

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

**CENTRO DE INVESTIGACIONES**  
**JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANUARIO XIII**  
**(2011)**

**ABRIL, Ernesto; ALTAVILLA, Cristian; ARABEL, Ana Carolina; ASPELL, Marcela; AVENDAÑO, María del Carmen; ÁVILA PAZ DE ROBLEDO, Rosa Angélica; AZAR, Aldo Marcelo; BARBARÁ, Jorge Edmundo; BASANTA, Alicia D.; BERGALLO, Santiago (h); BERGOGLIO, María Inés; BIANCIOTTI, Ricardo; BISIG, Elmor; BORGARELLO, Esther Susana; CERUTTI, María del Carmen; CIUFFOLINI, María Alejandra; DIAZ DE LANDA, Martha; DRNAS DE CLÉMENT, Zlata; ETCHECHURY, Horacio; FATAUROS, Cristian Augusto; FERRERO, Cecilia María; FERREYRA, María Inés; FOA TORRES, Jorge; GARCÍA CERALLOS, Soledad; GARCÍA CHIPLE, Eduardo; GONZÁLEZ CASTRO, Manuel Antonio; JUÁREZ CENTENO, Carlos A.; JUÁREZ FERRER, Martín; JULIÁ, Marta Susana; LLOVERAS, Nora; MONTENEGRO, María Cristina; ORLANDI, Olga; PARMIGIANI DE BARBARÁ, Myrtam Consuelo; PASTOR DE PEIROTTI, Irma; PEREYRA, Luis Cruz; PINTORE, Eduardo José; PIÑA, María del Carmen; PIÑA, María Estela; ORTIZ, María Inés; RICHARD, Efraín Hugo; RODRÍGUEZ, José Eugenio; ROSETTI, Andrés; RUSCA, Bruno; SAAD DE BIANCIOTTI, Carla; SALAS, Graciela R.; SÁNCHEZ, Mariana; SCHAPIRA, Josefina; SCHAPIRA, Leopoldo; TORRES, Félix A.; UBIONDO DE MARTINOLI, Analía; YACA NARVAJA, Tania; VILLEGAS GUZMÁN, Sabrina; YANZI FERREIRA, Ramona Pedro; ZAVATTI DE ROUGIER, Adriana**

Copyright © 2012 by La Ley S.A.E. e L.  
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: 300

L.S.N. 1667-6122  
RNPI en trámite

**AUTORIDADES**  
**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA**

*RECTORA*

**S. Carolina SCOTTO**

*VICERRECTORA*

**Hebe GOLDENHERSH**

**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**

*COORDINADORA ACADÉMICA POR ABOGACÍA*

**María Alejandra STICCA**

*COORDINADORA DE EXTENSIÓN POR ABOGACÍA*

**Isabel Lucía ALEM DE MUTTONI**

*COORDINADORA DE EXTENSIÓN POR LA ESCUELA DE  
TRABAJO SOCIAL*

**Olga PÁEZ**

**COORDINADORA DE EXTENSIÓN POR LA ESCUELA DE  
CIENCIAS DE LA INFORMACIÓN**

**Paulina BRUNETTI**

**COMITÉ EDITORIAL DEL ANUARIO XIII DEL CIJS**

**Marcela Aspell  
Myriam Consuelo Parmigiani de Barbatá  
Patricia Scarponetti  
Alberto Zarza Mensaque  
Juan Carlos Palmero  
María Alejandra Sticca (Secretaría)**

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

**Celia ABRIL  
Ernesto ABRIL  
Isabel Lucía ALEM DE MUTTONI  
Julio ALTAMIRA GIGENA  
Guillermo BARRERA BUTELER  
María Inés BERGOGLIO  
Elinor BISIG  
Rosa Elena BOSSIO  
Ricardo CARACCIOLO  
María del Carmen CERUTTI  
Manuel CORNET  
Martha DIAZ DE LANDA  
Gonzalo FERNANDEZ  
María Eugenia GÓMEZ DEL RÍO  
María Cristina MERCADO DE SALA  
Ricardo MIROLO  
Jorge MONTERO  
José Milton PERALTA  
María Cristina PLOVANICH  
Ernesto J. REY CARO  
Efraín RICHARD  
Horacio ROITMAN  
Andrés ROSSETTI  
Carlos TOSELLI  
Graciela SALAS  
Analía URIONDO DE MARTINOLI  
Juan Marco VAGGIONE  
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) y periódica (anual). Presenta a la comunidad académica los resultados de las investigaciones que tienen sede en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, así como en otras instituciones análogas, con el propósito de estimular el diálogo interdisciplinario, sin privilegiar perspectivas, ni 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 un CD, letra Times New Roman, tamaño 12, a un solo espacio. El CD deberá estar etiquetado 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 10 a 18 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

Este nuevo Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS) —ya el XIIIº—, ve la luz en un momento de particular dinámica de la institución y por cierto la testimonia.

El CIJS ha vivido en los últimos tiempos un ascendente proceso de multiplicación de programas y proyectos de investigación, de mano tanto de nuestros investigadores de planta permanente, cuanto de profesores de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y de investigadores y becarios de diversas agencias nacionales y extranjeras de promoción del desarrollo científico. Los resultados parciales de algunos de esos esfuerzos se vuelcan precisamente en el Anuario.

La variedad de perspectivas y temas abordados en la presente publicación es una muestra del pluralismo teórico y metodológico que preside la cotidiana tarea del CIJS, así como del compromiso de nuestros investigadores con la dilucidación de problemáticas jurídicas y sociales de profunda actualidad.

Valga pues este *Anuario XIIIº* como contribución al quehacer de la comunidad académica y al desafío permanente de nuevas búsquedas de un conocimiento socialmente útil para el desarrollo con equidad.

Agradecemos la colaboración de "La Ley S.A.E. e I." y a todos los que han contribuido de diversas maneras a esta publicación.

*Myriam Consuelo Parmigiani de Barbard*  
DIRECTORA



## **CRONICA DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

**Año 2011**

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:

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

***Becas de Progreso:*** 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 Ciencias 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 **XII Jornada sobre Experiencias en Investigación**, la que se llevó a cabo los días 12 de octubre del 2011.

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, se presentó la **"Octava Feria de Información sobre Becas y Subsidios para Intercambio e Investigación"**, que contó con la participación de instituciones tales como DAAD, IICANA, Alianza Francesa, 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 XV 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](http://www.derecho.unc.edu.ar) (Institucional/Centro de Investig.).



**SECCIÓN I.**

**DERECHO PÚBLICO Y ANÁLISIS DE  
POLÍTICAS PÚBLICAS**





## **COORDINACIÓN Y ACUERDOS NEGOCIADOS EN LAS RELACIONES NACIÓN-PROVINCIAS. EL CASO DEL "COMPROMISO FEDERAL" DE 1999.**

*Cristian Altavilla\**

**Resumen:** El diseño institucional de las relaciones intergubernamentales en torno al régimen de coparticipación federal de impuestos exige el acuerdo entre ambos niveles de gobierno (el nacional y los provinciales) para introducir modificaciones en la distribución de los fondos coparticipables. En los distintos procesos de negociación ocurridos en las últimas décadas puede observarse que el marco institucional donde tales negociaciones se desenvuelven constituye un factor determinante de las mismas, desde que delimita las capacidades de los actores involucrados, forma sus percepciones y preferencias, da alcance y efectividad a sus recursos de acción y delimita las estrategias disponibles.

**Palabras Claves:** Relaciones Intergubernamentales - Neoinstitucionalismo  
- Procesos de Negociación - Acuerdos Negociados.

### **1. Introducción**

En el presente trabajo se intenta dilucidar los factores que intervienen en los acuerdos negociados alcanzados entre los distintos niveles de gobierno en torno al régimen de coparticipación federal de impuestos. Para ello, hemos delimitado el tema de investigación a las relaciones verticales entre nación y provincias en un área particularmente paradigmática de este complejo relacionamiento, el régimen de coparticipación federal de impuestos, a través del estudio de un caso concreto (el acuerdo llevado a cabo entre el gobierno nacional y los gobiernos provinciales denominado "Compromiso Federal" del 06 de diciembre de 1999, durante el gobierno de la Alianza) haciendo un paralelismo con otros casos similares. En el análisis de este caso en particular se pusieron de manifiesto ciertos factores del sistema político que influyen en la toma de decisiones conjunta, en el caso, a través de acuerdos negociados.

---

\* Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Cs. St., Universidad Nacional de Córdoba, adscripto de Derecho Político y de Derecho Público Provincial y Municipal, Facultad de Dcho. y Cs. St., UNC. Becario de CONICET.

Las relaciones intergubernamentales (RIG) se articulan principalmente a través de tres vías (JORDANA 2002): los partidos políticos, las redes burocráticas y el diseño institucional. En el presente trabajo nos enfocaremos en los condicionamientos institucionales que impactan sobre las RIG, dentro de los cuales agregamos también no sólo el sistema de partidos, sino también el régimen electoral, pues los consideramos parte del marco institucional más amplio dentro del cual aquellas relaciones se desenvuelven, en otros términos, del sistema político.

## 2. Marco teórico

En el diseño del marco teórico se ha tenido especial cuidado de considerar tanto las limitaciones institucionales del ambiente como la presencia e importancia de los actores en juego. Para este análisis, partimos de un marco teórico que nos permita considerar las *relaciones intergubernamentales*, los *actores* involucrados, el *contexto* donde aquellos interactúan y finalmente, las *reglas del juego* bajo las cuales se desarrollan aquellas relaciones.

### a. El Neoinstitucionalismo

Nuestro enfoque teórico parte de los supuestos del neoinstitucionalismo. Esta nueva corriente que se ha posicionado en las últimas tres décadas como el paradigma en las ciencias políticas, presenta distintas versiones. De todas ellas<sup>1</sup>, pensamos que los supuestos y aportes realizados por la versión de la elección racional y el histórico nos proporcionan las herramientas analíticas y los supuestos adecuados para encarar el presente trabajo de investigación.

Las relaciones intergubernamentales son un sistema de comunicación, de coordinación y de toma de decisiones conjunta (JORDANA 2002:7); en ellas, tanto el diseño institucional como los actores que las llevan a cabo juegan un rol fundamental que deben ser considerados para encarar su análisis. En este cometido, los aportes de la elección racional en combinación con los del neoinstitucionalismo histórico resultan ser de extrema utilidad.

<sup>1</sup> Algunos autores (como PETERS 2003) identifican siete versiones neoinstitucionalistas, el denominado neoinstitucionalismo normativo, el de la elección racional, el histórico, el empírico, el sociológico, el de representación de intereses y el internacional. Por su parte HALL y TAYLOR (1996) sólo hablan de tres nuevos institucionalismos: el sociológico, el histórico y el de la elección racional.

La versión de la elección racional (*rational choice approach*) parte del supuesto de individuos racionales que buscan la maximización de sus ganancias a través de un cálculo del costo/beneficio que realizan en cada oportunidad de toma de decisión. Son sujetos maximizadores. Si bien en su versión clásica, esta vertiente neoinstitucionalista consideraba a los sujetos como plenamente racionales (*racionalidad instrumental*) y plenamente informados (*información perfecta*) tanto de sus propios objetivos como de los medios y herramientas para alcanzarlos, la teoría política en su evolución reciente ha sabido superar esta visión estrecha de la realidad. "Los modelos de la elección racional en política, han aplicado (hasta ahora) los supuestos básicos de la teoría económica neoclásica, que incluyen la racionalidad instrumental y la noción (usualmente implícita) de mercados eficientes"; lo que significa que "los actores poseen modelos correctos para interpretar el mundo que los rodea; o bien, que ellos reciben una retroalimentación de información que les permite revisar y corregir sus teorías inicialmente incorrectas" (NORTH 1998:97/98). De este modo, el sujeto tiene una percepción del mundo real tal cual es. Esto equivale a decir también que los actores se desenvuelven en un mundo sin instituciones, ya que aun cuando aquellas existan poca —si es que alguna— incidencia podrían tener sobre el comportamiento de un sujeto que tiene pleno conocimiento de sus objetivos y de los medios para alcanzarlos.

En efecto, a partir de trabajos de autores tales como NORTH, SHEPSLE, SCHARPE, entre otros, ha dejado de considerarse al individuo que actúa en un determinado mercado político como un sujeto plenamente informado y con racionalidad absoluta: el sujeto, si bien se lo sigue considerando como un ser racional y maximizador, no siempre dispone en todos los casos de la información lo suficientemente completa como para tomar una decisión en orden a sus intereses, lo que también equivale a decir que el acceso a esa información es costosa (*teoría de los costos de transacción*). Por otro lado, el actor individual se encuentra limitado y condicionado por el ambiente que lo rodea, desde limitaciones naturales hasta las diseñadas por los propios hombres en las relaciones sociales y de poder a través de reglas institucionales (que son consideradas aquí como *las reglas del juego*). Finalmente, debemos considerar otra limitación: la impuesta por los demás sujetos que intervienen en la toma de decisión. Los actores al momento de tomar una decisión, a menudo, no sólo consideran su propia decisión sino que también tendrán en cuenta qué decidirán los demás sujetos involucrados, esto es, la interdependencia de las decisiones (de especial predicamento en la *teoría de juegos*).

Aún con estos avances, hemos creído insuficiente el aporte dado por la elección racional para el análisis del tema bajo estudio. En efecto, para lograr un marco teórico más flexible abarcador de la realidad que se

intenta estudiar, hemos de aplicar también los aportes realizados por la *versión histórica* de este nuevo paradigma. Los sujetos aquí ya no son vistos simplemente como maximizadores, sino más bien como satisfactores. Al momento de interactuar y de tomar decisiones, los sujetos se encuentran imbuidos por un conjunto de valores y de creencias que les permiten interpretar el mundo que los rodea. Gran parte de esta información es proveída por las instituciones: "la corriente histórico-sociológica, sin desconocer que el comportamiento humano tiene racionalidad y tiende a metas, subraya que las instituciones proveen valores y elementos cognitivos conforme a los que los individuos van constituyendo sus modos de conocer, evaluar y, por tanto, preferir" (PAMIGIANI 2010:103). Esto es especialmente importante cuando nos referimos a actores políticos y, más aún, cuando éstos ejercen cargos diseñados por el marco institucional, pues al momento de tomar una decisión lo han de hacer, no tanto por sus creencias y percepciones individuales, sino más generalmente por la posición que ocupan, por su rol.

Las percepciones y preferencias de los individuos, al ser casi en esencia subjetivas (o idiosincráticas), son de imposible acceso para el investigador. Sin embargo, los *roles sociales* que éstos cumplen nos dicen mucho acerca de cuáles serían esas preferencias y percepciones. Más aún, "en la mayoría de los casos, el interés individual no sería un predictor útil de los roles relacionados con la acción, más bien, lo que interesa es la expectativa normativa dirigida a roles específicos y, por sobre todo, las preferencias y percepciones derivadas de la perspectiva de la unidad social en cuyo nombre la acción es realizada" (SCHARPF 1997:61). Esto facilita enormemente la tarea del investigador, desde que las orientaciones específicas del rol están más fácilmente disponibles que la información acerca de las orientaciones idiosincráticas de los individuos. Captar estas percepciones y preferencias individuales es crucial al momento de comprender el modo en que las interacciones se desarrollan y los resultados que producen.

Los actores también se encuentran caracterizados, principalmente, por sus capacidades y recursos de acción de que disponen. Cada actor, al momento de tomar su decisión, lo hace condicionado a una serie de factores, de entre los cuales, el más importante es la *capacidad* con que cuenta: "El término sirve para describir todos los recursos de acción que permitan a un actor influir en un resultado en ciertos aspectos y hasta cierto punto. Estas incluyen propiedades personales como la fuerza física, la inteligencia, o el capital humano y social (Coleman 1990, capítulo 12); recursos físicos, tales como dinero, tierra o poder militar; capacidades tecnológicas; acceso privilegiado a la información, etc." (SCHARPF 1997:43).

Lo fundamental aquí es que estas capacidades y recursos están, en su gran mayoría, delimitados y estructurados por las propias instituciones.

Estas delimitan y especifican con qué recursos cuenta cada actor y cómo pueden ser empleados y con qué efectividad. Por tanto, las instituciones vienen a ser la fuente de información más importante con que cuentan los actores, sobre qué y cómo pueden desenvolverse no sólo ellos mismos sino también los demás actores involucrados. Arribamos así a un concepto más amplio de institución, en tanto reglas del juego, pudiendo identificar así tres efectos que aquellas producen: (a) definen quién es capaz de participar en una particular arena política, (b) dan forma a las estrategias políticas de los diferentes actores y (c) determinan qué es lo que los actores creen como posible y deseable, es decir, moldean sus preferencias (STRINMO 2001).

En este esquema, los modos de interacción, junto con la previa determinación y caracterización de la constelación de actores involucrados, cierran este enfoque teórico, el esquema conceptual que nos permitirá encarar el análisis de las RIG.

Por constelación de actores hemos de entender el conjunto de actores involucrados en una determinada política pública y, junto con aquellos, sus percepciones y preferencias, sus recursos y capacidades y las orientaciones de su interacción. El concepto se asemeja a la noción de "matriz de juego" empleada por la teoría de juegos tradicional, pero en la versión neoinstitucionalista centrada en actores sufre una modificación sustancial: El "juego", desde este enfoque, se define a partir de la combinación de una específica constelación de actores y de un específico modo de interacción. Mientras que en el enfoque tradicional de la teoría de juegos, el juego parte del supuesto de que los jugadores están usualmente asociados con un único modo de interacción entre ellos (generalmente en el modo de un juego no cooperativo —reminiscencia de la teoría de la elección racional clásica que ve a sujetos motivados exclusivamente por sus propios objetivos e intereses—, en este nuevo enfoque se asume que una determinada constelación de actores puede ser jugada en una gran variedad de modos de interacción, no sólo como un juego "no cooperativo", sino también como un "juego cooperativo" (cuando las estrategias son elegidas por un acuerdo negociado) o como un "juego de voto" (cuando las estrategias están determinadas por la regla de la mayoría) o como un "juego jerárquico" (cuando las estrategias de uno o más actores pueden ser determinadas por la elección unilateral de otro actor) (SCHARPF 1997:69). Aquí son aplicados los distintos tipos de juegos que la teoría de juegos utiliza en sus análisis, pudiéndose mencionarse, dentro de los juegos de *motivación mixta* más arquetípicos, la Batalla de los Sexos, el Juego de Seguridad, el Juego del Gallina y el Dilema del Prisionero. Éstos constituyen representaciones teóricas de la "lógica de la situación" a la que los actores se están enfrentando y las celdas de la matriz representan los posibles resultados que pueden ocurrir cuando las elecciones estratégicas específicas de los

actores interdependientes se intersectan, las cuales pueden ser reducidas a dos: cooperación o defección (SCHARPF 1997:73).

Finalmente, los *modos de interacción* hacen referencia a las distintas formas que pueden adoptar las relaciones entre actores y las condiciones bajo las cuales se desenvuelven, definiendo las condiciones institucionales que facilitan la resolución del conflicto (que, a su vez, restringen y delimitan las capacidades estratégicas de los actores involucrados). La literatura especializada identifica cuatro modos de interacción, a los cuales denomina: "acción unilateral", "acuerdo negociado", "voto mayoritario" y "dirección jerárquica"; cada uno de los cuales responden a determinados arreglos institucionales que permiten que ese modo de interacción sea empleado. Estos arreglos son descritos a través de los términos: "campo anárquico e instituciones mínimas"; "sistemas de redes, regímenes y de decisión conjunta"; "asociaciones, circunscripciones/distritos electorales y asambleas representativas" y "organizaciones jerárquicas y Estado" (SCHARPF 1997:46).

Los modos de interacción pueden cambiar su carácter (y su capacidad para la resolución de los problemas de la política) de un marco estructural a otro: "los modos de interacción difieren en sus demandas en la capacidad institucional para la resolución de conflictos y las estructuras institucionales difieren en su capacidad para apoyar diferentes tipos de interacción. De esta manera, la acción unilateral podría ocurrir ante la ausencia de cualquier estructura institucional, las negociaciones dependerán de estructuras que aseguren el carácter vinculante de los acuerdos y las decisiones por mayoría de votos o por decisión jerárquica dependerán de arreglos institucionales mucho más específicos y demandantes" (SCHARPF 1997:47). Así por ejemplo, la interacción de los actores bajo el modo "acuerdo negociado" tendrá distintos requerimientos y condicionamientos para alcanzar sus resultados (lograr el acuerdo de las partes intervinientes) si se desarrolla bajo un marco institucional donde prima la decisión jerárquica o si lo hace en un marco donde se edeja la decisión conjunta.

Este marco estructural es el contexto donde los actores han de desenvolverse. Nuestro supuesto no parte de la idea (inalterable) de sujetos plenamente maximizadores o plenamente satisfactores. Consideramos que en la mayoría de los casos, es el contexto el que nos define si los sujetos han de actuar según sus propios beneficios o bien actuando acorde a valores preestablecidos (o heredados). En un contexto de institucionalidad débil, los actores encontrarán fuertes incentivos para actuar como *free riders* (o a la inversa, incentivos débiles en orden a seguir las reglas del juego) y por tanto se verán más libres de actuar según su propia conveniencia. En contextos de institucionalidad fuerte (donde infringir las reglas del juego sea costoso) los actores se guiarán más por los condicionamientos

impuestos por el rol que ocupan (que les es dado y diseñado por las instituciones) que por sus preferencias personales, pues aun cuando estuvieran motivados exclusivamente por un interés personal y egoísta, les sería difícil (o costoso) modificar las reglas del juego. Por tanto, determinar el grado de institucionalidad en el que los actores se desenvuelven, resulta crucial para caracterizar los actores en juego, sus percepciones, sus preferencias y sus recursos disponibles.

### **b. Relaciones intergubernamentales y diseño institucional**

Las relaciones intergubernamentales, como tales, se desenvuelven dentro de distintos modelos institucionales. Siguiendo la tipología de Deil WRIGHT (1997), podemos encontrar tres modelos de relacionamiento de las autoridades de los distintos niveles de gobierno (nacional, subnacional y local): (a) el de *autoridad coordinada*, caracterizado por la división de funciones y competencias entre los niveles de gobierno, correspondiéndole a cada uno, determinadas competencias en forma exclusiva e independiente de todos otro poder (aquí, por tanto, existirá un escaso nivel de coordinación, dado que cada nivel es soberano e independiente en la formulación e implementación de las políticas públicas que calgan dentro de su jurisdicción); (b) el de *autoridad inclusiva*, donde predomina la autoridad jerárquica de un nivel sobre el otro u otros niveles; y (c) el de *autoridad traslapante*, donde existen áreas considerables de operaciones gubernamentales que exigen la participación simultánea o concurrente de los distintos niveles de gobierno, por tanto, el poder y la influencia de que dispone cualquier jurisdicción (o funcionario) están considerablemente limitados (WRIGHT 1997:117).

Es dentro de este último modelo donde las necesidades de coordinación se ponen de manifiesto (a través, en la mayoría de los casos, del acuerdo negociado). En los primeros dos modelos, la dinámica de distribución de responsabilidades entre niveles de gobierno responde a la fórmula del *monopolio institucional distribuido*, donde a cada nivel de gobierno le son atribuidos los distintos componentes de una misma política pública (gestión, financiación y regulación), manteniéndose grandes áreas de responsabilidades separadas a través de una distribución explícita entre los distintos niveles gubernamentales. En cambio, el modelo de autoridad traslapante responde a la *fórmula del pluralismo institucional* en el que "las responsabilidades sobre determinadas áreas son compartidas por dos o más instituciones gubernamentales... implicando un sistema de interdependencia más complejo entre los actores involucrados en una política pública" (CINGOLANI Y LARDONE, 2006:199), es decir que las responsabilidades no se separan, sino que se comparten (PARMIANI 2005:157).

Las Relaciones Intergubernamentales que se desenvuelven dentro del régimen de coparticipación responden —en cuanto a diseño institucional— a la fórmula del “pluralismo institucional”, basado en un “modelo de entrelazamiento” —propio de un federalismo de concertación— con numerosos mecanismos formales de control y de negociación para resolver las exigencias de coordinación mediante procedimientos de decisión conjuntos y fórmulas institucionales que prevén la participación de todos los niveles implicados (JORDANA 2002). Ya con la reforma constitucional de 1994 se incluyen, a este respecto, previsiones específicas, tales como los “acuerdos previos” entre los poderes ejecutivos, la sanción de la ley respectiva a través de una mayoría calificada y la adhesión posterior por parte de las provincias (a través de sus respectivas legislaturas locales).

### c. Los actores del juego federal

Los actores involucrados en esta arena son, en primer lugar, el presidente de la Nación y los gobernadores de provincia, con una participación un tanto limitada del Congreso de la Nación y las Legislaturas provinciales. Tanto desde la práctica política como desde el diseño institucional que hace la Constitución Nacional del régimen de coparticipación, se exige para la sanción y/o modificación de éste, acuerdos previos entre los poderes ejecutivos del gobierno nacional y de las provincias, así como la ratificación posterior por parte del Congreso de la Nación y de cada una de las legislaturas provinciales. Por ende, el marco institucional dentro del cual se desenvuelven las relaciones intergubernamentales es el denominado de “decisión conjunta” —dado que ninguna de las partes intervinientes podría modificar unilateralmente el régimen de coparticipación— a través del acuerdo negociado.

En una primera caracterización de los actores en juego, podríamos definir al presidente de la Nación como un actor con fuertes incentivos a la disciplina fiscal, pues es el encargado de la administración y la economía general del país. A lo largo de distintos procesos políticos, el gobierno nacional ha ido concentrando recursos y competencias dentro de su jurisdicción. Estos procesos se inician ya a finales del s. XIX y se profundizan en la mitad del siglo XX. Durante la segunda mitad del s. XX en adelante (especialmente en las décadas del '70 y del '90) el gobierno nacional comenzó un proceso de descentralización cuyo resultado fue el engrosamiento de las competencias provinciales en materias tan importantes (y costosas) como salud y educación pero sin la correlativa asignación de los recursos necesarios para afrontar dichos gastos. El resultado fue una profundiza-



ción de la brecha ya existente en la relación gastos-recursos por nivel de gobierno<sup>2</sup>.

En cuanto a sus *recursos de acción*, el Presidente cuenta, desde el diseño institucional mismo que diagrama la Constitución Nacional, con importantísimas facultades en el orden político que además han sido engrosadas en la práctica (a través de leyes tales como la de Emergencia Económica y de Reforma del Estado, a través de los decretos de necesidad y urgencia, etc.). Muchas de estas competencias se traducen en el manejo discrecional de un importante cúmulo de recursos financieros que en la práctica han sido utilizados como herramientas de alineamiento de los gobernadores a su agenda política. Al ser el Presidente de la Nación el principal responsable político de la economía nacional y de la administración general del país, es el actor que en esta —como en otras importantes— materia ha tenido siempre la iniciativa en proponer cambios y modificaciones al régimen de coparticipación. Las negociaciones que se producen en las RIG verticales Nación-Provincias suelen estar guiadas desde el gobierno nacional, quien es el que, en todos los casos, fija las pautas y condiciones de la negociación, por lo que en la mayoría de los casos, tales acuerdos han sido desarrollados bajo “la sombra de la jerarquía”.

Los gobernadores de provincia cuentan, tanto por la forma federal de Estado como por el diseño del sistema electoral (donde los legisladores nacionales son elegidos por circunscripciones), que coinciden geográficamente con cada provincia, con una fuerte representación en ambas Cámaras del Congreso de la Nación. Por efecto del diseño electoral, las provincias con menos población tienen mayor representación en la Cámara de Diputados (sobrerepresentación), traducido en un importante recurso con que cuentan los gobernadores a la hora de negociar con el nivel nacional. De esta manera, los gobernadores se posicionan como importantes actores de veto frente al poder ejecutivo nacional a través de la ascendencia que tienen sobre los legisladores nacionales representantes de su distrito, pudiendo paralizar proyectos de ley que se impulsan desde el gobierno nacional. Sin embargo, debe-

<sup>2</sup> Durante la década de 1980, la participación de los gobiernos subnacionales en el porcentaje de la recaudación de recursos tributarios y no tributarios descendió de un 27,6% a un 19% mientras que su porcentaje del total de los gastos ascendió de un 30,9% a un 37,2%. “En este sentido, Argentina no escapa a la que ha sido la tendencia internacional: la participación de los gobiernos subnacionales en los recursos totales no ha crecido en proporción con el aumento del gasto de esos gobiernos, lo que se ha traducido en una creciente brecha entre gasto y recursos a nivel subnacional” (CERRASCOLO y INSABARZ 2004:121/2).

Así podemos encontrar que, mientras en la década del '80, el gobierno nacional recaudaba el 68,3% de los recursos y sus gastos representaban un 64,5% del total, en la década del '90 la relación se invierte, el nivel nacional concentra el 75,7% de los recursos y las provincias tan solo el 24,3%.

mos considerar que para que tal veto sea efectivo, resulta necesario una coalición de gobernadores, ya que un solo gobernador no sería un actor de veto lo suficientemente importante como para paralizar proyectos de ley del oficialismo, ni aun cuando todos los legisladores nacionales representantes de su distrito sean de su mismo partido y le sean obedientes, por lo que debemos tener en cuenta también la pertenencia partidaria.

#### **d. Variables que intervienen en los procesos de negociación**

Muchos factores influyen en las negociaciones que resultan ser decisivos a la hora de la negociación y de prestar acuerdos. Sin embargo, podríamos agruparlos en los siguientes (teniendo en cuenta fundamentalmente las negociaciones entre los poderes ejecutivos): (a) los recursos, lo cuales pueden ser materiales (de índole económica, la capacidad de autonomía financiera, su PBI, la capacidad de recaudación propia, etc.) y simbólicos (de índole política, el mayor o menor número del electorado que sigue a un gobernador, el peso de su figura en la arena política, la ascendencia que tenga sobre los legisladores de su provincia y los nacionales, etc. y por parte del presente, la ascendencia que éste tenga tanto sobre los legisladores nacionales como sobre los gobernadores de provincia, lo que denominamos *pertenencia partidaria y/o afinidad política*); (b) La *urgencia o necesidad* que se tenga —en el momento de la negociación— de nuevos recursos económicos (OLMEDA 2009:9); y (c) Las *percepciones y preferencias* de los actores (respecto de la situación y de los demás actores). Un aspecto fundamental aquí es la información que posean, tanto del asunto como de los otros actores, pues las decisiones son interdependientes, lo que significa que cada actor tomará un decisión no solamente en base a sus intereses y necesidades sino también y muy fundamentalmente teniendo en cuenta las decisiones tomadas o a tomar por los demás jugadores.

## **2. Negociaciones y acuerdos en torno al Régimen de Coparticipación Federal de Impuestos. El caso del acuerdo "compromiso federal"**

El 6 de diciembre de 1999, a propuesta del gobierno nacional, se firmó el Compromiso Federal con los gobiernos provinciales, a efectos de hacer frente a la nueva situación económica que atravesaba el país, caracterizada por la recesión y por un fuerte déficit fiscal agravado por el aumento de la deuda externa. En los procesos de negociaciones previas a la firma del pacto se pusieron de resalto los distintos factores que influyeron en la toma de decisión final. Allí podremos observar que el diseño institucional juega un rol fundamental a la hora de tomar decisiones en un contexto de negociaciones entre niveles de gobierno.

### El contexto y los actores

**El escenario político: Gobierno dividido.** A pesar de la enorme victoria alcanzada por la fórmula De la Rúa-Álvarez, presentada por la Alianza para el Trabajo, la Justicia y la Educación, coalición formada entre la Unión Cívica Radical (UCR) y el FREPASO<sup>3</sup>, con el 48,37% de los votos, el mapa político argentino quedó, sin embargo, en manos del justicialismo: 15 de los 24 distritos subnacionales (contando a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) quedaron en manos del Partido Justicialista (PJ), y conservaba la mayoría en la Cámara de Senadores (39 de 72 bancas, al menos hasta las elecciones de 2001) y la segunda minoría en Diputados. La Alianza gobernaría sólo en seis provincias<sup>4</sup>, tendría el 48,25% de las bancas en la Cámara de Diputados y el 29,17% en el Senado. El Presidente De la Rúa se encontró así ante un "gobierno dividido".

En este contexto, el nuevo presidente tenía *más necesidad de concertar que facultades para imponer*. Sin la sumatoria del poder que había logrado concentrar el anterior presidente, De la Rúa se vio obligado a dialogar y negociar cada proyecto que impulsara. Con los resultados de las elecciones de octubre de 1999, la UCR-Alianza si bien obtuvo la primera minoría en Diputados con 124 legisladores propios, no le alcanzaba para lograr quórum (129 escaños); esta realidad obligaba al nuevo gobierno a dialogar sino con el PJ (que contaba con 97 escaños) sí al menos con los distintos partidos provinciales que, en conjunto, reunían 24 bancas y con la que en su momento se posicionó como la tercera fuerza, Acción por la República (partido de Domingo Cavallo) que formó un bloque de 12 diputados<sup>5</sup>. La Alianza no contaba con quórum propio en la Cámara de Diputados y los 12

<sup>3</sup> Esta coalición estaba conformada por la Unión Cívica Radical, el Frente Grande, el Movimiento de Integración y Desarrollo, el Partido Intransigente y el Socialista Popular.

<sup>4</sup> Sólo dos provincias estaban gobernadas por un partido provincial. Neuquén, por el Movimiento Popular Neuquino y San Juan, por Cruzada Renovadora, derivaciones del PJ al primero y de la UCR el segundo. A diferencia de los años anteriores (computando desde el retorno de la democracia en 1983) la mengua en la participación de los partidos políticos provinciales decae notablemente (tanto en las provincias como en el Congreso de la Nación). Cruzada Renovadora había sido un desprendimiento de la UCR nacional, convirtiéndose en un partido provincial a mediados del s. XX. En las elecciones sanjuaninas de 1999 que consagraron gobernador a Avelín, este partido formó una alianza denominada "Alianza por San Juan para el Trabajo, la Justicia y la Educación"; formada por la UCR, Partido Bloquista, el MID, Política Abierta para la Integración Social, Movimiento Democrático Independiente y por la Consideración Frente País Solidario (conformada por el Frente Grande, el Partido Intransigente, el Socialista Popular y el Demócrata Cristiano). Durante toda su gestión se puso de manifiesto su *afinidad política* con el presidente, conformando el grupo de gobernadores aliados con el gobierno nacional.

<sup>5</sup> El PJ, de las 69 bancas que renovaba, sólo había logrado mantener 47 (perdiendo 22 bancas) y la Alianza había obtenido 83 legisladores de los 45 puestos en juego (con un saldo positivo de 18 bancas). El PJ había perdido cuatro bancas de diputados nacionales que se realizaron

legisladores del partido de Cavallo serían clave para la aprobación de cualquier ley (fundamentalmente del Presupuesto)<sup>6</sup>. Sin embargo, las actitudes y respuestas del nuevo presidente no fueron en esa dirección.

**El escenario económico: La herencia menemista.** La administración menemista le dejaría al nuevo gobierno de la Alianza un presupuesto con un déficit de U\$S 4.500 millones, una deuda pública total (incluyendo el sector privado no financiero) de U\$S 139.680 millones y con una deuda externa con vencimientos, para el año 2001, de U\$S 17.000 millones. La nueva administración planteaba una continuidad al mismo tiempo que un cambio en materia económica: las medidas de cambio propuestas tendían a atacar la desocupación y la pobreza, pero a fin de cuentas, para mantener el plan de convertibilidad el gobierno tuvo que recurrir a medidas tendientes a controlar el déficit y reducir el gasto (los dos males que dejaba el gobierno anterior). Dichas modificaciones implicaban más pequeños ajustes al plan anterior que un verdadero cambio, por lo que en definitiva los cambios se darían en orden a una continuación. El gran problema con que se enfrentaría el flamante presidente sería el estancamiento económico y el gran déficit fiscal que heredaba de la anterior administración<sup>7</sup>: se necesitaba, por tanto, mayor recaudación. El nuevo gobierno debía concertar con los gobernadores una quita en los montos coparticipables, para hacerlos nuevamente solidarios con esta deuda —como lo había hecho Menem con los Pactos Fiscales— y aplicar políticas de ajuste combinadas con una mayor carga impositiva<sup>8</sup>. Por otra parte, la urgencia de nuevos recursos llevó a la administración de De la Rúa a incluir en su plan económico un "paraguas financiero internacional" con un paquete de U\$S 12.000 millones que se solicitarían al Fondo Monetario Internacional (FMI) para, al menos, sortear los primeros meses de gobierno.

junto con las elecciones a gobernador en las provincias de La Rioja, Neuquén, San Luis y Caimarca (Diario La Nación, "La Alianza tendría 124 diputados", Lunes 25/10/1999).

<sup>6</sup> Como nueva tercera fuerza, Acción Por la República se posicionó como bisagra entre la Alianza y el PJ, que se disputaban su apoyo (Diario Clarín, "Cavallo prometió a De la Rúa que lo apoyará en su gestión", Sábado 04/12/1999). Por otro lado, los distintos partidos provinciales con representación en Diputados tenían, en conjunto, diez legisladores, lo cual también se convertirían en el centro de posibles alianzas, pero de difícil concreción, dado que cada uno de ellos representaban diversas provincias con diversos intereses, lo que implicaba acuerdos individuales con cada una de esas fuerzas.

<sup>7</sup> Para diciembre de 1999, el déficit fiscal sería de U\$S 6.000 millones (Diario La Nación, "La Economía que queda tras 10 años de Menem", Lunes 25/10/1999).

<sup>8</sup> El plan propuesto por el Ministro de Economía del nuevo gobierno, José Luis Machinea, se centró en dos aspectos claves: (a) una modificación del régimen impositivo, que incluiría una amplia modificación en varios de los impuestos más importantes (Ganancias, IVA e Internos); y (b) una política de ajuste, consistente en el recorte del gasto público en sectores dentro de la misma administración y a través de una detención de los recursos del Fondo Nacional de la Vivienda - FONAVI -, con lo cual se pretendía un ahorro de \$1.750 millones.

Por tanto, las prioridades del nuevo gobierno fueron: (a) sancionar el Presupuesto para el año 2000 (dado el alto nivel de déficit fiscal que heredaba de la administración anterior y a la baja recaudación que se esperaba para los próximos años, el nuevo gobierno se había planteado como primera prioridad la sanción de un nuevo presupuesto que garantice una mejor recaudación, modificando la pauta de crecimiento y estableciendo un ajuste fiscal); (b) implementación de políticas de Ajuste (principalmente en la reducción del gasto público); (c) sancionar un nuevo paquete impositivo; (d) lograr la concesión de un crédito internacional y (e) reducir el déficit fiscal. Todas estas medidas eran requeridas además por el FMI como pre requisito para el otorgamiento de un nuevo crédito. Para lograr cada una de estas medidas, el gobierno nacional necesitaba de un nuevo acuerdo con las provincias.

Por otra parte, la situación financiera de las provincias presentaba similares dificultades. Por un lado, en aquella herencia menemista venía una fuerte carga en el gasto público provincial, a través de procesos de transferencias (especialmente en salud y educación) que respondían a políticas de descentralización mal orientadas, que terminaron por federalizar el déficit y centralizar los recursos, ya que el proceso finalmente no se había cerrado con el traspaso de los fondos correspondientes que el Ministro de Economía de entonces, Domingo Cavallo, había prometido cumplir en aquellas apresuradas reformas. Las deficiencias de aquella administración se hacían sentir ahora con mucho más peso, después de casi una década de irresolución<sup>9</sup>. Por otro lado, y como consecuencia de lo anterior, el stock de la deuda pública provincial se incrementó invariablemente desde fines del gobierno de Menem y su evolución siguió *in crescendo* hasta alcanzar valores exorbitantes en la crisis económica que eclosionó en el año 2001<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Para el quinquenio 1995-1999, el gasto público provincial había alcanzado el 42,54% del gasto público total. Sin embargo, si incluimos la evolución que tuvo el sistema previsional (en manos del gobierno nacional desde la firma del Pacto Fiscal I) y de la deuda pública, el porcentaje de las provincias en los gastos para el año 2001 sería superior incluso al de la Nación, elevándose a un 61,4% el gasto provincial contra un 38,6% del gobierno nacional (Infatura de Gabinete de Ministros 2003:42). Si bien esta evolución puede ser vista como un "renacimiento del poder provincial", a través de una mayor participación en servicios y competencias (con sus respectivos gastos), la deficiente implementación de aquellos procesos de transferencias terminó por profundizar y exacerbar aquel ya existente grado de desigualdad fiscal que caracterizó históricamente a las RIG verticales y que impactan fuertemente en las percepciones y preferencias de los actores en juego. Esta desigualdad llevó a que la relación nación-provincias se caracterizara por el intento de las segundas de sobreexplotar los recursos comunes de los impuestos nacionales y por la actitud del gobierno nacional hacia la austeridad en el gasto, principalmente a través del control fiscal (JONES, SARGUINETTI y TOMMASI 1997b). El resultado fue una explotación oportunista entre ambas partes (JORDANA 2002).

<sup>10</sup> El stock de la deuda pública provincial había pasado, de US\$ 18.000.000 en 1996, a US\$ 30.000.000 en el 2001.

Pese a todo ello, las provincias no sentían, aun, la necesidad de un rescate por parte del gobierno nacional y conservaban todavía importantes recursos materiales (contaban todavía con cierta capacidad de autonomía) y simbólicos.

#### 4. Negociaciones y acuerdos en torno al Régimen de Coparticipación Federal de Impuestos. El caso del "compromiso federal"

Ante este contexto, tanto el gobierno nacional como los provinciales buscaban un nuevo acuerdo para reformular el contrato fiscal. Todo el círculo se cerraba con un nuevo acuerdo con las provincias: si concertaban con la Nación, ésta podría sancionar el nuevo presupuesto (con reducción del gasto), el nuevo paquete impositivo y finalmente cumplir con los requerimientos del FMI para comenzar las negociaciones para acceder a un nuevo crédito. Pero, mientras el gobierno nacional tenía la *urgencia* y la *necesidad* de concertar ese plan que implicaba además un compromiso por parte de las provincias de aceptar una suma fija en la distribución primaria de los recursos coparticipables (lo que las dejaba fuera de los futuros incrementos en la recaudación de los impuestos coparticipables previstos en el paquete impositivo del nuevo gobierno), entre otras obligaciones<sup>11</sup>, éstas por su parte, deseaban un acuerdo pero con la finalidad de remediar diez años de desequilibrios fiscales (producidos fundamentalmente a través de los Pactos Fiscales I y II y con los procesos de descentralización en servicios tales como salud y educación) que venían a escacerbar los desequilibrios heredados históricamente en esta materia.

El gobierno federal habría comenzado las negociaciones ofreciendo a las provincias una garantía de un piso —mínimo y máximo— en concepto de transferencias por 1.200 millones de pesos, sustituyéndose los porcentajes que establece la Ley 23.548 y la garantía de un piso mínimo del 34% en las transferencias (tengan o no carácter coparticipable). El rechazo contundente de los 15 gobernadores del PJ resistiendo todo recorte a los fondos específicos de las provincias y cualquier nuevo criterio de reparto de fondos entre nación y provincias que no sea consensuado con el conjunto de todas las provincias<sup>12</sup> y su firme posición frente al presidente, redoblando incluso la apuesta al ordenar a sus legisladores que voten el proyecto de presupuesto presentado por el justicialismo<sup>13</sup>, llevó al gobier-

<sup>11</sup> Como la de disminuir en términos nominales el gasto público provincial.

<sup>12</sup> El gobierno nacional se había planteado como estrategia original llevar estas negociaciones de modo bilateral, con cada gobernador individualmente. Pero el bloque de gobernadores justicialistas le cerró esta posibilidad.

<sup>13</sup> El PJ había presentado un proyecto propio, en el cual se estimaba el déficit en \$ 4.500 millones y se ordenaba restituir los fondos especiales a las provincias. La Alianza sin embargo,

no federal a elevar, sucesivamente, este piso mínimo (de 1.200 millones en un primer momento, pasando a ofrecer 1.250 millones y luego 1.330 millones mensuales).

Desde el inicio de las negociaciones, se formaron dos coaliciones: por un lado, el gobierno nacional junto con los gobernadores de su propio partido (quienes aceptaron las propuestas desde un principio) y los gobernadores del PJ. El factor determinante de estas coaliciones fue la pertenencia partidaria a uno u otro partido mayoritario. Sin embargo —y aun pese a que el conjunto de todas las provincias siempre ha percibido el sistema de coparticipación como un *sistema perverso*, lo que en principio las aúna en una misma colación frente a un solo actor (el gobierno nacional)— podemos observar otras características que asimilan a las provincias que conformaron la coalición del PJ. Este segundo factor es más de origen económico y responde también a la posición que tienen las provincias dentro del régimen de coparticipación: las provincias gobernadas por el PJ eran casi todas provincias chicas (a excepción de Buenos Aires, Córdoba y Santa Fe, que como veremos más adelante no jugaron un rol relevante dentro de la coalición) y que dependen fuertemente del régimen de coparticipación, cuya posición fue, desde el primer momento, la más dura. Dentro de esta sub-coalición, tenemos a las provincias patagónicas (lideradas por el gobernador de Santa Cruz) y las provincias del Norte (del NEA y del NOA lideradas por el gobernador de Salta).

