the Faculty of Law and Social Sciences of Nacional University of Córdoba (1857 - 2008)

Abstract: This essay analyzes the origin and development of Teaching Constitutional law in our House. It started in 1857 when this subject was first included in the faculty of Law and Social Sciences programs. Of Nacional University of Córdoba - When 2000 year was ending, a new plan of studies is put into practice aproved by the Notable Directory Council throug 207/99 Resolution.

Keywords: Luis Cáceres- Gerónimo Cortés- University of Córdoba - Faculty of Law and Social Sciences- Law Education - Constitutional law.

SECCIÓN VI FILOSOFÍA

ABRIL, CELIA

¿Do exist rights besides social rights? On the problem about a liberal analysis of rights

Abstract: The aim of the present study is to expose the main difficulties of the liberal analysis of wrights that leads to the exclusion of social wrights. I take into account two major sources of this difficulty, these are: a predetermined conception of the individual or a description of the subject to dispense with the community and the opposite character assigned to wrights that sets up as a necessary condition of existence the judicial claim. The critical evaluation

of the liberal analysis of wrights has the purpose of revealing the need of an epistemologic turn which guide to an articulate and solid analysis of the concept of wrights intertwined with other concepts - individual, citizen, duties - and, in this way, overcoming the inconsistent and the isolation of the common use of the general concept of wrights.

Keywords: Civil rights, social rights, obligations, individual, person, citizens, requirement.

ABRIL, ERNESTO

About social rights and its demand. (Some implications on its relation with State of Law and Citizenship `s concepts)

Abstract: The present tried to explain the demand of social rights after the constitutional incorporate in 1994. The relationship between the concepts of "social right" and their different meaning inside "law theory" are assigned to "law state" and citizenship". I try to show the difference and difficulties of the concept which changes depending on their effective use of one theories does. This article try to show the importance of the incorporation of this topics in "Law introduction." This idea was introduced by H.W. Hohfeld traduced by Carlos Nino in LAW ANALYZE INTRODUCTION book we use in the chair.

Key world: social right, law state, citizenship, demand of social rights, notion of law concept.

FATAUROS, CRISTIAN AUGUSTO

Why it is impossible to eliminate disagreement within society? A review of Jeremy Waldron's arguments.

Abstract: In Law and disagreement, Waldron strongly criticizes Constitutionalism, and supports Democracy like the proceeding to solve society's disagreements. I will analyze his argument's foundations. I will describe how disagreement works through the debate about political decisions, about the proceeding outcome, about moral judgments and finally about proceeding itself. I will show that, according to his proposal, disagreement turns out into a problem impossible to eliminate. I will show that his criticism is accurate and painstaking; however, it is not conclusive in favour of the legitimacy of Democracy like the single proceeding to solve disagreements because the same criticism could be made against democratic proceeding as well.

Keywords: Constitucionalism, Judicial Review, Political Philosophy, Legal Philosophy, Jeremy Waldron.

SECCIÓN VII SOCIOLOGÍA Y POLÍTICA

AVALLE, GERARDO

The devices governmental regulation and disciplining of conflicts. An analysis of the trade union struggles

Abstract: The significant transformations in the world of work as a result of the dismantling of the state-corporate pact and a change in the way of accumulation imported at the international level, in turn, a reconfiguration of the struggles of labor and machinery designed for state regulation . This work investigates specific configuration of the contemporary struggles union in Cordoba state, and the devices that are activated in front of them. To announce this, it was used content analysis techniques on a set of in-depth interviews conducted with trade union activists of Cordoba.

Keywords: State - labor -trade union - mechanisms.

BERGOGLIO, MARÍA INÉS – AMIETTA, SANTIAGO ABEL

Decisions of Judges and Jurors: the Harshness of Punishments in the Views of Córdoba Lay People and Magistrates

Lay participation has historically been viewed as a mechanism to lessen the severity of punishments proposed by magistrates. Nevertheless, its implementation in Córdoba takes place in the opposite situation, when the citizens request a tough response from the judges. The article reviews how the tensions between the guarantee-based approach, typical of judges and lawyers and the demand for penal harshness -coming from common citizens- are handled in the implementation of this experience. The analysis uses data obtained in the sentences pronounced in the period 2005-2007, and interviews to lawyers and magistrates.