Esta coalición de 15 gobernadores concentraba, en cuanto a recursos económicos, el 61,10% del Producto Bruto Geográfico (PBG), el 74% de la población total del país y el 71% en la distribución secundaria de la coparticipación. En el Parlamento, la coalición contaba con 80 escaños en la Cámara de Diputados (31,13% del total) y con 27 en la de Senadores (37,50% del total). A ello además deberíamos sumar el resto de los diputados por el PJ, cubriendo un total de 97 bancas (37,74% del total) y de senadores, con un total de 39 (54,17% del total).

Sin embargo, y paradójicamente, las provincias más grandes (Buenos Aires, Córdoba y Santa Fe) optaron por una posición más moderada. Los gobernadores de Buenos Aires y de Córdoba necesitaban un buen diálogo con el nuevo presidente, fundamentalmente para garantizar la gobernabilidad en sus respectivas provincias, sobre todo en el caso de Córdoba, que venía de una fuerte crisis financiera. Las finanzas de ambas provincias no eran del todo buenas; la deuda pública y el gasto público crecían día a día. Aunque esto sucedía en todas las provincias, en las más grandes el

---

estimaba el déficit entre 7.000 y 6.500 millones de pesos, por ende, pretendía un recorte de gastos sumado a un alza en las alícuotas de los impuestos más importantes (entre ellos IVA, y Ganancias).

peso de tales gastos se hacía sentir con mayor fuerza (las tres provincias representaban el 45% del total de todas las deudas públicas provinciales). En el caso del gobernador de Santa Fe, Reutemann, su posición "moderada" se debía además a una estrategia política del gobernador quien apuntaba a ser presidenciable para las elecciones del 2003.

Aun así, cabe destacar el fuerte peso institucional que continuaba teniendo la coalición sin aquellas tres provincias grandes. Mientras los indicadores económicos caen drásticamente (del 74% de la población total del país pasan a representar tan sólo el 18,04% de la población, el 11,30% del PBI nacional y el 11,52% del PDG nacional), su presencia en el parlamento sigue siendo importante: 33 diputados y 21 senadores (el 12,84% y el 29,17% del total de cada Cámara, respectivamente). La coalición perdía en recursos materiales<sup>11</sup> pero continuaba teniendo importantes recursos simbólicos.

De esta manera, la parte dura de la coalición de gobernadores del PJ tenía suficientes recursos para posicionarse frente al presidente como un importante actor de veto. Y así lo hizo durante el proceso de negociaciones previo al Acuerdo, amenazando incluso con votar el proyecto de ley de Presupuesto para el año 2000 presentado por el bloque justicialista, como una demostración al presidente de su fortaleza.

Las negociaciones con los gobernadores del PJ empezó trabada por el hecho de que la contrapartida que le ofrecía el gobierno nacional de un monto fijo en las transferencias de coparticipación, hacía a las provincias partícipes de las pérdidas, pero no de las futuras ganancias que podría llegar a tener el gobierno nacional —y que incluso ya se estimaban ciertas por la recuperación de la economía mundial que se pronosticaba para los siguientes años— con los nuevos impuestos a crearse y con las subas de los ya existentes. Como lo manifestaron los propios gobernadores, aquel monto —acuerdo de por medio o no— ya les correspondía por la propia ley de coparticipación<sup>12</sup>, por lo que el gobierno nacional no ofrecía nada nuevo a las provincias.

<sup>11</sup> En promedio, las 11 provincias chicas cubrían el 82,84% de sus presupuestos con fondos coparticipables, mientras que las grandes sólo con el 56,37% de tales recursos.

<sup>12</sup> Cada gobernador de este bloque había manifestado la inclusión de puntos en el nuevo acuerdo referidos a las particulares situaciones que atravesaban las provincias. El gobernador de Santa Cruz (Néstor Kirchner) planteó la coparticipación de la mayor recaudación impositiva esperada con los aumentos impositivos o con los nuevos impuestos. El gobernador de Salta (Juan Carlos Romero) habría planteado que cuando se discuta el paquete fiscal, el bloque de gobernadores del Norte y Patagonia planteará que el aumento de 3 puntos del IVA del 18 al 21% que se votó en 1995 se aplicasen a la amortización de las deudas con los Fondos Fiduciarios y la implementación de un programa global de refinanciación de las deudas de las provincias, a un plazo no inferior a los 18 años con dos años de gracia y a tasas similares a las nacionales. Los gobernadores de Córdoba (José de la Sosa) y el gobernador electo de Santa



Ello llevó al gobierno de la Alianza a incluir además, una serie de garantías tendientes al financiamiento de las deudas públicas provinciales en un plazo de 10 años, con uno de gracia, aumentó el piso mínimo a \$ 1.350 millones mensuales para el año 2000 y a \$1.364 millones para el año 2001 y a financiar con recursos provenientes de Rentas Generales los déficits globales de los sistemas previsionales provinciales no transferidos hasta la fecha del presente convenio en función de los regímenes actualmente vigentes así como los de aquellos sistemas que arrojen déficit previsional originados en forma individual (personal civil, docente, policial, etc.); absorbiendo parte de las cajas jubilatorias provinciales deficitarias al Tesoro nacional, de forma gradual. Como consecuencia, el gobierno nacional se vio impedido de incorporar en el Acuerdo más beneficios de los que originalmente estaba dispuesto a conceder gracias a la fuerte presión que recibió de los gobernadores del PJ.

### 5. Conclusión

En este proceso de negociaciones, donde la nación se vio obligada a ceder muchos beneficios a las provincias —a diferencia de lo que históricamente sucedía en materia de acuerdos Intergubernamentales—, donde el nivel nacional siempre logró concertar pactos y acuerdos que concedían a este mayores poderes y beneficios frente al otorgamiento de pocos beneficios secundarios a las provincias —tanto el contexto como el diseño institucional— jugaron un rol determinante.

Aun cuando, tras la salida de Menem del poder, el PJ pareció fragmentarse y devenir en una confederación de líderes locales-provinciales, más que en un partido nacional unificado, esta circunstancia no terminó por favorecer al gobierno de la Alianza. Los gobernadores del PJ supieron sumar sus fuerzas en pos de intereses comunes, en una coalición coyuntural débil que no pudo trascender más allá de los intereses que los unían —como quedó de resalto en las elecciones presidenciales del año 2003, donde el PJ presentó tres candidatos en forma independiente— pero que sin embargo, logró sus objetivos de hacer un frente común al gobierno federal logrando más ventajas que si hubieran negociado aisladamente con éste.

Estos hechos —políticos y económicos— invertirían el posicionamiento de la Nación y de las provincias. Durante la década de 1990, el gobierno nacional —aún con cierta urgencia— supo negociar con las provin-

Fe (Carlos Reutemann), habrían incluido en los reclamos el financiamiento de los déficits de las Cajas previsionales en manos de la provincia. Diario Clarín, "Los gobernadores del PJ se anduvieron frente a la Alianza", Miércoles 01/12/1999.

cias un acuerdo que beneficiaría a la Nación (en el corto y en el largo plazo), otorgando sólo algunos beneficios de corto plazo para las provincias.

La diferencia con los anteriores pactos fiscales reside, precisamente, en los diferentes contextos en que se celebraron y —en mayor medida aun— por los distintos posicionamientos que los actores tuvieron dentro del marco institucional, donde el sistema de partidos y electoral y su impacto en la composición del Congreso de la Nación dieron en uno y otro caso recursos de acción diferentes, más limitados en el gobierno de la Alianza que en el de Menem.

Menem había designado nuevos miembros en la Corte Suprema (previa reforma de su composición, pasando de siete a nueve), a partir de lo cual contó con la mayoría automática a su favor; la mayoría de los gobernadores fueron de su propio partido, del cual además mantuvo la jefatura partidaria, contó —consecuencia de lo anterior— con la mayoría en el Senado y con la primera minoría en Diputados y formó una estrecha alianza con la CGT, tradicionalmente más cercana al PJ que a cualquier otro partido político (a la cual, además, supo restarle poder político y participación en el Congreso<sup>26</sup>). De la Rúa heredaría la misma Corte que Menem, no tenía la jefatura de su partido, que quedaba en manos de Raúl Alfonsín<sup>27</sup> e incluso, su logro electoral se debía no sólo al partido al que pertenecía, sino a una alianza con otros partidos, de los cuales el Frepaso fue sólo el actor más importante dentro de un conjunto heterogéneo; en el Senado y en Diputados debía afrontar la mayoría del PJ y, finalmente, su relación con el poder sindical fue, cuanto menos, distante. La diferencia más importante quizás, estuvo en las distintas alianzas que uno y otro presidente lograron hacer con los gobernadores; mientras Menem tuvo una fuerte alianza con los gobernadores de las provincias más chicas, quienes tienen una fuerte representación en el Congreso, equiparándose a las provincias grandes, durante el gobierno de De la Rúa estos gobernadores fueron los principales opositores.

El diseño institucional se presenta así como un fuerte condicionante de las negociaciones en las RIG: la sobrerepresentación en el Congreso de la Nación de las provincias más pequeñas y los sesgos mayoritarios y partidarios que se observan en el sistema electoral y de partidos políticos, donde el partido mayoritario, el PJ, obtiene mayor representación en el Poder Legislativo en relación al porcentaje de votos alcanzados en cada elección, se constituyen en poderosos recursos para los gobernadores, quienes

<sup>26</sup> Con Menem se quebró la tradición del PJ de incluir en sus listas a determinado número de representantes de la CGT en cada elección.

<sup>27</sup> A principios de diciembre de 1999, Raúl Alfonsín sería elegido por unanimidad Presidente del Comité Nacional de la UCR, siendo transmitido el mando por el propio De la Rúa.

pueden posicionarse frente al Poder Ejecutivo Nacional como importantes actores de veto.

Claramente podemos observar que una de las variables empleadas, la *pertenencia partidaria*, ha sido decisiva en el proceso de negociación: mientras los gobernadores de la Alianza aceptaron, desde un primer momento y durante todo el proceso de negociaciones, las condiciones del gobierno nacional, los gobernadores del PJ formaron, también desde el principio, una fuerte coalición que se mantuvo durante todo el gobierno aliancista y gracias a la cual pudieron potenciar los recursos institucionales con que contaba cada actor, que en forma aislada no hubieran surtido los efectos que finalmente produjo.

Con Menem quedó de resalto la variable partidaria e institucional, como fuerzas de mayor peso en el juego federal, mientras que con De la Rúa estos factores cobran nuevamente vigencia, pero en sentido inverso: uno de los aspectos clave de la gobernabilidad ha sido (desde 1983 hasta 2001) el éxito o fracaso en la formación de coaliciones con las provincias chicas. Se pone de manifiesto así, por un lado, que el marco institucional es determinante para la gobernabilidad entre otras cosas, por los recursos y capacidades que proporciona a los actores en juego, y por otro lado, en lo concreto, que los gobiernos subnacionales tienen un peso bastante importante en la arena política nacional, más de lo que comúnmente se piensa: "con el creciente poder provincial, los requerimientos e intentos de seducción por parte de la nación hacia las autoridades provinciales en general y los gobernadores en particular se fueron haciendo más corrientes. Así, desde los inicios de los '90 toda decisión estratégica precisó ser consensuada con el poder subnacional" (Jefatura de Gabinete de Ministros 2003:43).

Es importante notar en este proceso de negociación, sin embargo, que las discusiones se dieron por los pagos secundarios, y no por la cláusula central del acuerdo, por lo que la predisposición al acuerdo (cooperación) estuvo siempre presente. Esto se debe, en gran medida, a que es el nivel nacional quien establece los puntos centrales del acuerdo y, como sucede en estos tipos de negociaciones, ello restringe las estrategias de la contraparte a aceptar esa propuesta (con la posibilidad de mejorar su situación logrando pagos secundarios) o bien desertar (en la terminología de la teoría de juegos). Pero esta segunda opción es mucho más costosa para las provincias que colaborar, aun cuando esto último implique aceptar beneficios que a la larga sean perjudiciales. Ello es así porque los niveles subnacionales de gobierno, aun cuando en un sistema federal de Estado sean considerados como Estados con una fuerte autonomía política e institucional, no tienen, a fin de cuentas, la misma entidad y naturaleza que el Estado central. Las provincias son parte de un todo —cuya representación

compete al gobierno nacional— y es por ello mismo que la opción por desertar las dejaría fuera de un sistema que es que el que en última instancia garantiza su supervivencia.

Otro factor determinante fue el *grado de necesidad* de alcanzar el acuerdo. Mientras las provincias se encontraban en una posición más segura y cómoda (acuerdo de por medio o no, la suma fija propuesta por la Alianza era algo que de por sí les correspondía, acorde a la Ley de Coparticipación) el gobierno nacional se veía compelido en dos aspectos; por el tiempo (necesitaba también la aprobación del presupuesto antes de fin de año) y por los recursos materiales (sancionar el paquete impositivo para comenzar cuanto antes con la recaudación prevista para paliar el déficit y poder comenzar; una vez aprobados los dos proyectos, una negociación con el FMI). Este factor se puso nuevamente de resalto en las administraciones nacionales posteriores. Durante la breve presidencia de Duhalde (2002-2003) y el período kirchnerista (Néstor Kirchner entre 2003 y 2007 y Cristina Fernández de Kirchner desde 2007 a la fecha) donde la *necesidad y urgencia* en materia económica y fiscal (esta vez por parte de las provincias) fue determinante para la construcción de coaliciones y el logro de acuerdos entre niveles de gobierno.

### Bases Bibliográfica

ARAL MEDINA, Juan Manuel y CALVO, Ernesto (editores) (1991), *El federalismo electoral argentino. Sobrerrepresentación, reformas política y gobierno dividido en la Argentina*, INAP-Endebs, Bs. As.

ACUÑA, Carlos H. (comp.) (1995), *Las nuevas matrix políticas argentina*, ed. Nueva Visión, Bs. As.

ALTAVILLA, Cristian (2010), "La coparticipación de las retenciones: oportunismo y clientelismo político. Un análisis desde la teoría de juegos", en Anuario XII (2009-2010) del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales -CIJS-, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 1ª Edición, Buenos Aires: La Ley, pp-3-24.

BONVICCHI, Alejandro y GIRAUDY, Agustina (2007) "Argentina: crecimiento económico y concentración del poder institucional", en *Revista de Ciencia Política*, año/volumen 27, Número Especial, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, pp. 29-41.

CAO, Horacio y RUBINS, Romana (1991), "Administración nacional y administraciones provinciales: similitudes y diferencias", en ARAL MEDINA y CALVO 1991.

CETRÁNGOLO, Oscar y JIMÉNEZ, Juan Pablo (2004), "Relaciones entre Niveles de Gobierno en Argentina", Publicación de ONU-CEPAL, Santiago de Chile, dic/2004, disponible en [www.eclac.org](http://www.eclac.org), consulta: 06/06/2006.

GIBBONS, Robert (1992), *Un primer curso de teoría de juegos*, ed. Antoni Bosch.

HALL, Peter (1996), "La ciencia política y los tres nuevos institucionalismos", *Political Studies*, XLIV, 936-957, 1996.

Jefatura de Gabinete de Ministros (JGM), Gabinete para el Fortalecimiento de la Gobernabilidad Democrática (2008), *Perspectivas de la Gobernabilidad Democrática en la Argentina*, Buenos Aires.

JONES, MARK, SANGUINETTI, PABLO Y TOMMASI, MARIANO (1997a), "Politics, Institutions and Fiscal Performance in the Argentine Provinces", Serie Seminarios, Economía, Universidad Tucumán DI Tella, junio.

— (1997b), "Politics, Institutions, and Public Sector spending in the Argentine Provinces", Documento de Trabajo N° 17, Universidad de San Andrés, Agosto.

JORDANA, Jacint (2002), *Relaciones Intergubernamentales y descentralización en América Latina. Casos de Argentina y Bolivia*, Proyecto Conjunto - INDBS - Comunidad Europea - Documento de Trabajo, BID, Washington, junio/2002.

LANZARO, Jorge (Coordinador) (2001), *Tipos de presidencialismo y modos de gobierno en América Latina*, CLACSO, Bs. As.

MÁNDIZ, José Luis (1997) "Estudio introductorio" en WRIGHT, 1997.

NORTE, Douglass C., (1991), "Institutions" in *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 5, N° 1.

— (1990), *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press.

— (1998), "Una teoría de la Política basada en el enfoque de los costos de transacción" en *La Nueva Economía Política: Racionalidad e Instituciones*, Sarasin y Tommasi (1998).

NOVARO, Marcos (2001), "Presidentes, equilibrios institucionales y coaliciones de gobierno en Argentina (1960-2000)", en LANZARO 2001.

OLMEDA, Juan Cruz (2009), "Relaciones Intergubernamentales y patrones de negociación en el federalismo local argentino desde los noventa", *XXVIII Congreso Internacional de la Asociación de Estudios Latinoamericanos (LASA)*, Río de Janeiro, 11 al 14 de junio de 2009.

PARMIGIANI DE BARBARA, Myriam Consuelo (2005), "Notas para el estudio de las relaciones intergubernamentales, con particular referencia a la República Argentina", *Anuario VIII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales - CIJS-2004/2005*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, Córdoba.

— (2007), "La (re)significación de la autonomía local en el marco de la construcción de las relaciones intergubernamentales bajo formas regionales", ponencia presentada al 4° Congreso Argentino de Administración Pública, AAEAP, Buenos Aires, 22-24 de agosto de 2007.

— (2009), "El reordenamiento territorial de las relaciones intergubernamentales locales bajo formas regionales: Antecedentes y balance de experiencias en Argentina", ponencia presentada en el 5° Congreso Argentino de Administración Pública, AAEAP, San Juan, 27 al 29 de mayo de 2009.

— (2010), "Una lectura de la cooperación intergubernamental local desde el neoinstitucionalismo", en Anuario XII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales - CIJS - de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, Córdoba.

PUTNAM, Robert D. (1994), *Para hacer que la democracia funcione. La experiencia italiana en descentralización administrativa*, Editorial Galac, Caracas, Venezuela, 1994.

SAZDGH, Sebastián M. y TOMMASI, Mariano (1998), *La Nueva Economía Política: Racionalidad e Instituciones*, Eudeba, UBA, Bs. As.

- SAIBOGI, Sebastián y TOMMASI, Mariano (1999), "Why is Argentina's Fiscal Federalism so Inefficient? Entering the Labyrinth", Universidad del CEMA, febrero. En: [http://www.ucoma.edu.ar/publicaciones/download/volumen2/saibog\\_tommassi.pdf](http://www.ucoma.edu.ar/publicaciones/download/volumen2/saibog_tommassi.pdf). Consulta: 07/06/2011.
- SCARTASCINI Carlos G. y OLIVERA, Mauricio (2003), "Political Institutions, Policymaking Processes, and Policy Outcomes. A Guide to Theoretical Models and Possible Empirics", Research Department, Inter-American Development Bank, July. Artículo disponible en: <http://www.iadb.org/res/files/DP2red.pdf>. Consulta: 01/07/2011.
- SCHARFS, Fritz W. (1987), *Games Real Actors Play. Actor-Centered Institutionalism in Policy Research*, Westview Press, Boulder.
- SHEPHERD, Kenneth A. (2007), "Estudiando las instituciones: algunas lecciones del enfoque de la elección racional", en *Revista Uruguaya de Ciencia Política* - 16/2007 - ICP - Montevideo.
- SPILLER, Pablo y TOMMASI, Mariano (2009), "The Institutional Foundations Of Public Policy: A Transactions Approach With Application To Argentina", in *The Journal of Law, Economics, and Organization*, Vol. 19, 2009, pp. 261-306, Oxford University Press. En: [http://www.wcfia.harvard.edu/sites/default/files/655\\_spillertommassi.pdf](http://www.wcfia.harvard.edu/sites/default/files/655_spillertommassi.pdf). Consulta: 07/06/2011.
- SPILLER, Pablo y TOMMASI, Mariano (2009), "The Institutional Foundations Of Public Policy: A Transactions Approach With Application To Argentina", in *The Journal of Law, Economics, and Organization*, Vol. 19, 2009, pp. 261-306, Oxford University Press. En: [http://www.wcfia.harvard.edu/sites/default/files/655\\_spillertommassi.pdf](http://www.wcfia.harvard.edu/sites/default/files/655_spillertommassi.pdf). Consulta: 07/06/2011.
- STEDMAN, SVEN (2001), "The New Institutionalism", in Clark, Barry and Poweraker, Joe, eds., *The Encyclopedia of Democratic Thought*, London: Routledge, July.
- TOMMASI, Mariano y SPILLER, Pablo (directores) (2009), *Las formas institucionales del desarrollo argentino. Hacia una agenda institucional*, CEDI, Fundación Gobierno y Sociedad, Bs. As.
- WARR, Steven B. (2003), "Fiscal Responsibility Laws for Subnational Discipline: The Latino Experience", World Bank, September. En: [www.lrbp.nl/decentralization\\_may2006/CoreFindings/Wahb.pdf](http://www.lrbp.nl/decentralization_may2006/CoreFindings/Wahb.pdf). Consulta: 07/06/2011.
- WINGERT, Deil S. (1997), *Para entender las relaciones intergubernamentales*, FCE, México.



## EL ESTADO ¿ES SOBERANO PARA REGULAR?

*Jorge Edmundo Barbard\**

**Resumen:** La denominada Escuela de la Regulación ha abordado la temática regulatoria a partir de una visión crítica de la economía clásica. Jessop, desde la perspectiva de dicha Escuela, conceptualiza modos de regulación propios de un orden social signados respectivamente por el fordismo y por el postfordismo y, con ello, las respectivas respuestas del Estado en cuanto inserto en ese orden social. Estado y Regulación aparecen vistos desde una mirada estructural de imprescindible conocimiento para el tratamiento de esa relación.

**Palabras clave:** Escuela de la Regulación - Jessop - Fordismo - Postfordismo - Economía - Estado.

### I. Introducción

Al momento de reflexionar sobre la problemática de la regulación, nos encontramos predisuestos a partir del supuesto de una autonomía estatal que normativiza a diversas áreas de la sociedad, áreas económicas, educativas, culturales, políticas, religiosas, científicas, y a cuantas otras manifestaciones que la vida social pueda presentar.

Creemos que subyace aquí la idea del poder estatal soberano, como última expresión de legislación.

Aún cuando la potestad real de fijación de políticas públicas a través de normas legales se encuentra menguado por la existencia de la compleja red de influencias de carácter doméstico, público y privado, y de carácter internacional y transnacional, el poder estatal le sigue asistiendo

---

(\*) Los conceptos centrales del presente trabajo han sido expuestos en el VII Congreso Nacional de Derecho Político organizado por la Asociación Argentina de Derecho Político. Corrientes, noviembre de 2010.

(\*\*) 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 Ciencias Políticas 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. Asimismo, es Profesor de Posgrado en las prectadas Universidades. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Político (AADP).

la potestad de legislar con pretensión de efectivización obligatoria de un orden de conductas bajo amenaza de coacción.

Con ello, la regulación, en cuanto lleva insito la fijación de normas que atrapan determinadas actividades, nos lleva consciente o inconscientemente a suponer una labor estatal de definición de las reglas a aplicarse, desde una jerarquía exclusiva y excluyente, esto es, a representarnos una actividad propia de un poder soberano.

Sin embargo, si reflexionamos acerca de la problemática institucional de la regulación, de sus diferentes perspectivas, es posible que advirtamos nítidamente las limitaciones y dependencias de la institución estatal al momento de regular, a menos que nos aferremos a un puro voluntarismo susceptible de desvirtuar y destruir aquello que se pretende regular y, consecuentemente controlar.

Y es por ello que consideramos necesario detenernos en examinar una perspectiva de la regulación en la que subyace una determinada teoría del Estado.

A continuación nos ocuparemos de la denominada, precisamente, *"teoría de la regulación"*, en la visión de Bob Jessop.

Esta perspectiva, aun cuando no se la comparta, permitirá apreciar el grado de horizontalidad en que se encuentra el poder estatal al momento de fijar reglas y normas —es decir, al momento de regular— en razón de su relacionamiento con determinadas variables económicas.

## 2. La perspectiva de Bob Jessop

En la compilación de trabajos de Jessop que da contenido al libro *"Crisis del Estado de Bienestar"* uno de tales trabajos se titula *"Regulación, Governance y Postfordismo (perspectivas alternativas sobre el cambio político y económico)"*.

No obstante inaugurar ese capítulo con la expresión *"Regulación"*, para comprender a qué se refiere con ese término, su concepto requiere necesariamente detenernos en comprender qué significa *"fordismo"* y *"postfordismo"* en Jessop, pues de estos fenómenos resulta comprensible qué es regulación y qué rol consecuente se le asigna al Estado.

Y ello porque dentro del concepto mismo de *"fordismo"* y de *"postfordismo"*, Jessop introduce y plasma el concepto de regulación.

El autor bajo análisis parte de la afirmación de que ya en los años veinte el propio Henry Ford había popularizado ese concepto —*"fordismo"*— *"en la conciencia científica, social y popular norteamericana y europea"* (1999:19), pero que, debido a los matices que desde entonces se han diversificado, se ha vuelto menester introducir un determinado orden a ese concepto.



### 3. El concepto de Fordismo: cuatro niveles

Para ordenar el concepto de "fordismo", Jessop distingue cuatro niveles: el proceso de trabajo, el régimen de acumulación, su modo de regulación y la societización o socialización.

1- El primer nivel, en cuanto tipo de proceso de trabajo capitalista, *"el término "fordismo" designa la configuración particular de la división técnica y social del trabajo característica de la fabricación de grandes series de bienes estandarizados"* (1999:20). Este nivel microeconómico es complejo, particularmente porque la fase de producción está sometida a técnicas de ensamblaje cuya organización depende del principio de la oferta en cuya virtud la producción debe ser continua y asegurar economías de escala a largo plazo. Asimismo, la línea de ensamblaje requiere tanto del trabajo semicalificado del trabajador masivo, cuanto de otros tipos de trabajadores, como por ejemplo artesanos o trabajadoras manuales no calificados, capataces, ingenieros, diseñadores, etc. Por tanto, advierte Jessop que el predominio de la producción en serie de una empresa o de un determinado sector, no excluye otros procesos de trabajo o trabajadores.

2- El segundo nivel del fordismo es el que se presenta como régimen de acumulación, es decir, *"como régimen macroeconómico que sostiene la reproducción ampliada, el fordismo implica un círculo virtuoso de crecimiento basado en la producción en serie y el consumo masivo"* (1999:21). Jessop apunta que *"muchos estudios"* suponen que el círculo del capital propio del régimen fordista se circunscribe principalmente a las fronteras nacionales. *"Bajo estas supuestas, el círculo virtuoso del fordismo involucra un aumento de la productividad basado en las economías de escala de la producción en serie, un aumento de los ingresos ligado a la productividad, una demanda masiva creciente debida al aumento de los salarios, unos beneficios crecientes basados en la plena utilización de la capacidad, una inversión creciente en equipo y técnicas mejoradas de la producción en serie, y un aumento ulterior de la productividad"* (1999:21)

Ciertamente que, nos advierte Jessop, la aparente armonía entre las diferentes etapas de este círculo virtuoso no garantiza su realización. Y es por ello que se suele señalar la necesidad de determinados aspectos de flexibilidad, o estabilizadores estructurales, que ayuden a mantener el círculo virtuoso, tanto a nivel micro —por ejemplo despidos, restricciones horarias de trabajo, horas extras— cuanto a nivel macro —por ejemplo políticas contracíclicas de manejo de la demanda o los efectos estabilizadores de los gastos de bienestar—.

3 - El tercer nivel de análisis del fordismo es ya institucional.

Aquí el fordismo asume la forma de un modo de regulación, es decir, *"como un conjunto de normas, instituciones, formas de organización,*

*redes sociales y pautas de conductas que sostienen y guían el régimen de acumulación fordista y promueven la compatibilidad entre las decisiones descentralizadas de los agentes económicos a pesar del carácter conflictivo de las relaciones sociales capitalistas*" (1999:22).

Jessop se detiene en examinar los rasgos característicos de la relación salarial fordista, de la empresa fordista y los vínculos entre el circuito de capital y el Estado.

Y así nos dice que *"la relación salarial gira alrededor del papel fundamental del trabajo semicalificado en grandes plantas o establecimientos; que la administración reconoce la validez de los sindicatos para negociar los salarios y los sindicatos, a su vez, conceden a la administración el derecho de controlar el proceso de trabajo y la estrategia corporativa"* (1999:23)

Astruciano, advierte que el rasgo característico de la empresa fordista consiste *"en un gran establecimiento donde la propiedad y el control están separados"*. (1999:23).

Acá vamos arribando a aquello que procurábamos advertir, esto es, que en la visión de Jessop el modo de regulación en manera alguna se formula a partir de una instancia estatal independiente o autónoma del sector a regular, lo cual habría supuesto un carácter jerárquico o vertical del regulador, con capacidad efectiva de aplicar un orden de valores propios, sino, antes bien, el modo de regulación estatal no es sino un correlato dialéctico de un modo de producción, y, por ello, no solo horizontal sino íntimo y correlacionado con este último.

Para Jessop, la forma de Estado que se relaciona claramente con el tipo de regulación requerida en el capitalismo fordista, es el Estado de Bienestar Keynesiano.

Este corolario deviene necesario a poco que prestemos atención a los niveles micro y macroeconómico, con que Jessop aborda la conceptualización del fordismo, precisamente previas al nivel institucional ahora bajo análisis.

En efecto, Jessop sostiene que *"el Estado fordista es un Estado de Bienestar Keynesiano que cumple dos funciones básicas en la promoción del círculo virtuoso del fordismo"* (1999:24).

Dichas funciones consisten en que, por un lado, el Estado maneja la demanda agregada a los efectos de que las inversiones intensivas en capital de las empresas fordistas funcionen cerca de su plena capacidad productiva, teniendo a su vez las empresas confianza para invertir en investigación y desarrollo que luego van a requerir nuevas inversiones de capital para la producción en serie, y, por otro lado, el Estado generaliza las normas de consumo masivo, de manera que la mayoría de los ciudadanos pueden participar en la prosperidad generada por las economías de escala crecientes.

La regulación estatal, en relación dialéctica con el modo de producción fordista, es abarcativa de todo el sistema económico de una sociedad, toda vez que Jessop afirma que: *"el análisis del modo de regulación se ocupa de la economía en su sentido integral, es decir, del contexto social donde ocurre la reproducción económica ampliada"* (1999:25).

La economía no se reduce al máximo criterio de rentabilidad de una sociedad atomizada en sujetos individuales. La economía se encuentra *"incrustada"* socialmente, no es autónoma del entramado social.

Para Jessop, se puede definir una economía integral como *"un régimen de acumulación + un modo regulación"*.

Y aún cuando es consciente que los modos de regulación puedan modificar la acumulación, no duda en sostener que, *"sin embargo permanecen sujetos a las leyes generales de la acumulación de capital"*. (1999:25)

Es que, en definitiva el fordismo se define como un modo de regulación: *"...recomiendo que el fordismo se defina en términos del núcleo de un modo de regulación cuyas características mínimas comprenden: una relación salarial donde los salarios se indexan con el crecimiento de la productividad y la inflación; el Estado juega un papel clave en la administración de la demanda; y las políticas del Estado ayudan a generalizar las normas del consumo masivo"* (1999: 39-40).

4 - En cuanto al cuarto nivel, Jessop lo considera, *"como modo general de socialización, es decir, como patrón de integración institucional y de cohesión social, el fordismo desplaza aún más las relaciones sociales hacia una "sociedad salarial" masiva donde la vasta mayoría de la población depende de un salario individual o social para satisfacer sus necesidades desde el nacimiento hasta la muerte"* (1999:26).

En esta dimensión, Jessop apunta también a la transformación de las formas propias de la vida política que ha producido el fordismo.

Aquí refiere al rol que el Estado ha asumido a partir del fordismo, y la descripción que nos brinda de la intervención estatal no es otra cosa que la caracterización del Estado Benefactor Keynesiano.

Y así nos dice que la intervención del Estado, por una parte, condice con el tipo de regulación fordista a través de la programación económica y social y la creciente discrecionalidad administrativa y, por otra parte, amplía el rol del Estado en el consumo masivo y el bienestar social. De esta manera, se posibilita que se modifiquen las formas de representación y las bases sociales del Estado. Y ello porque los sindicatos y las asociaciones empresariales van a jugar un papel clave en el manejo económico y en la negociación política del bienestar general. Al aparecer estas reglas de juego propias de los compromisos fordistas, entre el capital y el trabajo, los propios partidos políticos a su vez se transformaron y tendieron a convertirse en partidos policlasistas.

Tales son los cuatro niveles cuyo análisis requiere el concepto sobre el fordismo, el cual lleva insito, de manera esencial, un determinado modo de regulación estatal.

Veamos ahora el concepto de *"postfordismo"*.

#### 4. El concepto de postfordismo: cuatro niveles

En Jessop, el concepto sobre *"postfordismo"* se vincula a la economía basada en el conocimiento. Ello significa advertir la importancia que se atribuye al conocimiento como *"factor de producción"* en el proceso laboral, en el régimen de acumulación y en el modo de regulación.

Jessop sostiene, por tanto, que el postfordismo, *como un tipo característico de proceso laboral*, supone *una forma de producción flexible* basada en el uso de máquinas y sistemas flexibles combinados para garantizar economías de alcance y/o de redes.

Las economías de alcance (Economies of Scope) son aquellas que aparecen como consecuencia de la diversidad de productos que es posible elaborar a partir de una determinada organización social y técnica de la producción.

Las economías de redes (Economies of networks) son aquellas que aparecen como consecuencia de los fenómenos de producción y consumo asociados a las redes de infraestructuras, como por ejemplo las redes de transporte, de servicios o de comunicaciones.

Jessop señala que las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación contribuyen fundamentalmente a los diversos tipos de redes económicas en todas las fases del circuito del capital, tanto en el lado de la producción cuanto en el del consumo. (2008:120-121).

Es menester que tengamos presente que la expresión *"especialización flexible"* se refiere a un cambio en el modo de producción en relación a la producción en masa. El nuevo tipo de producción se vincula a la mayor rentabilidad que supone diversificar los productos, conforme fueren las demandas de los diferentes grupos de consumidores según las variaciones que presente el mercado. Para ello, las empresas necesitan disponer de un proceso laboral inteligente y de máquinas que sean flexibles para responder eficazmente a la dinámica variable de las demandas del mercado.

Pues bien, habiendo expuesto, de manera introductoria, el concepto de postfordismo, veamos ahora en Jessop los cuatro niveles integrativos del mismo, los cuales son correlativos a aquellos que referimos al analizar el concepto sobre fordismo.

En consecuencia, veremos los niveles consistentes en tipo de proceso de trabajo, como régimen de acumulación o modo de crecimiento macroeconómico, como modo de regulación y como modo general de socialización.

1 - Como proceso de trabajo, el postfordismo *"puede definirse como un proceso de producción flexible, es decir, basado en máquinas o sistemas flexibles y una fuerza de trabajo adecuadamente flexible. Su hardware esencial es la microelectrónica basada en tecnologías de información y comunicación"* (1999:42-43).

Estas tecnologías de información y comunicación (TIC) son importantes en todo tipo de trabajo —manual y no manual—, para empresas pequeñas, medianas y grandes, a nivel corporativo, para los gerentes, para los sindicatos. Señala Jessop que *"cuando se ligan a los sistemas de telecomunicaciones basados en la electrónica, estas tecnologías de "tiempo real" también pueden establecer mejores vínculos de información a través del espacio, integrando las actividades entre departamentos y sitios de trabajo, y entre individuos y organi-estaciones, de diferentes países"*. Esto permitirá una especialización flexible nueva y mejorada de firmas pequeñas o redes de productores aun en la producción de tandas pequeñas y, de hecho, fuera de las manufacturas puede producir la flexibilidad en la producción de muchos servicios en los sectores público y privado y en el llamado *"tercer sector"*. (1999:43).

De ello se infiere que el proceso de trabajo postfordista es susceptible de configurar una dinámica del sistema económico de marcada mayor envergadura que la que tuvo al fordismo.

Es de advertir que Jessop, en *"Crisis del Estado de Bienestar"* formula, en cuanto al postfordismo, una suerte de pronóstico de la configuración del postfordismo, toda vez que es un fenómeno de caracterización incipiente en aquel momento, mientras que en *"El futuro del Estado capitalista"* (2000), si bien reitera dicha conceptualización, su trabajo se orienta a una implícita constatación presente de aquello que antes describió como una evolución hacia un previsible futuro.

Tal situación se aprecia, particularmente al abordar los niveles segundo y tercero del postfordismo.

En cuanto al cuarto nivel —como modo de socialización— tanto en uno como en otro trabajo rige la incertidumbre de un futuro aún no instalado.

2 - En cuanto modo de crecimiento macroeconómico, esta nueva forma del proceso del trabajo postfordista es caracterizada de la siguiente manera: *"un régimen de acumulación nacional típico e ideal tendrá la dinámica siguiente: se basará en la producción flexible; en una productividad*

*creciente basada en las economías de escala; en el aumento de ingresos de los trabajadores calificados polivalentes y de la clase de servicios; en una demanda creciente de bienes y servicios diferenciados favorecidos por el creciente elemento discrecional de esos ingresos; en los crecientes beneficios provenientes de rentas tecnológicas; en la plena utilización de la capacidad; en la re inserción en equipos y técnicas de producción más flexibles; y en nuevos conjuntos de productos, así como en un impulso adicional a las economías de alcance". (1999:44).*

En este escenario, este modelo postfordista no requiere generalizar los salarios de los trabajadores en los que se sustenta ese modelo hacia otros trabajadores o a los inactivos, cayendo el contexto de un mercado nacional en beneficio de otro global, es decir, hacia la demanda mundial.

3 - Como modo de regulación, Jessop expresamente manifiesta que dadas las *"incertidumbres actuales acerca de este aspecto"*, solo puede efectuar consideraciones tentativas.

En este momento de la exposición del autor, hemos prestado particular atención a la manera en que el mismo describe, siempre aproximadamente, el rol del Estado.

Aquí Jessop ve un desplazamiento del rol del Estado, desde el tipo de intervención reclamado por el sistema de acumulación fordista de administrar la demanda nacional a través de las medidas Keynesianas y del Estado de Bienestar, hacia un rol preponderante del Estado en la promoción de la competencia *"dado el carácter irreversiblemente internacional del postfordismo"* (1999:47), reduciendo el papel del Estado en la administración de la demanda nacional e incrementando su papel en la reestructuración constante y continua por el lado de la oferta.

En razón de que los Estados, individualmente, no se encontrarían en condiciones de organizar, por sí solos, la competencia, es previsible un rol mayor de los Estados continentales o pan-regionales (como la Comunidad Europea).

El mundo postfordista asistirá, pues, en la visión de Jessop, a relaciones de rivalidades nacionales o regionales *"en la carrera por la modernización social y la dinámica de un sistema de producción global"* (1999:48)

Todo ello es configurativo de prácticas reguladoras. Ello será necesario, al igual que en el fordismo, por las tendencias del sistema a la crisis.

Entre los problemas que será menester resolver a través de las prácticas reguladoras, hemos creído de interés destacar el problema consistente en la contradicción entre las formas de salario fordistas y la necesidad postfordista de promover la autonomía responsable, particularmente porque los demás problemas que señala Jessop también son propios del sistema fordista y sus crisis, como por ejemplo: la crisis fiscal o las rigideces y disfunciones de la administración y el planeamiento burocrático.

4 - En cuanto al *moda de socialización* postfordista, señala aquí también que es "incierto". Ello no obstante advierte la existencia de "signos claros de reorganización espacial del trabajo", y ello se observa en que la producción flexible, a diferencia del fordismo, se localiza en áreas suburbanas y no en las áreas metropolitanas de producción fordista, en áreas internas relativamente no industrializadas y, particularmente en el sector servicios, en distritos comerciales centrales.

En "*El futuro del Estado capitalista*", Jessop, si bien observa que aún no existe un modo de socialización dominante postfordista, similar a la sociedad de masas industrial y urbana propio del fordismo y aún cuando existe incertidumbre acerca de "qué sería lo que vendría a sustituir el proceso laboral fordista como fuerza matriz de expansión económica" (2008: 125), aún a pesar de tales incertidumbres, es posible verificar algunas situaciones propias de nuevos modos de socialización.

Ello lo observa Jessop a partir de la hegemonía de Estados Unidos, como forma de proyecto neoliberal global, en razón de avances en sectores cruciales de la economía del conocimiento, de la preeminencia estadounidense sobre regímenes internacionales asociados a la globalización económica y por su supremacía militar basada en el informacionalismo y en nuevas formas de guerra "inteligente" en red. Con Japón fuera de juego, ni China ni "Eurolandia" aún suponen una amenaza seria para la dominación estadounidense en la economía mundial, según Jessop.

Por todo ello, en cuanto a los patrones de socialización, los mismos "aparecen marcados por el auge de formas más complejas e híbridas de organización social, y por las crisis de identidad nacional y de cohesión social", advirtiendo que "el estilo de vida y de consumo se ha convertido en la base más importante para la estratificación de las economías avanzadas". (2008:126).

### 5. Regulación, Governance y Postfordismo ¿Perspectivas alternativas sobre el cambio político?

En este capítulo Jessop trata de aclarar la relación teórica entre el enfoque de la regulación y los trabajos sobre la governance.

Sin embargo, en este esfuerzo expositivo de relacionamiento, los conceptos de regulación y de governance encuentran tal intensidad de semejanzas que sus definiciones propias resultan difusas, particularmente porque los mismos fenómenos sobre los que recae una y otra pueden adquirir características de una y otra: "Así, la asociación puede ser una característica importante de la re-regularización de una economía en crisis o una característica básica de gubernamentalización de un régimen político en crisis" (1999:167).

En este capítulo Jessop es consecuente con el concepto de regulación que se infiere del concepto de fordismo y postfordismo, esto es, que la regulación se orienta a una "regularización" o "normalización", antes que a una "reglamentación" de carácter jurídico-política.

En la teoría de la regulación y en esta perspectiva, las normas pertinentes son las normas de producción y las normas de consumo, para las cuales el objetivo de la regulación es asegurar su compatibilidad dentro de un régimen determinado de acumulación.

A su vez, el concepto de governance no se refiere a la manera de gobernar sino a su contraste con el gobierno.

En Jessop, la teoría de la governance se centra específicamente en los problemas de coordinación de los sujetos, especialmente en relación con la coordinación y la negociación inter-organizacional. (1998:157)<sup>1</sup>

Ciertamente que en este relacionamiento entre la regulación y la governance, la exposición de Jessop, de carácter abstracta, abarca un conjunto de perspectivas de relacionamientos recíprocos entre ambos enfoques.

Sin embargo, en cuanto nuestro objetivo se encuentra en las diversas perspectivas que pueden asumir la regulación, en Jessop nos interesa destacar, en este nivel de análisis, el aspecto saliente que la governance juega en relación a la regulación.

En este sentido entendemos de particular interés destacar que, para Jessop, la governance juega un rol de prolongación —o de necesaria complementariedad— del enfoque de la regulación, ya que ésta se beneficia de aquélla.

<sup>1</sup> El concepto de Jessop sobre gobernanza aparece más claro y analítico en su libro *El futuro del Estado Capitalista*: "En nuestro caso, la gobernanza se refiere a cualquier forma de coordinación de relaciones sociales interdependientes, desde las simples interacciones didácticas hasta las complejas divisiones sociales del trabajo. Generalmente se distinguen tres formas principales: la *aristocracia del intercambio* (por ejemplo, las fuerzas del mercado), la *jerarquía de mando* (por ejemplo, la coordinación coactiva del Estado) y la *heterarquía de la autoorganización* (por ejemplo, las redes horizontales)". Después de advertirnos que las dos primeras formas de gobernanza son más familiares, Jessop nos dice que "la heterarquía se refiere a la autoorganización reflexiva de actores independientes involucrados en relaciones complejas de interdependencia recíproca. Dicha autoorganización se basa en el diálogo continuo y en el uso compartido de los recursos para desarrollar proyectos conjuntos mutuamente beneficiosos y para manejar las contradicciones y dilemas que inevitablemente forman parte de estas situaciones" (2006:60).

Entre las formas de coordinación heterarquica, Jessop cita las redes interpersonales o la negociación interorganizacional. Entiende que en las últimas dos décadas se ha recurrido cada vez más a la heterarquía en numerosos sistemas y esferas del mundo de la vida. Y que ello se hace evidente en la explosión de las referencias a las redes (por ejemplo, la empresa red, el Estado red, la sociedad red, la guerra basada en redes) y en el creciente interés en la negociación, la cooperación multiagencia, el partenariado, etc. (2008:261)



Ello así toda vez que Jessop afirma "...Aunque el enfoque de la regulación ha identificado importantes formas estructurales o regímenes amplio (como el Estado Nacional de Bienestar Keynesiano) que juegan un papel esencial para asegurar las condiciones extraeconómicas de la acumulación de capital, ha tendido a ignorar la manera general como la forma problematiza la función y las formas particulares de selectividad estratégica (incluyendo las capacidades estratégicas diferenciales) de las formas específicas de coordinación. En este sentido, el enfoque de la regulación puede beneficiarse de una atención más directa a las contribuciones de las teorías de la governance" (1998:159).

## 6. Estado y Regulación

Es preciso no confundirnos con los conceptos Estado y Regulación en Jessop.

Aún cuando la relación entre los modos de acumulación capitalista y el Estado se encuentran íntimamente relacionados, el Estado no es una mera función de la variable económica.