Keywords: Jury trials – Internal and External Legal Culture – Demands for Penal Harshness.

BISIG, ELINOR

The academic discourse and representations of the children Córdoba: 1884 – 1914

Abstract: The article describe the institutions designed for the assistance of the defenseless in Córdoba and we analyze the academic and institutional discourse through the critical analysis of doctoral theses and other historic sources, during the period from the creation of the first institutions to the early XX century, when specific laws of protection are sanctioned at a national level and the state intervention is formalized through welfare and legal institutions that delimited the family protection. We will report the different ideological perspectives and debates that were developed about this issue in the academic and juridical field.

Keywords: Social representations – childhood – academic discourse – Córdoba.

BONAVITTA, PAOLA

Women and social capital: Networks, strategies and collective actions to fight against poverty

Abstract: Our problem appears in front of the phenomenon of the increasing poverty. This population is excluded from the productive economy, which depends of state policies and of properties supplied by non governmental organizations.

The traditional strategies to fight against poverty in Latin American, seem to be in crisis. However, recent researchs focus on the idea that the networks created by poor people, formal networks (organization of base) as well as informal networks, help them to look for solutions to their own problems. Our research aims at highlighting the relational capacity of poor people to find a solution to their poverty and discrimination problems, by recognizing the mechanisms and social, organizational, material, communicative and symbolic resources, that are at play in the collective actions.

Keywords: Communication. Social capital. Collective action. Poverty. Latin America. Networks.

BONETTO, MARÍA SUSANA

To the reformulation of the sciences for a suitable response to the regional problems

Abstract: In this piece of work we raise some reflections concerning possible development of Social Sciences that allow a more appropriate analysis of present Latin American processes.

To achieve these goals, we resort to the contributions of I. Wallerstein and other authors that contributes from Latin American to a critical regional reflection.

Keywords: Social Sciences- Latin American-unthink-theoretical contributions.

CIUFFOLINI, MARÍA ALEJANDRA – DE LA VEGA, CANDELA

Social struggles against inequality in Córdoba: the power of citizenship on the margins

Abstract: The origins and consequences of inequality have been always a concern for democratic policies, and even a declared priority in the state agendas. Nevertheless, the alarming indicators in Latin-American reality cast doubts on the egalitarian promises of democracy and citizenship. This disenchantment has lighted again social struggles and conflicts and has

returned contentious contents into politics. In that context, the present article tries to analyze the meaning, objections and re-definition of citizenship constructed by these social struggles post 2001 in Cordoba city.

Keywords: Social struggles - inequality - citizenship.

DÍAZ DE LANDA, MARTHA

The regional governance and the normative dilemma of the provincial legislation on regionalization in Córdoba (Laws N° 8864/00 and 9206/04)

Abstract: The Province of Córdoba (Argentina)'s regionalization laws look for to change the old interlocal governance into a new one more cooperative and decentralized. The observed results of the regionalization process show that the local governments are in general reticent to the incorporation of the legal objectives. The paradox is that this process was sought viable, feasible and strengthened by the existence of a body normative sanctioned by the Legislative Power (Laws n° 8864/00 and 9206/04). Therefore, it may be asked about the law capacity to norm an action system characterized by the inclusion of autonomous actors to guarantee cooperative governances' development. There is a normative dilemma so far the provincial juridical system has reserved its hard norms to operate as resource of defense for the local interests, even if they are obstructive to the regional development.

Keywords: Regionalization - governance - political coordination.

GASTIAZORO, MARÍA EUGENIA

The Concentration of Women in the Judiciary

Abstract: The growing concentration of women in the judiciary, associated with the deepening of gender inequalities in the profession, indicates the importance of studying the dynamics of production and/or transformation of gender differences, as well as the contribution of women to these processes.

Relations between productive and reproductive spaces and times, private and public life, family and working time are very important to understand this issue, in the context of the recent transformations of legal profession. The opinions of the professionals gathered in the interviews suggest different orientations to explain the situation.

Keywords: Legal profession, relation between work and family life, identity, gender.

LAJE, MARÍA INÉS

The Teenagers' rights in conflict with the law in the new context

Abstract: The purpose of this article is to analyse, from the point of view of different adults social actors, the transformation process promoted by the new legislative context in Córdoba Province. Taking into account some interviews, we can point out that we are in a transition period, the way passage to consider children subject of law raise the development of institutional agents differential processes. Some of them move slow (the step is slow), in others is progressively expressed in thier discourse, however, it is understood as an important context, largely awaited which reinforces their lines of a silent work framed in the integral protection. From interviews analysis, we will categorize discourses which reveal, not only, difficulties involved in change, but also the possibilities for new actions in childhood field capacities building.

Keywords: Teenagers in conflict with the law - publish policy - institutional agents.

LISTA, CARLOS

Justice at risk: the World Bank and the judicial reforms in Latin America

Abstract: Several transnational agencies, among others the World Bank, have shown renewed interest in promoting judicial reforms in Latin America over the past decades. The principal argument held is that the fragility of the rule of law and the judicial systems prevent economic development and governance in the region. In this sense, the Latin American societies are

defined as risk societies. This work focuses on the judicial reform and discusses the arguments in favor of its legitimization as well as the main consequences, implications and risks of these renewed attempts at legal and political intervention.

Keywords: Justice – risk – World Bank- judicial reforms.

SÁNCHEZ BUSSO, MARIANA

The penal system: ¿an antidiscriminatory tool?

Abstract: The theoretical speeches more recent feminists have demonstrated strongly the contradictory idea to understand to the punitive power like an instrument that can give answer to the vindications of the women. The penal system represents, into the hands of the State, the most powerful means for the social control; but it contains, also, a vision of the sort constructed by different social mechanisms. Thus, to ask to us if the penal law can fight the sort inequality, at first sight, seems a contradiction. However, we cannot stop recognizing that the Law -including the penal system- is constituted in the society like the main scope of problematic perception, reception and discussion of the social ones. Its effectiveness as way to transmission of values and factor of change it can be questioned but never rejected. Still more, in the field of the sort inequalities, the language of the right has had an important political function: to have given particular force to the vindications of the movements of women, who began to demand for himself and the others the treatment and the satisfaction of new material needs and morals. This debate is analyzed in the present work, which reviews the different theoretical conceptions that they reason on the aptitude of the penal system as transforming tool of the social reality or scope of fight feminist.

Keywords: Penal System - Feminism - Gender Inequality - Gender abuse.

SCHAPIRA, LEOPOLDO

Attitude of employers concerned to young applicans between 18 and 25 years old

Abstract: The paper reports a contribution to the IV International Congress on “The culture of Work and the Social Inclusion of the Youngest Working Population” organized by Funcación Inclusión Social Sustentable (ISS) in Pabellón Argentina, Ciudad Universitaria, Córdoba, with the support of the UNC.

This cualitative exploratory research adds information to the scope built for previous versions of Congresses organized by ISS with the same purpose.

In may 2008, 42 interviews among HR responsables in different sizes enterprises and consultant firms were carried out. As a result an upset between employers an young candidates was detected which ends punishing the joining of young population to the labor market.

Aspects of a contradictory relationship between employers and candidates is formulated and a possible strategy to overcome the situation by redefining labor condition is expounded.

Keywords: Labor Marked - Young Population - Prejudice.

URQUIZA, MARÍA ISABEL – RUSCA, BRUNO

And you will be like gods”. The trial by jury in Cordoba, in the speeches of the constitutional debates of 1987 and the parliamentary ones of Law Nº 9182.