Es preciso tener presente que, para Jessop, el Estado es una relación social. Sigue a Gramsci y a Poulantzas.

A Gramsci, en cuanto sostiene una idea inclusiva del Estado en sentido integral, entendiéndolo como "*sociedad política + sociedad civil*".

A Poulantzas, en cuanto considera el poder del Estado como una forma determinada de las fuerzas políticas que operan dentro y más allá del Estado.

"Combinando sus ideas (las de Gramsci y las de Poulantzas) el Estado puede definirse como un conjunto de instituciones, organizaciones, fuerzas sociales y actividades, incrustadas y reguladas socialmente, seleccionadas de manera estratégica y organizadas alrededor de la toma de decisiones que son vinculantes colectivamente para una comunidad política imaginaria (o que, al menos, están involucradas activamente en esa toma de decisiones)" (2008:8).

Más precisamente en cuanto al poder estatal, Jessop entiende que el Estado no es un sujeto que ejerce un poder que le pertenece como tal, ni que tampoco se origina enteramente en él o en sus agentes. Para Jessop el poder estatal depende del equilibrio de fuerzas tanto dentro de la sociedad entendida en sentido amplio, como dentro de los propios aparatos del Estado.

Tales conceptos, ya expuestos en "*The Capitalist State: Marxist Theories and Methods*" (1982, Oxford: Martin Robertson) son actualizados en la Introducción a "*El futuro del Estado capitalista*".

En cuanto al enfoque regulacionista que guía a Jessop, éste parte de sus premisas fundamentales. Ello en cuanto dicho enfoque de la regulación niega los siguientes supuestos clave de la economía clásica, a saber:

a) Niega que exista una esfera de relaciones económicas delimitada tendiente al equilibrio general, "*socialmente desincrustada*".

b) Niega que al intercambio se encuentre exclusivamente motivado por un criterio de máxima rentabilidad aplicado por individuos enteramente racionales, orientados solo por el mecanismo de precios y sus implicancias para las ganancias y pérdidas individuales.

Por el contrario, los regulacionistas tienen preferencia por la "*naturaleza socialmente incrustada y socialmente regulada de las economías capitalistas. El enfoque de la regulación analiza el capitalismo de forma muy amplia, examinando su anatomía como "economía integral" o "economía en sentido inclusivo". Vistas en términos integrales o inclusivos, las formas específicas de capitalismo pueden interpretarse como "régimen de acumulación + modo social de regulación". Comprende un conjunto socialmente incrustado, socialmente regulado y estratégicamente seleccionado de instituciones, de organizaciones, de fuerzas sociales y de acciones, organizado alrededor de la reproducción ampliada del capital como relación social (o al menos involucrado en ella)" (2006:6).*

Existe, pues, una clara relación dialéctica entre Estado y capitalismo como enfoque de regulación.

El Estado no es una organización autónoma de la sociedad, de las relaciones sociales, pero tampoco la economía es autónoma del vasto entramado social.

Por esto último, su crítica a la economía clásica y su adscripción a la Escuela de la Regulación, parte del supuesto que la economía capitalista no puede ser comprendida sino es "*socialmente incrustada*", y, por ende, de conformidad a su regularidad social. El éxito del capitalismo depende de que su lógica llegue a la vastedad de la vida social.

El Estado no está supeditado, entonces, a la economía, pero uno y otra se requieren.

Si observamos las respectivas definiciones, arriba respectivamente transcritas, del Estado y "*economía integral o inclusiva*", su respectiva conceptualización comprende contenidos que recíprocamente se reclaman.

Sin embargo, llega un momento, creemos, que sus afinidades llegan hasta donde se comprenden, una y otra, como una forma social regular —o "*regulada*"—, pero existe un momento en que esa regularidad social requiere de "*toma de decisiones vinculantes colectivamente para una comunidad política imaginaria*", las cuales, en nuestra opinión, deben concretarse, para ser "*vinculantes*", en algún momento autoritario, que no cabe localizar tanto en los agentes estatales —sui cuando las decisiones requieren de sujetos que efectivicen autoridad—, sino, más bien, en normas jurídicas exigibles obligatoriamente.

Es que el Estado y la economía capitalista son paralelos en su origen y posteriormente convergen.

Como sostiene Juan Carlos Monedero, en sus consideraciones introductorias a *"El futuro del Estado capitalista"*, "tanto la implantación de los Estados-Nación, como la extensión del capitalismo y del pensamiento moderno que sustituyó a la teocracia medieval, nacen a finales del siglo XV, siguen caminos paralelos aunque diferenciados y, sólo por razones históricas —no por ningún determinismo!— terminan por converger en los dos últimos siglos" (2008: XXIII).

Ahora bien, creemos que la perspectiva de Jessop permite observar al sistema capitalista y al Estado a partir de un ordenamiento social que logra subsistir, o reproducirse, no obstante la inestabilidad asignada por las crisis cíclicas que son inherentes a aquel sistema.

Ello es visto desde la articulación que producen los modos de producción instalados históricamente —o "socialmente incrustados"—.

El reajuste que requiere la noción de reproducción —continuar existiendo— supone un conjunto de normas, costumbres, usos, reglas inherentes a nuevas formas de cohesión social que permitan la convivencia.

Creemos que esta categoría de análisis, ciertamente formulada desde una perspectiva ideológica neomarxista, requiere de nuestra atención para ampliar nuestro conocimiento sobre la compleja relación entre Estado y Regulación por los trascendentes aportes que dicha categoría de análisis significa.

#### Bibliografía

JESSOP BOB: *"Crisis del Estado de Bienestar: hacia una nueva teoría del Estado y sus consecuencias sociales"* Siglo del Hombre Ediciones, Universidad Nacional de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1999, ISBN 958-663-027-8.

JESSOP ROBERT: *"El futuro del Estado capitalista"*, Los Libros de la Catarata, Ed., Madrid, 2008. ISBN: 978-84-8319-402-7.





## GLOBALIZACIÓN, NUEVAS TECNOLOGÍAS Y DERECHO: EL SPAM COMO DELITO INFORMÁTICO

*Esther Susana Borgarello\**  
*Carlos Alfredo Juárez Centeno\*\**  
*Francisco Cipolla\*\*\**

**Resumen:** La globalización y la evolución tecnológica han producido importantes consecuencias que se proyectan en el plano jurídico, así operaciones ilícitas a través del uso de internet o que tienen como objetivo destruir y/o dañar computadoras, medios electrónicos y/o redes de internet. Sin embargo, los ilícitos informáticos son complejos en su categorización, por cuanto incluyen delitos tradicionales como la estafa, el hurto o la malversación de caudales públicos por mencionar algunas. Dentro de ellas, nos ocupamos en el presente artículo del SPAM, llamado también correo basura y el que consiste en el envío de mensajes no solicitados, no deseados o de remitente no conocido, habitualmente de tipo publicitario, enviados masivamente y que perjudican al receptor.

**Palabras clave:** SPAM - Delito Informático - Nuevas Tecnologías - Correo Electrónico.

### Concepto de 'Delito informático'

El fenómeno de la globalización provocado por la evolución de las nuevas tecnologías informáticas ha generado consecuencias directas en lo jurídico, apareciendo nuevas cuestiones como por ejemplo: la violación de la intimidad —a través de los *cookies*<sup>1</sup>—; los contratos a través de internet con sus respectivos subtemas: el consentimiento, el lugar de celebración, o la aparición de nuevas modalidades contractuales como los contratos

\* Borgarello, E. S. Abogada, Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Profesora Titular por concurso de Derecho de la Comunicación en la Escuela de Ciencias de la Información de la Facultad de Derecho y Cs Sociales de la UNC, Directora del Departamento de Estudios Básicos de la Facultad de Derecho y Cs Sociales de la UNC, Categorizada 2 en el sistema nacional de incentivos docentes.

\*\* Juárez Centeno C. A., Abogado; Especialista en Derechos Humanos; Diploma de Alts Estudios Internacionales; Profesor Titular por concurso del Área de Estudios Internacionales del Centro de Estudios Avanzados de la UNC; Director de la Maestría en Relaciones Internacionales del CEA-UNC; Categorizado 1 en el Sistema de Incentivos.

\*\*\* Cipolla F., Abogado, Profesor de Derecho de la Información en la Escuela de Ciencias de la Información de la Facultad de Derecho y Cs Sociales de la UNC. Ex camarista Categorizado 5 en el sistema nacional de incentivos docentes.

*shrink wrap*<sup>1</sup>; la jurisdicción que analizará los pleitos judiciales; la legislación aplicable; la utilización de *meta-tags*<sup>2</sup>; el envío de *spams*; la problemática de los registros de nombres de dominio de internet; los *hackers*<sup>3</sup>; la responsabilidad por *hijacking*<sup>4</sup>; los problemas por el *deep link*<sup>5</sup>; las nuevas responsabilidades profesionales (por ejemplo, en la instalación de *firewalls*)<sup>6</sup>; las nuevas cuestiones en el derecho laboral (v. gr. *cyberslacking*)<sup>7</sup>, por sólo citar algunas que impactan en el campo del derecho.

Y así, junto a las nuevas relaciones nacidas a la luz de la Informática, aparecen nuevas conductas delictivas.

Podemos definir el "delito informático" como el delito o ilícito realizado por medio de operaciones ilícitas a través de internet o que tienen como objetivo destruir y/o dañar computadoras, medios electrónicos y/o redes de internet. Sin embargo, los ilícitos informáticos son complejos en su categorización por cuanto incluyen delitos tradicionales cometidos a través de internet, como la estafa, el hurto o la malversación de caudales públicos por mencionar algunos.

Entre las conductas ilícitas se puede mencionar: ingreso ilegal a sistemas, interceptación ilegal de redes, interferencias, daños en la información como por caso el de borrado, daño, alteración o supresión de datos, alteración en el uso de las computadoras, acosos, pornografía infantil, estafas, violación de contenidos de seguridad o de los derechos de autor, etc.

<sup>1</sup> Son fragmentos de información que se almacenan en el disco duro del visitante de una página web a petición del servidor de la página. Esta información puede ser luego recuperada por el servidor en posteriores visitas.

<sup>2</sup> Contratos cuyos términos y condiciones se anexan a programas de computadoras o "software" y que se encuentran incorporados a la caja o paquete que contiene el programa, y que al abrirse supone aceptar los términos del mismo. El problema que presentan es que el comprador conoce de las condiciones, cuando ya ha pagado el mismo, surgiendo el interrogante de cuándo se considera perfeccionado el contrato.

<sup>3</sup> Son etiquetas HTML que se incorporan en el encabezado de una página web y que resultan invisibles para el visitante común, pero de gran utilidad para navegadores u otros programas que puedan valerse de esa información.

<sup>4</sup> Delincuencia informática.

<sup>5</sup> La traducción a nuestro idioma es "secuestro". En informática hace referencia a secuestro del navegador, su captura por parte de un *malware* o *software* maligno.

<sup>6</sup> Enlaces profundos, por los cuales se ejecuta un hiperenlace que lleva a una página o imagen específica de otro sitio web en lugar de llevar a la página principal de ese sitio.

<sup>7</sup> Cortafuegos (*firewall* en inglés) es una parte de un sistema o una red que está diseñada para bloquear el acceso no autorizado, permitiendo al mismo tiempo comunicaciones autorizadas. Se trata de un dispositivo o conjunto de dispositivos configurados para permitir, limitar, cifrar, decifrar, el tráfico entre los diferentes ámbitos sobre la base de un conjunto de normas y otros criterios.

<sup>8</sup> Dicees de los empleados que en la jornada laboral se dedican a navegar por internet por motivos ajenos a sus obligaciones contractuales o laborales.

**Categorías:**

Delitos para alterar las redes de comunicación —como es por caso gusanos y virus— conducta ilícita tendiente a causar el daño o sabotaje informático (cracking), que va dirigida esencialmente a menoscabar la integridad y disponibilidad de la información;

Delitos realizados por medio de computadoras para obtener datos o mostrar comportamientos ilícitos, por ejemplo: espionaje, estafa, pornografía infantil. Aquí podemos distinguir, a su vez, dos subcategorías:

El *hacking*, o acceso ilegítimo informático o intrusismo informático no autorizado, que supone vulnerar la confidencialidad de la información en sus dos aspectos: exclusividad e intimidad.

El fraude informático, por el cual se utiliza el medio informático como instrumento para atentar contra el patrimonio de un tercero.

Una de las notas características de los delitos informáticos, radica en que para la protección es insoslayable la necesidad de cooperación internacional para definirlos y reprimirlos. Ello se motiva en que las redes informáticas exceden las capacidades de control de los Estados Nacionales.

Otra característica que diferencia a un "delito tradicional" de un "cyberdelito" es que mientras el primero se destaca por su proximidad, por su contacto físico, el hecho de que es previsible y que conlleva un alto riesgo; el segundo tiene como particularidad el anonimato, la velocidad, el hecho de ser impredecible y de conllevar un bajo riesgo.

La Convención sobre *Cyberdelito* de Budapest es la primera convención internacional sobre el tema y fue redactada en 2001 por el Consejo de Europa, junto a Estados Unidos, Canadá, Japón, Costa Rica, México y Sudáfrica.

El Gobierno argentino anunció su intención de adhesión al convenio internacional que rige en materia de delitos cometidos a través de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), en marzo de 2010.

**Análisis de algunos tipos penales SPAM****Concepto**

El SPAM es la denominación surgida en Estados Unidos al correo electrónico comercial no solicitado<sup>2</sup>.

Se llama SPAM o correo basura a los mensajes no solicitados, no deseados o de remitente no conocido, generalmente publicidad, de envío masivo y que perjudican al usuario. Es así que uno de los mayores problemas que padecen quienes se manejan a diario con el correo electrónico, es el mail no solicitado o SPAM. También se pueden detectar en blogs, foros o

redes sociales, o en el chat. Usualmente los mensajes indican como remitente del correo una dirección falsa o de imposible identificación, contacto o respuesta.

El principal uso comercial es el marketing directo por parte de empresas<sup>10</sup>. Esta práctica ha generado a su vez dos actividades: por un lado, la construcción de bases de datos con fines de publicidad que, además de la recopilación de datos que permitan establecer hábitos de consumo, recolectan las direcciones de e-mail con el objetivo de cursar a través de ellas publicidad u ofertas de venta directa y otras actividades análogas; por el otro, el llamado *spoofing*, que consiste básicamente en el empleo de direcciones, rutas o remitentes falsos para enviar mensajes.

Los SPAMMERS, que son los individuos o empresas que envían SPAM, utilizan diversas técnicas para conseguir listas de direcciones de correo que necesitan para su actividad, generalmente a través de programas automáticos que recorren internet en busca de direcciones, utilizando a veces virus —troyanos— para acceder a los discos en busca de datos.

El SPAM o correo electrónico no solicitado para propósito comercial, en principio, constituye una práctica ilegal.

La ilegalidad se fundamenta en el derecho de la información como derecho humano que admite responsabilidades ulteriores establecidas por ley en la medida que se afectan los derechos de otros (Convención americana de Derechos Humanos, art. 13, inc. 2 ap. a).

Uno de esos derechos subjetivos establecido por la ley en el sistema jurídico argentino, es la protección a la esfera de la intimidad, en su aspecto esencial de la libertad del hombre que vive en democracia y que es el presupuesto de los derechos humanos, previsto en el art. 1071 bis del Código Civil. Allí se prevé que nadie puede ser arbitrariamente perturbado, sin interesar el modo elegido, como lo puede ser por ejemplo, vía la contaminación que producen, en este caso, los mensajes no consentidos por

<sup>10</sup> El origen de la palabra SPAM tiene raíces estadounidenses. En efecto, a finales de la década del 90 del siglo pasado, comenzó a denominarse de esa forma a la carne en lata originalmente llamada Hormel's Spiced Ham, que producía una importante firma charcutera. El SPAM (de la contracción de "Spiced Ham", que en nuestro idioma significa "jamón con especias") fue el alimento de los soldados soviéticos y británicos en la Segunda Guerra Mundial, y desde 1957 fue comercializado en latas que ahorraban al consumidor el uso del abreviatura. En épocas más recientes, el grupo británico Monty Python empezó a hacer burla de la carne en lata, al ridiculizar su costumbre de gritar la palabra SPAM en diversos anuncios publicitarios. Revolución tecnológica e informática mediante, se trasladó tal denominación para referirse al correo electrónico no solicitado, también llamado correo basura.

<sup>11</sup> Rolex, eBay y viagra son los asuntos de los mensajes que compiten por el primer lugar en las clasificaciones de spam, según los datos que proporciona la enciclopedia wikipedia <http://es.wikipedia.org/wiki/Spam>.



el titular llegados a la dirección de correo electrónico que a él le pertenece con exclusión de terceros que capitalizan o no un banco de datos propio.

Completa este análisis la norma constitucional de la Nación contenida en el art. 42. Como usuarios y consumidores de servicios, la información que eventualmente pudiera llegar masivamente debe caracterizarse de "adecuada y veraz," que, como se dijo supra, muchas veces no sucede porque el emisor se escuda en el anonimato, dando datos falsos o de difícil contacto, de allí que la ilicitud básicamente civil que admite recurrir a la analogía debe ser tipificada penalmente para lograr que aquella protección sea la adecuada.

En consecuencia, para que el SPAM no configure ilegalidad, debe cumplir con ciertos requisitos adicionales tales como la posibilidad de ser filtrado de manera simple y efectiva como sería la de permitir que el usuario pueda escoger el no recibir dicho mensaje publicitario o ser retirado de listas de email.

### **La legislación anti SPAM en la República Argentina**

En nuestro país rige la ley 25.326 que establece en su artículo 27.- (Archivos, registros o bancos de datos con fines de publicidad).

1. En la recopilación de domicilios, reparto de documentos, publicidad o venta directa y otras actividades análogas, se podrán tratar datos que sean aptos para establecer perfiles determinados con fines promocionales, comerciales o publicitarios; o permitan establecer hábitos de consumo, cuando éstos figuren en documentos accesibles al público o hayan sido facilitados por los propios titulares u obtenidos con su consentimiento.

2. En los supuestos contemplados en el presente artículo, el titular de los datos podrá ejercer el derecho de acceso sin cargo alguno.

3. El titular podrá en cualquier momento solicitar el retiro o bloqueo de su nombre de los bancos de datos a los que se refiere el presente artículo.

### **Código Penal (CP)**

Antes de la reforma de 2008 del CP —ley 26.338— la jurisprudencia no era uniforme, ya que los jueces no se ponían de acuerdo y así se dividían entre aquellos que consideraban a los delitos informáticos como nuevas conductas nacidas de la informática por lo que era necesario su tipificación —razón por la cual se sobreescribía a los imputados— y aquellos que concebían a la informática, no como un fin en sí mismo sino un medio para lograr determinados objetivos, y que si bien proporciona sofisticadas herramientas para delinquir, ello no significa que, necesariamente, se esté en presencia de una categoría especial de delitos, sino tan sólo ante

una versión "informática" de las acciones típicas tradicionales — como por ejemplo el daño — previstas por el Código Penal.

Se pretendía reeditar, bajo determinados aspectos, un razonamiento paralelo explicitado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a favor de la aplicación del Código Penal en materia de libertad de imprenta para todas las Provincias no obstante que el art. 32 de la Constitución de la Nación prevé que el *Congreso no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta*, y que amparados en esa disposición cada Provincia interpretaba que conservaba poderes no delegados a la Nación (art. 121 lb).

Pero fue en las altas esferas del Poder Judicial (Corte Suprema de Justicia de la Nación) donde se pusieron de manifiesto las deficiencias del sistema penal porque no castigaba —por ausencia del tipo— la violación del sitio internet de la Corte que vio violado su sistema el día 26 de enero de 1998. Este proceso culmina con la sentencia de fecha 20 de marzo de 2002 dando por acreditados hechos y autoría pero se sobreesee la causa porque no encuadraba en figura penal alguna.<sup>11</sup> Es el caso "Gornstein Marcelo Hernán y otros s/delito de acción pública" Secretaría N° 24, Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 12, del cual resumimos sus principales argumentos:

Se les imputa a los encartados haber participado, de diversa manera, en la violación del sistema de seguridad de la página Web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, alterando la página inicial la que fue reemplazada por una alusiva al aniversario del fallecimiento del periodista José Luis Cabezas, afectando de tal forma el sitio de mención.

Así, desde el punto de vista del derecho de fondo se debería encuadrar el hecho mencionado en la figura penal básica prevista por el artículo 183 del Código Penal, debiendo, asimismo, determinar si el mismo se encuentra contemplado en el agravante descrito por el artículo 184 inciso 5 del mismo cuerpo legal. Una página web no puede asimilarse al significado de "cosa". Ello así, en tanto y en cuanto por su naturaleza no es un objeto corpóreo, ni puede ser detectado materialmente.

...al profundizar el encuadre legal nos encontramos con un obstáculo, el cual radica en el objeto del delito, que llevara al suscripto a sostener la atipicidad del hecho investigado.

Ello así, en tanto a mi entender —sostiene el fallo— no es dable considerar a la página Web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como una "cosa", en los términos en que esta debe ser entendida.

A los efectos de lograr un claro significado jurídico de la palabra "cosa" se remite al artículo 2311 del Código Civil de la Nación que define a ésta como los objetos materiales susceptibles de tener un valor.

<sup>11</sup> Gornstein, Marcelo Hernán y otros, exp 6515/98.Juzg. Nac. Crim. y corr. Capital n° 12. 20-3-02.

Se decide:

*Sobreseser* a Marcelo Hernán Gornstein, Julio Ernesto López, Armando Nicolás Fazio, Mariana Andrea Giménez, Diego Javier Wernstein y a Gabriel Contursi. El fallo al no ser apelado quedó firme y pasó en autoridad de cosa juzgada.

Después de la reforma al Código Penal acaecida en el año 2008 encontramos recién tipificadas distintas conductas derivadas del uso de las nuevas tecnologías, entre ellas las que son aplicables al SPAM, así:

Art.153. - Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses el que abriere o accediere indebidamente a una comunicación electrónica, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una comunicación electrónica, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté cerrado; o indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una comunicación electrónica que no le esté dirigida.

En la misma pena incurrirá el que indebidamente interceptare o capture comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido.

La pena será de prisión de un (1) mes a un (1) año, si el autor además comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrita, despacho o comunicación electrónica.

Si el hecho lo cometiere un funcionario público que abusare de sus funciones, sufrirá además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena. Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

Es decir que en el caso del correo electrónico quedó superado el problema jurisprudencial que se generaba en torno a la tipicidad, y así el tomar conocimiento indebido de éste implica la configuración de una figura penal castigada por el nuevo ordenamiento.

Art.153 bis. - Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses, si no resultare un delito más severamente penado, el que a sabiendas accediere por cualquier medio, sin la debida autorización o excediendo la que posea, a un sistema o dato informático de acceso restringido.

La pena será de un (1) mes a un (1) año de prisión cuando el acceso fuese en perjuicio de un sistema o dato informático de un organismo público estatal o de un proveedor de servicios públicos o de servicios financieros. Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008.

La acción consiste en la obtención, sin contar con autorización o excediendo los límites de la que se cuenta, de un dato o archivo informático. El autor material se aprovecha de las deficiencias de los sistemas de seguridad o simulando ser un usuario legítimo o violando los mecanismos de seguridad.

El art.157 bis<sup>13</sup> incorporado por la ley de protección de datos personales <sup>13</sup> ha reunido, en su redacción definitiva dada por la ley 26.388, la disposición del art. 117 bis<sup>14</sup> que también fuera parte de la ley de protección de datos personales pero que ahora en la ley 26.388 se deroga su número de orden dentro del Código Penal y modifica la redacción primigenia.

En cursiva se transcribe el texto originario de las normas y se la contrasta con la tipología de imprenta corriente cuando existe la modificación introducida, para obtener una visión sinóptica de los cambios con los cuales actualmente se ha tornado vigente este artículo 157 bis:

*Será reprimido con la pena de prisión de un mes a dos años el que:*

*A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma a un banco de datos personales;*

*Ilegítimamente proporcionare o revelare a otro, información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley.*

*Ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales.*

Cuando el autor sea funcionario público sufrirá, además, pena e inhabilitación especial de uno a cuatro años.

Esta norma contiene una redacción más correcta técnicamente al sustituir la expresión "datos falsos" por la manera "ilegítima" de proceder de su autor, pero deja la duda de si *proporcionar ilegítimamente información* comprende también dar a sabiendas información falsa que expresamente prevalea el art. 117 bis derogado que, no bien se analiza, se ve a las claras que son dos situaciones diferentes dejando de esta manera un nuevo vacío legal.

En materia de delitos de estafas y otras defraudaciones individualizadas y precisadas en el art. 173<sup>15</sup> el CP, se incorpora, como inciso 16, a la manipulación informática a través de la cual y para perjudicar a otro se altera el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos.

En el caso del delito de violación de correspondencia como el de acceso indebido a un sistema o banco de datos, no es necesario la configuración de un daño, basta la mera intrusión sin autorización para configurar la conducta indebida, si se produce además una alteración, destrucción o inutilización de datos, documentos, programas o sistemas informáticos, nos encontramos con otra figura que es el delito de daño.

<sup>13</sup> Art. 8 Ley 23.688.

<sup>13</sup> Ley 25.326.

<sup>14</sup> Derogado por el art. 14 Ley 23.688.

## Jurisprudencia

En nuestro país —antes de la reforma del CP y en vigencia de la ley de Habeas Data (en la cual se fundamenta la decisión)— se dictó la primera sentencia específica en contra del SPAM el 7 de abril del 2006, caso "Tanus Gustavo Daniel c/ Cosa Carlos Alberto y otros/ Habeas Data (art. 43 C.N.)"<sup>16</sup>.

El juez a cargo del Juzgado Civil y Comercial Federal N° 3, Secretaría N° 6 de la Capital Federal, Dr. Roberto Torti dictó esta primera sentencia que declara ilegal el SPAM en Argentina estableciendo en la misma que:

*La actividad de los inculcados es la venta de bases de datos que contiene información personal de terceros, en especial de direcciones de correos electrónicos de millones de usuarios argentinos de Internet, cuya finalidad es hacer publicidad masiva e indiscriminada, y para ello se valen precisamente del mismo método, es decir, el envío de correos electrónicos no solicitados, denominados SPAM. En la sentencia se consideró que "comporta una invasión en la esfera de la intimidad de los actores y de su tranquilidad, por cuanto se ven sometidos a la intromisión en sus datos personales que se ve reflejada en el envío masivo de mensajes no solicitados".*

Se señala además que "esta nueva faceta de la vida íntima de las personas —que se pone de manifiesto con el avance de las comunicaciones— merece el resguardo del ordenamiento jurídico, como los otros aspectos de ella, contemplados en el art. 1071 bis del Código Civil".

Se concluye que los inculcados a) permitan a los actores el acceso a los datos personales que poseen de ellos; b) con posterioridad, los eliminen de las bases de datos que detentan; c) cesen en el tratamiento de sus datos personales.

### Caso M.G.G.: CORREO ELECTRONICO. SPAM con VIRUS.

Ya antes —en Buenos Aires, el 15 de noviembre de 2005— la Cámara Nacional del Crimen y Correccional Federal —Sala II— dicta un fallo que tiene su origen a raíz de la denuncia efectuada el 13 de febrero de 2001 por el Dr. Alejandro Freeland, en representación de la firma "Young & Rubicam S.A." (en adelante "Y & R"), ante la División Informática de la Policía Federal Argentina, contra G. G. M. por la posible comisión de los delitos reprimidos en los artículos 183 y 197 del Código Penal de la Nación.

En esa oportunidad manifestó que su representada se habría visto afectada por un ataque masivo a sus sistemas de informática mediante la introducción ilegítima de decenas de miles de correos electrónicos de di-

<sup>15</sup> Art. 9 Ley 23.688.

<sup>16</sup> Ver <http://www.proteccion.org.ar/base-de-datos-verez-nosis-codame/tanus-sentencia-contral-el-SPAM-o-correo-electronico-no-desiado-gustavo-daniel-y-otro-c-cosa-carlos-alberto-y-otro-e-habeas-data-fallo-completo/2684/>

verso contenido acompañados, en la mayoría de las ocasiones, de virus informáticos o programas "crash" de destrucción masiva, circunstancia que habría impedido la comunicación normal dentro y fuera de la empresa dedicada a la actividad publicitaria.

Todos los empleados de la compañía recibieron un SPAM o "junk e-mail" aparentemente enviado por Darío Straschnoy, presidente de "Y & R", con un virus informático como archivo adjunto.

Sobre la base de los elementos incautados en autos se ordenó al licenciado Miguel A. Caffaro del Cuerpo de Peritos Contadores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación un estudio pericial donde informó que los daños provocados fueron: la inutilización por varias horas de las cuentas de correo electrónico del personal, del sistema de correo electrónico y de la línea telefónica de la empresa.

Luego de ello, la Sra. Juez instructora, Dra. María Laura Garrigós de Rébora, consideró que "el evento investigado se encuentra entre aquellos conocidos como de intrusismo informático (hacking), o aún de destrucción o cambio de información electrónica (cracking), acciones que lamentablemente aún no han encontrado receptación legal en nuestro ordenamiento penal". Por ello estimó que el hecho en estudio se reducía al presunto delito de interrupción o entorpecimiento de las comunicaciones telefónicas previsto en el artículo 197 del Código Penal y, en consecuencia, declaró la incompetencia en razón de materia para seguir interviniendo en la presente.

Por su parte, el Dr. Sergio G. Torres, magistrado a cuyo conocimiento se remitiera el proceso en función de la incompetencia decretada, consideró que en el caso investigado sólo se configuró un hecho delictivo, cuya tipificación penal recae en el artículo 183 del Código Penal de la Nación, pues no cabía duda alguna que la conducta del encartado, al enviar correos electrónicos masivos a la empresa "Y & R", había generado un perjuicio patrimonial real sobre su sistema informático, y responsabilizó a G. G. M. en calidad de autor por el delito de daño, y declaró la incompetencia de ese juzgado para continuar con el trámite de las actuaciones.

Planteadas la cuestión de competencia, la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, entendió que "... la desconexión que se atunde no hace más que corroborar que la maniobra fue efectiva para privarla de, o al menos entorpecer, ese medio de comunicación, sea cual fuere la línea telefónica desde la cual se pretendiera acceder al administrador de correo y direcciones afectadas".

Y entendió que debía continuar interviniendo este fuero de excepción, pero paralelamente la Sala I de esta Alzada descartó que el hecho investigado pudiera subsumirse en las figuras previstas en los artículos 183 y 197 del Código Penal, ni en figura penal alguna, por lo que lo sobreseyó en este proceso.

La circunstancia apuntada de encontrarse la causa con decisiones contradictorias motiva la interposición del recurso de casación, y, en su resolución de fecha 18 de marzo de 2005, la Sala Cuarta de la Cámara Nacional de Casación Penal exigió un análisis exhaustivo, en función de los hechos descriptos, de los posibles tipos penales en los que pudiera encuadrar la conducta de G. G. M., entre los que consignó a los artículos 183, 184 (concretamente aludió a su inciso 5°) y 197 del Código Penal, como paso previo a desvincularlo definitivamente del proceso.

A juicio de este Tribunal lejos de concluir en un posible sobreseimiento del nombrado lleva a confirmar el procesamiento apelado, ya que la maniobra del imputado consiste en una secuencia de ataques masivos a los sistemas informáticos de la empresa "Y & R", mediante la introducción de miles de correos electrónicos, acompañados en ocasiones de virus informáticos o programas "crash" de destrucción, generando procesos de borrado de archivos. El informe pericial da cuenta al enumerar los efectos, entre otros, la pérdida de mensajes de correo electrónico, caída en los servidores, etc. Esto conduce a concebir a la "informática", no como un fin en sí mismo sino un medio para lograr determinados objetivos, y si bien proporciona sofisticadas herramientas para delinquir, ello no significa que, necesariamente, estemos en presencia de una categoría especial de delitos, sino tan sólo ante una versión "informática" de las acciones típicas tradicionales —como el daño— previstas por el Código Penal.

Conforma a los conceptos vertidos en los párrafos precedentes, cabe concluir que la acción imputada a M. G.G. reúne para la Cámara de Casación los requisitos de la figura básica de daño —Art. 183 del C.P.—, pero también advertimos los vaivenes de las diferentes decisiones que precedieron a ese pronunciamiento que buscaba uniformar jurisprudencia.

A su vez hemos visto que muy diferente había sido la decisión recaída en el caso *Gornstein* donde se investigaba el daño en la página Web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, porque allí se dijo que esa página no era una cosa en los términos del Código Civil, con lo cual concluimos que el voluntarismo judicial no puede sustituir la seguridad jurídica que tiene base en la ley dictada por el Congreso.

**Noticias vinculadas al Spam y las sanciones posibles en nuestro país**

Para dimensionar el inconveniente y malestar que trae aparejado el SPAM nos remitimos a las noticias de la agencia Telam —difundida a través del diario La Voz del Interior—. A fines del 2010 el Spam ya representa el 82% del total de los e-mails que circulan por el mundo, según estudio de la empresa de seguridad Commtouch. Sostiene el informe, que abarca el segundo trimestre del 2010, que en promedio son enviados 179 billones de mensajes de spam por día, de los cuales el 64% son publicidad del sector

farmacéutica. En junio, los Spams llegaron a la cifra de 92% de todos los mensajes<sup>17</sup>.

A nivel internacional nos topamos con otra noticia. Es la vinculada al SPAM en Facebook que ganó una demanda millonaria en Estados Unidos, donde se condenó a un hombre a pagarle a Facebook 873 millones de dólares por utilizar el sitio para mandar SPAM. Es la condena más alta por ese tema.<sup>18</sup> Mark Zuckerberg, creador de Facebook, inicia la acción a raíz de que los miembros de su portal fueran acosados por un Spammer.

En febrero de 2010 Sanford Wallace, experto en marketing en internet y autodenominado "Rey del SPAM", se introduce en las cuentas personales de distintos usuarios de Facebook sin la autorización de los mismos, enviando mensajes privados personales como si fuera el usuario titular llegando a colocar mensajes en los muros de amigos de los usuarios. Facebook investiga internamente e identifica al responsable demandándolo judicialmente por daños y perjuicios.

El 18 de septiembre de 2010 se conoció la sentencia estableciendo que Wallace deberá resarcir a Facebook en la suma mencionada supra.

A nivel de nuestro país hemos visto cómo sanciona el artículo 153 bis y 157 bis del Código Penal el acceso no autorizado a un sistema o dato informático y a un banco de datos personales de manera ilegítima, incluso vulnerando las barreras de protección establecidas, condenando así al que entrare, lo accediere o proporcionare la información sin suficiente autorización.

Es decir que la ilicitud civil que daba derechos limitados a la reparación de algunos daños producidos con el llamado SPAM en el área de internet como era el caso de la intromisión arbitraria en la vida ajena, a partir de la ley 26.388 de Delitos Informáticos la ha agravado, porque ha llevado la ilicitud al ámbito de lo penal tipificando figuras nuevas de delitos que incluso amplían aquella protección originaria civil a los supuestos de utilizarse banco informático o de datos personales que no son de acceso libre y público. La protección penal es importante si tenemos en cuenta que en muchos casos se hace necesaria una persecución globalizada en la que el Estado, y no el particular, se encuentra en mejores condiciones de llevarla a cabo requiriendo el auxilio judicial para cumplir su potestad punitiva. Esta actividad encomendada a la justicia cuenta de ahora en más con normas legales específicas para perseguir efectivamente la violación de la privacidad y protegerla de manera más completa, sea por la intromisión en la correspondencia electrónica o mediante acceso indebido

<sup>17</sup> La voz del interior online 11 set 2010.

<sup>18</sup> Diario judicial 25 de noviembre de 2008.



a un sistema, dato informático, personal, o producción de daños a un sistema informático a partir del cual se parte o proyecta para lograr el acto ilícito.

### Conclusiones

Por las características específicas del orden virtual —unido a las permanentes innovaciones tecnológicas— hace que las reformas legislativas en materia de delitos informáticos queden rezagadas en relación a la realidad y que perjudican indirectamente a otros órdenes del derecho con miras a su efectiva protección y vigencia; es por ello que permanentemente aparecen nuevas formas delictivas o *cyber delitos* pero que en razón del principio *nulium crimen, nulla pena sine lege previa* que se deriva del art. 18 de la Constitución Nacional y el de reserva del art. 19 de la Constitución Nacional de que nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe, no se puede admitir que se interpreten en materia penal las lagunas del derecho debido a la inseguridad jurídica que ello conlleva por más que derive de la sana crítica voluntariosa judicial. En el Estado de Derecho será el Congreso y no las personas revestidas de otra autoridad ajena a la legislativa quien debe tipificar las conductas no queridas.

En este artículo sólo hemos tomado uno de los delitos informáticos, el SPAM, el que sufren permanentemente los usuarios merced a la publicidad electrónica de las empresas y la venta de bancos de datos que alrededor de ella genera. Cabe advertir que el SPAM no es lo único que por sí solo entorpece la comunicación e invade la esfera íntima de las personas, sino que muchas veces va acompañado de virus o gusanos informáticos destinados a destruir o dañar los sistemas informáticos y que pudiendo provenir la actividad ilícita de fuera del Estado donde se encuentra el afectado, la intervención de aquél y la colaboración judicial a nivel internacional para garantizar el orden jurídico interno debe realizarse por la vía penal de instancia oficial.

La nueva redacción del 157 bis del CP perfecciona lo relativo a la protección de datos personales haciendo su tipificación más específica si bien, como supra aclaramos, deja la duda de si *proporcionar legítimamente información* comprende también dar a sabiendas información falsa que expresamente previene el art. 117 bis derogado que, no bien se analiza, se ve que son dos situaciones diferentes y deja un nuevo vacío legal.

Dado el carácter transnacional de los delitos informáticos, es conveniente establecer tratados de extradición o acuerdos de ayuda mutua entre los países, que permitan fijar mecanismos comunes para la puesta en vigencia de instrumentos de cooperación internacional para contrarrestar

de forma eficaz la incidencia de la delincuencia informática, que se caracteriza por ser de "guante blanco", de fácil comisión y anonimato de su autor. Los problemas en materia de informática son serios, el principal de ellos es la facilidad con que se traspasan las fronteras, por lo que la investigación, enjuiciamiento y condena de los implicados se convierten en un grave inconveniente tanto jurisdiccional como jurídico.

#### **Bibliografía consultada**

BORGARELLA, E.S.; GARCÍA LUCERO, D.; CIPOLLA, R Y OTROS (2009) "El Derecho humano a la información en nuestro país; Internet en el derecho penal argentino". En: IV Foro Universitario de Investigación e Intervención social. ECI, ETS, UNC Córdoba.

BORGARELLA, E.S.; GARCÍA LUCERO, D.; CIPOLLA, R Y OTROS (2007) "Entre la realidad y la ficción. El derecho humano a la información en Argentina. Internet: sus peculiaridades y limitaciones" En: II Foro Universitario de Investigación e Intervención social. ECI, ETS, UNC Córdoba.

BORGARELLA, E.S.; GARCÍA LUCERO, D.; CIPOLLA, R Y OTROS (2008). *Aspectos jurídicos de la comunicación por Internet* En: <http://www.ridcomunicación.org>

CARLÓN, MARIO Y SCOLARI CARLOS (2009) *El fin de los medios masivos. El comienzo del debate*. Ed. La Crujía.

CARRION, HUGO DANIEL (2001). *Presupuestos para la incriminación del Hacking*, Julio 2001. En: <http://www.deltosinformaticos.com/trabajos/hacking.pdf> Tesis para optar al grado de Magister en Derecho, Ciencia y Tecnología. Universidad del Museo Social y Universidad de Buenos.

CASTELLAS, MANUEL (2001), *Internet, libertad y sociedad: una perspectiva analítica*, octubre de 2001. [www.udc.es/web/esp/mauniversidad/inaugura01/intro\\_conc.html](http://www.udc.es/web/esp/mauniversidad/inaugura01/intro_conc.html)

CASTILLA, M. (2001), *La galaxia Internet: reflexiones sobre Internet, empresa y sociedad*, Aré. Madrid.

FERNÁNDEZ DELPECH, HORACIO (2007), *Internet: su problemática jurídica*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires.

LÓPEZ CERRERO, J.A. Y J.M. SÁNCHEZ RON (eds.) (2001), *Ciencia, tecnología, sociedad y cultura en el cambio de siglo*, Madrid: Biblioteca Nueva/OEI.

MATILLART, ARMAND (1998) *La mundialización de la comunicación*. Paidós. Barcelona.

NODAL, LEONEL (2008) *Urgencias de la Cumbre sobre la Sociedad de la Información*. Prensa Latina. <http://www.movtmilenio.org/forocomunicacion>

RAMÓNET, IGNACIO, *El nuevo orden Internet*, En *Le Monde Diplomatique* edición Argentina, enero de 2004.

VILLANUEVA, ERNESTO (2004) *Temas selectos de Derecho a la Información*. Universidad Nacional Autónoma de México, México.

VILLANUEVA MANSILLA, EDUARDO (2005) *Comunicación interpersonal en la era digital*. Grupo Ed. Norma. Bogotá.

**Documentos relevantes**

<http://www.infoleg.com.ar/>

<http://es.wikipedia.org/wiki/Spam>





## LA GRATUIDAD DE LOS ESTUDIOS DE POSGRADO EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA

*Horacio Javier Etchichury<sup>1</sup>*

**Resumen** El presente trabajo describe en general el alcance de la gratuidad en el nivel de posgrado de la Universidad Nacional de Córdoba. Luego analiza su coherencia con las pautas constitucionales sobre el particular. Señala la necesidad de diseñar alternativas que garanticen la gratuidad para los estudios de posgrado. Propone, finalmente, emplear los cursos ya existentes como base de una formación que no esté condicionada al pago de aranceles.

**Palabras clave:** Educación Superior - Gratuidad - Equidad - Progresividad.

### Introducción

Nuestra Universidad ofrece una amplia variedad de carreras de posgrado, adoptando como principio el cobro de aranceles como base para su financiamiento. Este artículo (1) describe en general el esquema vigente, para luego (2) revisar las pautas constitucionales en la materia. Enseguida (3) se analizan los argumentos que se suelen ofrecer como justificativos del cobro de aranceles, para finalmente (4) señalar la necesidad de adoptar un sistema respetuoso de la gratuidad consagrada constitucionalmente.

Este artículo complementa uno anterior, publicado en este mismo Anuario<sup>1</sup>. En aquel texto, se analizaba la continua aplicación, durante más de veinte años, de la llamada "contribución estudiantil" establecida por la Ordenanza del Honorable Consejo Superior (HCS) 5/90. Dicha norma exigía un pago mensual de poco valor (alrededor de 10 pesos) para poder inscribirse en materias, usar la biblioteca y rendir exámenes. Lo recaudado se desti-

<sup>1</sup> Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Master of Laws, Yale Law School. Profesor asistente de Introducción al Derecho y profesor ayudante "A" de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Profesor asistente de Epistemología de las Ciencias Sociales, Escuela de Ciencias de la Información, UNC. Investigador asistente, CONICET. Correo electrónico: etchichury74@gmail.com

<sup>1</sup> ETCHICHURY, Horacio Javier, "La gratuidad de los estudios de grado en la Universidad Nacional de Córdoba", *Anuario XII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales* 2009-2010. La Ley, Buenos Aires, 2010, pp. 45-56.

naba a financiar gastos corrientes "paraeducativos" (tales como la compra de insumos para trabajos prácticos), excluyendo los sueldos docentes. Este sistema se derogó en marzo de 2011, a través de la Ordenanza del HCS 1/11.

### 1. Notas generales sobre el nivel de posgrado en la Universidad Nacional de Córdoba.

Nuestra Universidad posee 164 carreras de posgrado, ofrecidas por tres centros de estudios de ese nivel, doce facultades y otras instituciones que han celebrado acuerdos en la materia con la Universidad Nacional de Córdoba (UNC)<sup>2</sup>. Poco más de 7.200 estudiantes cursan estas carreras, según datos oficiales de 2010. A esto deben agregarse numerosos cursos independientes de posgrado, cuya cantidad exacta es difícil de precisar. Para poner las cifras en contexto, cabe recordar que en el nivel de grado, nuestra Universidad cuenta con 83 carreras, en las que estudian 102.000 personas.

La cantidad y diversidad de actividades de posgrado se inscribe en un proceso general de expansión de este nivel educativo en nuestro país. A partir de 1995, el posgrado creció en número de opciones y multiplicó su variedad en todo el país. En 2005, se contaban 5200 programas de posgrado en Argentina. En promedio, surgieron 267 programas nuevos por año entre 1999 y 2005. El 75% de la oferta se halla en instituciones estatales<sup>3</sup>. El total de estudiantes de posgrado en todo el país superaba la cifra de 80.000 en 2009; más del 70% de ellos cursaba en instituciones estatales<sup>4</sup>.