Abstract: The province of Cordoba, in its constitutional reform of 1987, incorporated the trial by jury during the democratic fervor of the eighties. In 2004, the provincial law nº 9182 regulated this implementation. The article compares the arguments that arose during the constitutional debates of 1987 and the legislative ones of 2004, considering that both occurred in different historical moments. Then, we will review the connections of these speeches with the views of theorists - Montesquieu, Tocqueville, and Weber - who reflected deeply on the juries.

Keywords: Juries – speech – debates – theorists – fundamentals.



INDICE GENERAL

Reglamento del Anuario - Normas Editoriales	V
Palabras Preliminares	IX
Crónica del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - Año 2008 -	XI

SECCIÓN I DERECHO PÚBLICO

ARGENTINA: ENTES REGULADORES INDEPENDIENTES A CARGO DE EXPERTOS: ¿ANACRONISMO O DEUDA INSTITUCIONAL PENDIENTE? <i>por Jorge Edmundo Barbará</i>	3
LA CLÁUSULA DE CONCIENCIA Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN CONTEXTO HISTÓRICO-JURÍDICO: NUEVA MIRADA <i>por Esther Susana Borgarello</i>	27
EL ABORDAJE JURÍDICO DE PROBLEMAS AMBIENTALES <i>por Marta Susana Juliá</i>	37
ALCANCES Y LÍMITES DE LA COORDINACIÓN HORIZONTAL MEDIANTE REDES: EL CASO DE LA AGENCIALIZACIÓN EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA-ARGENTINA <i>por María Alejandra Nallino</i>	53
LA PROBLEMÁTICA DE LA CALIDAD INSTITUCIONAL DE LAS ARTICULACIONES INTERMUNICIPALES EN ARGENTINA <i>por Myriam Consuelo Parmigiani de Barbará</i>	79
EL DEBIDO PROCESO ADJETIVO Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD <i>por Irma Pastor de Peirotti y María Inés del C. Ortiz de Gallardo</i>	105
EL ACCESO A LA JUSTICIA Y SU PROYECCIÓN SOBRE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. A PROPÓSITO DEL CASO ITZCOVICH <i>por Ivana Piccardo</i>	121

SECCIÓN II DERECHO PENAL

LA JURISPRUDENCIA EN LOS ACCIDENTES DE TRÁNSITO <i>por Ana María Cortés de Arabia</i>	139
LA PROTECCIÓN DEL TESTIGO DE MANIFESTACIONES DELICTIVAS COMPLEJAS Y EL DERECHO DE DEFENSA DEL IMPUTADO <i>por César Fortete</i>	161
DEL PASO DE UN DERECHO PENAL DEL NIÑO A UN DERECHO DE PROTECCIÓN A LA NIÑEZ <i>por María Teresa Vocos</i>	183

SECCIÓN III DERECHO PRIVADO

EL AMPARO COLECTIVO COMO VÍA DE TUTELA EFECTIVA DEL MEDIO AMBIENTE - ALGUNAS PROPUESTAS PARA UNA ARMONIZACIÓN EN MERCOSUR <i>por Rosa Angélica Avila Paz de Robledo</i>	215
EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS. ¿UNA CUESTIÓN DE HECHO O DE DERECHO? <i>por María Virginia Bertoldi de Fourcade, Patricia Deborah Stein, Adriana Esther Raffaeli y Andrea Isabel Fornagueira</i>	241
VIOLENCIA DOMÉSTICA E INTERVENCIONES ESTATALES. ANÁLISIS MULTICULTURAL DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR E INTERVENCIONES ESTATALES: UN ESTUDIO COMPARATIVO EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA (ARGENTINA) Y EL ESTADO DE YUCATÁN (MEXICO) <i>por Nora Lloveras, Olga Orlando, Laura Valdemarca, Laura Cantore, Valeria Durán, Laura Valles, Carmen Faride Peñas Castillo y Sanry Marrufo Corrales</i>	267
¿ES LÍCITA LA CESIÓN DEL DERECHO DE VOTO EN EL CONCURSO PREVENTIVO? <i>por Efraín Hugo Richard</i>	287
CARÁCTER MUTABLE DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL EN MATERIA MATRIMONIAL <i>por Amalia Uriondo de Martinoli</i>	313