La expansión puede explicarse por múltiples factores. Entre ellos se halla la tendencia a requerir el título máximo (doctor) como condición para iniciarse en la docencia universitaria. El art. 36 *in fine* de la Ley de Educación Superior (LES, o ley 24.521) establece: "Gradualmente se tenderá a que el título máximo sea una condición para acceder a la categoría de profesor universitario"<sup>5</sup>. A esto se suma el surgimiento de un mercado

<sup>2</sup> La información se toma de SUBSECRETARÍA DE POSGRADO DE LA UNC, *Carreras de Posgrado*, UNC, Córdoba, 2010; disponible en <http://www.ssa.unc.edu.ar/subsecretaria-de-posgrado/guia-de-carreras-de-posgrado-2010>; y también de PROGRAMA DE ESTADÍSTICAS UNIVERSITARIAS, *Síntesis estadística 2010*, UNC, Córdoba, 2011; disponible en [http://www.unc.edu.ar/estadistica/programas-saa/estadisticas/sintesis\\_estadistica/sintesis-estadisticas-2010/unc\\_saa\\_sintesis\\_estadistica\\_2010.pdf?sa\\_download=file](http://www.unc.edu.ar/estadistica/programas-saa/estadisticas/sintesis_estadistica/sintesis-estadisticas-2010/unc_saa_sintesis_estadistica_2010.pdf?sa_download=file).

<sup>3</sup> Véase MAZZOLA, CARLOS y NAPOLI, FERNANDO, *Monedas falsas en el posgrado*, ponencia ante el VI Encuentro Nacional y III Latinoamericano La Universidad como objeto de estudio. Universidad, conocimiento y sociedad: innovación y compromiso, organizado por la Universidad Nacional de Córdoba, 12 al 14 de noviembre de 2009, pp. 4-5.

<sup>4</sup> SECRETARÍA DE POLÍTICAS UNIVERSITARIAS, *Anuario de Estadísticas Universitarias - Argentina 2009*, Ministerio de Educación de la Nación, Buenos Aires, 2010, pág. 151. Disponible en: <http://www.mecys.gov.ar/epu/documentos/Anuario-2009.pdf>

<sup>5</sup> También el Estatuto de la UNC, en su art. 63, exige el título máximo como condición para ser profesor regular.

global de la educación, donde crece la oferta de posgrados<sup>8</sup>, incluso de universidades extranjeras en los países latinoamericanos<sup>9</sup>.

**Marco regulatorio.** La ordenanza del HCS 2/2003<sup>9</sup> fija las pautas generales para el nivel de posgrado. Esta norma sigue, a su vez, los lineamientos establecidos por el Ministerio de Educación de la Nación a través de la Resolución 1168/97<sup>9</sup>, dictada a partir de la sanción de la LES.

Según la ordenanza, el HCS establece la política general de posgrado, y aprueba las carreras de ese nivel que cada unidad académica se proponga implementar (art. 3). El Secretario (hoy Subsecretario) de Posgrado cuenta con la asistencia de un Consejo Asesor, integrado por los secretarios del área de cada facultad o instituto (art. 5). Las actividades de posgrado se organizan en cada unidad, bajo la supervisión del secretario correspondiente.

La norma distingue entre carreras y cursos de posgrado (art. 7). Las primeras pueden adoptar tres formas: especialización, maestría y doctorado, con una progresiva profundización en los conocimientos y aptitudes investigativas. Los cursos de posgrado se dividen en estructurados y no estructurados, según integren o no una carrera. Además de estas instancias, algunos institutos ofrecen también formación posdoctoral a través de cursos o seminarios<sup>10</sup>.

**Cogobierno y concursos.** No rige —en general— el principio del co-gobierno en el nivel de posgrado. En algunos casos sí se adopta parcialmente este esquema, como ocurre en el Centro de Estudios Avanzados (CEA), dedicado a la formación de posgrado. Ese instituto posee un consejo asesor de 9 miembros (cuatro docentes, un estudiante, un egresado, un no docente, además de un representante de la Subsecretaría de Posgrado de la UNC)<sup>11</sup>. El consejo no tiene reales funciones de gobierno, salvo elevar una terna al Rector para que éste proponga al HCS un candidato a Director<sup>12</sup>. La ausencia del cogobierno aparece como la pauta general del posgrado

<sup>8</sup> Véase DE LA PARE, MÓNICA y LENZ, SYLVIA, *La política de posgrado en la Argentina y la expansión de carreras en Educación*, ponencia ante el VI Encuentro Nacional y III Latinoamericano La Universidad como objeto de estudio. Universidad, conocimiento y sociedad: innovación y compromiso, organizado por la Universidad Nacional de Córdoba, 12 al 14 de noviembre de 2006, pág. 4.

<sup>9</sup> GARCÍA GUADILLA, CARMEN, "Complejidades de la globalización y la comercialización de la educación superior. Reflexiones para el caso de América Latina", en VASSURI, HELEN (comp.), *Universidad e investigación científica. Convergencias y tensiones*, Clacso, 2006, pág. 144.

<sup>10</sup> Aprobada el 1 de abril de 2003.

<sup>11</sup> Dictada el 11 de julio de 1997 (BO 22 de septiembre de 1997).

<sup>12</sup> Así, por ejemplo, en el CEA: véase [http://www.cea.unc.edu.ar/of\\_academica/posdoctorado/posdoctorado.php](http://www.cea.unc.edu.ar/of_academica/posdoctorado/posdoctorado.php)

<sup>13</sup> Según el art. 8, Reglamento General del CEA (Resolución HCS 1346/2009, aprobada el 15 de diciembre de 2009).

<sup>14</sup> <http://www.cea.unc.edu.ar/organizacion.php>

en todo el país. Ello se aparta de la directiva legal<sup>13</sup> y de la práctica generalizada en las universidades estatales en el nivel de grado. La dirección de las carreras e institutos de posgrado suele quedar a cargo de funcionarios nombrados por las autoridades de la Facultad o Universidad.

Cada unidad académica define cómo evaluar y designar al personal docente encargado de los cursos de posgrado<sup>14</sup>. En otras palabras, no se fija el principio de ingreso docente por concurso<sup>15</sup>. El profesorado se incorpora a través de contratos. El CEA también aquí muestra una excepción, ya que sustancia concursos docentes<sup>16</sup>.

**Arancelamiento.** La gran mayoría (o casi todas) de las carreras de posgrado en la UNC están aranceladas, con montos diversos<sup>17</sup>. La ordenanza del HCS 6/91<sup>18</sup> autoriza (art. 1) el cobro de arancel en todas las actividades de posgrado; cada unidad académica define el monto. A modo de ejemplo, la Especialización en Tecnología Arquitectónica de la Facultad de Arquitectura, Urbanismo y Diseño Industrial, con una duración de 3 cuatrimestres, exige dos matrículas anuales de 300 pesos, más 16 cuotas anuales de igual monto. La Maestría en Antropología de la Facultad de Filosofía y Humanidades, prevista para 6 semestres, requiere una matrícula de 100 pesos y 26 cuotas de 250 pesos. El Doctorado en Estudios Sociales de América Latina, organizado por el CEA, con una duración de 3 años, exige una matrícula de 200 pesos y cuotas mensuales de 230. Estos tres ejemplos son ofrecidos a simple título ilustrativo, como muestra del esquema general vigente en la UNC<sup>19</sup>.

La misma ordenanza 6/91 permite destinar hasta el 70% de lo recaudado al pago de los profesores (art. 2). A su turno, la ordenanza del HCS 6/2005<sup>20</sup> ordena remunerar a los docentes exclusivamente con fondos propios provenientes de los cursos (art. 3).

El posgrado en la UNC, por lo tanto, debe financiarse a sí mismo (art. 25, ordenanza del HCS 2/2003). El arancelamiento aparece como la vía principal para sostener el funcionamiento de este nivel. Tal principio se

<sup>13</sup> La LES establece la obligatoriedad de asegurar en los órganos de gobierno universitario la participación de docentes, estudiantiles y no docentes (art. 53).

<sup>14</sup> Ordenanza HCS 2/2003, art. 7.

<sup>15</sup> La LES, en su art. 11 inc. a, establece el derecho de los docentes de instituciones universitarias estatales a "acceder a la carrera académica por concurso público de antecedentes y oposición". No hace distinciones respecto del nivel de posgrado.

<sup>16</sup> <http://www.cea.unc.edu.ar/concursos.php>

<sup>17</sup> La información detallada, disponible en: <http://www.unc.edu.ar/estudios/gestion/subsecretaria-de-posgrado/guia-de-carreras-de-posgrado-2010>

<sup>18</sup> Aprobada el 17 de septiembre de 1991.

<sup>19</sup> Los montos citados y los demás datos, tomados de la Guía disponible en <http://www.unc.edu.ar/estudios/gestion/subsecretaria-de-posgrado/guia-de-carreras-de-posgrado-2010>

<sup>20</sup> Aprobada el 2 de diciembre de 2005.



fortaleció en nuestro país durante la década de 1990<sup>21</sup>, cuando se difundió la noción de que los "beneficiarios" de la educación pública debían pagar por ella<sup>22</sup>. La LES permite cobrar "tasas" por los "servicios" que presten las universidades (art. 59 inc. c). La mayoría de los proyectos de legislación universitaria presentados al Congreso en los últimos cuatro años no prevé modificar esta situación<sup>23</sup>.

El pago de aranceles se convierte en condición para acceder a la educación de posgrado en la UNC, y también para continuar en ella. A modo de ejemplo, la reglamentación vigente en el CEA prevé que la falta de pago implica que no se corrijan los trabajos finales ni se extiendan certificados<sup>24</sup>.

A veces se adoptan esquemas diferenciados por nacionalidad. El CEA, por ejemplo, establece que los alumnos "provenientes del Mercosur" pagan el mismo arancel que los argentinos. Luego, quienes llegan de los demás países de Latinoamérica sufren un 25% de recargo. Los estudiantes de Europa deben abonar el mismo valor nominal que los argentinos, pero en euros. Finalmente, el alumnado originario del "resto del mundo" paga la misma cifra en dólares<sup>25</sup>. Cabe aquí señalar que la imposición de cargas más gravosas para personas extranjeras parece —en principio— incompatible con el art. 20 de la CN<sup>26</sup>. Allí se consagra la igualdad de los extranjeros

<sup>21</sup> MOLLER, MARCELA, "Imágenes de los posgrados: entre la academia, el mercado y la integración regional", en MOLLER, MARCELA et al., *Políticas de posgrado y conocimiento público en América Latina y el Caribe. Desafíos y perspectivas*, Clacso, Buenos Aires, 2010, pág. 18.

<sup>22</sup> GALARRA, DANIEL, "¿La universidad en debate? Reflexiones sobre algunos proyectos de Ley de Educación Superior de Diputados", en MOLLER, MARCELA (comp.), *Memorias de la Universidad. Otras perspectivas para una nueva Ley de Educación Superior*, Centro Cultural de la Cooperación Floreal Gorini - Clacso, Buenos Aires, 2008, pág. 142.

<sup>23</sup> Sólo dos proyectos de ley de educación superior establecen la gratuidad del nivel de posgrado en las instituciones estatales: el del diputado Eduardo Macchase (Solidaridad e Igualdad) y otros (Expte. 0730-D-2008, que reproduce el 4964-D-2007) y el de las diputadas Victoria Donda y Cecilia Marchán, del Encuentro Popular y Social (Expte. 2794-D-2010, que reitera el 5263-D-2008). Este último, sin embargo, garantiza la gratuidad sólo a quienes hayan cursado estudios de grado en universidades públicas; esta limitación parece de dudosa constitucionalidad. Por otra parte, el resto de los proyectos legislativos sólo otorga gratuidad al grado, y no al posgrado. En esta postura se incluyen los proyectos introducidos en una u otra cámara por el radicalismo (3928-D-2007, 2571-D-2007, 3258-D-2008, 3-1829/08, 3-4112/10), el PRO (4210-D-2007, 4693-D-2007, 0601-D-2009, 1068-D-2011), el socialismo (0342-D-2009, 1134-D-2011, 3-233/10), la Coalición Cívica (5-24/10), el Peronismo Federal (5430-D-2010), y el Frente para la Victoria (4396-D-2007, 0458-D-2009).

<sup>24</sup> Resolución CEA 12/92, aprobada el 26 de septiembre de 1992, y ratificada por resolución 121/96, del 3 de julio de 1996.

<sup>25</sup> Esta escala arancelaria dividida se establece en el art. 1 de la Resolución CEA 231/2008, aprobada el 8 de septiembre de 2008.

<sup>26</sup> La distinción por nacionalidad, además, se halla objetada en diversos tratados internacionales de derechos humanos, incluyendo aquellos con jerarquía constitucional; véase, por ejemplo, el artículo 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el art. 2.2 del "Pacto de Derechos

con los nacionales en materia de derechos que no sean políticos. A su turno, el art. 14 garantiza los derechos a todos los "habitantes", sin distinción de nacionalidad o tiempo de residencia. La regulación del CEA no toma en cuenta la diferencia entre personas extranjeras "habitantes" del país y quienes no lo son.

Por supuesto, hay excepciones al arancelamiento. Se deberán prever "modalidades de ayuda" para quienes "no puedan abonar", según establece el art. 4 de la ordenanza del HCS 6/91. Las becas, entonces, dependen de la capacidad económica de quien la solicita<sup>27</sup>. Quienes ejercen la docencia en la UNC también se hallan eximidos de pagar los aranceles, pero únicamente en carreras de doctorado<sup>28</sup>. Continúan obligados a abonar dinero para poder cursar especializaciones y maestrías. Otra excepción se ha creado para estudiantes en el marco del Programa de Movilidad de Red de Macrouiversidades, quienes no deben cumplir con las cuotas ni matrículas<sup>29</sup>. En síntesis: se arancela el posgrado como regla general; la gratuidad (o apenas la reducción de algunos montos) aparece sólo como excepción en situaciones muy particulares.

El principio del auto-financiamiento de los posgrados despierta algunas preocupaciones. En primer lugar, se teme que el crecimiento se oriente por las demandas de quienes pueden pagar esta formación, y no necesariamente a partir de necesidades de investigación. Se impondrían entonces las disciplinas con atractivo comercial (o de mercado), y no las que un ejercicio razonable de la autonomía académica podría sugerir. Otras voces subrayan que el posgrado crece a expensas del grado; por ejemplo, cuando el profesorado con mayor formación reduce al mínimo sus tareas con estudiantes de grado, para concentrarse en maestrías y doctorados<sup>30</sup>. Se destaca, además, que el nivel de grado provee un sostén imprescindible en lo institucional, lo edilicio y lo administrativo (e incluso en

Económicos, Sociales y Culturales" y el 2.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, entre otros.

<sup>27</sup> En la reglamentación del CEA, las becas sólo pueden alcanzar hasta el 50% del valor del arancel; no se prevé una eximición total de pago. A la vez, para solicitarlas debe haberse abonado la matrícula de inscripción. El número de becas disponibles equivale al 5% del alumnado, como máximo, y al 20% como máximo. Véase el Reglamento de Alumnos de Posgrado, Resolución CEA 394/06, aprobada el 22 de octubre de 2006, Anexo 1 (Reglamento de Becas).

<sup>28</sup> Según el art. 1 de la Ordenanza HCS 2/2009, aprobada el 19 de mayo de 2009. Una iniciativa similar se puso en marcha en 2007 en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de Buenos Aires; véase <http://www.flu.uba.ar/contenidos/novedades/cont/finado/0607/gratuidad>

<sup>29</sup> La eximición, dispuesta por la Resolución Rectoral 761/2007, aprobada el 17 de abril de 2007.

<sup>30</sup> En algunos institutos, como el CEA, los cargos docentes incluyen la obligación de dictar clases en el nivel de grado.

lo salarial) al posgrado. Una maestría, por ejemplo, se apoya en el nombre, la historia, los edificios y personal auxiliar que una Facultad ha generado o reunido para sus carreras de grado. También suele proveer de un sueldo estable (por dictar materias de grado) a parte del profesorado que luego dicta cursos de posgrado con contratos de corta duración. Sin toda esta base —se afirma— el auge del posgrado sería inviable. Por lo tanto, el autofinanciamiento del posgrado no es completo<sup>21</sup>.

## 2. La gratuidad de la educación pública estatal en la Constitución Nacional

**Alcance y formulación.** En Argentina, la gratuidad de la educación pública estatal ha quedado consagrada como un derecho humano con jerarquía constitucional. Así resulta de los incisos 19 y 22 del artículo 75 y del artículo 13 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC), que tiene el mismo rango que la ley suprema. Ninguna ley o regulación en materia de educación puede recortar o disminuir la gratuidad.

### *La gratuidad en el PDESC*

El art. 13 del PDESC (dotado de jerarquía constitucional, según el art. 75 inc. 22 de la ley suprema) reconoce el derecho de toda persona a la educación, en todos los niveles. Se trata de un derecho humano por estar incluido en el Pacto, definido en la Constitución Nacional (CN) como un tratado de derechos humanos<sup>22</sup>.

En cuanto a la gratuidad, el artículo distingue dos situaciones. La enseñanza primaria debe ser "asequible a todos gratuitamente" (parág. 2, inc. a). En cambio, la educación media y la superior deben hacerse "igualmente accesible[s] a todos", y entre los medios apropiados para lograrlo se incluye "en particular [...] la implantación progresiva de la enseñanza gratuita" (parág. 2, incs. b y c). Por lo tanto, la gratuidad integra el derecho a la educación, aunque en dos niveles (medio y superior) se implanta de forma progresiva.

La gratuidad apunta a garantizar la accesibilidad económica a la educación, un aspecto que integra las obligaciones de cada Estado parte

<sup>21</sup> Véase MAZZOLA, CARLOS y NAPOLI, FERNANDO, *Monedas falsas...*, op. cit., pág. 10.

<sup>22</sup> El PDESC se halla en la lista de tratados dotados de jerarquía constitucional; luego, el texto del art. 75 inc. 22 dice: "Los demás tratados y convenciones de derechos humanos [...]"; de lo cual se deduce que el Estado antecedente incluye sólo instrumentos de derechos humanos. Asimismo, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos incluye al PDESC en la llamada Carta Internacional de los Derechos Humanos; véase <http://www2.ohchr.org/spanish/law>.

del PDESC, según ha establecido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>32</sup>.

### *La gratuidad en el articulado de la CN*

El inciso 19 del art. 75 refuerza este derecho. Incorporado en la reforma de 1994, ordena al Congreso "garantizar los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal" al legislar sobre la materia. A diferencia del PDESC, el art. 75 no distingue niveles. Toda la educación pública estatal es gratuita, lo cual -en principio- incluye al nivel superior.

### *Gratuidad y progresividad*

Revisamos ahora cómo se desarrolla este derecho a la educación superior gratuita. Según el PDESC, se implanará de manera "progresiva". El principio de progresividad se halla consagrado en el art. 2 del Pacto. Cada Estado "se compromete a adoptar medidas [...] hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos"<sup>34</sup>.

No significa que el Estado pueda leer parcialmente la gratuidad, entendiéndolo que -por ejemplo- un arancel bajo no la afecta. La gratuidad no puede graduarse. Lo "progresivo" es la *implantación* de la gratuidad, y no la gratuidad misma.

Tampoco significa que cada Estado puede postergar indefinidamente la efectiva vigencia de este derecho, con la excusa de que todavía está "progresando" hacia allá. De otro modo, el Pacto carecería de sentido: reconocería derechos que el Estado puede o no cumplir según su discreción.

La progresividad significa que, en principio, cualquier norma que reduzca el alcance de la gratuidad atenta contra el Pacto. Una medida regresiva es la que "empeora el nivel de ejercicio o el goce de un derecho"<sup>35</sup>, o que reduce su vigencia efectiva con respecto a la situación anterior<sup>36</sup>. En

<sup>32</sup> Véase la Observación General (OG) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales núm. 13 (1999), párr. 6. El Comité es el órgano de aplicación del PDESC.

<sup>33</sup> El art. 11.1 del Pacto, por su parte, incluye el derecho "a una mejora continua de las condiciones de existencia", lo que también sirve de base a la progresividad.

<sup>34</sup> SRRÚLVEGA, MAGDALENA, "La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión 'progresivamente'", en COURTIS, CHRISTIAN (compilador), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pág. 132.

<sup>35</sup> ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pág. 112.

el caso de la educación, la "implantación progresiva" impide, por ejemplo, arancelar niveles que ya sean gratuitos, o agregar tasas nuevas a las ya establecidas (como matrículas extraordinarias, derechos de examen, etcétera).

¿Cuál es el punto de inicio para evaluar la progresividad? ¿Qué umbral se fija para definir si una medida amplia o reduce la vigencia de la gratuidad? La respuesta está dada por la reforma de 1994. En ese acto, el PDESC adquirió jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22); también se estableció la gratuidad de toda la educación pública estatal (art. 75 inc. 19). En la norma de máximo rango se fija la gratuidad misma como línea de base. No hay diferencia según los niveles educativos, ni hay etapas sucesivas de implementación. La gratuidad se extiende de un extremo a otro, y de manera inmediata, a partir de la entrada en vigor del texto reformado en 1994.

### 3. La situación actual y argumentos justificatorios

La revisión del panorama descrito en el punto 1, a la luz del marco normativo reflejado en el 2, hace visible la incompatibilidad entre la Constitución Nacional y el esquema vigente en el nivel de posgrado. Si el arancelamiento opera como regla general, entonces se afecta la gratuidad consagrada con la máxima jerarquía normativa. Quienes estudian en el nivel de posgrado estatal deben abonar dinero para ingresar, permanecer y egresar de sus carreras. Se refleja un trato completamente distinto al recibido en las etapas educativas anteriores (inicial, primaria, secundaria, universitaria de grado), donde la gratuidad rige como pauta general.

En el caso particular de la UNC, si bien la Ordenanza del HCS 6/91 es previa a la reforma constitucional de 1994, su aplicación continuada luego de esa fecha suscita interrogantes acerca de su coherencia con el orden normativo argentino. Del mismo modo, el resto de las ordenanzas y resoluciones en materia de aranceles aprobadas en los últimos quince años ratifican la plena vigencia del carácter oneroso de la enseñanza de posgrado en la UNC. Esto se confirma por la omisión de cualquier referencia al derecho humano a la gratuidad de la educación en los considerandos de esas ordenanzas, y por el carácter excepcional que adopta la eximición de aranceles.

Por lo tanto, queda en pie la pregunta: ¿por qué se admite el cobro de aranceles en el nivel de posgrado de una universidad pública estatal? Revisaremos a continuación los principales argumentos justificatorios que se esgrimen o podrían esgrimirse para defender la situación actual.

**Exclusión.** Un primer argumento consiste en excluir al posgrado en universidades públicas del alcance del art. 75 inc. 19. Así, aunque la educación pública estatal es gratuita, el nivel de posgrado no se halla abar-

cado en ella. Esto obligaría a demostrar que el posgrado no es "educación", o que no es "público", o que no es "estatal". Pero difícilmente pueda lograrse tal cosa. El encuadre del nivel de posgrado dentro de la educación no necesita demasiado fundamento. Precisamente por integrar la "educación", está regulado en la LES (arts. 39, 39 bis y concordantes), como parte del nivel superior, que a su vez encuentra sus pautas generales en la ley 26.206 (o Ley Nacional de Educación). Las carreras de posgrado deben ser evaluadas por la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria (CONEAU), al igual que las de grado (LES, arts. 43 al 46); por ello, no hay diferencias esenciales entre ambos niveles. Todos los títulos, de grado y posgrado, se hallan sujetos al reconocimiento del Ministerio de Cultura y Educación (LES, art. 41). Estas evaluaciones y controles son apenas parte de la supervisión que ejerce el Estado, en virtud del carácter "público" de esta formación, que dista de ser una cuestión privada o personal. Finalmente, las universidades públicas son creadas y financiadas por el Estado; esto, junto a otras varias características, permite comprobar el carácter "estatal" de los cursos de posgrado que venimos analizando. Por ser educación, por ser públicos y por estar gestionados por el Estado, no caben dudas sobre su inclusión en el art. 75 inc. 19 de la CN.

*Autorización por la Ley de Educación Superior.* Hay quienes invocan el art. 59 inc. c de la LES, que autoriza a las universidades a cobrar "tasas por los servicios que presten". Sin embargo, esto no resuelve el problema. Si la gratuidad está fijada, como hemos señalado, por normas constitucionales, el texto de la LES no basta como justificativo. En efecto: el principio de supremacía constitucional (CN, 31) da preeminencia, sin dudas, a la Constitución sobre cualquier norma dictada por el Congreso. Algo similar ocurriría si se intentara sostener el cobro de aranceles sobre la base de la autonomía universitaria. Si bien ella queda consagrada constitucionalmente, las normas que dictan las universidades en ejercicio de su autonomía no pueden contradecir los derechos consagrados en la ley suprema.

*Exigencias de la CONEAU.* En ocasiones se alude al cobro de aranceles como un requisito fijado por la Comisión que evalúa las carreras de posgrado. Por supuesto, ello tampoco resulta suficiente para justificar incumplimientos constitucionales. Pero por otra parte, nada en la ya citada resolución 1168/97, que fija el régimen general de posgrados, obliga a las universidades públicas a dar carácter oneroso a la formación de este nivel.

*Progresividad.* Otra línea argumental, en cambio, podría basarse en el concepto de "implantación progresiva". Si bien toda la educación pública estatal es gratuita, y el posgrado integra ese sector, la gratuidad se pone en vigor gradualmente. Según este argumento, no todos los niveles deben ser gratuitos de inmediato. El Estado puede brindar educación de

grado sin arancelar, y a la vez mantener el carácter pago de la formación posterior al grado.

Este argumento parece convincente, pero pierde de vista el punto inicial de la "implantación". El PDESC introduce la noción de progresividad para permitir a los Estados profundizar sus esfuerzos sin retroceder. Por lo tanto, si un país ya brinda educación primaria sin aranceles, podrá ir sumando cursos o niveles de la enseñanza secundaria en las mismas condiciones. Sin embargo, el caso argentino difiere: la CN estableció la gratuidad sin limitaciones ni etapas, en un solo acto (la aprobación y jura de la reforma de 1994). Por lo tanto, la progresividad no puede leerse aquí como una autorización para medidas regresivas (como, por ejemplo, habilitar el cobro en el nivel de posgrado, o en cualquier otro). El PDESC no puede utilizarse como clave restrictiva de derechos reconocidos en el articulado constitucional (o incluso en normas inferiores); esta cláusula interpretativa expansiva integra el texto del Pacto (art. 5.2).

*Recursos disponibles.* Un intento más de justificación se afirma en un concepto cercano a la progresividad: el de la disponibilidad de recursos, también contenido en el art. 2 del PDESC. Pese a la gratuidad de la educación pública estatal, el nivel de posgrado puede arancelarse porque no hay fondos suficientes. Frente a esta limitación material, concluye el argumento, el cobro de tasas al estudiantado aparece como la solución legítima.

Sin embargo, la referencia en el art. 2 del PDESC al "máximo de recursos de que [el Estado] disponga" no puede interpretarse como una autorización para no respetar el derecho a la educación gratuita. Como señalamos más arriba, ello implicaría una concepción contradictoria del Pacto en cuestión: un documento donde los Estados reconocen los derechos sociales para luego introducir una expresión que los vuelve ineficaces e inextinguibles<sup>37</sup>. Si bien este límite (disponibilidad de recursos) integra el Pacto, no puede tener el sentido de eliminar toda obligación estatal en materia de derechos sociales, abriendo un campo amplísimo para la discrecionalidad. Si así fuera, el Pacto habría perdido su sentido como instrumento internacional. No se pensó, al momento de redactar el PDESC,

<sup>37</sup> De lo contrario, se violaría el principio *pacta sunt servanda*, es decir, la buena fe en la celebración y ejecución de los tratados, por la que los pactos se elaboran para ser cumplidos y cumplidos de buena fe; véase RIZZO ROMANO, ALFREDO, *Manual de Derecho Internacional Público*, 2ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1988, pág. 60. El principio está contenido en el art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ratificada por la Argentina el 5 de diciembre de 1972. El art. 19 de la Convención también se basa en el mismo principio, al prohibir que los Estados introduzcan, al momento de la ratificación, reservas que contradigan el fin del tratado. Se trata de un principio "universalmente aceptado" en el ámbito del derecho internacional público; véase DÍEZ DE VELASCO, MANUEL, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 15ª ed., Tecnos, Madrid, 2008, pág. 188.

que esta cláusula pudiera ser "una excusa para que los Estados pudieran demorar la realización de los derechos"<sup>38</sup>.

La expresión, entonces, sólo puede referirse al máximo posible de los recursos de un Estado, considerados en su conjunto. No se refiere solamente a los fondos asignados expresamente para financiar educación de posgrado, en este caso. De otro modo, el Estado podría incumplir sus obligaciones en la materia simplemente asignando ningún presupuesto (o muy poco) a este nivel educativo; ante un reclamo, podría contestar que el nulo o escaso presupuesto no permite hacer más. Se trataría, como vemos, de una interpretación que arroja un resultado incompatible con el mínimo de buena fe necesario para considerar que se están cumpliendo las previsiones de un tratado. Craven destaca que durante la redacción del Pacto, los Estados Unidos propusieron una enmienda al proyecto para que la cláusula rezara: "[...] hasta el máximo de recursos de que disponga para ese propósito [...]"<sup>39</sup>. Se rechazó esta propuesta precisamente porque podría servir a los Estados para lo que acabamos de decir: argumentar que una asignación mínima de fondos resulta suficiente<sup>40</sup>. Por lo tanto, la expresión incluida en el art. 2 del PDESC no significa que los derechos sociales (como el derecho a la educación) deban satisfacerse con lo que queda luego de otros gastos (la deuda externa, compra de insumos militares, construcción de embajadas, subsidios a empresas privadas) que no tienen la misma jerarquía; así lo entiende, por ejemplo, Bidart Campos<sup>41</sup>.

Por ello, la "disponibilidad de recursos" sólo justifica el arancelamiento en casos completamente excepcionales. Esta cláusula podría emplearse sólo cuando no puede reducirse ningún gasto de jerarquía inferior (es decir, no relacionado con la satisfacción de un derecho constitucional). Recién en esta situación extrema, la noción de escasez puede jugar algún rol justificatorio. De ninguna manera puede servir como base de un sistema de posgrado arancelado permanente, tal como el hoy existente.

*Equidad.* Este argumento se usa con frecuencia, bajo dos formas: a veces, como un razonamiento dirigido al aspecto moral del problema; otras veces, apoyándose en un texto constitucional.

La primera versión simplemente apunta a justificar moralmente el cobro de aranceles. El planteo puede reconstruirse así: el posgrado, en general, representa un beneficio simbólico y económico para quien lo cursa<sup>42</sup>. Por lo tanto, no puede exigirse a toda la comunidad que lo financie a

<sup>38</sup> CRAVEN, MATTHEW C. R., *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights. A perspective on its development*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pág. 136.

<sup>39</sup> CRAVEN, MATTHEW C. R., *The International Covenant...* op. cit., pág. 137, nota al pie 182.

<sup>40</sup> BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *El orden socioeconómico en la Constitución*, Ediar, Buenos Aires, 1989, pp. 285, 309, 343-344.

<sup>41</sup> Esta idea aparece explícitamente en los considerandos de la ordenanza del HCS 6/91.



través del presupuesto. Muchas personas cursantes de posgrado provienen de los sectores de mayores ingresos. Un beneficio individual para gente de clase media y alta debe ser costeadado por quien lo disfruta. Con esta línea se pretende dejar de lado los principios de gratuidad y progresividad.

Antes que nada, hay que señalar que este argumento tiene proyecciones muy amplias. Es que también el estudio de grado beneficia en lo simbólico y en lo material a quien la recibe. ¿O acaso no hay tales beneficios al recibirse de médico, o de contador? Más aún: algo similar -en escala distinta- ocurre con la enseñanza secundaria, y con la inicial y primaria. ¿Hay que concluir, entonces, en que se justifica arancelar todos los niveles? Porque en cada etapa se obtiene algún (potencial) beneficio económico. Y por otra parte, no sólo el alumnado de posgrado proviene de clases pudientes. Un panorama similar podría hallarse en la educación de grado. También en numerosas escuelas medias y primarias estatales de ciertos barrios y ciudades. Nos preguntamos: ¿deben arancelarse esos niveles? La paradoja surge, precisamente, por intentar trazar fronteras ausentes en el texto constitucional, donde la gratuidad se garantiza de modo uniforme. La redistribución encuentra su canal más adecuado en la vía impositiva. De lo contrario, se limita sólo a quienes ejercen su derecho a educarse. Se convierten el estudio y el aprendizaje en hechos imposibles, lo cual resulta absurdo. En rigor, no debe gravarse el título de doctor, sino las riquezas concretas obtenidas por cada profesional (al igual que con las percibidas por rentistas, comerciantes, empresas, o terratenientes).

Una segunda versión del argumento basado en la equidad se apoya en el texto del art. 75 inc. 19. Allí, como ya vimos, se garantizan los principios de "gratuidad y equidad" de la educación pública estatal. Se sostiene entonces que la pauta general de gratuidad se recorta en el nivel de posgrado por razones de equidad. Entendida en general como una justicia del caso concreto<sup>20</sup>, la equidad permitiría que a personas con recursos económicos se les exija dinero para asegurar el sostén del sistema educativo. La gratuidad, así, no alcanzaría a todos, sino que podría excluir a ciertos grupos con capacidad contributiva<sup>21</sup>.

Rechazamos esta interpretación. En primer lugar, no se comprende por qué un concepto como "gratuidad" podría tomarse de forma parcializada o reducida, convirtiéndose en "onerosidad moderada"; o similar. Según Bidogain, la Corte Suprema ha fijado la pauta de "atenerse a los textos";

<sup>20</sup> Así está definida en "Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación de la Nación) formula observación a los Estatutos de la UNC -art. 24, ley 24.521-"; 24 de mayo de 1999 (en adelante, "UNC" (1999)); *Fallos*, 322: 875, voto de la mayoría, considerando II.

<sup>21</sup> Esta interpretación, favorecida en GELLA, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2006, pág. 697.

dándole a las palabras el sentido "que tienen en la vida diaria", sin suponer que hay palabras superfluas, o que deben ignorarse o considerarse no escritas<sup>44</sup>. Siguiendo esta línea, la noción de gratuidad no permite lecturas parciales: la onerosidad, en cualquier extensión, excluye la gratuidad. La noción de equidad no puede tener este efecto destructivo sobre otro principio constitucional de igual jerarquía.

La eliminación de la gratuidad no podría presentarse como una reglamentación razonable (CN, art. 28) del derecho en juego. La razonabilidad exige guardar proporcionalidad al momento de limitar derechos por vía reglamentaria. Debe existir relación entre "los medios elegidos con los propósitos perseguidos"<sup>45</sup>. Gelli sostiene que una decisión razonable debe guardar: 1) una proporción entre los medios y los fines; y 2) una relación causal entre la limitación de derechos y el objetivo buscado. Cabría agregar que los fines también deben ser legítimos desde el punto de vista constitucional. Por lo tanto, cualquier limitación a un derecho debe resultar proporcional al fin buscado (por ejemplo, mantener funcionando el sistema educativo).

Sin embargo, aquí la idea de proporción queda descartada. La noción de "gratuidad" sólo puede tener vigencia completa, y no parcial. Tomar "equidad" como la llave para eliminar la gratuidad volvería superflua la inclusión de este último principio.

Como ya señalamos, la admisión de contribuciones "equitativas" en el nivel universitario (de grado o posgrado) permitiría introducir normas semejantes en la enseñanza media o primaria. No hay argumentos que justifiquen aplicar la equidad sólo a la educación superior. No puede presumirse que el alumnado de ese nivel (o sus familias) tenga mayor capacidad adquisitiva que el de los demás.

*Otra interpretación de la equidad.* Corresponde entonces encontrar un sentido de la "equidad" que no niegue la gratuidad, sino que la complemente. Tal interpretación no implica recortar la gratuidad (volviéndola "onerosidad"), sino fortalecerla. La justicia del caso concreto beneficiaría a quienes no logran acceder a la educación superior (de grado o de posgrado) aun en un régimen de gratuidad. Esta manera de entender la relación entre gratuidad y equidad se halla, precisamente, en la intervención del miembro informante Rodríguez durante la Convención constituyente de 1994: "[...] la gratuidad no será una mera técnica para alcanzar la igualdad de oportunidades, sino una técnica absolutamente insustituible. [...] El prin-

<sup>44</sup> BERRUAIN, CARLOS MARÍA, *Curso de derecho constitucional*, tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pág. 78.

<sup>45</sup> *Itizor, José M. c/ Provincia de Misiones*: 12 de septiembre de 1996; Fallos 319:1834, voto de la mayoría, considerando 8, con citas concordantes de Fallos, 160:247, 171:349 y 243:99.

cipio de equidad [...] impone al Estado la carga de proveer a los habitantes de los medios suficientes para acceder a la educación gratuita."<sup>46</sup>

Bajo esta interpretación<sup>47</sup>, la equidad implica la provisión de ventajas adicionales, tales como ayudas alimentarias, becas de materiales o subsidios para el cuidado familiar. De esta manera, no se violenta el sentido común del término "gratuidad" y a la vez se incorpora la noción de "equidad" como justicia anclada en las circunstancias concretas. Su combinación da como resultado la vigencia completa del derecho a acceder a la educación superior (incluso de posgrado), y no su recorte ni su sujeción a certificados de pobreza, ni su conversión en una mercancía que "por naturaleza" debe pagarse. La hermenéutica adoptada por el convencional Rodríguez habilita la coexistencia plena de "gratuidad" y "equidad"<sup>48</sup>.

#### 4. La necesidad de alternativas

La argumentación jurídica presentada nos conduce a esta conclusión: el arancelamiento del posgrado resulta inconstitucional, aunque esté muy extendido. Se abra ante la sociedad, entonces, la labor de adecuar la enseñanza superior al orden constitucional argentino<sup>49</sup>. La UNC, como institución pionera en la modernización y democratización de sus estructuras, se halla en una situación inmejorable para iniciar la tarea.

Por razones prácticas, aplicar el principio de gratuidad en este nivel requiere un proceso gradual. La adaptación, lamentablemente, no

<sup>46</sup> Citado en "UNC" (1999), voto de la mayoría, considerando 8; el texto se halla en el Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1994, pág. 3181.

<sup>47</sup> Gelli reseña esta interpretación, pero la descarta; véase GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación...*, op. cit., pp. 696-697.

<sup>48</sup> Como hemos señalado en nuestro trabajo anterior ya citado ("La gratuidad de los estudios de grado..."), la Corte Suprema dictó en 2008 un fallo con aristas problemáticas. En efecto: luego de citar extensamente las conclusiones del convencional Rodríguez, la mayoría del tribunal adopta un criterio diferente sobre el juego entre gratuidad y equidad. Sostuvo que no se violenta la "relación armónica" entre ambas cuando "por aplicación del principio de equidad y para lograr la igualdad real de oportunidades [...] se dispusiere recurrir a contribuciones o cánones [...], con el fin de instrumentar un sistema de educación superior que efectivamente posibilite que los sectores más postergados en lo económico tengan acceso real a las carreras de pregrado y grado". Véase "Estado Nacional - Ministerio de Cultura y Educación c/ Universidad de General Sarmiento s/ res. (su) N° 6/99 H.A.U. -aplicac. Ley 24.521-"; 6 de mayo de 2008, expte. E. 129. XL. Voto de la mayoría, considerando 9. No se observa en la opción mayoritaria ninguna línea argumental que justifique extraer de la cita de Rodríguez la conclusión que luego emiten.

<sup>49</sup> Podría objetarse que este tema no tiene relevancia o urgencia social. Sin embargo, organizar al posgrado en torno al arancelamiento incide en el resto de la educación superior (orienta a las universidades hacia temáticas definidas por el mercado, afecta la dedicación del profesorado a las carreras de grado, etc.). El perfil que pueden adquirir las universidades públicas sí tiene un alto impacto social. Trabajar sobre el arancelamiento contribuye a discutir el rumbo sugerido y seguido en la década de 1990.

puede ser inmediata<sup>20</sup>. Sin embargo, debe constituirse en la labor prioritaria de las secretarías de posgrado en las distintas universidades públicas. Se requiere un plan de transición efectiva (y lo más rápida posible) hacia la eliminación de los aranceles y tasas. Por supuesto, esto no basta, por sí solo, para asegurar la accesibilidad económica. Quienes aspiran a cumplir estudios de posgrado necesitan, ciertamente, ayudas económicas o becas que les permitan sostenerse y dedicar la mayor parte o la totalidad de su tiempo a la formación. Allí juega un rol crucial la noción de equidad tal como la definimos en este trabajo, siguiendo la postura del convencional Rodríguez en 1994.

La transición hacia el posgrado sin aranceles exige replantearlo sobre nuevas bases. La gratuidad significa, seguramente, una drástica reducción de los recursos adicionales, y la necesidad de buscar alternativas.

Puede pensarse en recurrir a aportes suplementarios del Estado destinados a financiar carreras específicas de posgrado que resulten de interés particular o estratégico. Una de esas áreas puede ser, la formación para la docencia en niveles medio o primario, que entonces podría brindarse gratuitamente. Así, por ejemplo, en el marco del Plan Pedagógico Nacional para la Formación Docente<sup>21</sup> el Ministerio de Educación de la Nación llamó a concurso público a las universidades nacionales de todo el país para presentar propuestas de "Carreras de Especialización" (primer nivel de posgrado) destinada a profesores y directivos de los Institutos de Formación Docente públicos. Las universidades se comprometieron con el diseño y dictado de las carreras previamente aprobadas por Coneau. El Ministerio aportó todos los fondos (a través de las universidades) para solventar los honorarios, viáticos y pasajes docentes; las tareas de dirección y coordinación; y la producción de materiales. Los ministerios de Educación provinciales proveyeron pasajes, viáticos y materiales de estudio a los alumnos. La UNC dictó entre 2006 y 2008 la Especialización en Pedagogía de la Formación para 280 cursantes de Córdoba, San Luis, San Juan, Mendoza y La Rioja absolutamente gratis para los alumnos<sup>22</sup>.

También podría admitirse el uso de dinero proveniente de la cooperación internacional. Con esos recursos pueden solventarse los salarios y demás costos asociados al dictado de una carrera de posgrado. El PDESC prevé, en su art. 2, que los fondos provenientes de agencias de co-

<sup>20</sup> Así lo reconoce, por ejemplo, el proyecto del diputado Macaluse y otros, ya citado, que prevé un plazo de dos años para alcanzar la gratuidad en el posgrado.

<sup>21</sup> Creado por resolución del Consejo Federal de Cultura y Educación N° 223 (agosto de 2004).

<sup>22</sup> Véase PACHECO, MARCELA y ARMANDO, JOEL, "Sentidos y estrategias del uso de TIC en la formación docente", en GEBURIC BARUTEL, ADRIANA (comp.), *El lugar de las TIC en la enseñanza universitaria: estudio de casos en Iberoamérica*, Ediciones Aljibe, Málaga, 2010, pp. 97-126.

operación internacional son instrumentos válidos para dar cumplimiento a los derechos allí consagrados (entre ellos, el derecho a la educación superior gratuita). Por supuesto, los acuerdos de cooperación no pueden incluir condiciones violatorias de otros compromisos constitucionales<sup>51</sup>.

*Utilización de la capacidad instalada.* Mientras tanto, una posibilidad útil consiste en aprovechar, primariamente, toda la capacidad educativa instalada en las universidades. A modo de ejemplo, una maestría puede reformularse como un estudio dirigido, que sume cursos dictados en el nivel de grado de disciplinas ajenas a la del maestrando. Pueden fijarse requisitos de aprobación adicionales a los previstos para el grado, o bien combinar estos cursos con actividades en otras instituciones y adscripciones en cátedras, según los intereses y orientación de la tesis.

Veamos un ejemplo sencillo, ubicado en la UNC. Una licenciada en Comunicación Social decide posgraduarse en ciencia política. Una doctora de esa área dirige su trabajo. La aspirante presenta un anteproyecto de tesis. Una vez aprobado, la doctora prepara junto a la candidata una lista de cursos que deberá tomar en la Escuela de Filosofía de la Facultad de Filosofía y Humanidades (por ejemplo: Filosofía Política I y II). Otros corresponderán a la de Ciencias Económicas (Historia Económica y Social; Política Fiscal; Macroeconomía), y algunos más a la carrera de Abogacía (Derecho Político, por ejemplo). Si bien son materias de grado, los contenidos de los cursos son novedosos para la licenciada en Comunicación. Para aprobarlos, los docentes de cada curso podrían exigir una tarea adicional al examen final común, o una monografía escrita, de carácter crítico u original. Los seminarios opcionales de distintas carreras también podrían abrirse a estudiantes de posgrado, con condiciones diferentes de aprobación. Si, en cambio, el proyecto de tesis versa sobre cuestiones relativas a la representación política, la candidata puede acreditar tareas en la Legislatura o en la Justicia Electoral. Las adscripciones en cátedras pertinentes (para este caso, la de Derecho Parlamentario) también aportan elementos a la formación de la aspirante. Cumplido un número de cursos (o créditos) fijado reglamentariamente, la doctora puede guiar la tesis de maestría.

En este caso quizá demasiado simple, puede verse el aprovechamiento de los diversos cursos y opciones de una universidad. No habría costos adicionales. También se gana una dirección más cercana y personalizada, y se elimina un esquema basado en el pago, violatorio de la Consti-

<sup>51</sup> A modo de ejemplo: no sería válido un financiamiento internacional que estuviera condicionado a efectuar un número de despidos en la planta de empleados públicos, o la eliminación de garantías laborales fijadas en la Constitución. El art. 27 de la CN establece la preeminencia de los principios de derecho público argentino sobre cualquier acuerdo internacional. Para una ampliación de este punto, véase BRUCHMURY, HORACIO JAVIER, *Para la exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución argentina*, tesis doctoral (tróccita), UNC, 2010.

tución. Para respaldar el sistema, debería darse una remuneración adicional a quienes guíen tesis, proporcional al tiempo exigido por la tarea.

Bajo este nuevo esquema, no desaparecen la Subsecretaría de Posgrado de la UNC ni las secretarías homólogas en cada unidad académica. Al contrario: tienen por delante una fundamental tarea de apoyo, asesoramiento e información para aspirantes y directores. Organizan reuniones de discusión de proyectos y avances, y establecen redes con otras universidades para intercambiar estudiantes y docentes, y así acercar otros cursos y opciones. También celebran los convenios que permiten la formación práctica.

Esta modalidad no resulta contradictoria con la regulación dictada por el Ministerio de Educación. La resolución 1168/97 prevé la modalidad de Maestrías y Doctorados "personalizados"<sup>64</sup>, cuya reglamentación dictarán las universidades. De modo que nada impide adoptar ese esquema como base para diseñar estudios de posgrado que empleen todo lo que la UNC ya tiene en marcha bajo un marco de gratuidad. La "personalización" no significa, de ninguna forma, que las trayectorias deban ser individuales. Pueden existir maestrías y doctorados como planes de formación. Precisamente, quienes las dirijan tendrían las responsabilidades de formular los esquemas a partir de los cursos y seminarios existentes en todo el ámbito de la UNC. Luego, cada director de tesis podrá proponer tales itinerarios a sus aspirantes. Esto favorecerá el aprendizaje en conjunto y la integración de grupos de trabajo.

Esta modalidad no puede considerarse una solución completa, por supuesto. Sin embargo, lo presentamos sólo para mostrar cómo puede pensarse el posgrado sobre nuevas bases. En lugar de fundarse en el autofinanciamiento, la gratuidad debe ocupar el lugar asignado por la Constitución y convertirse en el criterio orientador de todo el sistema, tal como ocurre con los niveles anteriores, desde la enseñanza inicial hasta el grado. Se mantienen así las mismas condiciones (y una misma lógica académica) a lo largo de todo el sistema. No hay razones que justifiquen un trato desigual en el nivel de posgrado.

<sup>64</sup> Resolución 1168/97, Anexo I, punto 3.



## **LA INSTITUCIONALIZACIÓN AMBIENTAL EN ARGENTINA Y LA FORMULACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTALES**

*Maria Susana Jullá\**  
*Jorge Fos Torres\*\**

**Resumen:** En las últimas tres décadas se viene desarrollando en Argentina un proceso de consolidación y jerarquización de las instituciones ambientales tanto a nivel nacional como provincial y municipal. Al mismo tiempo se advierte un alto nivel de crecimiento en el número de normativas ambientales y la formulación e implementación de políticas públicas ambientales de amplia difusión pública. El presente aborda tanto la situación, desarrollo y diseño de las instituciones ambientales en las administraciones provinciales a lo largo de los últimos años, como así también ciertas cuestiones relativas a la formulación e implementación de políticas públicas ambientales desde esos organismos.

**Palabras clave:** Institucionalidad ambiental - Políticas ambientales - Derecho ambiental.

### **Introducción**

El proceso de institucionalización de la temática ambiental en Argentina ha tenido características que van delineando algunas tendencias en las distintas jurisdicciones políticas, con rasgos comunes y particularidades que es muy interesante observar para quienes analizan las problemáticas en el marco de sus contextos.

El presente intenta acercarnos a algunos aspectos relacionados a la institucionalización ambiental en Argentina tales como: el desarrollo, jerarquización y consolidación de las instituciones ambientales en las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Nación, los modelos ensayados en el tiempo y los momentos en que se han modificado y jerarquizado.

---

\*Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba, Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNC, Miembro Asociado del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. E-Mail: abmsjulla@hotmail.com

\*\*Abogado, Doctorando en Ciencia Política por el CEA-UNC, Becario CONICET con lugar de trabajo en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNC, Miembro Asistente del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. E-Mail: jorgefosortres@gmail.com

Todo ello, partiendo del contexto en que se encuentran las administraciones provinciales ante la temática ambiental, frente al nuevo orden ambiental del sistema impuesto a partir de la reforma constitucional de 1994, y las obligaciones que deben cumplir para armonizar sus normativas y complementar en materia ambiental.

El mencionado proceso de institucionalización estuvo acompañado por un importante proceso normativo que se convierte en una verdadera profusión, que podríamos denominar inflación, legislativa que va a tener sus implicancias en el análisis de la situación actual.

En el marco jurídico e institucional es donde se formulan las políticas públicas ambientales. Dichas políticas se han plasmado en las constituciones, en leyes generales y en leyes específicas conformando un mix de normas viejas y nuevas y de políticas que varían a través del tiempo. Esta situación se ve reflejada cuando se formulan las nuevas políticas ambientales a nivel nacional a través de las leyes de presupuestos mínimos.

Las administraciones provinciales han tenido su propia formulación de políticas combinada con el modelo de institucionalidad elegido y el marco normativo sancionado. En ellas varían las temáticas, prioridades y problemas regionales que han enfrentado dando así un perfil propio, de interés en el estudio de la situación existente, en cada provincia.

En ese estado de situación, se pretende asimismo reflexionar acerca de cuáles son los principales conflictos y dificultades de las administraciones para desarrollar sus políticas ambientales y consolidar las instituciones.

Al mismo tiempo, se intenta destacar que existen un conjunto de compromisos y obligaciones de las administraciones provinciales que vienen delimitadas desde el nuevo orden ambiental que planteó la reforma constitucional y las políticas fijadas en las leyes de presupuestos mínimos a nivel nacional donde las provincias se han mantenido indiferentes en algunos casos y en otros con mínimas adaptaciones.

Por último, nos parece importante reflexionar acerca del proceso de toma de decisiones en materia ambiental en el marco de las políticas ambientales formuladas y la legislación vigente.

En este contexto se abre un panorama jurídico político e institucional que se debe tener en cuenta y a partir del cual proponemos debatir y reflexionar sobre las tendencias y requerimientos que en la actualidad demanda el estudio de los problemas ambientales.

### **El nuevo orden ambiental Nacional**

Siguiendo a Pierre Bourdieu, podemos afirmar que, desde una mirada sociológica, el derecho constituye una realidad social existente en dos



aspectos inseparables y simultáneos: como discurso en tanto conjunto de proposiciones, y como espacio social donde se producen y negocian esos discursos. El discurso jurídico no es un simple discurso más presente en el campo social, es discurso que goza de autoridad jurídica como forma por antonomasia del poder simbólico. El poder simbólico se presenta en palabras de Pierre Bourdieu como aquel "poder para hacer que algo, que previamente solo existía en un estado implícito, exista en estado objetivado, público y formal" (Bourdieu, 2001: 124) Es el poder propio del campo jurídico de objetivar ciertos enunciados a través de la codificación, de dar formas, de instituir y nombrar, de otorgar jerarquía y poder de coerción, de oficializar y universalizar. Es que entre lo más específico del espacio jurídico se halla aquel interés por dotar de neutralidad, universalidad y desinterés al discurso jurídico y, a través de ello, lograr la legitimación y consenso social sobre determinadas concepciones impuestas por uno u otro grupo o clase social.

En tal sentido, la cláusula ambiental introducida por la reforma constitucional de 1994 constituye un acto político y jurídico que, mediante la jerarquización del derecho humano al ambiente sano, abrió paso a la objetivación de un *nuevo orden jurídico-ambiental*.

Podemos afirmar que a partir de la reforma constitucional se genera un nuevo escenario político en donde la dinámica de cambio, el debate y los conflictos ambientales van tomando un perfil propio y central.

Este nuevo orden se expresó a partir de sus consecuencias que, como efecto cascada y con el transcurrir de los años, han producido diferentes consecuencias tanto en las administraciones provinciales y nacional, como en los sistemas jurídicos de cada jurisdicción y en sus políticas.

Estos impactos no se han traducido solamente en meras adaptaciones armónicas o en la creación aislada de nuevas áreas y regulaciones sino, centralmente, en el surgimiento de nuevos y complejos conflictos entre niveles jurisdiccionales del Estado, o entre éste y el sector privado, o entre áreas de una misma jurisdicción.

El estudio de las instituciones permite conocer, describir y aspirar a explicar algunos aspectos de esos conflictos. La necesidad de estudiar las instituciones ambientales y comprender su desarrollo en nuestro sistema, es parte vital del análisis desde una perspectiva jurídica que incluye al contexto en que se desarrolla un sistema jurídico dado.

### **El desarrollo de la institucionalidad ambiental en Argentina.**

Las instituciones ambientales en Argentina, en comparación con instituciones dedicadas a otras temáticas o con las áreas de gestión de "recursos naturales", cuentan con una breve historia desarrollada en los últimos 35 años.

Cabe aclarar que ello no implica desconocer que con anterioridad existieron temas hoy considerados específicamente ambientales, como residuos o política forestal, que formaron parte de las atribuciones de diferentes áreas del Estado. De lo que aquí se quiere dar cuenta es de aquellas instituciones cuyo nombre está compuesto por los términos "ambiental", "ecología" o "desarrollo sustentable", y que implican la aparición dentro del sistema estatal de ámbitos destinados a concentrar la implementación y ejecución de las normativas y políticas propiamente ambientales, antes que organismos fragmentariamente encargado de abordar la gestión de ciertos recursos naturales.

En Argentina, en estos 35 años de historia institucional ambiental, podemos destacar dos momentos importantes: uno, con la recuperación de la democracia en 1983 que es el momento a partir del cual se permite incorporar en el diseño de la gestión pública el tema ambiental, el otro, es la reforma de la constitución nacional en 1994, donde se inserta la nueva cláusula ambiental y se produce un cambio en el orden jurídico, político e institucional que todavía está impactando en el sistema (Juliá, 2005).

Delimitar el contexto histórico adecuado, fue una decisión en nuestra perspectiva de análisis (Juliá, del Campo, Foa torres, 2009), para considerar la incorporación de la temática ambiental y destacar las primeras instituciones ambientales en las distintas jurisdicciones, dentro del proceso democrático, a partir de 1983. Igualmente, cabe señalar la excepción de la Secretaría de Ambiente Humano a nivel nacional creada en 1973, primera institución ambiental en América Latina.

En el desarrollo institucional ambiental en Argentina hay un momento de formulación de las políticas ambientales en las jurisdicciones provinciales que se realiza con el dictado de las leyes generales de ambiente, las que a su vez destacamos como un indicador del desarrollo institucional, ya que juegan un papel trascendente en la institucionalización de la temática.

Si bien no todas las provincias han dictado su ley general de ambiente y la nación lo hizo recién en 2002, consideramos que la decisión de dictar las leyes generales permitió formular políticas y crear instituciones consolidando la gestión pública ambiental en el territorio. De tal modo, de las veinticuatro (24) jurisdicciones provinciales (incluyendo la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), dieciocho (18) han dictado su Ley General Ambiental. Sólo una (1), Córdoba, lo hizo en la década del '80 (1985), tres (3) los hicieron luego del año 2000, y las catorce (14) restantes promulgaron sus normas durante los '90.

Ahora bien, a los fines de dar cuenta del devenir de la institucionalidad ambiental en Argentina y de su posible jerarquización tanto a nivel nacional como provincial es necesario construir y sistematizar sus datos. A

esos fines hemos propuesto ciertos "modelos" de instituciones útiles a los fines de caracterizarlas y clasificarlas. En ellos se busca dar cuenta la jerarquía y espacios alcanzados por los organismos ambientales en el sistema estatal de que se trate.

Todo ello permite conceptualizar y construir en materia de gestión ambiental, desde referentes empíricos concretos, en sus distintos elementos: política, derecho y administración ambientales.

La información disponible nos permitió diseñar, de acuerdo a las distintas formas de institucionalización ambiental en Argentina a través del tiempo, cuatro categorías de modelos institucionales utilizados:

a- Modelo netamente ambiental: comprende aquellos organismos de mayor jerarquía en las administraciones que se encuentran representados en la creación de ministerios y secretarías de estado para atender la temática ambiental;

b- Modelos con menor jerarquía y dependencia funcional de ministerios de objeto compartido, comprenden aquellos organismos que no tienen ni rango de ministerio ni secretaría de estado y que dependen de ministerios donde la temática ambiental se encuentra asociada a otros temas;

c- Modelos con menor jerarquía y dependencia funcional de ministerios con otra temática, comprende aquellos organismos que no tienen rango de ministerio ni de secretaría de estado y que dependen de ministerios que se ocupan de otras temáticas como producción, economía, etc.

d- Modelo no estructurado en organismos tradicionales, el modelo seleccionado no se encuentra comprendido en la estructura tradicional del estado. (Juliá, 2010; Juliá, del Campo, Fos Torres, 2009).

A partir de estas tipologías, fue posible comparar el estado de situación de las instituciones ambientales en Argentina, a nivel provincial, y establecer diferencias entre diferentes momentos históricos.

De tal modo, la información del estado de situación original, es decir de surgimiento de estos organismos, fue comparada con la gestión de gobierno comprendida entre los años 2003 y 2007 y, a su vez, estas con la gestión de que va de los años 2007 a 2011.

Así, es posible observar tendencias en la modalidad de diseño institucional, los cambios, los alcances y significados de los mismos. Pero principalmente, nos permite situar y comparar la jerarquía dentro de cada sistema estatal de los organismos propiamente ambientales.

Los modelos de la actual gestión iniciados en 2007 y las administraciones que han jerarquizado la problemática representan un porcentaje importante de las gestiones públicas ambientales en Argentina. El 48 % de las jurisdicciones provinciales han jerarquizado sus organismos durante las actuales gestiones gubernamentales. La modalidad seleccionada en nueve de ellas, para jerarquizar el área es con organismos netamente

ambientales, dos con organismos no tradicionales y una que ascendió su jerarquía dentro del ámbito de la dependencia de ministerios de objeto compartido.

En definitiva, lo que hemos podido constatar es aquel proceso por el cual los organismos propiamente ambientales en Argentina (a nivel nacional y provincial) han pasado de poseer jerarquías relativamente bajas en sus orígenes (momentos en muchos casos previos a la reforma constitucional del '94), al aumento considerable de las mismas en la gestión 2003-2007, y a adquirir en su gran mayoría hacia la gestión 2007-2011 (más de su dos terceras partes) la más alta jerarquía, es decir, a adoptar el modelo "netamente ambiental" o "de no estructuración en organismo tradicional" (Jullá et al., 2009).

Este panorama sobre la institucionalidad ambiental en Argentina nos presenta un contexto desde el cual observar y vincular las políticas ambientales que se formulan, los problemas emergentes de estos procesos que se encuentran en desarrollo en el país y los impactos que se observan desde la inserción de lo ambiental en lo político, jurídico e institucional. Es que, este ascenso o jerarquización de lo ambiental en los diferentes sistemas estatales constituye un verdadero indicador del desarrollo tanto de la inserción de la dimensión ambiental en las administraciones como de los efectos del nuevo orden ambiental nacional hacia dentro de cada sistema estatal estudiado.

### La "inflación" legislativa

Acompañando el desarrollo institucional ambiental la sanción de normas vinculadas al ambiente ha tenido una producción incesante en todas las jurisdicciones en el país.

Las normativas que iniciaron los procesos de incorporación de la dimensión ambiental en la gestión pública fueron normas de tipo general sobre la protección, preservación, defensa y mejoramiento del ambiente en cada provincia. Estas normas generales fueron acompañadas por regulaciones específicas sobre elementos del ambiente, protección o preservación de recursos, instrumentos de gestión, entre otros.

Las diferentes provincias cuentan con legislación ambiental que en la clasificación de Brañas podríamos ubicarlas en los tres tipos de leyes: netamente ambientales, de relevancia ambiental y de relevancia casual (Brañas, 1986).

La atención de problemas ambientales demanda un marco normativo adecuado, el que estará dependiendo del concepto de ambiente que se utilice y de cada diseño de la gestión ambiental y las temáticas que se incluyen.

En la búsqueda de precisión conceptual acerca del ambiente y de qué manera establecer su campo específico desde el derecho, franceses e ingleses desarrollaron nomencladores temáticos para identificar y poder relevar la legislación ambiental existente (Martín Mateo, 1992). De esta forma, describieron cuáles temas se consideraban ambientales o vinculados al ambiente y qué legislación estaba vigente, incluyendo una diversidad de temáticas (aire, agua, suelo, residuos, ruidos, energía, flora, fauna, etc.).

Así, se creó el nomenclador E.L.L.S para el sistema internacional de legislación ambiental. En nuestro país uno de los trabajos de este tipo es el realizado sobre dos décadas de legislación ambiental en Argentina de Zeballos de Sisto que incluye veinte temas ambientales, incorporando el turismo, el urbanismo, el derecho agrario ambiental en dicho nomenclador (Zeballos de Sisto, 1994).

La identificación de los temas ambientales y la organización de la legislación ambiental evitó detenerse en la definición al respecto de "dónde empieza y termina el ambiente" para la disciplina jurídica, para lograr a los fines regulatorios un recorte adecuado de la problemática.

Todas las administraciones cuentan con una legislación numerosa, que proviene de distintas épocas y que responde a objetivos diversos, las cuales conforman una mezcla de lo viejo y lo nuevo como carácter y presentan particularidades en cada jurisdicción.

Cuando hacemos referencia a los marcos normativos que cuentan las instituciones ambientales estamos incluyendo además de las leyes provinciales y nacionales aplicables, un conjunto importante de normas que las complementan y permiten su implementación (decretos, resoluciones, disposiciones) lo cual aumenta el volumen de las regulaciones existentes sobre la problemática.

La definición en cuanto al número de leyes vigentes y aplicables a problemas ambientales es difusa y compleja, variando desde los conceptos desde los cuales se define lo ambiental y sus problemas, los elementos que se gestionan y las temáticas que se consideran en materia ambiental. Si tomamos en cuenta los nomencladores temáticos ambientales, superan ampliamente las temáticas que enfrentan las áreas ambientales y se ven complementadas con otras áreas de la administración como agricultura, minería, aguas, etc.

En materia ambiental se observan cambios jurídicos importantes en las últimas décadas y coincidimos en que "respecto del cambio del derecho cabe señalar que las presiones de lo social sobre lo jurídico rara vez son directas actuando solo a través del filtro de la cultura jurídica o de lo que Arnaud denomina lo "infra jurídico" (Borrero Navia, 1994).

En América Latina y Argentina, se suele señalar cierto desarrollo y crecimiento de la legislación y el derecho ambiental, pero, al mismo tiempo,

po, se reconoce el escaso nivel de implementación y ejecución efectiva de esas regulaciones: "se ha insistido que el principal problema del derecho ambiental en América Latina no es su dispersión, incoherencia o lagunas, sino la falta de cumplimiento, debido a distintas razones, entre ellas las falencias de las mismas normas, como por motivos exógenos" (Cubillos, 1997).

Incluso, esto es planteado como una paradoja, no sólo en cuanto al desarrollo legislativo sino, además, en cuanto al desarrollo institucional y de formulación de políticas, que conviven con la persistencia de graves problemas de contaminación y "tendencias inerciales de destrucción del capital natural" (Rodríguez-Becerra et al. 2002: 1).

Lo que nos interesa destacar de este proceso denominado de "inflación legislativa" (Cubillos, 1997) es que tanto a partir del nuevo orden ambiental nacional impuesto por la reforma constitucional de 1994 y su artículo 41, como del plexo de normativas ambientales dictadas con posterioridad, comienzan a surgir diferentes conflictos en las diferentes jurisdicciones a la hora de la implementación de las regulaciones ambientales y en su relación con políticas de otras temáticas.

### **Políticas públicas ambientales e Instituciones Provinciales**

Las políticas públicas ambientales son ejecutadas por las instituciones provinciales y un conjunto importante de instrumentos para su implementación se elaboran e implementan en las administraciones en diferentes áreas. A las mismas se las suele definir, siguiendo a Peters, como el "conjunto de actividades de las instituciones de Gobierno, actuando directamente o a través de agentes, y que van dirigidas a tener una influencia determinada sobre la vida de los ciudadanos" (cit. en: Sánchez, 2005: 53).

En el tipo de políticas que se formulan se distingue "la idea o concepto de políticas públicas explícita o implícitamente ambientales, es necesario distinguir las unas de otras. Las primeras están reflejadas en normas o reglamentos, políticas en sí mismas, que directamente abarcan la materia ambiental; por ejemplo, el mecanismo de licenciamiento ambiental. Las que son implícitamente ambientales son reconocibles en otros sectores fundamentales de la política pública como la economía, en donde las normas de inversión, regulaciones macroeconómicas y similares pueden jugar implícitamente un papel en materia ambiental por ejemplo, mayor o menor estímulo a la extracción de recursos naturales por su valor de mercado" (Acuña, 2008).

Analizar el proceso desde donde se generan las políticas ambientales en Argentina nos conduce a numerosos interrogantes y a determinar

algunos puntos de partida para abordar la temática que se vincula a las administraciones provinciales.

Entre otros aspectos es importante reconocer que "Las políticas no pueden ser entendidas sino en la perspectiva del tipo de régimen político y de la acción de gobierno de la que emergen. No son variables independientes que puedan ser explicadas de manera ajena al conjunto de factores políticos e institucionales en los que se estructuran. Las políticas públicas hay que examinarlas desde el régimen político y el gobierno" (Medellín Torres, 2004).

El sistema jurídico político con su tres niveles de gobierno permite indagar en cada uno el proceso de formulación de las políticas ambientales, presentando especial interés el nivel nacional y el de los gobiernos provinciales.

Las políticas son llevadas adelante mediante diferentes instrumentos: mecanismos jurídicos (normas jurídicas en sentido amplio) que, como recurso estatal exclusivo, están destinados a establecer específicos sistemas de gestión ambiental según cada temática, a fijar prohibiciones y sanciones, a objetivar marcos normativos ambientales generales (leyes generales de ambiente), a crear instrumentos de gestión, registros de datos, etcétera.

Las provincias han jerarquizado sus instituciones ambientales, se encuentran con marcos normativos complejos y cuentan con nuevas políticas públicas ambientales que se deben implementar. Las políticas nacionales formuladas en las leyes de presupuestos mínimos ambientales desde 2002 a la fecha han incursionado en diferentes temáticas (general, agua, residuos, pcb's, información pública, bosques, glaciares, quema). Estas políticas de presupuestos mínimos establecidas a nivel nacional significan un proceso de implementación por parte de las instituciones ambientales al incorporarlas en sus propios sistemas normativos y adecuar sus normativas a las nuevas exigencias.

Aquí aparece la necesidad de analizar el marco jurídico político e institucional provincial para la ejecución de las políticas o la complementación formulando normativas en el nivel provincial.

Por otra parte son las instituciones ambientales provinciales las que ejecutan las políticas formuladas a nivel provincial en todas aquellas temáticas que la provincia se ha reservado (como el caso de los recursos naturales) y los aspectos ambientales que son de su competencia.

Es decir, es en el ámbito de estas instituciones, y del sistema estatal en cuestión en su conjunto, en donde no sólo se formulan las políticas y programas de gestión sino, además, las paradojas y conflictos en su implementación y ejecución.

En definitiva, la formulación de políticas públicas ambientales implica precisar, tanto en términos y enunciados que buscan ser lo más claros

posibles como en actividades específicas, un mandato, proposición o política general mediante diferentes mecanismos institucionales y jurídicos.

Como puede apreciarse, las dos principales dimensiones de este concepto hacen referencia tanto al aspecto jurídico, o expresión de determinada política en enunciados contenidos en diferentes mecanismos normativos, como al institucional, o presencia en el sistema estatal de determinada política mediante la creación o asignación de áreas destinadas a gestionarla.

### **Las instituciones como ámbitos de conflicto y lucha política**

La gestión pública del ambiente y las acciones que desarrollan las instituciones ambientales en el territorio enfrentan problemáticas complejas, diversas y cuya visibilidad obedece a múltiples factores que generan situaciones diferentes en cada región, de acuerdo a la relación de la sociedad con su ambiente y la percepción que tiene sobre sus problemas.

Algunos problemas ambientales emergen en un momento histórico o se instalan en el centro del debate de una sociedad y demandan su comprensión integral. Para Morán implica que para "entender el contexto ambiental y cultural exige tener en claro qué conciben las personas como problemas ambientales, cuales son las metas y valores que asignan a ellos y a los procesos de decisión ambiental, cual es el conocimiento común y especializado sobre los problemas ambientales y esquemas institucionales desde donde se los enfoca" (Morán, 1998).

Las instituciones ambientales enfrentan cotidianamente problemas ambientales numerosos y diversos, su competencia y atribuciones en muchos casos son amplias e incluyen muchas materias a tratar.

En el conjunto de las temáticas que gestionan algunas se transforman en conflictos ambientales que deben abordarse y resolverse en el marco de las propias administraciones provinciales como vía de resolución de los mismos y en algunos casos en instancias judiciales.

Las competencias de las instituciones en materia ambiental se definen en cada gestión asignándose atribuciones que históricamente se han incluido en las áreas ambientales o mediante la incorporación de nuevas temáticas.

Los nuevos marcos normativos o las leyes que se van incorporando al sistema tienen como autoridad de aplicación a las instituciones existentes que son quienes tienen la responsabilidad de ejecutar las políticas establecidas, generando sus instrumentos para implementar las acciones que las políticas fijadas demanda.

El surgimiento (nacimiento) de instituciones propiamente ambientales genera el surgimiento de conflictos y tensiones tanto con aque-



llas áreas dedicadas tradicionalmente a la explotación de recursos naturales, como las orientadas a la gestión de actividades productivas y al manejo económico y financiero de la jurisdicción que se trate. Por organismos "propriadamente ambientales" se hace referencia a aquellos específicos y explícitamente dedicados a "lo ambiental", "lo ecológico" o a la promoción del "desarrollo sustentable", por oposición a aquellos que tienen por objeto el manejo de recursos naturales en general, o de recursos en particular (como aguas, bosques, etc.).

En este sentido, nuestro trabajo se orienta en la actualidad, entre otras, a relevar el lugar en el sistema estatal, sea o no en instituciones ambientales, otorgado a la gestión de políticas ambientales particulares como las de bosque nativo o residuos peligrosos.

### **Compromisos normativos a la hora de la formulación de políticas**

Las características de los compromisos y obligaciones que enfrentan las instituciones ambientales tienen diferentes modalidades que surgen de los mecanismos establecidos por la constitución nacional para el sistema jurídico, político e institucional nacional.

Una primera aproximación puede centrarse en los compromisos asumidos por Argentina a nivel internacional, que son aprobados y forman parte de las normas que deben ejecutarse dentro del sistema jurídico argentino. Los convenios internacionales, tratados, acuerdos que tienen que ver con la temática ambiental se convierten en un compromiso ineludible por parte de las instituciones ambientales (biodiversidad, cambio climático, entre otros numerosos instrumentos).

En el mismo nivel se encuentran las normas nacionales ambientales dictadas como presupuestos mínimos ambientales, atribuciones otorgadas a la nación por el art.41 de la C.N. lo que se convierte en una obligación por parte de las instituciones de incorporarlas a su sistema normativo sin ningún requerimiento ya que constituye legislación general, común y de cumplimiento obligatorio.

Asimismo las provincias cuentan con la facultad de complementar los presupuestos mínimos ambientales estableciendo las particularidades o mayores exigencias que puede implementar en su territorio. Ello implica la formulación de políticas complementarias ambientales para la provincia.

Las provincias se organizan política e institucionalmente, se dan sus propias instituciones y es en cada gestión de gobierno donde se pueden observar los alcances, las modificaciones, los significados que se dan a los problemas ambientales en el ámbito de su territorio.

La toma de decisión política se puede visualizar desde la elección de un modelo institucional ambiental determinado para gestionar, hasta la

sancción de una ley general de ambiente para la provincia, y que constituyen elecciones que provienen de distintas áreas de gobierno pero que van diseñando la política ambiental a implementar.

En las provincias argentinas, un grupo importante de ellas ha formulado sus políticas ambientales, en distintas épocas, y hoy las que no tienen su norma propia cuentan con la ley general que dictó la nación como ley de presupuestos mínimos ambientales. Ya no hay excusas en cuanto a la inexistencia de ley general y se han fijado los objetivos de la política y los principales instrumentos para desarrollar la gestión ambiental.

En sus áreas temáticas específicas cuentan con instrumentos normativos propios que regulan los recursos naturales en su territorio que en la gestión puntual pueden estar en manos de instituciones ambientales u otras instituciones como por ejemplo las regulaciones que fijan las políticas sobre aguas, flora, fauna, suelo, residuos, etc.

Los cuerpos legislativos tienen la responsabilidad política de formular las normas ambientales provinciales, complementar las de presupuestos mínimos, realizar adhesiones a legislación especial, fijar las prioridades en la provincia de las temáticas ambientales.

Cada gestión gubernamental va organizando su organigrama y en los últimos periodos de gobierno se han jerarquizado las áreas ambientales en muchas administraciones lo que representa una decisión política de los poderes ejecutivos acerca de cómo incluyen la temática ambiental en su gestión de gobierno.

La toma de decisiones expresada en la formulación de las políticas ambientales de cada gestión, que tiene como responsables a las áreas legislativas y ejecutivas de las administraciones, enfrenta el difícil desafío de tener que situarse en relación al universo de legislación ambiental existente en cada jurisdicción y, desde allí, imprimir su propio sello.

### **Reflexiones finales**

La reforma constitucional del año 1994 con su artículo 41 vino a objetivar un nuevo orden ambiental nacional que ha traído diferentes consecuencias en los sistemas jurídicos y estatales de las jurisdicciones provinciales.

Frente al creciente aumento en la cantidad y calidad de normativas ambientales en Argentina, se hace necesario el abordaje de aquellas instancias de implementación destinadas a poner en práctica en el territorio tales marcos legales.

La ejecución de las políticas públicas ambientales en el territorio es un desafío para las administraciones que implica establecer nuevas prioridades y decisiones de acuerdo a la situación ambiental en la región y los principales problemas que deben enfrentar.

En tal sentido, las cuestiones referidas a la institucionalidad ambiental y la formulación de políticas ambientales deben ocupar un lugar central en los estudios ambientales jurídico-políticos.

No se puede trabajar con el marco normativo vigente si no comprendemos el escenario político institucional en el cual está inmerso con sus complejidades, sus decisiones, sus políticas, programas y acciones donde lo "normativo" va ocupar un lugar en ese contexto.

Asimismo, a partir de los trabajos realizados en esa línea, hemos podido advertir una creciente institucionalización de la temática ambiental en la jurisdicción Nacional y en las provinciales, a través de la marcada tendencia a la jerarquización de tales áreas en los sistemas estatales respectivos.

Sin embargo, las dificultades y obligaciones de esos organismos resultan aún desafíos que exigen ser abordados a partir de las modificaciones constitucionales y normativas llevadas a cabo.

En esa línea, la adecuada toma de decisiones en cada jurisdicción a la hora de la implementación y formulación de políticas ambientales surge como un aspecto prioritario a tener en cuenta a la hora de evaluar y valorar la ejecución de las mismas.

#### **Bibliografía**

ACUÑA GUILLERMO; "La importancia de la aplicación y el cumplimiento de la legislación ambiental como política pública"; *CEPAL V Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales para América Latina y el Caribe del PNUMA*, Asunción, mayo 2006.

AZUELA A. MÓSSETTA P.; "Algo más que el ambiente. Conflictos sociales entres áreas naturales protegidas de México"; en: *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad Nacional de Quilmes (en prensa), 2009.

BRARES R.; *Informe sobre desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano*; PNUMA, oficina regional para América Latina, México, 2001

BORRERO NAVIA JM.; "Derecho Ambiental y cultura legal en América Latina"; en *LEFF (Coord): Justicia Ambiental*, PNUMA-UNAM, 2001, p. 38.

BOURDIEU PIERRE; *Poder, derecho y clases sociales*; Desclée de Brouwer, 2ª edición, Barcelona, 2001.

CÁCERES NIBTO ENRIQUE; "Institucionalismo jurídico y constructivismo social"; *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, año XXXIV, n° 160, Enero-Abril de 2001, en la web en: <http://www.juridicas.unam.mx> (20/09/06).

CUBILLOS GONZALO; "El marco jurídico ambiental"; en Durán de la Fuente (comp.); *Gestión ambientalmente adecuada de residuos sólidos. Un enfoque de política integral*, CEPAL-GTZ, 1997.

JAQUEMÓN DE ZBOGON SILVIA; *Derecho Ambiental. Sistemas Naturales y Jurídicos*, Dickinson, Madrid, 2006.

JULIA MARTA; "Aproximación a la institucionalización ambiental"; *Anuario XVII* Edición homenaje a los 25 años del CIJS (1986-2010) del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, La Ley, 2010, pp.57-70.

— "Aspectos del desarrollo institucional ambiental en Argentina"; en: *Revista Luna Azul*, Universidad de Caldas, Colombia, 2010.

— "El abordaje jurídicos de problemas ambientales"; *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 2008.

— "La discusión del concepto de presupuesto mínimo en el marco de un nuevo orden ambiental político, jurídico e institucional"; *Lexis Nexis*, Revista de Derecho Ambiental, N°1, enero-marzo 2004.

JULIA MARTA, DEL CAMPO CRISTINA, FGA TORRES JORGE; *La institucionalización ambiental en Argentina*, Lerner, Córdoba, 2009.

MARTÍN MATEO R.; *Tratado de Derecho Ambiental*; Ed. Trivium, Madrid, 1992.

MEDIELÍN TORRES P.; "La política de las políticas públicas: propuesta teórica y metodológica para el estudio de las políticas públicas en países de frágil institucionalidad"; en: *Serie Políticas Sociales* N° 93, CEPAL, Santiago de Chile, 2004.

MORÁN ALBERRO; "Agenda 21 Local"; en: *Aportes para el Estado y la Administración Gubernamental*, año 5, n° 12, 1998, pp. 15-22.

NONNA SILVIA; *Presupuestos mínimos de protección ambiental*; Estudio, Buenos Aires, 2008.

RODRÍGUEZ-BECERRA M., ESPINOZA G., WILK D. editores; *Gestión ambiental en América Latina y el Caribe. Evolución, tendencias y principales prácticas*; BID, División de Medio Ambiente; Washington, 2002.

SÁNCHEZ MARGARITA; *Análisis de políticas públicas*; Univ. de Granada, Granada, 2005.

ZEBALLOS DE SISTO M. G.; *Das décadas de legislación ambiental en Argentina*; Ed. A-Z, Buenos Aires, 1994.



# CONFORMACIÓN Y DIVERSIDAD DE ESTRUCTURAS DE GOBERNANZA INTERLOCAL PARA LA GESTIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS (GSRU) EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA

*Martha Dian de Landa\**

*Myriam Consuelo Parmigiani de Barbato<sup>†</sup>*

**Resumen:** Este artículo pretende analizar el proceso que la GRSU ha tenido en la provincia de Córdoba durante la última década, considerando la importancia que la misma ha adquirido como una de las problemáticas trans-locales posiblemente de mayor relevancia. Y ello es así tanto desde un punto de vista práctico cuanto analítico, si se toman en cuenta las consecuencias ambientales y, debido a las mismas, la necesidad de establecer y mantener sistemas cooperativos de acción colectiva. Si bien el artículo presenta en primer término una resumida referencia a tales innovaciones en el territorio provincial en general, como así también una breve alusión a diversas experiencias locales y regionales en Córdoba, el análisis se detiene, en particular, en los avances, dificultades y tendencias que se observan en la actualidad para innovar la situación de la disposición final de la basura en los departamentos de Calamuchita y Punilla.

**Palabras clave:** Gestión integral de residuos sólidos urbanos. Regionalización. Gobiernos locales. Estructura de gobernanza.

## 1. Introducción

La gestión deficitaria de los residuos sólidos urbanos, asociada al alto impacto ambiental de los basurales a cielo abierto, constituye uno de los pasivos ambientales y sociales de Córdoba más difíciles de remediar. A febrero de 2010 se diagnosticaba desde los dichos periodísticos<sup>1</sup> que el problema continuará agudizándose debido a la improvisación en la gestión de los residuos sólidos urbanos (GRSU) y a la carencia de fondos para financiar proyectos de saneamiento<sup>2</sup>.

\* Profesora Titular de Sociología Jurídica; Docente-Investigadora Categoría I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

† Profesora Titular de Derecho Político; Docente-Investigadora Categoría I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

<sup>1</sup> Consultados los diarios *La Voz del Interior*, *La Mañana*, *Día a Día* e información proveniente de páginas Web vinculadas a ONGs ambientalistas. Período de la revisión: Enero 2008 a Febrero 2010.

<sup>2</sup> El gobierno nacional se comprometió a enviar ayuda financiera a la Provincia de Córdoba para la erradicación de basurales a cielo abierto, promesa hasta ahora incumplida, no así en

El diagnóstico provincial de los sistemas de GRSU<sup>3</sup> determinó que en 1999, los 427 conglomerados urbanos cordobeses generaban en conjunto 1,25 millón de toneladas de basura por año. Había alrededor de 600 basurales a cielo abierto, donde se acumulaban montañas de desperdicios sin tratamiento alguno. Diez años después, según la Secretaría de Ambiente de Córdoba, el volumen anual de basura producido en la Provincia es de aproximadamente 3,5 millones de toneladas y los sitios donde se acumulan los residuos a la intemperie son más de 700<sup>4</sup>. El problema de la basura en Córdoba parece que no solo no ha disminuido sino que se ha agravado.

Este artículo pretende analizar el proceso que la GRSU ha tenido en la provincia de Córdoba durante la última década, considerando la importancia que la misma ha adquirido como una de las problemáticas translocales posiblemente de mayor relevancia. Y ello es así tanto desde un punto de vista práctico cuanto analítico, si se toman en cuenta las consecuencias ambientales y, debido a las mismas, la necesidad de establecer y mantener sistemas cooperativos de acción colectiva.

Aconar el análisis a la última década tiene por fundamento una serie de innovaciones institucionales vinculadas a la GRSU de carácter multifurcacional. Dichas innovaciones activaron la promoción y, en algunos casos, efectivización de relaciones gubernamentales multinivel (locales-locales, provincial-locales, provincial-nacional, nacional-locales) para atender a un proceso creciente de gestión integral de los residuos sólidos urbanos en la provincia de Córdoba.

Si bien el artículo presenta en primer término una resumida referencia a tales innovaciones en el territorio provincial en general, como así también una breve alusión a diversas experiencias locales y regionales en Córdoba, el análisis se detiene, en particular, en los avances, dificultades y tendencias que se observan en la actualidad para innovar la situación de la disposición final de la basura en los departamentos de Calamuchita y Punilla.

No obstante la centralidad del análisis de estos casos, la descripción general de las innovaciones y la sucinta revista de situaciones diversas de GRSU local e interlocal en la provincia de Córdoba, no es de menor importancia. Ellas permiten reconocer un conjunto de variables exógenas que pueden incidir en la conformación de las estructuras de gobernanzas

relación a algunos proyectos de título municipal, por caso Villa María y Villa Dolores, realizados con fondos transferidos por la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación.

<sup>3</sup> "Diagnóstico Provincial de los Sistemas de Gestión de Residuos Sólidos Urbanos", Agencia Córdoba Ambiente, Coordinador General Ing. Ma. Cs. Sergio Nirich, Córdoba, Julio del 2000.

<sup>4</sup> La Voz del Interior - Domingo 26 de abril de 2009; Regionales, Nota de Héctor Brondo: "Sin fondos para erradicar basurales": Tratamiento final de residuos / Córdoba.

en que se ordenan las relaciones interlocales que tienen lugar en los casos de estudio y que afectan el resultado que de las mismas se espera, esto es, consensos y emprendimientos en relación a la disposición final de la basura. Al mismo tiempo, ofrecen un marco de comprensión más amplio de las características que dichas relaciones presentan en los estudios de casos.

La selección de esas regiones (Calamuchita y Punilla) se debe a dos razones: por un lado, la prioridad que las mismas adquieren, tanto en la política ambiental provincial como nacional, al concentrar el mayor número de localidades turísticas de la provincia y por los gravísimos incendios producidos en esas regiones en el año 2009; y, por el otro, a la confluencia que a partir de diciembre de 2004 se da entre las innovaciones en la política ambiental de la provincia respecto de la GRSU y la innovación en el ordenamiento territorial de la provincia producto de la sanción de la Ley n° 9206/04 que crea las comunidades regionales (CR), precisamente como sistemas de gestión cooperativos entre los municipios/comunas preferentemente pertenecientes a la misma división departamental.

Una de las cuestiones vinculada a la GRSU que ha concentrado la mayor dificultad para ser resuelta es la disposición final de la basura. La misma es la parte más conflictiva del proceso -si se ordena la GRSU por los momentos actuales de efectivización del servicio, esto es recolección, transporte y disposición final de la basura-, no solo por lo que ella implica para la cuestión ambiental a corto y largo plazo, sino también porque es altamente dependiente de la resolución del conjunto del proceso de la GRSU<sup>5</sup>. A ello se agrega el hecho de que el problema de la disposición final de la basura pone en juego la posibilidad de conocer las diversas estructuras de gobernanza interlocal que se organizan alrededor de la GRSU y por ende valorar la capacidad de las comunidades regionales para facilitar la cooperación interlocal que demanda el emplazamiento, uso y gerenciamiento de la disposición final de la basura como problema translocal.

En ese marco se privilegia la situación de acción colectiva que se genera a partir de la necesidad de proyectar, realizar y mantener en funcionamiento vertederos controlados regionales para la disposición final de la basura a escala regional, dada la exigencia de reemplazar los basurales a cielo abierto, que enfrentan los municipios y comunas de la provincia,

<sup>5</sup> En la actualidad el proceso de gestión de la basura en la gran mayoría de los municipios y comunas de la provincia se limitan al recogido, el transporte y su disposición final, por cierto en basurales a cielo abierto, salvo limita algunas excepciones. La gestión integral de la basura, modelo de gestión ambientalmente sustentable y el cual se debería tender en la nueva concepción de la "basura" no como residuo sino como subproducto (producido no utilizado), se ordena siguiendo las siguientes etapas: producción, separación o clasificación, transporte, reciclado y reutilización, y disposición final.

no exceptuados de esta situación los departamentos de Calamuchita y de Punilla<sup>6</sup>.

## 2. Definición del problema y abordaje conceptual de análisis<sup>7</sup>

Córdoba ha emprendido desde 1999 una política provincial de regionalización de la gestión integral de la basura con un diseño inicial reformulado varias veces en los años transcurridos hasta ahora (2011), y con perspectivas de seguir redefiniéndose. Y ello es así considerando la variabilidad e inestabilidad que presentan las relaciones interlocales, el papel del gobierno provincial y nacional en las políticas a largo plazo que requieren necesariamente coordinaciones interjurisdiccionales<sup>8</sup>, la fuerte dependencia de recursos de los ámbitos locales para el financiamiento de los emprendimientos dirigidos a la GRSU en su modelo de gestión integral, entre otras condiciones.

En el marco de la exploración de la GRSU en la provincia de Córdoba que informa el proyecto de investigación que orienta las observaciones y análisis expuestos en este artículo<sup>9</sup>, se han detectado dilemas y conflictos que están en la base de los variados sistemas de gobernanza que se han conformado entre los gobiernos locales.

El principal dilema que se plantea son las preferencias de los actores, las que pueden orientarse hacia sistemas de gestión fragmentados (in-

<sup>6</sup> La solución de la disposición final de la basura a escala regional es una recomendación en la legislación comparada. Véase por ejemplo el documento de exposición de motivos de la Ley 13.582 de la Provincia de Buenos Aires. "La experiencia de otros países demuestra la eficacia de adoptar modelos de gestión integral de residuos con proyección y escala regional. En los hechos la mayoría de los sistemas legislativos comparados tienden a recomendar las soluciones asociativas entre diferentes gobiernos locales. En España, por ejemplo, la Ley Nra. 42 de 1975 estimula la creación de consorcios y mancomunidades provinciales para la gestión integrada de los residuos municipales, mientras que en Argentina, las experiencias de las provincias de Mendoza y Córdoba, con el establecimiento de planes integrales de gestión de residuos sólidos, transitan también hacia la gestión regional" ([http://www.farn.org.ar/riachuelo/documentos/plan\\_integral\\_residuos.pdf](http://www.farn.org.ar/riachuelo/documentos/plan_integral_residuos.pdf)).

<sup>7</sup> Parte de esta perspectiva de análisis reproduce algunas de las consideraciones conceptuales que Parragiani de Barbará (2011) expone sobre la cooperación intergubernamental local y sus condiciones e inercias institucionales.

<sup>8</sup> Numerosos análisis realizados sobre la política pública de regionalización del territorio provincial de Córdoba (Díaz de Landa, M. y M. C. Parragiani de Barbará, 2004; Parragiani de Barbará, M. C., 2005, 2006, 2008 y 2009; Díaz de Landa, M. y A. C. Massuh, 2008; Díaz de Landa, 2008, 2008a y 2008b), observan las diversas dificultades que los gobiernos locales tienen para emprender procesos autogestionados de desarrollo local y, a la vez, articular relaciones intergubernamentales.

<sup>9</sup> Exploración que se desarrolló en el marco del proyecto bianual de investigación, financiado por SECYT-UNC, período 2010-2011: "Dilemas y conflictos en la resolución de problemas translocales en Córdoba: producción, recolección y enterramiento de la basura". (Dirección: Maritza Díaz de Landa M.; Co-Dirección M. Consuelo Parragiani de Barbará)



tantos o acciones de resolución individual del problema), de cooperación (relaciones interlocales y regionalización de la solución del problema) o consolidados (ordenados por una autoridad regional)<sup>10</sup>.