SECCIÓN IV
DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO, RELACIONES
INTERNACIONALES E INTEGRACIÓN REGIONAL

EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE UNASUR Y SU COHERENCIA CON EL MODELO DE INTEGRACIÓN DE ESE PROCESO <i>por Zlata Drnas de Clément</i>	337
DERECHOS HUMANOS Y RELACIONES INTERNACIONALES: REFLEXIONES SOBRE EL ENTRECRUZAMIENTO DE ESTAS DISCIPLINAS EN LA TEORÍA Y PRÁCTICAS INTERNACIONALES <i>por Carlos A. Juárez Centeno</i>	351
EL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS Y LOS ORGANISMOS REGIONALES <i>por Graciela R. Salas</i>	365
NOSOTROS Y LOS OTROS: CONOCIENDO-NOS <i>por Enrique Shaw</i>	379
EL ESTADO DE NECESIDAD COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE ILICITUD: EL CASO <i>CONTINENTAL C. REPÚBLICA ARGENTINA</i> <i>por María Alejandra Sticca</i>	393
UNASUR: UNA NUEVA DIMENSIÓN DE LA INTEGRACIÓN SUDAMERICANA Y LA RELEVANCIA DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTES Y DE ENERGÍA <i>por María Cristina Montenegro, Luis Cruz Pereyra y Verónica Zamzem</i>	413

SECCIÓN V
HISTORIA DEL DERECHO

EL SACRAMENTO DE LA CONFESIÓN. LOS <i>MANUALES</i> Y LAS <i>SUMAS</i> DE CONFESIÓN <i>por Marcela Aspell</i>	431
EL LEGADO A LA CULTURA JURÍDICA DE TRES OPERADORES CULTURALES—PARRAS, MURIEL Y MACHONI— EN LA LIBRERÍA DE PREDICADORES DE CÓRDOBA (SIGLO XVIII) <i>por Matilde Tagle de Cuenca, Diego Robledo, Natalí S. Libera y Angeles Olmedo</i>	449

LA FACULTAD DE DERECHO DE CÓRDOBA. SU CREACIÓN EN 1795 <i>por Félix A. Torres</i>	469
EL MIEDO A LOS "HEREJES LUTERANOS". CÓRDOBA DEL TUCUMÁN, 1806-1807 <i>por Jaqueline Vassallo</i>	477
LA ENSEÑANZA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EN LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA (1857-2008) <i>por Ramón Pedro Yanzi Ferreira</i>	493

SECCIÓN VI FILOSOFÍA

¿EXISTEN DERECHOS QUE NO SEAN SOCIALES? SOBRE EL ORIGEN DE LAS DIFICULTADES DEL ANÁLISIS LIBERAL DE LOS DERECHOS <i>por Celia B. Abril</i>	521
SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES Y SU EXIGIBILIDAD (ALGUNAS IMPLICANCIAS EN SU RELACIÓN CON LOS CONCEPTOS DE ESTADO DE DERECHO Y CIUDADANÍA) <i>por Ernesto Abril</i>	533
¿POR QUÉ ES IMPOSIBLE ERRADICAR EL DESACUERDO? UN ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE JEREMY WALDRON <i>por Cristián Augusto Fatauros</i>	549

SECCIÓN VII SOCIOLOGÍA Y POLÍTICA

LOS DISPOSITIVOS GUBERNAMENTALES DE REGULACIÓN Y DISCIPLINAMIENTO DE CONFLICTOS. UN ANÁLISIS DE LAS LUCHAS SINDICALES <i>por Gerardo Avalu</i>	565
LAS DECISIONES DE JUECES Y JURADOS: LA DUREZA DEL CASTIGO PENAL SEGÚN LEGOS Y LETRADOS EN LA EXPERIENCIA CORDOBESA <i>por María Inés Bergoglio y Santiago Abel Amietta</i>	585