Un segundo dilema para los actores lo constituye el grado de conflictividad que genera entre los actores participantes la cuestión del uso y emplazamiento de las plantas de tratamiento y disposición final de los RSU (vertederos controlados), y por tanto con la disposición a la cooperación/ no cooperación entre los gobiernos locales, y el posicionamiento y demandas de ciudadanos y organizaciones sociales, en particular las ambientalistas, tanto locales como extralocales.

Un tercer dilema tiene que ver con la conflictividad interjurisdiccional (vertical y horizontal) que se genera alrededor del financiamiento del servicio urbano de tratamiento de la basura, en particular en contextos de dependencia de recursos de los gobiernos locales respecto de los centrales.

Interesa por último, un cuarto dilema que refiere a la celeridad de soluciones que reclama el problema de la GRSU y el tiempo que demandan los cambios de pautas culturales y comportamientos sociales que exige un sistema saludable de gestión de la basura, considerando sobre todo las externalidades propias de este tipo de servicio urbano y sus riesgos para el bienestar de la población.

La conjetura que orienta el análisis que se expone a continuación, parte de suponer que la conformación y diversidad de estructuras de gobernanza interlocal para la GSRU dependen de los conflictos y dilemas que los gobiernos locales enfrentan, cuya resolución está condicionada en gran medida por la capacidad de los principales actores influyentes para movilizar recursos dirigidos a constituir y estabilizar sistemas regionalizados de gestión de los RSU como sistemas cooperativos.

El énfasis que se atribuye a la presencia/debilidad/carencia de liderazgos para constituir y estabilizar sistemas regionalizados de gestión de los RSU como sistemas cooperativos, resulta de ponderar y sobre todo no desconocer la importancia que adquieren las características de los bienes

<sup>10</sup> Dado el contexto jurídico institucional de la Provincia de Córdoba, una autoridad regional solo es compatible en el caso de competencias compartidas y requiere el consenso de los gobiernos locales. Desde ese punto de vista la observación de Peacock (2009:356) respecto a las consecuencias de las interdependencias en regímenes metropolitanos, se hace explicable a la cuestión de la gestión cooperativa de los RSU, por el alto grado de interdependencia que la misma genera entre localidades vecinas, aunque no conformen áreas metropolitanas: "La fragmentación en la formulación de políticas públicas entre múltiples unidades gubernamentales disminuye los problemas de concentración de poder y puede promover entre ellas competencia e innovación. Sin embargo, también produce ineficiencias en la medida en que las decisiones de una o algunas de ellas imponen externalidades positivas y negativas sobre las otras".

objeto de las transacciones entre los actores constituyentes de las estructuras de gobernanza que se conforman. Mancur Olson (1965), basa su lógica de la acción colectiva en el supuesto que el tipo de problema/s que los individuos intentan resolver afecta su respuesta a ese problema. Ello lleva a la cuestión de cuáles son los atributos de los bienes que probablemente presenten problemas de transacción para los actores locales gubernamentales.

La literatura sobre organizaciones sugiere entre las características más salientes de los bienes, los costos de transacción que conllevan las negociaciones que los tienen como objetos, atendiendo a la mensurabilidad de los servicios producidos o a producir y el valor específico que los mismos representan. El costo de transacción puede ser grande cuando la relación involucra un valor de transacción específico o cualidad/es del servicio que sean dificultosas de definir y medir.

Para Williamson (1985) la especificidad del valor —una transacción específica importa una inversión durable que no puede ser fácilmente reorientada a otros usos—, es central para escoger entre estructuras de gobernanza. Si las partes hacen inversiones mutuas de valores específicos y lo mantienen en el tiempo, ello crea dependencia recíproca. Si el acuerdo exige de los gobiernos hacer inversiones de valor específico u otro compromiso por un largo plazo, ello podría alterar las opciones que estarían disponibles en el caso de necesitar romper el acuerdo en el futuro.

Las dificultades de medición incrementan los costos de estudios y dificulta la coordinación de la acción en común. A ello se suma que los problemas de medición traen consigo problemas de monitoreo y cumplimiento en la ejecución. El monitoreo efectivo requiere la medición de cuál cantidad es el nivel apropiado de la provisión de un servicio o de la extensión en la cual el servicio adquiere el impacto deseado (Deakin, 1996). Medición de un servicio es el grado de dificultad en la medición o monitoreo de la cantidad y/o calidad del producto o beneficio de un servicio (Williamson, 1985).

Por tanto debe considerarse que el producto de algunos servicios es más difícil de medir que el de otros, por lo que en ellos se torna más difícil activar la cooperación. Por ejemplo, la mayor divisibilidad del servicio de recolección o el transporte de la basura<sup>11</sup> vs la dificultad de la medición de beneficios entre los gobiernos locales en el caso de disposiciones finales de la basura como servicio compartido por varias localidades<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Para estos servicios la exclusión es completa: los costos están ubicados en la base de los beneficios recibidos y las preferencias de los beneficiarios son invariables (Steinacker, 2004).

<sup>12</sup> Estos servicios que son menos divisibles y no sencillamente mensurables, la cooperación es más dificultosa porque la exclusión no es completa. Es por cierto dificultoso un contrato

A los costos de transacción por las propiedades del bien o servicio en negociación, se agregan los derivados de las condiciones de las relaciones de intercambio: oferta restringida del bien (el dilema de los pequeños números, propio de mercados no competitivos), oportunismo (búsqueda del interés propio por sobre los resultados comunes), incertidumbre en relación a las circunstancias futuras de la situación y dependencias de los actores respecto de su ambiente, y racionalidad limitada (o limitaciones cognitivas) por restricciones en la información y/o limitaciones para el manejo de la información (Williamson, 1975).

Por su parte, Elinor Ostrom desplaza el supuesto de base de la teoría de la acción colectiva basada en los costos de transacción. En lugar de la exclusividad que se le otorga a la idea de individuos racionales y egoístas aparece la relevancia de las instituciones, es decir las normas implícitas o explícitas que regulan la adopción de decisiones por los individuos y que limitan, voluntaria o involuntariamente, la capacidad de elegir. Los actores, si bien estratégicos (acción política), deciden siempre en el marco de contextos institucionalizados que operan como constricciones a los que se ven limitados, o también como recursos disponibles -fuentes de oportunidad- para el cálculo de la o las acciones a adoptar.

Parmigiani de Barbará (2011) plantea la cuestión de la configuración de la institucionalidad política de las relaciones interlocales refiriendo al entramado de las reglas formales relativas a la distribución territorial del poder estatal y al espacio para la cooperación interlocal que las mismas otorgan, en tanto tal entramado constituye el soporte de las estrategias de los actores, a la vez que es dinamizado por ellos. La distribución territorial del poder del Estado bajo la forma federal, con consagración además de la autonomía política-administrativa de Municipios y Comunas torna las relaciones intergubernamentales más complejas; simplemente, porque en lugar de haber dos ejes de relaciones (nacional-local y local-local), hay cinco (nacional/provincial o estadual, provincial/local, nacional/local, provincial/provincial y local/local).

Tal multiplicación de las arenas de juego y el correspondiente acrecentamiento de los puntos de veto, sin duda demanda mayores esfuerzos de coordinación para la acción colectiva eficaz, sobre todo cuando la normalidad institucional<sup>13</sup> trabaja sobre la base de un esquema de distribución de recursos fiscales concentrado en las instancias supraordenadas

para servicios cuyos productos no son tangibles y/o cuya producción es compleja (Ferris y Graddy, 1996).

<sup>13</sup> Normalidad institucional (normas en uso, para usar la expresión de E. Ostrom, 2006), no necesariamente coincidente con la normatividad legal. Esto es el caso entre la distribución territorial de competencias/funciones, la distribución territorial de la competencia fiscal y la normatividad legal de las autonomías provinciales y locales.

y con amplio margen de transferencias discrecionales desde arriba hacia abajo. Ello condiciona fuertemente la capacidad de innovación y/o mantenimiento de los cambios que se emprenden desde las jurisdicciones territoriales inferiores<sup>24</sup>.

En este último sentido y en el eje vertical de las relaciones, hay que hacer notar que las instancias supraordenadas pueden también funcionar como ventanas de oportunidades para acciones de promoción y apoyo a las políticas asociativas locales. Tanto desde el nivel provincial como desde el nivel nacional se han lanzado políticas ambientales dirigidas a la gestión integral de los residuos sólidos urbanos que promueven la cooperación interlocal para darle sustentabilidad a la GRSU, como política a escala regional.

En 2003, la Legislatura cordobesa sancionó la ley 9088 para la regulación del tratamiento y disposición final de los residuos sólidos urbanos, llamada Ley de Gestión de Residuos Sólidos Urbanos (RSU) y se diseñó desde la autoridad de aplicación (art. 3), Agencia Córdoba Deporte, Ambiente, Cultura y Turismo SEM, el programa "Córdoba Limpia", con el objeto de gestionar la totalidad de los RSU que se generan en la provincia y erradicar los basurales a cielo abierto. Bajo la concepción de que es inviable la gestión de los RSU a cargo exclusivo de municipios y comunas, proyecta los vertederos controlados regionales y la distribución regional de plantas de transferencia espacialmente dispuestas para facilitar el transporte de la basura desde localidades más lejanas hacia el lugar del vertedero.

Por su parte, desde el Gobierno Nacional, el Proyecto Nacional para la Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos (PNGRSU), entendiendo también que el manejo de los residuos y la magnitud de su problemática reclama la participación de los distintos niveles de gobierno, la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación diseñó la Estrategia Nacional de Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos y obtuvo del Banco Mundial un préstamo para brindar asistencia técnica y económica, a modo

<sup>24</sup> Precisamente la política fiscal "... en 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 23.948 /88 estableció un Régimen de Coparticipación de Impuestos entre la Nación y las provincias, pero el régimen original fue sucesivamente modificado restando fondos de la masa coparticipable de transferencia automática, 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." (Parmigliani de Barbard, 2011:113-114)

de incentivo, para que las provincias y sus municipios puedan elaborar sus propios planes y sistemas de gestión integral, en el marco de los objetivos de la Estrategia Nacional<sup>13</sup>.

En este Proyecto se prevé la financiación de los costos de infraestructura para la disposición final y sus sistemas asociados, a través de la construcción de rellenos sanitarios, plantas de tratamiento, estaciones de transferencia y el cierre de basurales a cielo abierto, según se requiera. Otros de los componentes son el fortalecimiento institucional de las autoridades involucradas en la gestión de residuos, en todos los niveles de gobierno y la elaboración de planes sociales en las diferentes jurisdicciones para la inclusión social de los recuperadores informales de residuos.

Así también, el Gobierno Nacional ha recibido un préstamo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), por un monto equivalente a US\$ 60.000.000, para el Programa de Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos en Municipios Turísticos, aprobado el 6 de Junio de 2007. Se propone utilizar los fondos para efectuar los pagos correspondientes a la adquisición de bienes y la contratación de obras, los servicios conexos y los servicios de consultoría<sup>14</sup>.

El objetivo general del proyecto es apoyar la sustentabilidad ambiental del turismo en los municipios turísticos de Argentina comprendidos en el Plan Federal Estratégico de Desarrollo Turístico Sustentable. El propósito del Programa es la GRSU en municipios turísticos, mediante proyectos que: (i) implementen soluciones técnica, ambiental y financieramente viables; (ii) fortalezcan las capacidades de los municipios para que puedan ejercer efectivamente sus competencias en materia de gestión de residuos; (iii) amplíen la conciencia y participación de las comunidades locales en esta materia.

Sin embargo, el eje vertical de las relaciones intergubernamentales también puede funcionar para los gobiernos locales como estructura de oportunidades para autonomizarse de la necesidad de configuraciones asociativas. Intereses y compromisos políticos impulsan con frecuencias conductas no cooperativas de abstención por parte de los gobiernos locales, que disminuyen los costos de transacción al permitir con menor desgaste de recursos de tiempo, políticos, etc., obtener iguales o mayores beneficios negociando individualmente o por agrupamientos menores o distintos a los normativamente expectables. Las conductas no cooperativas de free rider son también frecuentes, en la medida en que mayor es la

<sup>13</sup> El Directorio de dicho organismo multilateral de crédito aprobó el 28 de febrero de 2006, el Convenio de Préstamo BIRF-7362-AR, correspondiente al Proyecto Nacional para la Gestión Integral de los Residuos Sólidos Urbanos (PNGRSU).

<sup>14</sup> Préstamo BID 1068 OC-AR.

incertidumbre sobre la eficacia y perdurabilidad de la asociación. Ciertamente, la institucionalización de asociaciones de gobiernos locales reduce, en principio, la complejidad de la coordinación de la acción colectiva propia de los Estados compuestos, pues contribuye a solucionar el denominado problema del gran número. Dado que las dificultades para la negociación aumentan con el número de participantes independientes y sus opciones de acción interdependientes y, por consiguiente, con el número de transacciones que se deben dar simultáneamente, al concentrarse en un organismo las preferencias de los gobiernos locales dicha dificultad decrece significativamente. Sin embargo, los beneficios que puede traer esta mejor organización de las relaciones intergubernamentales, al reducir las arenas de juego, pueden verse frustrados por manipulaciones oportunistas de tipo político que busquen diluir responsabilidades de los niveles supraordenados o encolumnar adhesiones de líderes territoriales con miras electoralistas (Parmigliani de Barbará, 2011).

Otra dimensión que no puede soslayarse es la proximidad geográfica de las localidades y la homogeneidad o semejanza demográfica, económica y política de las mismas, al momento de entender la configuración de estructuras de gobernanza. Otra variable importante es la existencia de relaciones previas de cooperación en tanto creadoras de un piso de confianza que disminuye los costos de transacción y genera una disponibilidad a la cooperación que permite superar conductas competitivas.

### **3. Innovaciones institucionales y experiencias de relaciones interlocales para la GRSU**

Una de las primeras innovaciones que se formularon para el territorio provincial, de la mano de la creación en 1999 de la Agencia Córdoba Ambiente, fue el Programa *Córdoba Limpia*, cuyos objetivos son la erradicación de los basurales a cielo abierto; la promoción de la reducción de la generación de residuos y el reciclado de materiales; la construcción de una red de vertederos regionales de residuos y estaciones de transferencia para la disposición adecuada de los residuos no recuperados; el asesoramiento a los municipios y comunas de la provincia para la gestión integral y ambiental adecuada de los residuos que generan, y la elaboración de las herramientas legales para la gestión adecuada de los residuos.

El Programa "Córdoba Limpia" agrupó las localidades, en un primer momento, en quince (15) regiones más la ciudad de Córdoba y, dentro de cada región las ordena en torno a la Estación de Transferencia (ET) y al Vertedero Controlado (VC) correspondiente, al cual deberían llevar sus residuos sólidos urbanos. Posteriormente, y siempre en el marco de lo programado, se redujo la regionalización de la provincia a 12 áreas, tomando

como referencia los puntos de mayor producción de desperdicios, la construcción de una red sanitaria provincial de 12 vertederos controlados y 21 estaciones de transferencia. Las previsiones del programa, en general, no se concretaron, adjudicándose su limitadísima realización a la falta de fondos para el financiamiento del proyecto<sup>17</sup>, la resistencia de organizaciones no gubernamentales<sup>18</sup> y la relativa capacidad de los municipios y comunas para alcanzar los objetivos del mismo<sup>19</sup>.

De la docena de vertederos regionales previstos se concretó el de Traslasierra, que se construyó en las afueras de Villa Dolores. Paradójicamente esta ciudad, que es la que más basura genera en el valle, se abrió del sistema y ha construido un vertedero propio para la disposición final de sus residuos. También se construyó el vertedero de Cruz del Eje, recién a mediados del 2007, y supuestamente en condiciones de recibir la basura de ese departamento y de las poblaciones del centro y norte del Departamento Punilla. Se encuentra actualmente fuera de funcionamiento debido a la falta de acuerdo entre los gobiernos locales involucrados sobre la forma de financiamiento para el operativo de traslado y procesamiento de la basura y mantenimiento del vertedero, en un marco de limitados recursos locales y luego de haber refaccionado los desperfectos técnicos de la obra.

En el 2008, la Secretaría de Ambiente<sup>20</sup> decidió reformular el programa "Córdoba Limpia", generando el "Programa Integral de Tratamiento de los RSU". Este redujo las denominadas "Regiones Limpias" de doce a cinco: Colón, Calamuchita, Punilla, San Justo y Río Cuarto. A fines de ese año, esta propuesta fue elevada para su aprobación técnica y financiamiento a la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación. Este organismo se comprometió a aportar unos 45 millones de pesos al año para llevar adelante el plan. Por su parte, la Provincia resolvió, por ley, asignarle 15 millones de pesos provenientes del denominado Impuesto al Fuego.

Planes de obras a ejecutarse en el 2009 y 2010 con créditos del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), con parte del dinero que recauda la Provincia por el impuesto al fuego y con el aporte ya comprometido de la Secretaría de Ambiente de la Nación, involucraban además el acuerdo

<sup>17</sup> El Banco Interamericano de Desarrollo no financió el proyecto en forma completa, tal como la Provincia suponía y requería dada la insuficiencia de sus recursos propios.

<sup>18</sup> En términos generales, el plan fue resistido por organizaciones ambientalistas y -algunas veces- vecinos autoconvocados, pero respaldado por técnicos en higiene ambiental.

<sup>19</sup> En parte debido a la falta de recursos locales propios pero también fruto de las desavenencias entre los municipios respecto a los términos de cooperación entre ellos para la instalación y mantenimiento de los vertederos y la gestión articulada del proceso de disposición de los RSU.

<sup>20</sup> Organismo que sustituye a la Agencia Córdoba Deportes, Ambiente, Cultura y Turismo, al reestructurarse el sistema de Agencias y resolver su traspaso a Secretarías.

y participación de las comunidades regionales. Según el Poder Ejecutivo Provincial, el plan de obra incluirá la construcción de 10 vertederos adicionales a los 4 que ya existen<sup>21</sup> y un total de 69 estaciones de transferencia distribuidas estratégicamente en el territorio provincial.

En un mapa diseñado a tal efecto por la Secretaría de Ambiente de la Provincia, figuran en funcionamiento como vertederos finales para el tratamiento integral de los residuos las plantas ubicadas en Bower, Río Cuarto, Villa Dolores, Cruz del Eje y Villa María. La situación de cada uno de estos vertederos se describe en nota a pie<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Dos construidos a partir del programa "Córdoba Limpia" (Villa Dolores y Cruz del Eje) y otros dos que existían antes del plan (Villa María y Río Cuarto). A ello se agregaba el reacondicionamiento del vertedero de Bower.

<sup>22</sup> El vertedero de Bower recibió durante casi tres décadas la basura de la capital cordobesa y de más de una decena de poblaciones del área metropolitana. El proyecto oficial contemplaba entre las obras a construir en el transcurso de 2009 y 2010, mejorarlo en su infraestructura, acondicionándolo de tal forma, que los lixiviados que generan los residuos no lleguen a las napas subterráneas. Hasta la sanción de la ley de establecimiento de radios de los ejidos municipales se consideraba el predio llamado de Bower correspondiente al gobierno provincial. Desde setiembre de 2009 se demarcó como territorio municipal y se amplió a la municipalidad de Córdoba y las otras localidades que utilizaban dicho vertedero para que se abstuviera disponer del mismo a partir del 1 de abril de 2010. La presión de la ciudadanía de Bower y de las comunas y municipios próximos ha sido y es decisiva para garantizar esta medida. La situación emergente afecta también lo proyectado en relación a la disposición de los residuos en el sur de Punilla y parte del Departamento de Santa María. En los planes gubernamentales provinciales se había programado la construcción de estaciones de transferencia en jurisdicción de las ciudades de Coquín, Villa Carlos Paz, Alta Gracia, Monteclaro y Córdoba.

Por su parte, el vertedero de Villa Dolores, siempre según los planes provinciales, seguiría recibiendo la basura de todas las localidades de los departamentos San Alberto y San Javier, que conforman el Valle Turístico de Traslalerra y continuaría la estación de transferencia emplazada en jurisdicción de Mina Clavero. El gobierno de Villa Dolores niega el carácter regional de este vertedero, y anunció que prontamente se inaugurará la planta modelo de Villa Dolores, pese a que aún no está aprobada por la Secretaría de Ambiente de Córdoba. Al conflicto entre la Municipalidad de Villa Dolores y la Secretaría de Ambiente provincial, se agregan las desavenencias entre esta municipalidad y la de Mina Clavero y la situación de indefinición en que queda el resto de las localidades incluídas en el supuesto vertedero regional de Villa Dolores.

El tercer vertedero que será mejorado y ampliado para atender la demanda de gran parte del sur cordobés es el de Río Cuarto. Allí llegarán todos los residuos que previamente se almacenarán en las estaciones de transferencia de Berrotarán, Elena, Alicia Gigena, Olmeta, Ucacha, Chazón, General Cabrera, General Debeza, Las Perdices, Dalmacio Vélez Sarsfield, Las Acequias, Alejandro, La Carlota, Sampacho, Coronel Molde, Achiras, San Basilio, Adelia María y Vicuña Mackenna. Según la Secretaría de Ambiente provincial, la planta de Río Cuarto funciona desde hace años sin mayores problemas y críticas, pero ahora la situación es más compleja porque recibirá muchas más toneladas de residuos orgánicos e inorgánicos.

En Cruz del Eje, el vertedero regional aún no está en funcionamiento y en el marco del nuevo plan, esta planta modelo tendrá que operar con la basura que llegará desde las estaciones ubicadas en Villa Tulumba, Doña Funes, Villa de Soto, Capilla del Monte, La Cumbre y La Falda. Sólo esta última estación de transferencia está terminada. El resto debería habilitarse en los próximos dos años con el financiamiento internacional y provincial.



Según los planes provinciales, avalados por 25 comunidades regionales del interior cordobés, existe un segundo grupo de potenciales vertederos ya proyectados, a ubicarse en predios pertenecientes respectivamente a Río Tercero, San Francisco y Portesía<sup>23</sup>. Un tercer grupo de plantas y respectivas estaciones de transferencias se encuentra en estado de anteproyecto y sin tierras definidas para los futuros vertederos<sup>24</sup>.

#### 4. El caso de la Comunidad Regional (CR) Calamuchita

El 14 de junio de 2010 el Presidente de la Comunidad Regional (CR) y legislador provincial Carlos Alessandri, anunció la *concentración de la disposición final de los RSU para todo el Departamento de Calamuchita en un único vertedero controlado*. Lo hizo en una conferencia de prensa a la que asistieron numerosos Intendentes y Presidentes Comunales de distintos signos políticos, así como funcionarios de la Secretaría de Ambiente de la Provincia de Córdoba.

De modo coincidente, la mencionada Secretaría emitió la Resolución n°540/10 que aprueba la "Planta de Clasificación, Procesamiento, Tratamiento y Disposición de Residuos Sólidos Urbanos del Departamento Calamuchita", anunciada por el gobernador Juan Schiaretti tras los incendios del año 2009 (asociados a la existencia de basurales a cielo abierto). La Legislatura Provincial, por su parte, aprobó el proyecto del Gobierno Provincial para expropiar un campo ubicado en una zona gris entre Santa Rosa de Calamuchita, San Ignacio y Ambro, más precisamente en el paraje denominado Cañada Grande, destinado a la construcción de la planta. Estas medidas guardan coherencia con el reordenamiento territorial producido en el año 2008 en la Provincia de Córdoba a través del "Programa

---

El quinto vertedero regional que tiene ya una infraestructura instalada es el de Villa María. Allí incluso existe una planta modelo para reciclar los residuos orgánicos e inorgánicos. Hasta el momento no se han definido estaciones de transferencia en las localidades cercanas a Villa María.

<sup>23</sup> El municipio de Río Tercero adquirió un campo de grandes dimensiones y espera los recursos para construir la planta. Esta recibirá los residuos de los departamentos Calamuchita y Tercero Arriba que tendrán, una vez construida, estaciones de transferencia en Villa General Belgrano, Embalse y Hernando. En el Departamento de San Justo, están proyectadas dos plantas de tratamiento de residuos: San Francisco (con Devoto y Las Varillas como estaciones de transferencia).

<sup>24</sup> Rayo Cortado (Dpto. Tulumba), con 5 estaciones distribuidas en Dptos. Sobremonte, Río Seco y Tulumba; Gral Paz (Dpto. Colón) con 6 estaciones en Dptos Colón y Totoral; Santa Rosa de Río Primero (Dpto. Río Primero), con 6 estaciones en Dptos. Río Primero, Río Segundo y Tercero Arriba; Arroyito (Dpto. San Justo) con una estación en La Francisca (Dpto. San Justo); Ordóñez (Dpto. Unión) con 6 estaciones en los Dptos. Unión y Marcos Juárez; y una última planta en Jovita (Dpto. Gral. Roca) con 5 estaciones en los Dptos. de Gral. Roca y Roque Sáenz Peña.

Integral de Tratamiento de los RSU<sup>25</sup>, en el que la zona de Calamuchita aparece entre las cinco priorizadas para concentrar esfuerzos hacia el logro del saneamiento ambiental.

A la fecha, la construcción de la planta se encuentra muy avanzada, restando la instalación eléctrica, caminos de acceso y algunas cuestiones menores. Su financiamiento ha sido realizado por la Provincia, con los recursos provenientes del "impuesto al fuego" (30% que en todo el territorio provincial se paga con la facturación de energía eléctrica) y su operación estará a cargo de una empresa privada que —en principio, pues es éste uno de los puntos cuestionados— cobrará por tonelada de basura ingresada, decreciendo el canon a medida que se incrementa la cantidad.

Algunos párrafos de las expresiones vertidas por el legislador Alessandri en la mencionada conferencia de prensa, echan luz sobre el significado de esta política pública, en su aspecto no sólo específicamente ambiental, sino también sobre recursos de poder, apoyos y oposiciones de actores gubernamentales y sociales<sup>26</sup>:

"...esta planta será la primera experiencia de estas características en la provincia ya que tratará la basura de todas las localidades de Calamuchita, realizando la recuperación del 60% de residuos reciclables y envasando, luego de un proceso de prensado que le extrae los líquidos contaminantes, el 40% restante". Agregó que el proyecto "se viene trabajando desde hace tres años y fue adoptando todas las recomendaciones técnicas que iba haciendo la Secretaría de Ambiente de la provincia para hacerlo ecológicamente viable", por lo que "los que agitan fantasmas lo hacen sobre una idea preconcebida que no tiene nada que ver con lo que acaba de aprobar el organismo de control provincial". Sostuvo, también, que la planta "sólo tratará los residuos de Calamuchita" echando por tierra denuncias que indicaban que se podría traer basura desde otros departamentos y remarcó que con su construcción, "los municipios y comunas del departamento se comprometen a erradicar y remediar los basurales a cielo abierto que son una de las principales fuentes de contaminación de nuestros recursos hídricos". En este sentido, Alessandri señaló que Calamuchita "tiene el 60% de los recursos hídricos de Córdoba por lo que la solución de esta problemática es fundamental no sólo para la región sino para toda la provincia". Además señaló que el lugar de instalación del proyecto fue modificado por instrucciones de la Secretaría de Ambiente "para preservar aún más la cuenca hídrica luego de un profundo estudio de escurrancias". Explicó, también, que en el lugar "no serán tratados los líquidos resultantes del prensado ya que serán trasladados a plantas de tratamiento de líqui-

<sup>25</sup> Fuente: periódico digital DVD Video Villa General Belgrano y El Valle (fecha de consulta: 12 de julio de 2011)

dos cloacales ubicadas en Villa General Belgrano y Embalse". El titular de la Comunidad Regional sostuvo que en la conferencia de prensa "está la representación institucional de la mayoría de las localidades de Calamuchita, con intendentes de diferentes signos políticos porque quienes tenemos la responsabilidad de gestionar entendemos que el tema de la basura no tiene ideología política", y remarcó que "hemos escuchado a todos los sectores, pero no podíamos actuar hasta que no tuviéramos la aprobación de quien rige la política ambiental de la provincia".

Agregó que "ahora saldremos pueblo por pueblo a explicar este proyecto, a reunimos con todos los sectores y hacer una campaña de concientización porque es fundamental que cada ciudadano se comprometa con el tema de la basura que genera y con la preservación del medio ambiente de nuestra región".

Así mismo, para describir e interpretar mejor la estructura de gobernanza que se configura en Calamuchita a raíz de la disposición final de los RSU, conviene tener presente algunos aspectos geográficos, demográficos, económicos, políticos y del sistema precedente de relaciones intergubernamentales y con la sociedad civil (Feiock, R. C.: 2007; Parmigiani de Barbará, M.C.: 2009).

Ubicado en el centro-oeste de la Provincia de Córdoba, el Departamento de Calamuchita cuenta con un paisaje serrano de singular belleza y tipicidad, que lo convierte en el segundo destino turístico de la provincia en continuo desarrollo. Pero si bien la actividad turística es la principal actividad económica, hacia la zona sur y sur-este de serranías más bajas que alternan con planicies, tiene también su lugar la actividad agropecuaria aunque sin pujanza comparable. Como describe un entrevistado:

"Al Departamento Calamuchita yo creo que hay que dividirlo en dos partes: de la ruta 5 al norte y oeste y de la ruta 5 al sur y al este; allá es todo turístico, la parte rica, y nosotros que nos va llevar todavía mucho tiempo desarrollarnos, (para quienes) la actividad principal sigue siendo la agropecuaria"

Existen pues diferencias de actividades económicas y asimetrías en punto al desarrollo. Y también demográficamente —aunque ya considerando al Departamento en su conjunto— se registran diferencias significativas: con una densidad menor a la media provincial (9,8 hab. por km<sup>2</sup> frente a 10,8 hab. por km<sup>2</sup>), la población se distribuye en 25 localidades con organización político-administrativa (municipios y comunas) y en una serie no menor de pequeños caseríos o villas sin dicha organización. Tomando sólo las primeras, cabe advertir que se presentan con destacables diferencias de tamaño, pudiendo ser organizadas en cuatro grupos<sup>24</sup>: diez

<sup>24</sup> Datos del Censo Provincial de Población 2008.

entre 93 hab. y 383 hab., siete entre 528 hab. y 1.612 hab., cuatro entre 2.640 hab. y 3.588 hab. y tres entre 7.761 y 12.073 hab.

Los perfiles geográficos (ubicación, distancia), económicos y poblacionales se combinan condicionando el sistema de relaciones interlocales y con las instancias supraordenadas (Provincia e, inclusive, Nación): la estructura de gobernanza de la política de GRSU sobre la etapa de disposición final refleja bien tal condicionamiento

Así, se advierte, por una parte, un claro ascendiente en la determinación del rumbo de la política por parte de las tres localidades más grandes y situadas en el corazón del valle turístico (centro y norte); se trata de las ciudades de Santa Rosa de Calamuchita (12.073 hab.), Embalse (8.401 hab.) y Villa General Belgrano (7.761 hab.) —todas a lo largo de la Ruta n°5 y con múltiples localidades que se vinculan a ellas para la obtención de servicios financieros, de trámites oficiales, sanitarios, educativos, etc. —. Y no es un dato menor que el legislador y actual Presidente de la CR, haya sido precisamente Intendente de una de estas ciudades (de Embalse); se trata de un dirigente político del mismo partido gobernante a nivel provincial con fuerte presencia política en todo el departamento y emprendimientos turísticos e inmobiliarios en zonas aledañas a su ciudad de origen. En varias de las entrevistas realizadas aparece resaltada su capacidad de liderazgo, manifestada en la aptitud para articular los intereses de las localidades entre sí y de gestionar exitosamente su satisfacción a través de contactos oficiales (tanto a nivel de la Provincia de Córdoba como de la Nación) y privados.

En el conjunto se dibuja sin embargo un grupo reducido con reservas u oposición: salvo el caso de la localidad de San Ignacio ubicada en lo que hemos llamado el corazón del valle, se trata de localidades más alejadas y particularmente situadas hacia la zona sur y sur-este. Sobre sus motivaciones se volverá enseguida.

Importa la referencia a los antecedentes de relaciones interlocales en el Departamento de Calamuchita dado que la existencia de un proceso a lo largo del tiempo en el que las localidades vayan progresivamente anudando redes de conocimiento, información y confianza a través de contactos y cooperaciones (incluso informales y para la solución de problemas puntuales), configura una oportunidad de aprendizaje de alto valor para la construcción de futuras cooperaciones regionales que tengan el más ambicioso objetivo de concretar un conjunto de políticas para el desarrollo sustentable.

En ese sentido, estudios previos (Díaz de Landa M. y Massuh A.: 2008) describen un entramado relacional dinámico, con potencialidades de logros y articulación con actores gubernamentales extralocales y de la sociedad civil, ya en ocasión de la creación por ley provincial 8864/00 de

los denominados "entes regionales de recaudación y gestión"; este diseño de regionalización inducido por la Provincia si bien finalmente fracasó<sup>27</sup>, contribuyó a cumplir un proceso de aprendizaje que se reflejó en el denominado Ente Regional de Calamuchita (ERC) creado en el año 2004.

El ERC constituyó una experiencia endógena muy valiosa, que aunque propulsada por las localidades más grandes manifestó una fuerte impronta horizontal y que permitió la discusión de los problemas y sus posibles soluciones con asesoramiento técnico externo de una institución universitaria y canales de diálogo con las autoridades provinciales. Cuando en el mismo año 2004 se sanciona pues la ley provincial 9206 de creación de las denominadas Comunidades Regionales (CR) tomando como base la división territorial en departamentos, la CR Calamuchita contaba ya con una provechosa experiencia para la acción colectiva direccionada a la cooperación.

La mayoría de los funcionarios locales entrevistados<sup>28</sup> destacan las obras conseguidas a través de la CR, así como los comportamientos cooperativos, sin sesgos político-partidarios, que tendrían lugar en ese espacio institucional; a modo de ejemplo, se transcriben algunas expresiones de los informantes claves:

"En realidad con las localidades vecinas trabajamos a través de la CR, ... acá el dilema nuestro es "nos salvamos todos o entre todos", el que quiere hacer cada uno por su parte generalmente no le ha ido muy bien. Nosotros no (sólo) por el tema de la basura, pero sí a nivel de turismo o de otros ámbitos cuando llega una beneficio realmente llega para todos, en mayor o menor medida pero todos ligamos. Entonces creo que no habría problemas con el vecinos por el tema basura." "La CR genera vínculos entre las localidades y además ayuda a gestionar ante mayores niveles de gobierno, es más fácil llegar al gobierno provincial por ejemplo mediante la CR que yendo solo como una comuna pequeña."

"Ya con la CR empezamos a avanzar... este es el tercer año, si no me equivoco, tercer año que Alessandri es el presidente de la CR y se planteó que sea legislador departamental. Y tiene la posibilidad de acceder más fácil al ámbito provincial a trabajar con proyectos interlocales y también creo que tomo, digo, más allá de que yo trabaje con él, más allá de una cuestión de empatía política, creo que ha tomado un punto, básicamente en el trabajo de este tipo de cosas por ejemplo ahora en lo que está trabajando la CR con la provincia en lo que es llevar la luz eléctrica

<sup>27</sup> En todo el territorio provincial, no solamente en Calamuchita; más aún, puede aseverarse que este departamento está entre los que más avanzaron en el proceso de implementación de la política.

<sup>28</sup> En el marco del Proyecto de Investigación referido en nota n°11.

a todos los pueblos y no es fácil por las serranías; pero acá tenés parajes como El Durazno, San Martín de los Ríos, que son lugares alucinantes, impresionantes, hasta explotados turísticamente (...), pero no tienen red..., se está trabajando desde la CR para trasladar la línea que va desde Yacanto... Calamuchita tiene cerca del 70 % de la reserva hídrica con los 7 lagos que tiene, entonces la CR con fondos del Banco Interamericano de Desarrollo va a hacer un estudio de la cuenca hídrica de Calamuchita para generar proyectos; ya están aprobados los fondos del BID para hacer el estudio de la cuenca hídrica .... La CR está trabajando mucho a nivel de proyectos como éste, regionales ... que afectan a todos y cada uno de los lugares"

La misma naturaleza de la actividad turística que se desarrolla particularmente en el centro y norte del Valle pareciera impedir comportamientos competitivos que resultarían disfuncionales. Obsérvese la claridad con que este interés aparece expresado por uno de los entrevistados:

"La CR tiene algunos ejemplos de trabajo en conjunto muy interesante, por ejemplo lo que es la producción de turismo. El turismo se está trabajando mucho en lo que es Calamuchita, mas allá de cada pueblo. Bueno entonces, no me ha quedado nada de folletería de lo que es Calamuchita en general, pero cada pueblo la tiene además de la propia... y es interesante lo que se ve de la CR Calamuchita, no sólo de los que tienen mayor tradición turística que son Villa General Belgrano y La Cumbrecita. Pero fijate que Villa General Belgrano y La Cumbrecita son de dos partidos distintos, el de Belgrano es radical y el de La Cumbrecita es peronista y son los que más pechan para que trabajemos en conjunto, más allá de las diferencias políticas, en Calamuchita. Son los que intentan integrar todos los pueblos a la promoción turística y esto es un ejemplo interesante de integración e interconexión entre los pueblos. Porque se da la particularidad de que en 15 o 20 km hay distintas posibilidades turísticas, entonces no es por ser bondadosos sino porque se dan cuenta de que la oferta turística que pueden llegar a dar mejora, el tipo que viene a Villa General Belgrano, recorre Rumiñal, La Cumbrecita, etc., .. generás mas opciones, ... no tenemos una ciudad que chupe todo como Carlos Paz en el caso de Punilla entonces queda mucha más integración en ese sentido. (...) la planta de residuos se está trabajando con ese espíritu de integración en todos los sectores."

Si bien el reconocimiento de la influencia de la CR Calamuchita en todo el Departamento no presenta excepciones, se han relevado opiniones negativas sobre ella en las localidades situadas al sur y sur-este. En este grupo, al que ya antes se ha hecho referencia, la distancia y el perfil económico no centrado predominantemente en el turismo, sin duda operan mermando el interés en la coordinación cooperativa pues los costos de

transacción se incrementan; aparece entonces el descreimiento sobre la imparcialidad partidaria declamada y/o sobre un trato igualitario con localidades más pequeñas.

Reflejado lo hasta aquí expuesto (a lo que hay que agregar la consideración de la movilización de actores de la sociedad civil), la estructura de gobernanza de la política de disposición final de los RSU presenta las siguientes características:

- Tiene como punto de partida un diagnóstico compartido prácticamente por todas las localidades en torno a la urgencia de erradicar los basurales a cielo abierto. Existían ya tratativas e incluso estudios técnicos, cuando los grandes incendios del año 2009 apresuraron la definición de construir un único vertedero controlado para la región con financiamiento provincial, como lo relatan varios de los entrevistados; véase uno de estos relatos:

"Este es un proyecto que venía desarrollándose de a poco, cuando en agosto de 2009 se genera el incendio forestal más grande de acá de la zona. Esos incendios se generan básicamente por incendiar dos basurales, ... Fueron tres días de incendio rodeando poblaciones, ... entonces el Gobernador Schiavetti, a partir de esos incendios, anuncia poco días después que se iba poner el dinero para la planta de tratamiento y disposición final de residuos, primero en Calamuchita y después en Punilla. Punilla está más atrasada en la elaboración del proyecto, Calamuchita lo tenía mucho más adelantado, entonces a partir de allí, toma vigor el proyecto a partir de lo que teníamos ya bastante avanzada, ... después se dio un acuerdo general de todos los intendentes y presidentes comunales organizados en la CR que antes no podían avanzar porque no tenían plata para una cosa así, ¿no?."

- Como surge del relato transcrito y se reitera en todas las entrevistas, el financiamiento externo a las localidades constituye una variable decisiva para la erradicación de los basurales a cielo abierto. Dice un Intendente:

"...si no tenés ayuda de la Provincia o de la Nación nunca vas a poder salir del basural"

La estructura de gobernanza incluye de tal suerte al actor Provincia como central, a través del financiamiento y de la asistencia técnica prestada por la Secretaría de Ambiente, e implementando su propio "Programa Integral de Tratamiento de los RSU". Los costos tanto del transporte de los RSU hasta el vertedero controlado de Cañada Grande, cuanto del canon cobrado por la empresa que operará la planta para la disposición final, dan lugar a la búsqueda de soluciones ya complementarias, ya alternativas. En el transporte los costos se incrementan con la distancia, estimándose<sup>29</sup> que

<sup>29</sup> Según estudios técnicos hechos por la CR de Calamuchita.

una distancia superior a 70km resulta demasiado onerosa. Sobre el precio para el ingreso de los residuos a la planta, se ha proyectado un sistema de reducción proporcional al incremento del volumen o del peso, sistema que ha sido cuestionado por las localidades más pequeñas y que permanece no resuelto aún. Desde la CR se trabajan dos proyectos de construcción de estaciones de transferencia para solucionar el inconveniente de la distancia: una en Embalse y hacia donde irían los RSU de pequeñas y distantes localidades del sur (tal el caso de La Cruz<sup>20</sup>, Las Caleras y Cañada del Sauce) y otro en la zona norte. Pero las localidades ubicados al sur-este se deslocalizan de la estructura de gobernanza de la política. Si bien desde la propia CR se reconocen las dificultades por la distancia y "el trabajo de cruzar las sierras", no existe un proyecto para ellos. Más aún, estos municipios y comunas<sup>21</sup> adoptan una actitud confrontativa no sólo con respecto a la política regional de GRSU, sino incluso con relación a la misma CR, cuya actividad consideran ineficiente y/o sesgada políticamente<sup>22</sup>. El municipio de San Agustín —el de mayor en población, el más prominente en el conjunto y hacia el que eventualmente convergerían los RSU de los restantes—, manifiesta tener su propio proyecto de vertedero controlado "que será modelo para Calamuchita" y que ya contaría con el financiamiento del gobierno nacional (y que, por tanto, se incorpora a la estructura como actor extralocal).

- El rubro costos (transporte y canon por el uso de la planta) —amén de los intereses políticos cortoplacistas en un sistema político altamente fragmentado e inestable como es el argentino—, puede generar conductas de defección. Pareciera asomar, en tal sentido, iniciativas en algunas localidades de importancia (casos de Santa Rosa de Calamuchita y Villa del Dique) que procurarían obtener fondos del Gobierno Nacional para construir sus propias plantas de disposición final, al margen de la iniciativa regional. Si tal sucediera, la estructura de gobernanza de la política regional de GRSU que se ha descrito se fragmentaría poniendo en riesgo su continuidad misma, dada la incertidumbre de poder hacer frente a los gastos de funcionamiento al decrecer la demanda.<sup>23</sup>

- Existen actores que oponen a la localización del vertedero controlado en el paraje denominado Cañada Honda. Se trata de la pequeña

<sup>20</sup> "No estoy de acuerdo que se haga un solo vertedero para todo el departamento. A los que están cerca les conviene y a los otros les sale más caro", expresa por ejemplo el intendente de La Cruz al ser preguntado sobre el tema.

<sup>21</sup> San Agustín, Las Bajadas, Los Molinos y Calmayo.

<sup>22</sup> Extraña sin embargo que el Intendente de San Agustín estuviera presente en la conferencia de prensa relatada en el texto.

<sup>23</sup> La advertencia no es ociosa, pues ya existen en la Provincia de Córdoba dos vertederos controlados destinados a ser regionales que no funcionan (vertedero de Cruz del Eje) o han defecionado localidades colocando en peligro su continuidad (vertedero de Villa Dolores).



comuna de San Ignacio (321 hab.) relativamente próxima y de dos organizaciones ambientalistas que objetan por razones de posibles contaminación de las aguas el lugar escogido e impugnan la corrección técnica de los dictámenes de la Secretaría de Ambiente de la Provincia de Córdoba. Son los actores que agitan "fantasmas" en la percepción del Presidente de la CR<sup>34</sup>. En las entrevistas realizadas ninguno de estos actores es reconocido como influyente, pero no hay que subestimarlos pues sus argumentos podrían utilizarse para reforzar la justificación de conductas de defección.

### 5. El caso de la Comunidad Regional (CR) del Valle de Punilla

La CR del Valle de Punilla integra a doce municipios y doce comunas del Departamento Punilla, autoexcluida de la misma, la ciudad más importante del departamento: Villa Carlos Paz<sup>35</sup>. Prácticamente la CR cubre todo el departamento de Punilla. La economía de Punilla se concentra principalmente en la actividad turística, recibiendo anualmente a más del 40% de los turistas que visitan la provincia y que tienen como destino principal la ciudad de Villa Carlos Paz. Mucho menos significativa es la explotación ganadera, que se localiza en el oeste departamental (ganado bovino, ovino, equino, asnal y mular). Más significativa que la ganadera es la actividad avícola —en la zona central del departamento—, y con un menor aporte a la economía departamental se desarrolla la minería, principalmente extracción de áridos y piedras.

Con una población total de 177.353 habitantes (Censo Nacional 2010), Punilla es el tercer valle serrano que más creció, con un aumento de 14,3 por ciento en su población. También es el tercer departamento más densamente poblado (68,8 hab. por km<sup>2</sup>), después del departamento capital (2.365,8 hab.) y el departamento Colón (87,0 hab.)<sup>36</sup>. Villa Carlos Paz, la localidad del valle más densamente poblada (2828 hab./km<sup>2</sup>), suma una 75.316 hab., es decir el 42% de la población departamental. El 58% restante de la población departamental se distribuye en 12 localidades de menos de 1900 hab.; 4 localidades entre 2000 y 5000 habitantes; 3 localidades entre más de 5000 hab. y menos de 10.000 hab.; y por último, 3 localidades entre más de 10.000 y 20.000 hab. La característica geográfica peculiar de este departamento es que la mayoría de las localidades se ubican a lo largo de las rutas 20 y 38, conformando una densa conurbación de la que solo se encuentran algo más alejadas, las localidades Capilla del Monte y Charbonier.

<sup>34</sup> Ver conferencia de prensa antes incorporada.

<sup>35</sup> Aunque V. Carlos Paz no integra la CR, en el tema de la basina su consideración es indispensable por sus relaciones con localidades del departamento con membresía en la CR.

<sup>36</sup> La densidad poblacional total de la provincia de Córdoba es de 20 habitantes por km<sup>2</sup>.

El cuadro demográfico y geográfico antes descrito muestra las fuertes interdependencias ambientales que se derivan de la proximidad geográfica entre las mayorías de las localidades y la oportunidad que ello genera para resolver el problema de escala que demanda el costo económico de emprender y mantener la gestión integral de los residuos sólidos urbanos.

Sin embargo, la región de Punilla —priorizada en el marco de la política provincial para la construcción, instalación y puesta en funcionamiento de la infraestructura necesaria para el tratamiento integral de la basura, en reemplazo de los basurales a cielo abierto considerando los graves incendios acontecidos en el 2009— no ha avanzado aún en la resolución de sus graves problemas relativos a la disposición final de la basura.

El análisis de las entrevistas realizadas a funcionarios locales en veinte de las veinticinco localidades que integran el departamento Punilla, permitió detectar al menos 10 enterramientos de la basura: el conglomerado de Villa Carlos Paz<sup>27</sup>; las localidades con disposición final en Biale Masse<sup>28</sup>; las localidades con disposición final en Cosquín<sup>29</sup>; las localidades con disposición final en Córdoba Capital (La Falda y Huerta Grande)<sup>30</sup>; los basurales individuales localizados en Casa Grande, La Cumbre, Los Cocos, San Esteban, Valle Hermoso, Villa Giardino.

Aún cuando en algunos casos se han dirigido esfuerzos o iniciado prácticas para paliar los débitos ambientales de los basurales a cielo abierto, mediante algún método de tratamiento del enterramiento (como es el caso de Villa Carlos Paz<sup>31</sup> y de San Esteban<sup>32</sup>) o de formas de separación o reci-

<sup>27</sup> Conformado por Villa Carlos Paz, Cuesta Blanca, Dala Hirsá, Maya Sunaj, Cabalango, Icho Cruz, Estancia Vieja, San Roque; el depósito se localiza en el ejido de V. Carlos Paz, próximo a San Nicolás, a 7 km del área urbanizada.

<sup>28</sup> Conformado por Biale Masse, Villa Parque Siquiman, Tanti, el depósito a cielo abierto se hace en un terreno privado que se alquila y que está ubicado en el ejido de B. Masse, a dos kilómetros de la zona urbana.

<sup>29</sup> Conformado por Cosquín, Santa María de Punilla y Santa Cruz del Lago.

<sup>30</sup> La Falda posee la única estación de transferencia construida en Punilla, donde recibe la basura procedente de Huerta Grande, y desde allí se trasladan los residuos de ambas localidades hasta el vertedero ubicado en la ciudad de Córdoba.

<sup>31</sup> "(...el método de eliminación). Está muy supervisado por la Agencia Córdoba Ambiente, te imaginás que ahí se deposita todo el sur de Punilla, ... entonces cuando uno va a depositar ahí se encuentra con montañas de residuos, entonces ahí hay profesionales, porque está fichado el lugar, ... separando lo que es poda, metal, cartón, botellas y para el resto se ha hecho una fosa que creo que la están terminando ahora, que tiene una especie de bolsa que se deposita toda la basura y después se tapa y todos los líquidos quedan dentro de lo que es las bolsas de nylon. (...) Aunque es un basural a cielo abierto hoy se está tratando de cerrarlo, para lo que era el basural cuatro años atrás, hoy es una planta de primer mundo, porque uno entra al basural de Carlos Paz, hace dos años que lo empezaron a tratar, y no se ven más residuos al aire libre." (Entrevistado en comuna del sur de Punilla).

<sup>32</sup> "(...en San Esteban, -norte de Punilla-) Lo que es residuos orgánicos, se entierra... Como el proceso de la reducción de bolsas de polietileno está dando resultados, es mínimo lo que se

clado (ejemplo, Villa Giardino, La Falda)<sup>46</sup> o el recurso del "cirujeo" (recuperadores informales que operan en los basurales)<sup>47</sup>, la disposición final es todavía precaria. Esto acontece tanto en basurales compartidos como en los individuales, siendo estos últimos los que acusan en mayor medida el grado de fragmentación que presenta la estructura de gobernanza para la gestión de la basura que se ha desarrollado en Punilla.

Desde el intento promovido por el gobierno provincial para ordenar la disposición final de la basura mediante la construcción de un vertedero controlado en Cruz del Eje –efectivamente concluido en el año 2007– y estaciones de transferencia<sup>48</sup> para resolver el costo del transporte de la basura desde las localidades del centro y norte de Punilla –solo terminada la de La Falda– pasando por la propuesta de refuncionalizar el vertedero de Bower, hacia el cual trasladarían sus residuos las localidades del sur del departamento, sucesivas acciones desde el gobierno provincial, desde la Comunidad Regional y desde algunos municipios y comunas se han ensayado sin que por el momento se avizore la posibilidad de constituir un sistema regional de gestión integral de la basura.

De todas las entrevistas realizadas se desprende la idea generalizada sobre la importancia de constituir un sistema de gestión regional y de consolidar una estructura de gobernanza que lo haga sustentable operativa, ambiental, política y socialmente, esto es organizar un sistema de tratamiento integral de los residuos, desde su producción hasta su disposición. Sin embargo, la mayoría de los gobiernos locales no han sancionado disposiciones ni emprendido acciones que lo establezcan. Es Villa Giardino el único caso que recicla el 30 por ciento de los desechos y tiene bastante avanzado proyectos de gestión de la basura en sus instancias de separación y tratamiento para el enterramiento del menor volumen posible de basura. No obstante, su Intendente reconoce que no le sirve la solución individual

---

entierza en bolsas de polietileno. Es todo lo que se entierra. Lo demás, lo que es vidrio y demás materiales reutilizables, se acumulan en un sitio que está pagado al municipio y se vende... lo venden los empleados... Es un recurso extra para ellos... no está reglamentado... se viene haciendo espontáneamente."

<sup>46</sup> Villa Giardino transforma los residuos orgánicos en abono y recicla los inorgánicos. Al papel y al cartón los vende a una empresa líder de Buenos Aires. Realiza la recolección diferenciada de los envases plásticos (PET).

<sup>47</sup> "El tratamiento que hay, lo realizan los propios "cirujas". Nosotros, la municipalidad particularmente, no realizamos tratamiento alguno: sólo la separación de secos y húmedos en un barrio, pero después, en el lugar de disposición final, los "cirujas" reciclan bastante. Este trabajo es informal. Los incendios, a veces provocados por ellos mismos, para espantar a las moscas con el humo (una especie de repelente natural). Además, el otro problema son las bolsas, porque ellos las rompen, y la bolsa vuela. Eso lo hemos trabajado en el basural, pero es muy complicado... (se queja un funcionario de una localidad del norte de Punilla)."

<sup>48</sup> Se programaron la instalación de estaciones de transferencia en Capilla del Monse, La Cumbre y La Falda.

del problema de la disposición final de la basura. Esta misma aseveración se ha escuchado en prácticamente todas las entrevistas. Unas pocas referencias en palabras de algunos entrevistados:

"(...) es un tema que les debe pasar a todos los municipios del valle de Punilla, el tema de dónde se lleva la basura." "Porque el tema de la basura ya no lo puede tratar cualquier municipio individualmente, sino debe ser tratado a nivel comunidad. (...) desde Casa Grande prácticamente hasta Villa Giardino, es hoy un solo pueblo. Está tan unido que hoy, si no tratas a nivel regional, puedo tratarlo yo, pero si mi vecino no lo soluciona, estamos en lo mismo. Hoy pasa, La Falda, Huerta Grande no tienen basurales a cielo abierto, pero Casa Grande, Valle Hermoso, Villa Giardino si lo tienen."

La declaración común de los entrevistados a lo largo del Departamento de Punilla son las dificultades que tienen para emprender acciones efectivas para resolver el problema de la disposición final de la basura, considerando además su dependencia de una gestión integral de los residuos sólidos urbanos. Entre las más mencionadas están las siguientes:

- Las relaciones entre los gobiernos locales de la Comunidad Regional (CR):

"... el año pasado estaba gestionado esto del sistema regional, cuando hablaba del sistema de los caramelos. Ahí sí fue muy impulsora, que los municipios busquemos una solución regional. El año pasado fue muy activa, este año todavía no. La CR está bien ... allanar, facilitar la aplicación de una técnica para el manejo regional de los residuos. Sería importante que la CR avanzara, no sólo en buscar una técnica, sino en cómo hacer una gestión integral de los residuos, cómo inducir a que los municipios hagan una gestión integral. La comunidad no lo va a hacer. Pero esto es responsabilidad de quien dirige la comunidad."

"En todos estos años algunos hemos aprendido algo, otros siguen sin aprender (...). Hay tratamientos, hay posibilidades técnicas para hacer el tratamiento de la basura, y generan riqueza, y generan fuentes de trabajo, y generan posibilidades de mejor vivir, de calidad de vida. Pero cuando están tan ciegos, anoche lo ví en la reunión y siguen con eso de los chorizos. Si sabía que era para hablar de eso no iba. Me puse histérico, quise hablar dos palabras y ví que todo el mundo estaba en otra. ¿Saben lo que vamos a hacer? Les vamos a dar dos millones de mangos, ¿y que hacés con eso? Vas a seguir contaminando... es un negocio de los políticos de turno."

(Entrevistador): "A su entender, y con respecto a la gestión de los residuos sólidos urbanos, ¿la Comunidad Regional le facilita una mayor cooperación entre las localidades y comunas?" (Entrevistado) "No sabemos, nosotros hacemos el servicio en Carlos Paz, no te sabría decir. Creo que lo están tratando para ver si se puede hacer una planta de transferencia, con todas las comunas del sur, con todo lo que es Valle de Punilla y demás. Pero

son todas charlas, no hay nada en cierto. Que sería beneficioso para todos, seguramente... sí, seguramente..."

- La cuestión del financiamiento de la construcción y mantenimiento de un sistema regional de tratamiento y disposición de la basura por parte de los gobiernos locales:

(Entrevistador) "No existe ninguna asociación con otros municipios o comunas?" (Entrevistado) "No, no. Fueron desechados varios proyectos, por el momento no se implementó nada. La CR Punilla, tenía el proyecto del vertedero en Cruz del Eje. Allí se transportaría la basura de aquí... pero dados los costos que había de transporte, de todo eso quedó en la nada.. Estos proyectos que quiso implementar la Comunidad Regional siempre chocan con el principal problema, que es los costos de traslado. (...) Luego se implementó un estudio, se iba a hacer un enterramiento de basura, en la Pampa de Olaén, a 108 kilómetros de aquí, en unas (...) que había ahí, con una empresa de Leones... a Casa Grande le era conveniente. Pero después estaba Mayú Sumaj que queda pasando Carlos Paz o al último lo que es Capilla del Monte, entonces siempre, Capilla del Monte le quedaba cerca de Cruz del Eje, entonces siempre había, siempre el principal escollo es éste... el traslado .."

"... no podemos seguir mirando para el costado, estamos hablando del municipio y del Estado, el Estado provincial, nacional, tienen que ayudarnos, nosotros no podemos, somos muy chiquitos para hacer más plata. Lo que se necesita acá es una planta. Tiene que haber una planta, que existe en el mundo y que está comprobado que son unas plantas que dan un resultado óptimo. Bueno nosotros queremos una planta para la zona sur de Punilla, (que) rondaría los 12 millones de pesos. Para nosotros eso es imposible. Necesitamos ayuda del estado provincial o de la nación o que la población ... tribute más .... pero todos sabemos que en la población no hay grandes ingresos. Entonces se hace muy dificultoso."

"... financiamiento del servicio de la basura es la principal razón por la que se hace difícil sustituir los basurales a cielo abierto. Sí, ya que es muy costoso."

"Apoyo del gobierno nacional para el proyecto de creación de un lugar de tratamiento. Nos ayudaría tener un camión, un tinglado, herramientas para la gente que trabaje allí. Apoyo económico provincial, es muy difícil en este momento, salvo que ahora que asume De la Sota, vuelva a poner en marcha el proyecto "Córdoba Limpia"; y así se harían las estaciones y subestaciones que estaban planificadas."

- Trabes en el avance de un proyecto regional por la perspectiva individual local de municipios y comuna y el papel del Gobierno Provincial:

- financiamiento...? No necesariamente, yo creo que previamente hay una visión política donde no hay prioridad. Yo sostengo que la clase dirigente, el cuadro de funcionarios del Valle de Punilla, no le ha dado prioridad, podrían haber hecho algo más que no se hizo.

“(Entrevistador) ¿existen en la actualidad proyectos de creación de nuevos vertederos en la zona? (Entrevistado) No. Es la pelea habitual y permanente que hay entre los municipios o comunas de la Comunidad Regional. Por eso, es el gobierno provincial el que debe tomar ese tipo de decisiones; La CR no (puede)... Se discute, pero siempre se dice *mi municipio, no, mi comuna, no*. Entonces, estas son decisiones que debe tomar el gobierno provincial, porque entre pares no nos ponemos de acuerdo. Las principales dificultades en la cooperación interlocal para la gestión de los RSU: el egoísmo y la falta de acuerdo.”

- La salida oportuna: el Gobierno Nacional.

Existe el proyecto de gestión integral de residuos sólidos urbanos, que contempla todo (generación del domicilio, la recolección, el depósito transitorio y la disposición final) presentado ante la Secretaría de Ambiente de la Nación para referir al financiamiento, prevé (también) un módulo especial de concientización y puesta en marcha del proceso de recolección diferenciada. (...) el proyecto lo presentaron el municipio solo ... Hay otros municipios con proyecto similar presentado a la Nación para financiamiento. ( ) también tenemos que analizar las acciones de la comunidad regional, de los grupos de intendentes del valle de Punilla y las que ha desarrollado la provincia, gestiones de De la Sota y Schiavetti, que hubo una serie de acciones, pero a nivel concreción es poco, cero te diría.

- Costos políticos: ambientalistas y vecinos.

“Claro... eh... yo te digo, la implementación de estas actividades digamos que, lograr que en las casas se separe la basura, eso es... estamos, ya te digo, en la implementación del proyecto. No se ha logrado todavía ver qué resultados tenemos a partir de ahí... digamos, recién estamos en las puertas. (...) en la separación hay que educar, no es cierto, concientizar que los vecinos tengan la amabilidad o... porque (también) va ceñido con su beneficio propio... puedan separarla, no es cierto, ellos la basura para nosotros tener un proceso más rápido. Aquí no hay planta procesadora de separación de residuos, nada... no comercializamos el pcv, no... ya te digo... todavía no tenemos implementado nada, sino qué está todo en el estudio hecho y para comenzar. ... (Pero) ... tenemos cuatro meses nomás de gestión .. y .. habría que ver si el gobierno entrante piensa seguir con esta modalidad o implementa algo parecido o igual, ... Todo depende del gobernante de turno... a veces, aunque sea parecido, no le gusta o atribuyen algún criterio distinto, para solucionar...”

(Otro) "Yo soy parte de la Comunidad Regional y uno de los temas que hemos abordado durante 2008, 2009 fue el tema de la basura de todos los municipios. El gobierno de la Provincia de Córdoba tiene voluntad, inclusive estaba el dinero para hacer unas plantas, pero no nos pudimos poner de acuerdo con algunas instituciones intermedias, este... asociaciones ambientalistas en el lugar donde se iba a hacer la planta entonces no se pudo hacer."

"(...) ningún municipio quiere traer la basura de nadie, porque eso tiene un alto costo político. Se han realizado múltiples reuniones, pero el problema sigue sin solución por eso. Cada uno sigue tratando la basura individualmente. No hay mejora inmediata. El alto costo político que trae aparejado tener el lugar de disposición dentro de tu municipio. Nadie quiere recibir la basura del otro. Además, si el proyecto que se trató se llevara a cabo, sería muy difícil cobrarle a otro municipio, ya que si un municipio me trae basura a mí, me tiene que pagar. Pero cobrarle a otro municipio es muy difícil. Se dijo que esa plata se les iba a descontar automáticamente de la coparticipación, pero vos sabes cómo es esa plata, hoy te llega, mañana no. Depende mucho del partido del gobierno de arriba. Deberían ser una política de gobierno, y no de partido, pero sabemos que no es así. El problema pasa por decidir donde disponer los residuos, donde se pone la planta de tratamiento."

"La comunidad regional ha realizado estudios y ha trabajado en crear un nuevo vertedero en la zona.

En la Pampa de Olaen, se estaba por radicar un proyecto de encapsulado. Incluso un grupo de gente viajó a Leones a ver cómo lo trabajan en esa zona, que ya lo están haciendo. Acá se había decidido, la Comunidad regional, a hacer ese tratamiento: comprar las máquinas para hacer los "caramelos" en la Pampa de Olaen. Pero los grupos ambientalistas que hay en los alrededores de esa zona, principalmente los de Capilla del Monte, se opusieron de tal manera que el proyecto quedó ahí bloqueado.

Yo fui de las que se opuso en un principio. Iban a verter los caramelos en unas minas muy antiguas que hay en la zona, que realmente son socavones grandes. Mi duda era que, al verter esos caramelos en los socavones, al acomodarlos se iban a romper, y dejar abierto los residuos que contenían. Esa duda nadie me la supo contestar satisfactoriamente, aunque me dijeron que el gramaje del envoltorio era resistente a las posibles rupturas. Es importante, porque ese lugar es uno de los escurrimientos de agua que luego llega al dique San Roque."

"En principio, todos están muy preocupados. Pero son pocos los intendentes que toman decisiones. El tema es que esta problemática y las posibles soluciones muchas veces traen aparejado ponerse en contra gente de los pueblos. Y estar en un año electoral, frenó la acción que se venía de-

sarrollando en torno a este tema. Pero ahora que ya pasaron las elecciones, debemos tomar medidas ya mismo. Al menos para esta comuna, va a ser uno de los principales asuntos de esta gestión."

- Frente a las dificultades, nueva estrategia: las microrregiones.

"....(en la actualidad proyectos de creación de nuevos vertederos en la zona) Sí, se está trabajando para el depósito final de estas plantas de transferencia de las micro regiones en que se ha dividido Punilla, se está trabajando en el estudio de dos o tres predios para realizar el depósito final.- Esto de las micro regiones de Punilla es parte del proyecto de la CR. La CR dividió en: Punilla Norte, que tiene ya su planta de transferencia en Capilla del Monte; Punilla Centro, que tendría su planta de transferencia en La Falda... La de Capilla del Monte ya está construida, la de La Falda también; Punilla Centro Sur, que sería lo que constituye el ERDIC que te dije recién, Cosquín, Santa María, Blalet Maasé y Villa Parque Siquiman, que la planta de transferencia estaría ubicada en la ciudad de Cosquín, en un principio; y están resolviendo Punilla Sur, sacando Carlos Paz, todas las comunas y demás que están buscando cuál es el espacio también donde van a fijar su planta de transferencia. Lo del norte se concretó, La Falda y Capilla del Monte, porque ellos ingresaron en el Programa Córdoba Limpia, que fue uno de los programas que lanzó la ex Agencia Córdoba Ambiente. Entonces estos proyectos vinieron ya avanzados, por eso es que cuentan ya con sus plantas de transferencia."

## 6. Conclusiones

La gestión de los RSU involucra una serie de cuestiones que analfiticamente deben ser desagregadas pero no totalmente aisladas en su consideración, por la complementariedad entre ellas dada la complejidad de su situación en la provincia. Una primera cuestión es el dificultoso y escaso avance de los planes provinciales programados. Pareciera que el problema de fondo es el financiamiento. Créditos internacionales y auxilio nacional se muestran como altamente problemáticos y a la vez decisivos para la resolución de una gestión saludable de la basura. Sin embargo, hay indicios de la presencia de otras condiciones que estarían afectando el proceso de resolución e incrementando la complejidad y severidad de la problemática de la GRSU.

Por un lado, la capacidad (financiera, política y comunicacional) del Estado provincial y los gobiernos locales para resolver individual y colectivamente la producción y tratamiento de la basura, y la dinámica de las relaciones interjurisdiccionales que condiciona acciones y funcionamientos gubernamentales. Por otro lado, la trama institucional, normas sociales, ordenamientos legales, pautas culturales y prácticas domésticas y pú-



blicas, de orientación, regulación y control de acciones y comportamientos sociales respecto de la producción, tratamiento y disposición de la basura, que involucra tanto a agentes públicos como privados. No de poca importancia, en la resolución de la gestión de los RSU, es la distribución -por lo general desigual- tanto de la influencia que los distintos actores sociales y estatales tienen respecto de la resolución como de las consecuencias (positivas/negativas) del modo en que se ordena la GRSU.

A partir del supuesto de que la variabilidad que muestren estos distintos aspectos, según las características de cada sistema territorial de gestión, también será variable el avance y la urgencia de estructurar una solución para la GRSU, los dilemas, las dificultades y los conflictos que en cada sistema territorial se manifiestan.

Los estudios de caso seleccionados (CR Calamuchita y Punilla), no obstante sus semejanzas resultan contrastantes tanto en la estructura de gobernanza de la política que presentan cuanto en el avance de los resultados de dicha política: Calamuchita tiene adelantada la construcción del vertedero y espera inaugurarla prontamente, Punilla continúa sin encontrar un principio de solución para la disposición final de los residuos.

Ambos casos tienen como punto de partida un diagnóstico compartido prácticamente por todas las localidades<sup>44</sup> en torno a la urgencia de erradicar los basurales a cielo abierto<sup>45</sup>: a las razones de higiene, contaminación de suelos y aguas y estéticas que afectan no sólo a los pobladores estables sino que inciden negativamente en la actividad turística, hay que agregar la devastación y el riesgo de los incendios que tienen su fuente allí.

También los dos casos comparten la misma definición de prioridades para sus municipios y comunas: la gestión regional de los RSU y la construcción de caminos y ambas CR en el 2009 fueron declaradas prioritarias en el plan provincial de construcción de vertederos controlados regionales.

Se reitera en todas las entrevistas, que el financiamiento externo a las localidades constituye una variable decisiva para la erradicación de los basurales a cielo abierto. Dice un Intendente, representativo de muchos otros: *"...si no tenés ayuda de la Provincia o de la Nación nunca vas a poder salir del basural"*.

La estructura de gobernanza en ambas CR incluye al actor Provincia como central. Sin embargo, las diferencias en la estructura de gobernanza

<sup>44</sup> Sólo una localidad y muy pequeña (menos de 100 hab.) perteneciente al Departamento de Calamuchita mira con indiferencia el problema.

<sup>45</sup> Se estima que hay aproximadamente 30 basurales en cada Departamento: Calamuchita y Punilla.

que presentan las CR, le confiere a la centralidad de este actor una función distinta. Para la CR Calamuchita, el Gobierno Provincial juega el papel de proveedor de financiamiento y asistencia técnica, y con este sentido acepta el plan provincial "Programa Integral de Tratamiento de los RSU", a la vez que tiene resuelto el problema del liderazgo desde la estructura de gobernanza de la propia CR<sup>40</sup>, todo lo cual finalmente hace posible la obra de construcción del vertedero controlado regional. No obstante el arco plural político-partidario, es general la preocupación por la coordinación horizontal materializada en la búsqueda del consenso de todas las localidades del Departamento. Para Punilla el protagonismo expectable del Gobierno Provincial es mayor, además del tema financiamiento y asistencia técnica se le exige que asuma el liderazgo de la región ante la incapacidad de los gobiernos locales de superar por sí los dilemas y dificultades que enfrentan para acordar acciones respecto a la disposición final de la basura. A pesar de buscar la solución por el lado de construir micro-regiones para evitar el manejo de las muchas voluntades que supone la acción común a nivel de la CR, la viabilidad de una estructura de gobernanza de este tipo se debilita frente a las posibilidades de financiamiento externo. En lugar de un vertedero regional, habría que pensar en al menos tres vertederos, según el número de microrregiones. La ausencia de normas estabilizadoras de relaciones, la conflictividad y costos políticos que vienen de la mano de una sociedad civil activa en lo ambiental, y la falta de un liderazgo claro y definido -como el caso Calamuchita- parecen operar como condiciones retardatarias de una solución adecuada al problema. Aparece también en Punilla la búsqueda de soluciones individuales a través del apoyo financiero de la Nación, aunque la confianza en las posibilidades de logros no es alta.

#### Bibliografía

DEAKIN, NICHOLAS (1996): "The devils in the detail: Some reflections on contracting for social care", en *Social Policy and Administration*, 30 (1).

DEAZ DE LANDA MARIETHA (2009a) "La gobernanza regional y el dilema normativo de la legislación provincial de la regionalización en Córdoba (leyes n° 8864/00 y 9206/04)". *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales -CIJS-*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNCC - Vol. XI: 683-704.

(2009b) "El Proceso de Regionalización en Córdoba (Argentina): tensiones y contradicciones en la conformación de sistemas de acción cooperativos". *X Congreso Nacional de Sociología Jurídica* - Universidad Nacional de Córdoba. Córdoba, Nov. 12-14.

<sup>40</sup> Hacia dentro de la CR, la influencia de su Presidente y los municipios grandes sobre los más pequeños y comunas.

(2006) "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 2006.

DÍAZ DE LANDA, MARTHA Y MYRIAM, CONSUELO PARMIGIANI DE BARBARÁ (2011). "Capacidades políticas de los gobiernos locales en el marco de las Relaciones Intergubernamentales". En: Daniel Cruvaciure y Clemente J. Navarro (Eds.). *Gobierno Local y Relaciones Intergubernamentales en Iberoamérica. Las bases formales de los procesos de gobernanza local*. Madrid: Mito y Dávila Editorial. Capítulo I. Págs.17-40. ISBN 978-84-92613-65-6

DÍAZ DE LANDA, MARTHA - ANA CAROLINA MASSO (2008) "Normativización de la regionalización en la provincia de Córdoba como estrategia de reestructuración del Estado- Observación del proceso desde el caso Colamachita". *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales -CIJS-*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Vol. X: 656-690.

DÍAZ DE LANDA, MARTHA Y MYRIAM CONSUELO PARMIGIANI DE BARBARÁ, (2004). "Cooperación Intermunicipal Inducción 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, UNC. Vol. VII: 453-474.

FRIDOCK, RICHARD C. (2007): "Rational choice and regional governance" en *Journal of Urban Affairs*, Volume 29, Number 1.

FERRIS, JAMES AND GRADY, ELIZABETH (1986): "Constructing one: For what? with whom?", en *Public Administration Review*, 46.

OLSON, MANKUR: *The logic of collective action* (1965): Cambridge, MA: Harvard University Press.

OSTROM, ELINOR (2005) *Understanding Institutional Diversity*. Princeton and Oxford: Princeton University Press

PARMIGIANI DE BARBARÁ, MYRIAM CONSUELO (2011) "Una lectura de la cooperación intergubernamental local desde el neoinstitucionalismo". *Anuario XII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales -CIJS-*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Ed. La Ley, Buenos Aires.

PARMIGIANI DE BARBARÁ, MYRIAM CONSUELO (2009): "Territorio, Identidad y Poder: Un análisis de la política de construcción del desarrollo local-regional". Ponencia incorporada a la página permanente del Consejo Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD): <http://www.clad.org.ve/documente.html>

(2006) "Modelos de regionalización subnacional en la Provincia de Córdoba". *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales -CIJS-*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Vol. IX.

(2005): "Aspectos jurídicos y políticos de la institucionalización de modelos innovadores de asociativismo municipal: una reflexión a partir de experiencias en Argentina". Consejo Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD): <http://www.clad.org.ve/documente.html> Documentos de Congresos/Documentos del X Congreso del CLAD.

SCHARPE, FRITZ (1993): "Positive und negative Koordination in Verhandlungssystemen". En *Sonderheft 24*, Opladen, WVG.

STEINACKER, ANNETTE. (2004). "Game theoretic models of metropolitan cooperation": en E.C.Fridock (ED.), *Metropolitan Governance: Conflict, competition and cooperation*. Washington DC: Georgetown University Press.

WILLIAMSON, OLIVER (1985): *The economic institutions of capitalism*. New York: The Free Press.

(1975): *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*. The Free Press, New York.



## **IUS VARIANDI EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ESTADO ACTUAL Y PERSPECTIVAS COMPARATIVAS ENTRE ARGENTINA, COSTA RICA Y ESPAÑA**

*Irma Pastor de Petrotti*

*María Inés Ortiz de Gallardo\**

*Ara Carolina Arabel de Gorbillo\*\**

**Resumen:** El artículo realiza un análisis del régimen de contrataciones administrativas en la República Argentina, Costa Rica y España, a partir de una perspectiva específica, la prerrogativa con que cuenta la Administración Pública para modificar unilateralmente los contratos durante su vigencia. Destaca las notas que le atribuyen a tal régimen jurídico un perfil particular, con el objeto de contrastarlo con los sistemas de otros países.

**Palabras clave:** *Ius Variandi* - Mutabilidad - Inalterabilidad - Cláusula exorbitante.

### **I. *Ius variandi* o potestad de modificación unilateral de los contratos administrativos**

El *Ius Variandi* es la prerrogativa que tiene la Administración, de modificar en forma unilateral las cláusulas del contrato original.

*Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Especialista en Derecho Público. Profesora titular por concurso de la Cátedra de Derecho Administrativo del Departamento de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Chilecito (UNDEC). Profesora adjunta de las Cátedras de Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Coordinadora de la Carrera de Posgrado de Especialista en Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesora invitada de la Carrera de Posgrado de Especialización en Derecho Público y de Especialización en Derecho Procesal (UNC) y de la Maestría en Derecho Procesal (UNLAR). Docente de Posgrado en la Universidad Empresarial Siglo XXI. Fiscal de Tribunal Universitario. Profesora invitada en la Maestría en Derecho Procesal (UNLAR). Docente de Posgrado en la Universidad Empresarial Siglo XXI. Fiscal de Tribunal Universitario. Profesora invitada en la Maestría en Administración Pública (UNLAR).*

*Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Especialista en Derecho Público. Profesora de grado y posgrado en la Universidad Nacional de Córdoba y la Universidad Católica de Córdoba (UCC). Profesora de Posgrado de la Universidad Nacional de La Rioja (UNLAR) y de la Universidad Empresarial Siglo 21. Coordinadora académica de la asignatura Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias de la Administración del Instituto Universitario Aeronáutico (IUA)*

*Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Adscripta a las Cátedras de Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Investigadora. Profesionalmente se desempeña en la Relatoría de la Sala Contencioso Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba.*

También podemos afirmar que es una cláusula exorbitante que sería nula e ilícita en los contratos privados.

Las cláusulas exorbitantes son potestades o atribuciones de los órganos o entes estatales para realizar sus cometidos.

Esta atribución que tiene la administración para modificar en forma unilateral el contrato administrativo puede incidir sobre las condiciones de ejecución del contrato, sobre el plazo de duración, sobre las prestaciones, ante un cambio de circunstancias y para satisfacer necesidades públicas.

Está limitado por principios como la legalidad, la razonabilidad y el interés público.

Para parte de la doctrina también por el mantenimiento de la ecuación económico financiera de los contratos.

En el caso "Maruba"<sup>1</sup> la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) sostuvo que *"...aún cuando las tarifas no constituyen un precio único e inmutable para regir durante todo el tiempo de la concesión, el concesionario tiene derecho a reclamar la indemnización correspondiente en el caso de que los nuevos precios alteren la ecuación económico-financiera de la concesión."*

Señala CASSAGNE<sup>2</sup> que una de las diferencias fundamentales entre los contratos administrativos y los civiles o comunes de la Administración se encuentra en la potestad que el ordenamiento puede atribuir, de modo expreso, a la Administración para introducir modificaciones, en forma unilateral, a lo pactado en los contratos administrativos.

En el campo del derecho público —sostiene DIEZ<sup>3</sup>—, las modificaciones de los contratos tienen un mayor campo de acción, porque su ejecución tiene un dinamismo que no existe en los contratos civiles y lo que caracteriza al contrato administrativo, es el privilegio que detenta la Administración, que es la decisión unilateral, ejecutiva y previa, en mérito de la cual puede intervenir en la ejecución del contrato. Por ello el principio de la inmutabilidad, que es una regla en el derecho privado, se transforma en el de la mutabilidad de los contratos.

Este prestigioso autor opina que la mutabilidad del contrato administrativo es el poder que tiene la Administración contratante, dentro de ciertas condiciones y límites y mediante la correspondiente indemnización, de modificar en forma unilateral las condiciones del contrato si se justifican por razones de interés público.

<sup>1</sup> Fallos 321:1784, 30 de junio de 1998.

<sup>2</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, Abeledo Perrot, Bs. As., 3ª ed., pág. 38.

<sup>3</sup> DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, Bibliografía Argentina, 1968, T. II, pág. 811 y ss.

En consecuencia el Estado puede aumentar o reducir las prestaciones que el contratante está obligado a cumplir, puede transformar el servicio que había aceptado realizar, imponerle prestaciones nuevas o diferentes de aquellas que habían sido convenidas, rehusarse a ejecutar ciertas obligaciones que había suscripto y poner fin al contrato rescindiéndolo antes de que hubiera sido ejecutado o que se hubiera llegado al término convenido. Puede asimismo modificar las condiciones de ejecución proponiendo medidas que impliquen un cambio en las condiciones de ejecución del contrato.

Ahora bien, si el fundamento de esta potestad para modificar las condiciones del contrato se encuentra en razones de interés público, el problema se encuentra en la necesidad de precisar fehacientemente la noción de interés público, ya que nos encontramos con un concepto jurídico indeterminado.

Según CASSAGNE<sup>4</sup> al comentar la modificación de un contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia sostuvo que "...el interés público debe hallarse previamente declarado o contenido en una ley formal, no pudiendo consistir en un mero cambio de criterio de la administración sobre la apreciación del interés público que se persiguió al celebrar el acuerdo de voluntades".

Para este autor el poder modificadorio de la Administración se relaciona con dos principios fundamentales: *pacta sunt servanda*, que impide que el poder modificadorio altere la ecuación económico financiera del contrato administrativo, y el principio de la inalterabilidad del contrato que tiende a preservar la igualdad de los terceros.

Sostiene GÓMEZ SANCHIS<sup>5</sup> que el fundamento de la mutabilidad deriva de la naturaleza administrativa del contrato y de la consecuente necesidad de adaptar el mismo a las conveniencias generales de la comunidad.

## II. *Ius variandi*. Cláusula exorbitante expresa o implícita

Existe discrepancia en la doctrina respecto al ejercicio del *ius variandi*, ya que para algunos autores no requiere que esté expresamente establecida en cada contrato, pues se encuentra implícita en todos los contratos.

Otra parte de la doctrina, afirma que esta cláusula exorbitante debe estar expresamente establecida en cada contrato.

<sup>4</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1982, T. II, 1º ed. pág. 37-38.

<sup>5</sup> GÓMEZ SANCHIS, Daniel, "Capítulo XIV. Contratos Administrativos. Versión Clásica" en *Contratos Administrativos*, Ismael Ferrando Director, Ed. Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, pág. 423-424.

La prerrogativa de modificar los contratos administrativos, según MARIENHOF, constituye una cláusula exorbitante que no requiere texto expreso que la consagre, ya que existe por sí, como principio.

El *ius variandi* puede resultar de una ley, de un reglamento o de un acto administrativo individual.

Expresa ELGASSI<sup>6</sup> que si bien esta prerrogativa de la Administración no necesita de un texto expreso que la establezca, en los casos en que el contrato prevea expresamente la facultad de modificar las condiciones del contrato, sólo tiene el alcance que la normativa prevé.

Para GÓMEZ SANCHIS se trata de una potestad de la Administración, ínsita en todo contrato administrativo, que se aplica aún en ausencia de previsión expresa, por lo que no puede ser renunciada por la administración.

SARMIENTO GARCÍA<sup>7</sup>, requiere para su existencia que ella surja implícita o razonablemente implícita del ordenamiento jurídico.

MAIRAL<sup>8</sup> pone de relieve la peligrosidad de las cláusulas exorbitantes implícitas que puedan regir en contra de lo estipulado en el contrato, por lo tanto el *ius variandi* es la consecuencia de dos circunstancias diversas: 1) Su inclusión expresa en la normativa aplicable al contrato y 2) Surge de la potestad reglamentaria de que goza la Administración respecto de ciertas relaciones. Por ejemplo la función pública. Otro ejemplo sería la potestad reglamentaria en la concesión de servicios públicos.

Como consecuencia de ello, cuando no existe una situación reglamentaria o una previsión legal o contractual que establezca el *ius variandi*, éste no procederá. ALTAMIRA GIGENA<sup>9</sup> adhiere a esta teoría.

Del análisis de las potestades y prerrogativas establecidas en el art. 12 del Decreto 1023/2001 se puede concluir que no hace falta que esté expresamente establecido en el contrato, ya que surge de esta norma.

<sup>6</sup> ELGASSI, Alberto A., *El régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional*, Editorial Ad Hoc, 2006, 1ª ed., pág. 148 y ss.

<sup>7</sup> SARMIENTO GARCÍA, Jorge, "El derecho público y los contratos de la administración", en *Estudios de Derecho Administrativo II*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires 2000, pág. 207.

<sup>8</sup> MAIRAL, Héctor, "De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del Contrato Administrativo" en *Revista E.D.*, 173:455, pág. 664-5

<sup>9</sup> ALTAMIRA GIGENA, Hella Lidra, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Advocatus, 2005, pág. 297 y 298.



### III. Recepción Normativa del *Ius Variandi* en la Argentina

Analizaremos el *Ius Variandi* en el Régimen General de Contrataciones de la Administración Nacional en la República Argentina (Decreto 1023/2001, dictado por el Poder Ejecutivo Nacional en ejercicio de facultades delegadas por el Poder Legislativo a través de la Ley 25.414).

En el art. 12 del Decreto 1023/2001 se establecen las prerrogativas que corresponden a la Administración y, expresamente, el ejercicio de esta potestad modificatoria del contrato administrativo.

La norma establece que la Administración tendrá las facultades y obligaciones establecidas por este régimen, sin perjuicio de las que estuvieran previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases y condiciones o en la restante documentación contractual, y tendrá la prerrogativa de interpretar los contratos, resolver las dudas que otrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, decretar su caducidad, rescisión o resolución o determinar los efectos de éstas.

El inc. b del artículo citado expresa: *"La facultad de aumentar o disminuir hasta un 20% el monto total del contrato, en las condiciones y precio pactados y con la adecuación de los plazos respectivos, aclarándose que la revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante"*.

MAIRAL<sup>20</sup>, al comentar las potestades y prerrogativas, que le corresponden a la administración según el Decreto 1023/01, afirma que la facultad de modificación unilateral se le confiere sin límite en cuanto a los aspectos del contrato sobre los que puede incidir, ya que sólo respecto a la cantidad contratada existe un tope (el 20%).

Con fecha 14 de junio del corriente, fue publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina el Decreto Nro. 693/2012 por medio del cual se aprobó la reglamentación del Decreto Delegado Nro. 1023 de fecha 13 de agosto de 2001 y sus modificaciones, para los contratos comprendidos en el artículo 4 inciso a) de la norma aludida, esto es, compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente (Artículo 1 ib).

<sup>20</sup> MAIRAL, Héctor A. "La teoría del Contrato Administrativo a la luz de las recientes normativas", L.L. Mayo 2004. Suplemento Especial: El Contrato Administrativo en la actualidad. Pág. 10 -11-12.

El Anexo del Decreto constituye el "Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional", y alcanza a todas las jurisdicciones y entidades del Poder Ejecutivo Nacional comprendidas en el inciso a) del artículo 8º de la Ley N° 24.156 y sus modificaciones, para las contrataciones de bienes y servicios que se realicen en sus respectivos ámbitos (Artículo 2).

Entre los principales cambios introducidos, el Artículo 124 del Decreto 893/2012<sup>11</sup> establece la posibilidad de aumentar o disminuir los con-

<sup>11</sup> Artículo 124 del Decreto Nro. 893/2012. Opciones a favor de la administración. El derecho de la jurisdicción o entidad contratante respecto de la prórroga, aumento o disminución de los contratos, en los términos del artículo 12 del Decreto Delegado N° 1023/01 y sus modificaciones, se sujetará a las siguientes pautas:

a) Aumentos y Disminuciones:

1. El aumento o la disminución del monto total del contrato será una facultad unilateral del organismo contratante, hasta el límite del veinte por ciento (20%) establecido en el inciso b) del citado artículo 12.

En los casos en que resulte imprescindible para el organismo contratante el aumento o la disminución podrán exceder el VEINTE POR CIENTO (20%), y se deberá requerir la conformidad del cocontratante, si esta no fuera aceptada, no generará ningún tipo de responsabilidad al proveedor ni será pasible de ningún tipo de penalidad o sanción. En ningún caso las ampliaciones o disminuciones podrán exceder del TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%) del monto total del contrato, aun con consentimiento del cocontratante.

2. Las modificaciones autorizadas en el inciso b) del artículo 12 del Decreto Delegado N° 1023/01 y sus modificaciones, deberán realizarse sin variar las condiciones y los precios unitarios adjudicada.

3. Los aumentos o las disminuciones podrán incidir sobre, uno, varios o el total de los renglones de la orden de compra o contrato. En ningún caso el aumento o la disminución podrá exceder los porcentajes antes citados del importe de los renglones sobre los cuales recaiga el aumento o la disminución.

4. El aumento o la disminución de la prestación podrá tener lugar en oportunidad de dictarse el acto de adjudicación o durante la ejecución del contrato o, como máximo, hasta TRES (3) meses después de cumplido el contrato original.

5. Cuando por la naturaleza de la prestación exista imposibilidad de fraccionar las unidades para entregar la cantidad exacta contratada, las entregas podrán ser aceptadas en más o en menos, según lo permita el mínimo fraccionable. Estas diferencias serán aumentadas o disminuidas del monto de la facturación correspondiente, sin otro requisito.

b) Prórrogas:

1. Los pliegos de bases y condiciones particulares podrán prever la opción de prórroga a favor de la ADMINISTRACION NACIONAL, cuando se trate de contratos de suministros de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios. Los contratos de bienes en los que el cumplimiento de la prestación se agotara en una única entrega, no podrán prorrogarse.

2. La limitación a ejercer la facultad de prorrogar el contrato a que hace referencia el artículo 12 del Decreto Delegado N° 1023/01 y sus modificaciones será aplicable en los casos en que el uso de la prerrogativa de aumentar el contrato hubiese superado el límite del VEINTE POR CIENTO (20%) establecido en el citado artículo.

3. En los casos en que se hubiese previsto la opción de prórroga, los contratos se podrán prorrogar por única vez y por un plazo igual o menor al del contrato inicial. Cuando el contrato original fuere plurianual, podrá prorrogarse como máximo hasta UN (1) año adicional.

4. La prórroga deberá realizarse en las condiciones pactadas originariamente. Si los precios de mercado hubieren variado, la jurisdicción o entidad contratante realizará una pro-

tratos hasta el 35% con consentimiento del proveedor y se determina que los contratos se podrán prorrogar aún cuando se hubieren aumentado si el incremento no superó el límite del 20%.

Del artículo 12 inciso a) del citado Decreto surge en forma expresa que la Administración puede modificar el contrato por razones de interés público.

Es importante destacar que el inciso b) del art 12 ib. le confiere a la Administración facultad de revocar el contrato por razones, de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando sólo el daño emergente.

Esta facultad revocatoria ya se encontraba prescripta en el art. 18 *in fine* de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nro. 19.549 (LNPA).

Sin embargo esta prerrogativa de la Administración ha suscitado controversias en la doctrina en cuanto al alcance del resarcimiento.

La CSJN de Argentina, en el caso "Sánchez Granel"<sup>12</sup> en 1984, estableció la indemnización integral (daño emergente y lucro cesante) fundado en el principio de la integridad, ya que una revocación por razones de interés público no debe afectar el patrimonio del contratista.

En "Motor Once"<sup>13</sup> la Corte Suprema otorgó una indemnización parcial al considerar que la modificación se fundamentó en razones de interés público.

La modificación debe obedecer a razones de interés público, debe estar fundamentada y no debe alterar la ecuación económico financiera del contrato.

Por último debe respetar el principio de igualdad, lo que significa que no debe otorgar ventajas a un contratante, en desmedro de otros, o de cualquier interesado en contratar con la administración.

#### IV. El Régimen de Contrataciones de la República de Costa Rica

El contrato administrativo participa de las características fundamentales de la figura genérica del contrato, pero adquiere singularidad a partir de dos notas fundamentales: la presencia de la Administración Pública como sujeto contratante, impulsada hacia la satisfacción del interés

puesta al proveedor a los fines de adecuar los precios estipulados en el contrato original. En caso de no llegar a un acuerdo, no podrá hacer uso de la opción de prórroga y no corresponderá la aplicación de penalidades.