DISCURSO ACADÉMICO-INSTITUCIONAL Y REPRESENTACIONES DE LA INFANCIA CÓRDOBA 1884-1914 <i>por Nidia Elinor Bisig</i>	609
MUJERES Y CAPITAL SOCIAL: REDES, ESTRATEGIAS Y ACCIONES COLECTIVAS PARA ENFRENTAR LA POBREZA <i>por Paola Bonavitta</i>	629
HACIA LA REFORMULACIÓN DE LAS CIENCIAS SOCIALES PARA UNA ADECUADA RESPUESTA A LOS PROBLEMAS REGIONALES <i>por María Susana Bonetto</i>	643
LAS LUCHAS SOCIALES CONTRA LA DESIGUALDAD EN CÓRDOBA: LA POTENCIALIDAD DE LA CIUDADANÍA EN LOS MÁRGENES <i>por María Alejandra Ciuffolini y Candela de la Vega</i>	661
LA GOBERNANZA REGIONAL Y EL DILEMA NORMATIVO DE LA LEGISLACIÓN PROVINCIAL DE LA REGIONALIZACIÓN EN CÓRDOBA (LEYES N° 8864/00 Y 9206/04) <i>por Martha Diaz de Landa</i>	683
LA CONCENTRACIÓN DE LAS MUJERES EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA <i>por María Eugenia Gastiazoro</i>	705
LOS DERECHOS DE ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY EN EL NUEVO CONTEXTO <i>por María Inés Laje</i>	723
LA JUSTICIA EN RIESGO: EL BANCO MUNDIAL Y LAS REFORMAS JUDICIALES EN LATINOAMÉRICA <i>por Carlos A. Lista</i>	739
EL SISTEMA PENAL: ¿UNA HERRAMIENTA ANTIDISCRIMINATORIA? <i>por Mariana N. Sánchez Busso</i>	759
LA INCLUSIÓN LABORAL DE LOS JÓVENES DE 18 A 25 AÑOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS EMPLEADORES DE CÓRDOBA <i>por Leopoldo Schapira</i>	779
“Y SERÉIS COMO DIOSES”. EL JUICIO POR JURADOS EN CÓRDOBA EN LOS DISCURSOS DE LOS DEBATES CONSTITUCIONALES DE 1987 Y PARLAMENTARIOS DE LA LEY N° 9182 <i>por María Isabel Urquiza y Bruno Rusca</i>	791

SECCIÓN VIII BECARIOS

<p>EL DERECHO PENAL SUSTANTIVO ARGENTINO DESDE LA PERSPECTIVA GARANTISTA CONTEMPORÁNEA <i>por Gonzalo Javier Basso</i></p>	811
<p>PLURICULTURALIDAD Y GARANTÍAS JUDICIALES: ALCANCES DE SU APLICACIÓN AL CASO DE LAS COMUNIDADES ORIGINARIAS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE I.D.H, Y DE LOS TRIBUNALES NACIONALES DE LA REPÚBLICA ARGENTINA DESDE LA VIGENCIA DEL CONVENIO 169 O.I.T. <i>por Natalia Patricia Copello Barone</i></p>	815
<p>INFLUENCIA DEL ACTUAL MODELO DE ENSEÑANZA JURÍDICA, EN LAS ORIENTACIONES VALORATIVAS DEL EJERCICIO PROFESIONAL: ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE ABOGADOS LITIGANTES Y ABOGADOS REPRESENTANTES DE ONGS Y OTROS MOVIMIENTOS SOCIALES <i>por Mariana Manzo</i></p>	819
<p>NUEVAS EXCEPCIONES A LA REGLA DEL PREVIO AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS COMO ALTERNATIVA PARA REFORZAR EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS <i>por Federico Robledo</i></p>	823
<p>GENEALOGÍA INTELECTUAL Y CONCEPTUALIZACIONES CRÍTICAS DEL POPULISMO LACLAUNIANO <i>por Guillermo Javier Vazquez</i></p>	829
ABSTRACS AND KEYWORDS	833