5. A los efectos del ejercicio de la facultad de prorrogar el contrato, la jurisdicción o entidad contratante deberá emitir la orden de compra antes del vencimiento de la vigencia del contrato originario.

<sup>12</sup> Fallos 306:1409, 1984.

<sup>13</sup> Fallos 312:649.

público, y la peculiar incidencia con la que se manifiestan los privilegios posicionales de este sujeto, llegando a afectar incluso la propia regla de fondo del contrato<sup>14</sup>.

La adecuación de la figura del contrato, en el marco de la actividad que despliega la Administración, no implica una renuncia a estas prerrogativas, sino que constituyen uno de los principales elementos diferenciadores entre el contrato administrativo y el contrato común.

El análisis de la potestad con que cuenta la administración pública, para modificar unilateralmente los contratos administrativos —durante su vigencia—, desde la perspectiva específica del régimen legal de las Contrataciones Administrativas de la República de Costa Rica, se justifica a partir de que en él, se efectúa una regulación pormenorizada de los supuestos en que es dable admitir el ejercicio de tal privilegio de la Administración, a partir de la modificación y reglamentación reciente de la Ley 7494.

#### V. La sanción, reforma y reglamentación de la Ley 7494 de contratación administrativa

Desde la adopción de la Constitución Política el 7 de noviembre de 1949, no fue sino hasta el año 1995, que los costarricenses dictaron una ley que abordara de manera exhaustiva y sistemática las normas referidas a la actividad contractual del Estado. Se trata de la Ley 7494<sup>15</sup>, la que fue recibida con beneplácito pero también criticada en cuanto a la técnica legislativa empleada.

En este marco, particular importancia cobra la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de la República, en especial el Voto 0998-98<sup>16</sup>, el que se erige en piedra angular para la interpretación y aplicación de las normas referidas al Procedimiento de Contratación Administrativa, con especial referencia al tema de la modificación unilateral de los contratos administrativos durante su vigencia. El principal logro de tal precedente es el de emitir una serie de principios rectores, que según el criterio de la Sala Constitucional, emanan del artículo 182 de la Constitución, y funcionan como orientadores y reguladores del proceso de contratación. Es que *"a partir de una construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional, la contratación administrativa y el procedimiento de licita-*

<sup>14</sup> VILLAR PALASI, José Luis y VILLAR EZCURRA, José Luis, *Contratación Administrativa*, Sección de publicaciones, Facultad de Derecho - Universidad Complutense de Madrid, Madrid, T. III "Principios de Derecho Administrativo", 1993.

<sup>15</sup> GACETA Nro. 110 del 8 de junio de 1995.

<sup>16</sup> Voto Nro. 1998-06432. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas treinta minutos del cuatro de septiembre e mil novecientos noventa y ocho.

*ción son instituciones que sirven de fuente de importantes derechos fundamentales y de relevantes principios constitucionales*<sup>17</sup>.

La Ley 7494 fue reformada recientemente de manera parcial, mediante la Ley 8511<sup>18</sup> que incorporó cambios sustanciales al sistema de compras del Estado y además dispuso que el Poder Ejecutivo realizaría los reajustes reglamentarios pertinentes, previo a la entrada en vigencia de las reformas por ella previstas, para el 4 de enero de 2007 (artículo 5**ib**).

Tal reglamentación se llevó adelante mediante el Decreto Ejecutivo Nro. 33.411-H<sup>19</sup>, el que expresa que, la opción de reglamentar la ley, surge de la ausencia de regulación de algunos aspectos importantes de la contratación administrativa, considerada como un proceso integral que comprende tanto al etapa de planificación de las necesidades, los procedimientos de selección del contratista, los tipos de contratos que pueden ser utilizados y la fase de ejecución contractual. El Reglamento se asienta sobre tres pilares fundamentales que se estiman básicos para desarrollar adecuadamente la actividad de contratación administrativa: planificación, procedimientos de selección del contratista y ejecución contractual.

## **VI. Análisis de la Ley de Contratación Administrativa y el Reglamento en relación a la modificación unilateral del contrato**

Las prerrogativas de la Administración, se encuentran contempladas en el Capítulo III, Sección Única de la Ley 7494.

Bajo el título "*Derecho de modificación unilateral*", el artículo 12 establece que la Administración podrá modificar —disminuir o aumentar— durante su ejecución, hasta en un cincuenta por ciento (50%), el objeto de la contratación, cuando concurren circunstancias imprevisibles en el momento de iniciarse los procedimientos y esa sea la única forma de satisfacer plenamente el interés público perseguido, siempre que la suma de la contratación original y el incremento adicional no excedan del límite previsto en el artículo 27 de la Ley, para el procedimiento de contratación que se trate.

El Decreto Ejecutivo 33.411-H reglamenta, de manera muy detallada, las condiciones para el ejercicio de esta prerrogativa por parte de la Administración.

<sup>17</sup> JINESTA L. Ernesto, Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, y Presidente de la Asociación de Derecho Administrativo costarricense, "Constitución y Contratación Administrativa", [www.ernestojinesta.com](http://www.ernestojinesta.com).

<sup>18</sup> Gaceta Nro. 128 del 04 de julio de 2006.

<sup>19</sup> Gaceta Nro. 210 del 02 de noviembre de 2006.

En primer lugar establece el momento en que pueden modificarse unilateralmente los contratos administrativos, esto es, *"...tan pronto éstos se perfeccionen, aún antes de iniciar su ejecución y durante ésta"*<sup>20</sup>.

Esta precisión tiene especial relevancia en el marco del régimen costarricense, si se tiene en cuenta que con anterioridad a la reglamentación, la ley contemplaba junto a los supuestos de modificación unilateral, el de modificación del contrato ya ejecutado.

La modificación del contrato en su finalización, tiene lugar cuando la Administración requiere suministros o servicios adicionales de igual naturaleza a los de una contratación ya cumplida, en cuyo caso podrá obtenerlos del mismo contratista siempre que cumpla con una serie de requisitos. La reglamentación receptó el criterio de la Contraloría General de la República, que niega a tal supuesto el carácter de modificación unilateral, al sostener que se trata de la celebración de un nuevo contrato, basado en uno anterior ya ejecutado de suministros o de servicios, que requiere la aquiescencia del contratista (bilateralidad)<sup>21</sup>, de allí que el Reglamento haya utilizado normas diferenciadas para tratar tales supuestos.

La reglamentación del supuesto de modificación unilateral, establece otras pautas que deben observarse para el ejercicio válido de tal prerrogativa. Entre ellas, cabe señalar:

a) Que la modificación, aumento o disminución del objeto, no le cambie su naturaleza, ni tampoco le impida cumplir con su funcionalidad o fin inicialmente propuesto;

b) Que en caso de aumento se trate de bienes o servicios similares;

c) Que no exceda el 50% del monto del contrato original, incluyendo reajustes o revisiones, según corresponda;

d) Que se trate de causas imprevisibles al momento de iniciar el procedimiento, sea que la entidad no pudo conocerlas pese a haber adoptado las medidas técnicas y de planificación mínimas cuando definió el objeto;

e) Que sea la mejor forma de satisfacer el interés público;

f) Que la suma de la contratación original, incluyendo reajustes o revisiones de precio, y el incremento adicional no superen el límite previsto para el tipo de procedimiento tramitado<sup>22</sup>.

El reglamento distingue entre aquellos contratos que son de prestación continua (en los que se podrá modificar tanto el objeto como el plazo, y precisa que el 50% aplicará sobre el plazo originalmente contratado, sin contemplar las prórrogas), y aquellos supuestos en los que el objeto

<sup>20</sup> Artículo 12 del Decreto 33.411 - II, Gaceta Nro. 210 del 02 de noviembre de 2006.

<sup>21</sup> Oficio Nro. 5419 del 26 de mayo de 2003

esté compuesto por líneas independientes, en cuyo caso el 50% se calculará sobre cada una de ellas y no sobre el monto general del contrato.

El incremento o disminución en la remuneración se calculará en forma proporcional a las condiciones establecidas en el contrato original. En caso de disminución, el contratista tendrá derecho a que se le reconozcan los gastos en que haya incurrido para atender la ejecución total del contrato.

En caso de contratos de obra, podrán ser objeto de incremento solo aspectos que no sean susceptibles de una contratación independiente sin alterar, perjudicar o entorpecer la uniformidad, la secuencia, la coordinación y otros intereses igualmente importantes.

Las modificaciones que no se ajusten a las condiciones previstas en este artículo, sólo serán posibles con la autorización de la Contraloría General de la República, la cual resolverá dentro del décimo día hábil posterior a la gestión, basada, entre otras cosas, en la naturaleza de la modificación, estado de ejecución y el interés público.

#### VII. La Jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema y los precedentes de la Contraloría General de la República de Costa Rica

El análisis de la potestad con que cuenta la Administración para modificar unilateralmente los contratos que celebra, durante su vigencia, remite a la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de la República de Costa Rica, en especial al análisis de los criterios vertidos en el mencionado Voto 0988-98<sup>22</sup>, el cual deviene en piedra angular del Procedimiento de Contratación Administrativa.

En el sistema de contrataciones administrativas costarricense, tal potestad no sólo es una característica de éste, sino que la Sala Constitucional ha considerado tal prerrogativa como un principio constitucional derivado del artículo 182 de la Constitución Política, bajo el nombre de principio de mutabilidad, teniendo en cuenta que la Administración cuenta con los poderes y prerrogativas necesarias para introducir modificaciones a los contratos, con el objeto de que cumplan con el fin público que debe proteger y realizar.

Al igual que los restantes poderes exorbitantes que posee la Administración Pública, el uso legítimo del *tus variandi* está circunscrito a la mejor satisfacción del interés general, interés que debe ser demostrado y debidamente motivado en la decisión de modificación tomada por la Administración, ya que en caso contrario se estaría ante un caso de desviación

<sup>22</sup> Voto Nro. 1998-06432. Considerando EL SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas treinta minutos del cuatro de septiembre e mil novecientos noventa y ocho.

de poder. La contrapartida lógica al derecho de modificación unilateral del contrato lo constituye el derecho del contratante al equilibrio financiero del contrato.

Asimismo, erige a la categoría de principio constitucional el de intangibilidad patrimonial del contrato administrativo, dentro del cual incluye el derecho del contratante a ser indemnizado por las modificaciones unilaterales del contrato por la Administración Pública, reajustando siempre las variaciones ocurridas en todos y cada uno de los costos que conforman los precios del contrato para mantener incólume el nivel económico originalmente pactado.

En virtud de este principio, la Administración está siempre obligada a mantener el equilibrio financiero del contrato, sea indemnizando al contratante de todos los efectos negativos que se originen en sus propias decisiones, sea como efecto del principio de mutabilidad, sea por razones de conveniencia o de interés público o por cualesquiera otras razones generales o especiales que lleguen a afectar el nivel económico inicial, reajustando siempre las variaciones ocurridas en todos y cada uno de los costos que conforman los precios del contrato para mantener incólume el nivel económico originalmente pactado.

En relación a los precedentes administrativos, mencionamos algunos de los criterios y límites señalados por la Contraloría General de la República de Costa Rica, en tanto ente encargado por la Constitución de la vigilancia de la actividad contractual del Estado.

Acerca del principio de la mutabilidad ha sostenido que, por ser una condición exorbitante del Derecho Privado, no requiere ser expresamente consignado en los contratos que celebre la Administración para que tenga existencia plena, sino que dentro del régimen de la contratación administrativa debe considerársele como implícitamente comprendido en cada una de las relaciones contractuales.<sup>23</sup> Se trata de una potestad administrativa que se desprende del Ordenamiento Jurídico (*ex lege*).

El ejercicio del *ius variandi*, configura una derivación de dos de las características diferenciadoras de la contratación administrativa en relación con el derecho común, cuales son la existencia genérica de los poderes exorbitantes de la Administración Pública y la sujeción de la actividad administrativa a la satisfacción del interés general. Al tratarse de una potestad inherente a la Administración Pública en materia contractual, su aplicación se reconoce en todo contrato administrativo, sin distinguir en el procedimiento seguido por la Administración contratante para este fin<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Oficio Nro. DAJ-2504 del 7 de noviembre de 1996. Contraloría General de la República.

<sup>24</sup> Oficio Nro. 10359 del 10 de septiembre de 1999 - DGCA-1086-99



La Contraloría ha señalado la necesidad de que la modificación no afecte la esencialidad del objeto del contrato, ya que ello se encuentra relacionado con el principio de igualdad de trato entre los posibles oferentes. El ejercicio abusivo del *ius variandi* por parte de la entidad —una modificación desproporcionada sea cualitativa o cuantitativa del contrato— podría implicar que, de haberse promovido el contrato en esas nuevas circunstancias otros proveedores se hubieran interesado en cotizar<sup>35</sup>.

### VIII. Síntesis estructural de la potestad de modificación unilateral

El contrato administrativo participa de las características fundamentales de la figura genérica del contrato, pero adquiere singularidad a partir de la presencia de la Administración Pública como sujeto contratante, impulsada hacia la satisfacción del interés público, y la peculiar incidencia con la que se manifiestan los privilegios posicionales de este sujeto, llegando a afectar incluso la propia regla de fondo del contrato.

En el Sistema jurídico Costarricense, el poder de modificación unilateral de los contratos administrativos no sólo tiene un origen legal y reglamentario sino que ha sido elevado por la Sala Constitucional al nivel de principio constitucional con el nombre de principio de mutabilidad de los contratos administrativos. Frente al ejercicio de estos poderes exorbitantes, la condición del contratista se encuentra protegida por los principios constitucionales de intangibilidad patrimonial del contrato administrativo y equilibrio económico, en virtud de los cuales la Administración está obligada al resarcimiento del daño ocasionado al contratista por sus decisiones y restablecimiento de la ecuación económica del contrato.

Conforme las normas analizadas, la modificación unilateral del contrato administrativo sólo es aplicable durante la etapa de ejecución del contrato. Esta modificación sólo puede implicar una modificación en el 50% del precio del contrato y no puede implicar una variación en este monto que implicara la obligación de emplear un procedimiento de contratación administrativa distinto.

Esta potestad está limitada a la realización de modificaciones leves en las condiciones del contrato, no admitiendo modificaciones en los elementos esenciales del contrato.

El uso legítimo de esta potestad requiere que obedezca a causas o circunstancias imprevisibles al momento de elaboración del cartel o pliego de condiciones y debe tener como finalidad la mejor satisfacción del interés general.

<sup>35</sup> Oficio Nro. 13221 del 25 de octubre de 2004. (Informe No. DFOE-OP-30/2004).

El control del cumplimiento de los requisitos para la aplicación de una modificación unilateral de contrato y, por consiguiente, la responsabilidad por esta, corresponde a la Administración contratante.

#### **IX. La modificación unilateral de los contratos públicos y las nuevas tendencias en el derecho de la Unión Europea y su influencia sobre el derecho interno español**

En las próximas consideraciones, abordamos el análisis del régimen de modificación de los contratos públicos actualmente vigente en España, pues la relevancia de su estudio se justifica en que se han incorporado interesantes cambios en la legislación específica, que traduce el esfuerzo del gobierno español para adecuar su derecho interno a la preceptiva del derecho comunitario. De ese modo, se responde a las peticiones formuladas desde múltiples instancias administrativas, académicas, sociales y empresariales, de introducir diversas mejoras al régimen normativo español y dar solución a ciertos problemas que la experiencia aplicativa de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha ido poniendo de relieve.

En ese proceso de adecuación, se pone especial atención a los aspectos que son jurídicamente vinculantes para el ejercicio de la potestad de modificación unilateral de los contratos públicos, por parte de las autoridades españolas, quienes tienen la obligación de cumplir con las directivas de la Unión Europea.

La Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) de España, recepta los estándares de interpretación jurídica elaborados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en particular lo resuelto en el Asunto C-498/99P "Comisión de las Comunidades Europeas contra CAS Succhi di Fruta SpA" del 29/04/2004 TJUE Sala VI, con la finalidad de tutelar los principios y garantías de la contratación administrativa: transparencia, publicidad, libre concurrencia, igualdad de trato y no discriminación, eficacia, eficiencia, economicidad.

La trascendencia jurídica, económica y social de la cuestión, es citada por Gimeno Felix<sup>28</sup> cuando señala que, según indicadores de 2006, y conforme a los datos publicados por la Comisión Europea, la compra de bienes y servicios por parte del sector público, alcanzó los 2.155 billones

<sup>28</sup> Gimeno Felix, José María, "El régimen de la modificación de los contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio" en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nro. 143, Enero-Marzo 2011, pág. 31.

de euros, que equivalen a un 17,23% del Producto Bruto Interno (PBI) europeo<sup>27</sup>.

Las cifras macroeconómicas que representan los contratos públicos, ponen de relieve el carácter instrumental de los mismos para promover políticas públicas que contribuyen a la eliminación y disminución de los niveles de desempleo y crecimiento económico. Asimismo, la práctica de su regulación se justifica en el interés comunitario de contribuir a la finalidad de incentivar la apertura de los mercados públicos entre los estados de la Unión.

Las reformas del régimen legal español se inspiraron en la Directiva Comunitaria 2004/18, del 31 de marzo de 2004 de contratos públicos, y en la Directiva Comunitaria 2004/17 de fecha límite de transposición 31 de enero de 2006 para sectores especiales, las que receptan los criterios de interpretación del TJUE.

Estas Directivas se basan en la jurisprudencia relacionada con los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender a las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales y a las libertades comunitarias, igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, transparencia.

Como ya se ha explicitado en las consideraciones precedentes, la potestad de modificación unilateral de los contratos públicos o *ius varianti*, traduce el ejercicio de una prerrogativa pública del poder administrador, que es incompatible con el principio de inmutabilidad contractual (*contractus lex inter partes*) que rige en el ámbito de los contratos privados consagrando la regla de la intangibilidad unilateral.

Como toda prerrogativa de poder, su ejercicio se justifica en la necesidad de gestionar de la mejor manera posible la realización del interés público, del bienestar general. La mutabilidad del contenido de las obligaciones contractuales, no significa la mutabilidad del fin, que siempre será la misma: satisfacer un interés público. Es precisamente la tutela del interés público la que por una parte justifica el ejercicio del *ius varianti* y, por la otra, impone el respeto a la inmutabilidad del fin u objeto contractual.

<sup>27</sup> Datos extraídos por el autor citado del Documento de trabajo de la Comisión Europea: *Measurement of indicators for the economic impact of public procurement policy. Public procurement indicators 2008*, de 27 de abril de 2010 vid en: [http://www.ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/indicators2008\\_en.pdf](http://www.ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2008_en.pdf)

Lo delicado de la cuestión finca en que, como explicita Ariño Ortiz, el sistema de modificación unilateral de los contratos encierra en el fondo verdaderos contratos adicionales, por lo cual, debe evitarse que las modificaciones contractuales impuestas en el ejercicio del *ius variandi* se conviertan a la postre en un procedimiento irregular, sin licitación y sin libre concurrencia<sup>28</sup>. Los riesgos de una práctica administrativa como la descrita traducen una violación al principio de la licitación pública, a la transparencia y pueden irrogar mayores costos presupuestarios para el financiamiento de los contratos públicos.

La Dirección General del Mercado Interior y Servicios de la Comisión Europea formuló observaciones con relación al Anteproyecto de LCSP de 2007 en el sentido que ninguna disposición de las directivas de la Unión Europea autorizan a modificar un contrato por "necesidades nuevas" y que las causas imprevistas deben ser interpretadas con sentido estricto.

#### X. La Ley de Contratos del Sector Público de España

Esta Ley que ya había sido objeto de modificaciones mediante la Ley 30/2007, ha sido nuevamente reformada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo de 2011, de Economía Sostenible, que es una ley omnibus.

El Título V referido a la "Modificación de los contratos" regula los diferentes supuestos de modificación contractual y sienta como regla en el Artículo 92 bis que los contratos del sector público sólo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 92 quáter.

En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes. Este nuevo contrato deberá adjudicarse de acuerdo con el procedimiento de selección del contratista.

La modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente.

En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen es-

<sup>28</sup> Ariño Ortiz, *Teoría del equisvalente económico en los contratos administrativos*, Instituto de Estudios de Administrativos, Madrid, 1968, pág. 179 y sges.

establecido para la adjudicación de contratos complementarios bajo ciertas circunstancias previstas en los artículos 155.b) y 158.b) de la LCSP.

Los contratos del sector público podrán modificarse siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello.

Los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y, las condiciones de la eventual modificación, deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas.

Entre los casos referidos a modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, se prevé distintos supuestos:

1. Las modificaciones no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación solo podrán efectuarse cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.

b) Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.

c) Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.

d) Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.

e) Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.

2. La modificación del contrato acordada conforme a lo previsto en este artículo no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

3. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato en los siguientes casos:

a) cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.

b) cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.

c) cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas.

d) cuando las modificaciones del contrato iguallen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.

e) en cualesquiera otros casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas.

Las modificaciones contractuales se acordarán en la forma que se hubiese especificado en el anuncio o en los pliegos.

En definitiva, las modificaciones introducidas a la LCSP por la Ley 2/2011 de Economía Sostenible (B.O.E. 05/03/2011) impulsa la eficiencia en la contratación pública y la colaboración público privada, como elementos fundamentales de la relación entre la Administración Pública y el tejido empresarial y, a la vez, como ámbitos en los que debe reforzarse la vinculación a parámetros de sostenibilidad económica.

En especial, se cambia la normativa relacionada con las modificaciones de obras, de acuerdo con las prácticas recomendadas por la Unión Europea, y teniendo en cuenta, especialmente, la postura manifestada por la Comisión sobre modificaciones no previstas en los documentos de licitación y sobre el carácter de alteración sustancial de aquellas que excedan en más de un diez por ciento (10%) el precio inicial del contrato. Asimismo, se establece una mayor transparencia de la información en la contratación pública, se fomenta la realización de contratos de investigación y desarrollo, y se impulsa la participación de pequeñas y medianas empresas en la contratación pública. Se simplifican los trámites administrativos en los

procesos de contratación disminuyendo el coste que para los empresarios implica participar en procedimientos de adjudicación de contratos públicos.

## XI. Una pronta respuesta legislativa a prácticas administrativas desmesuradas

Algunos datos contables descubren los niveles desmedidos a los que ha podido llegar la contratación pública española en orden al ejercicio de la potestad de modificación unilateral de los contratos del sector público. Así se destaca el caso del Superpuerto de Gijón "El Musel" donde se planteó una modificación equivalente al 43% que representa 216 millones de euros sobre un presupuesto original de 500 millones de euros. El Velódromo de Palma Arena (Palma de Mallorca) se adjudicó por 47 millones de euros y se elevó a 80 millones de euros<sup>29</sup>.

Estas situaciones rechazadas por la Comisión Europea, son los testimonios de prácticas administrativas desmesuradas e intolerables de las que la Ley de Economía sustentable se hace cargo al limitar las prerrogativas de las autoridades de modificación unilateral.

## XII. Conclusiones

El análisis de los regímenes jurídicos de Argentina, Costa Rica y España, coinciden en que los contratos administrativos tienen de particular que su *ratio essendi* se justifica en una finalidad: satisfacer una necesidad pública a través de una actividad prestacional, que se considera como la mejor para la gestión del interés público.

Los avances tecnológicos determinantes de la necesidad de incorporar nuevas tecnologías a la Administración para hacerla más eficiente, eficaz, célere, la complejidad de los proyectos, los prolongados plazos de ejecución, la obsolescencia sobreviviente de algunos insumos y bienes, las vicisitudes de las economías nacionales, los errores de proyectos y sus readecuaciones, son todos factores que han servido de causas para justificar el ejercicio de la prerrogativa de modificación unilateral de los contratos administrativos.

La inmutabilidad absoluta no es un principio que concilie la flexibilidad que debe tener una Administración Pública para satisfacer necesidades en el momento en que ellas se presentan en la sociedad, y para

<sup>29</sup> Datos obtenidos del siguiente enlace: <http://www.expansion.com/2009/11/05/empresas/construcción>.

ejecutar políticas públicas cuya concreción solamente es posible mediante la instrumentación y ejecución de un contrato público.

Sin embargo, consideramos que el ejercicio de estas potestades debe llevarse a cabo de acuerdo con los límites establecidos en la misma norma —principio de juridicidad— y aquellos otros que son propios de las actividades discrecionales, como la razonabilidad, proporcionabilidad, buena fe, etc.

Frente a la necesidad de introducir modificaciones a un contrato en curso de ejecución, las autoridades adjudicantes deberán actuar a la manera de un juez de la Constitución: con imparcialidad, objetividad y respetando los principios que informan todo el régimen de contratación administrativa. Tan pronto la Administración desborde los límites impuestos por el fin público del objeto contractual, las consecuencias serán difíciles de revertir cuando las obligaciones prestacionales hayan sido ejecutadas y aprobadas por la autoridad de aplicación del contrato de que se trate.

Este es el desafío que se impone a la Administración, y no es otro que el sempiterno deber de someterse al ordenamiento jurídico y respetar los valores fundamentales cuya efectividad no ingresa en la autonomía de la voluntad contractual de las autoridades públicas, ni es materia negociable en un Estado Constitucional de Derecho que transite hacia criterios firmes de equidad.





## REFLEXIONES SOBRE LA UTILIDAD DE LOS "TEXTOS ORDENADOS"

*Andrés Rossetti\**

**Resumen:** El presente artículo trata sobre la utilidad de realizar "textos ordenados" (es decir, recopilaciones de distintas normas que tratan un mismo tema pero que se encuentran reguladas en normas dispersas, con el fin de poder sistematizarlas en forma más coherente y acabada) por parte de diferentes "actores" del derecho (desde los mismos legisladores hasta el llamado Poder Ejecutivo, o bien doctrinarios, etc.). Se analizan, a su vez, los efectos jurídicos variados que comportan estos textos ordenados, en particular en relación con el sujeto que los realiza.

**Palabras clave:** Normas - Sanción de leyes - Legislación - Textos ordenados - Utilidad.

La elaboración de textos ordenados (en adelante "t.o.") es una práctica bastante común en muchos países, entre ellos Argentina. En nuestro país — como en casi todos los demás — nos encontramos en la actualidad con una "inflación" de normas y la cantidad de ellas es cada vez más notable. Esto lleva a buscar distintos intentos de solución de este problema, y uno de ellos consiste en elaborar "t.o." con la finalidad principal de visualizar claramente cuales son las normas legislativas que se relacionan con el tema específico sobre el cual se realiza ese texto. Esto es así, en efecto, ya que el exceso de reglamentación prácticamente comporta — aún a los expertos y especialistas del derecho e incluso en tiempos de alta tecnología y computación — el desconocimiento de cuál es la legislación vigente y aplicable a los diferentes casos y situaciones concretas que se presentan. Los intentos de solución, entre los que se cuentan la creación de "t. o." (sobre lo que versará este escrito), son variados y por tanto se dan diferentes "recopilaciones de leyes", los "Digestos", o bien otras formas de mantener la legislación "actualizada". Es importante recalcar, a su vez, que no es fácil

---

\*Abogado (UNC), Diplomado en Derechos Humanos en el Instituto Europeo Universitario (Florencia, Italia 1999), Magister en Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Universidad de Lund, Suecia (2000) y Doctor en Derechos Humanos en la Universidad de Palermo, Italia (2007). Actualmente es Profesor Adjunto por concurso en las materias Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la UNC, dicta diferentes materias en cursos de post-grado en esta y otras universidades y es Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la UNC. Correo electrónico: andresarg@hotmail.com

delimitar con precisión las diferencias exactas que existen entre lo que denominamos "l.o." y los "digestos", "recopilaciones de leyes" u otras formas de mantener la "legislación actualizada" ya que, en general, todos persiguen, al menos, el fin de mantener actualizada la legislación vigente y se utilizan en forma confusa e indistinta estos términos, de los cuales, no obstante, pueden señalarse diferencias precisas. Esta confusión puede venir del lenguaje común, ya que, por ejemplo, por recopilación se entiende "*ordenamiento legislativo que agrupa las disposiciones vigentes en modo cronológico o por orden de materias*"; mientras que por "digesto" se entiende directamente "*colección de decisiones del derecho romano*" (ambos significados extraídos del *Gran Diccionario Salvat*, 1993). Más allá de la referencia al derecho romano, no queda claro si las recopilaciones y digestos son generales o especiales, incluyen todos los actos legislativos sancionados o sólo los vigentes, etc. No es mi intención detenerme en ello aquí, porque excede el objetivo de este breve escrito.

Me concentraré a continuación exclusivamente en los "l.o.," los que Meehan (1976, 91) describe como normas en las que "*se conserva el texto legislativo originario, tal como ha quedado con los cambios, agregados o supresiones que han sufrido con posterioridad (efectuándose las aclaraciones pertinentes en notas u observaciones explicativas)*". González Bailón (1987, 49) sostiene que "*Se llama texto ordenado de una norma a aquel que contiene — con las naturales alteraciones gramaticales que haya sido indispensable efectuar y los eventuales cambios de numeración del articulado — todas las modificaciones introducidas en la misma, con eliminación de los artículos derogados, transitorios o que ya hubiesen cumplido su objeto. Como complemento necesario, el texto ordenado incluye una serie de notas y referencias que hacen posible su cabal comprensión*" (aunque sobre esto último no hay acuerdo, ya que por ejemplo Ubertone (1996, 1) señala expresamente, creo con razón, que "*Los l.o. no llevan notas a plé de página. El l.o. no es un documento explicativo, sino la representación de una ley concreta tal como está vigente a la fecha de aprobación del l.o.*" Sobre Instrumentos muy similares la doctrina italiana (ver, por ejemplo, el completo trabajo de Mautino - Pagano, 2000) los denomina "textos únicos" ("*testi unici*") y los define como "*aquellos actos del Poder Ejecutivo encaminados a recoger y ordenar las diversas normas legislativas (y a veces también reglamentarias) que se han ido dando en orden a una materia determinada, eliminando aquellas que son abrogadas o se han hecho superfluas merced a la situación cambiada del derecho positivo vigente*" (Biscuretti di Ruffia, 1982, 480) o bien como "*recopilaciones de varias normas legislativas sancionadas sucesivamente en el tiempo y coordinadas entre ellas mediante — cuando sea necesario — modificaciones y agregados de modo tal de asegurar su organicidad*" (Martines, 1988, 460, traducción personal). Crisafulli y Paladin (1990,

478, traducción personal) hablan de "recopilaciones legislativas realizadas por el Gobierno por 'encargo' del Parlamento". Es importante aclarar, para evitar confusiones, que sólo entenderemos como "l.o." en el resto de este texto a aquellos que ordenan la legislación vigente dentro de una misma jerarquía normativa y que, además, no solamente la realiza —en su terminología común en Argentina— el Poder Ejecutivo.

Una vez aclarado, en forma aún genérica, el objeto al que me estoy refiriendo en este escrito al mencionar los "l.o.", paso precisamente a concentrarme en visualizar el sujeto que realiza la tarea de ordenación y bajo cual instrumento se la presenta, ello para poder distinguir el grado de "vigencia jurídica" del mismo. De allí que un "l.o." realizado por un autor o doctrinario especialista en el tema y publicado por una editorial, por más prestigio que tengan el uno o la otra, no es más que una iniciativa —más o menos útil según el rigor y la seriedad con el que haya sido realizada— que se mantiene completamente fuera del campo normativo y jurídico, ya que no tiene ningún tipo de validez jurídica. Distinto es cuando tales ordenaciones y "actualizaciones" son realizadas por el Poder Ejecutivo o por el Poder Legislativo, ya que parece claro que si los "l.o." resultan como productos formales de alguno de estos dos órganos (por decreto o por ley, por ejemplo), entran a formar parte del universo jurídico; pero según una serie de condicionamientos, producirán distintos efectos en el sistema jurídico.

Previo a volver sobre este tema, creo importante detenerse a reflexionar que implica —en la práctica— realizar un "l.o.": a priori, parece razonable pensar que un "texto ordenado" solamente "ordena" la, probablemente, dispersa y múltiple legislación vigente en una determinada materia, pero que de ningún modo puede o debe modificarla. No obstante ello, parece difícil "ordenar" un sinnúmero de normas dispersas sin introducir algunos criterios de selección al momento de realizar dicha "ordenación" que no impliquen, desde razonables interpretaciones jurídicas, una forma de modificación a la legislación que se está ordenando. Piénsese, por ejemplo, que —por descuido, por error o la razón que fuere— en el "l. o." no se incorpora algún artículo específico sobre la materia (por ejemplo, porque se encontraba regulado en una norma, o ley, que nada tiene que ver con el tema puntual, o bien que se incorporó ese artículo en un título o capítulo que implican una alteración importante del significado de la norma en cuestión ubicada en su texto original, etc.). En estos supuestos, y tantos otros que se podrían enumerar, la supuesta "inseguridad jurídica" que los textos ordenados pretenden combatir no sólo no desaparece, sino que es producto puntual del texto que se está realizando: ¿se debe aplicar el "l. o." (en base al principio utilizado por los juristas de ley posterior deroga ley anterior) o bien el texto original en caso de controversia interpretativa? En mi opinión, en caso de conflicto, si se trata solamente de "textos orde-

nados; en principio y como regla, más allá de lo que se dirá más adelante, prima la legislación vigente dictada en forma previa, con prescindencia de lo dispuesto en el "t. o.". Al respecto dice Meehan (1976, 92) "*Siendo el t. o. una elaboración que en muchos casos no se concreta, y que cuando es efectuada lo es, generalmente, por órganos distintos de los que han participado en la emisión de los actos legislativos pertinentes, si el texto resultante no coincidiera (por error de interpretación o meramente material) con el del acto originario y sus modificaciones (que como tales han sido debidamente sancionados y publicados), podrán originarse dudas sobre cuál prevalecerá*". Y afirma este autor en nota al mencionado comentario "*A nuestro juicio, en principio, prevalecerán los últimos, dado que el t. o. no los reemplaza, sino que importa sólo un intento de presentarlos en forma unificada, facilitando su consulta. Sin embargo, en los casos que hubieren sido 'aprobados' formalmente y debidamente publicados, debemos aceptar que la solución de la cuestión podrá prestarse a diversas interpretaciones*". Por ello, es muy importante volver a concentrarse en el sujeto que realiza el "t. o." y el "instrumento" en virtud del cual lo presenta, ya que los efectos jurídicos en diferentes situaciones no son los mismos. Así podremos clasificar, según el sujeto y el instrumento con el que se realizan los "t. o.", en cinco tipos distintos:

I. Los "t. o." realizados por un sujeto cualquiera (ya sea un ciudadano común, un docente, un investigador o incluso un empleado o funcionario perteneciente a la Administración Pública) y que no es aprobado por ningún instrumento formal: como ya se dijo, no tienen ningún tipo de relevancia jurídica, y sólo podrán ser utilizados por la sociedad como un aporte de tipo "científico" y nada más.

II. Los "t. o." realizados por el Poder Ejecutivo mediante decreto por propia iniciativa. En este supuesto se trataría de lo que la doctrina entiende como "reglamento autónomo" (la doctrina argentina distingue 4 tipos de reglamentos o decretos que puede dictar el Ejecutivo: los autónomos, los de ejecución —o reglamentarios—, los delegados y los llamados de "necesidad y urgencia"; sobre el particular todos los tratados y manuales de derecho constitucional y administrativo tratan el tema) y sólo tendría validez dentro del ámbito de la Administración Pública, aún cuando podría pensarse en algún caso de responsabilidad del Ejecutivo frente a eventuales planteos frente a la existencia de contradicciones.

III. Los "t. o." realizados por el Poder Ejecutivo mediante decreto por delegación expresa del Poder Legislativo. Aquí nos encontramos frente a los llamados "reglamentos o decretos delegados" (y no, en cambio, se trata de reglamentos de ejecución) sobre cuya constitucionalidad se discutió mucho en nuestro país, pero que ya se encontraban definitivamente aceptados aún antes de la incorporación al texto constitucional del art. 76

(por razones de "administración y emergencia pública") en la reforma de 1994 de la delegación legislativa (sobre la "delegación legislativa" v. Linares Quintana, 1987, 127 y sgtes; Sagüés, 2007, 380 y sgtes; Quiroga Laví, 1993 y Gelli, 2008, entre otros). Los reglamentos o decretos delegados deben respetar el marco fijado por la delegación y el Ejecutivo no puede "extralimitarse" al dictarlos. ¿Y si lo hace? La respuesta ortodoxa, basada en el principio de supremacía constitucional, señala que prima la legislación originaria, porque el decreto delegado es contradictorio con una norma superior, la ley que habilita la delegación. Sin embargo, ésta determinación —frente a un planteo puntual— no siempre es clara (ver el caso *Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/EN - PEN - ley 25.414 - dta. 1204/01 s/amparo*; CSJN 4 de noviembre del 2008, en particular el considerando 12, sobre los problemas de la amplitud de la delegación). En definitiva, será el juez al decidir en caso de controversia cuál es la norma aplicable, todo ello en vinculación con la "razonabilidad" de las "modificaciones" introducidas por el Ejecutivo al realizar su función "legislativa" delegada. En efecto, en relación con los "t.o." puede darse esa "falta de respeto" a la delegación por parte del Ejecutivo al hacer el "t.o." porque no realiza correctamente su tarea realizando "modificaciones" como las mencionadas supra que van más allá de la delegación o que directamente alteran la legislación vigente. Esto plantea la eventual contradicción entre las normas "originales que se ordenan", la ley de delegación y el decreto delegado que hace el "t.o.": ¿qué sucede en caso que exista contradicción entre estas normas?, la ley de delegación y el decreto delegado que hace el "t.o.": ¿qué sucede en caso que exista contradicción entre estas normas? Más allá de lo teórico, como ya se dijo, es el caso puntual y las distintas resoluciones judiciales las que terminan dando una respuesta concreta a este interrogante, con lo que la seguridad jurídica que pretende obtenerse con el "t.o.", no sólo no logra su fin, sino que hasta puede incrementarse.

IV. Los "t. o." realizados por el Poder Legislativo o Congreso (aún cuando haya sido enviado por el Poder Ejecutivo) aprobados por ley expresamente como "t. o.". En este supuesto, en el cual nos encontramos frente a una "ley formal" (y si está bien hecha, no material) y por tanto en una situación similar a la presentada en el punto anterior: en caso de conflicto por mala realización del "t. o." no queda claro cuál es la normativa aplicable. La solución es la misma que la recientemente mencionada supra, aunque por cierto, en este supuesto existen más posibilidades que prime la versión del "t. o.", en razón del principio utilizado por los jueces para interpretar el derecho ya mencionado de "ley posterior deroga ley anterior" y por tratarse del mismo órgano generador de las normas (con expresa competencia para legislar emanada de la CN):

V. Los "t. o." realizados por el Poder Legislativo (aún cuando lo haya remitido el Ejecutivo) aprobados por ley pero no como "t. o." sino como nueva legislación, "ley material" (aún cuando se haya aclarado, tanto en el debate como en los fundamentos del proyecto que se trata de una ley que tiende a ordenar la legislación vigente en la materia). En este supuesto, no estamos frente a un "t. o." propiamente dicho, y aquí se diluye casi (sólo "casi" ya que siempre quedan los problemas generales vinculados con la derogación de normas) fuertemente el problema de inseguridad jurídica, ya que esta nueva ley implica una derogación —expresa o implícita— de la legislación anterior en la materia.

Una vez hecha esta breve y rápida presentación de las diferentes opciones posibles en relación con los "t. o.", creo conveniente resaltar, para concluir, la importancia y la necesidad de merituar cuidadosa y detenidamente sobre la conveniencia de realizar —si el objetivo es lograr una mayor seguridad jurídica— textos ordenados, y en su caso parece fundamental que se tengan claros cuáles son los objetivos que se persiguen al realizarlos ya que los efectos jurídicos que su dictado puede producir tienen el riesgo de generar más problemas que soluciones en el ámbito de la normativa vigente. En definitiva, los t.o. que realmente parecen servir, son aquellos que se aprueban mediante ley, que en realidad son "más" una nueva ley que un t.o.

#### Bibliografía citada

- BIGARETTI DI RUFFIA, PAOLO *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid 1982, traducción de Fabio Lucas Verdú.
- CHESAPULI, VEZIO Y LIVIO PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padúa 1980.
- GILLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, La Ley, Bs. As. 2008, Cuarta Edición, Tomo II.
- GONZALEZ BAILÓN, EDUARDO, *Textos ordenados*, en la Revista de Derecho Parlamentario, Bs. As. 1987, No. 1, páginas 49 y sgtes.
- Gran Diccionario Salvat*, Ed. Salvat, Barcelona 1993, 3 tomos.
- LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Plus Ultra, Bs. As. 1987, TOMO IX.
- MAUTINO, FRANCO Y RODOLFO PAGANO, *Testi unici. La teoria e la prassi*, Giuffrè, Milán 2000.
- MASTINES, TEMISTOCLE, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milán 1988.
- MERHAN, JOSÉ HECTOR, *Teoría y técnica legislativas*, Depalma, Bs. As. 1976.
- QUIROGA LAVIE, HUMBERTO, *La potestad legislativa*, Zavalla, Bs. As. 1993.
- SADÓRIS, NÉSTOR P., *Manual de derecho constitucional*, Astrea, Bs. As. 2007.
- URETONE, FERMÍN PEDRO, *Apuntes sobre la técnica de los textos ordenados*, Revista La Ley del 7 de Mayo de 1996.



**SECCIÓN II**

**DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO**

**RELACIONES INTERNACIONALES E  
INTEGRACIÓN REGIONAL**





## SISTEMA ACUÍFERO GUARANÍ CONSIDERACIONES FÁCTICO-JURÍDICAS

*Zina Drius de Clément*

**Resumen:** El Sistema Acuífero Guaraní es el complejo hidrogeológico más grande de América. Constituye un recurso natural transfronterizo compartido entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. El presente trabajo brinda una visión sintética de los principales aspectos físicos y jurídicos de ese sistema acuífero. Nuestro propósito es ofrecer una aproximación básica y general de la situación fáctica y normativa del sistema Guaraní en los cuatro países.

**Palabras clave:** Sistema Acuífero Guaraní - Aspectos Fácticos - Aspectos Jurídicos.

### Introducción

El agua subterránea es el recurso natural más extraído del Planeta. Provee a más de la mitad de la humanidad el agua dulce que necesita para cubrir sus necesidades vitales<sup>1</sup>. Debe tenerse presente que, pesar de que sin agua no puede haber vida, aproximadamente 864 millones de personas carecen de acceso al agua potable y más de 2.600 millones de personas no tienen acceso al saneamiento básico<sup>2</sup>.

El total de aguas en la naturaleza del Globo terráqueo —volumen estable en el tiempo— es de aproximadamente 1,4 billones de km cúbicos. El 97,3 % es agua salada y sólo el 2,7 % dulce. El 77,2% de las aguas dulces se halla en estado sólido en zonas polares y glaciares. El 22,4 % de todas las aguas dulces es subterránea, mientras las aguas dulces superficiales sólo llegan al 0,36 % del total de aguas dulces. La mayor parte de las aguas sub-

<sup>1</sup> *Catadrática 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 y Directora del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la misma entidad.*

<sup>2</sup> ECKSTEIN, G.E., "Commentary on the U.N. International Law Commission's Draft Articles on the Law of Transboundary Aquifers", *16 Colo. J. Int'l L. & Pol'y*, p. 537.

<sup>3</sup> Resolución de la AGNU 64/292 de 28 de julio de 2010, para 3.

terráneas se hallan en forma de acuíferos, conformando muchos de ellos sistema hidrogeológicos transfronterizos internacionales<sup>3</sup>, como es el caso del Sistema Acuífero Guaraní (SAG).

El uso de los acuíferos para la provisión de aguas dulces ha ido incrementándose notoriamente. Aunque no todos los recursos de agua subterránea son de fácil acceso - debido a la profundidad a la que se encuentra el agua subterránea, o a causa de la geología de los estratos circundantes- los acuíferos que son técnica y económicamente accesibles constituyen más de treinta y tres veces el volumen de agua que se encuentra en los lagos del mundo y corrientes de agua<sup>4</sup>.

Los acuíferos han sido definidos en el Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas sobre Acuíferos Transfronterizos (2006) como "una formación geológica portadora de agua, sustentada en una capa menos permeable y el agua contenida en la zona saturada de la formación", en tanto por "sistema acuífero" se entiende una serie de dos o más acuíferos conectados hidráulicamente (art. 2)<sup>5</sup>.

Barberis señala que hay cuatro casos básicos en que los acuíferos pueden ser parte de un sistema compartido:

a) acuífero confinado dividido por una frontera internacional, caso en que el acuífero en sí puede ser considerado recurso natural compartido;

b) acuífero ubicado en su totalidad en el territorio de un Estado pero vinculado hidrológicamente con un río internacional, configurando otro tipo de recurso natural compartido. Aquí pueden notarse diferencias según se trate de río influente y río efluente. En el primer caso, puede afectar la recarga del acuífero. En el segundo, puede alterar el volumen del acuífero;

c) acuífero ubicado en su totalidad en el territorio de un Estado conectado hidrológicamente con un acuífero ubicado en otro Estado. La conexión puede establecer por un suelo semi-permeable influyendo en el nivel hidráulico de ambos según el caso;

d) acuífero ubicado en su totalidad en el territorio de un Estado cuya recarga está en otro Estado. Es el caso de zonas montañosas en las que el *divortium aquarum* superficial puede no coincidir con el de las aguas

<sup>3</sup> BARBERIS, I.A., "The Development of International Law of Transboundary Groundwaters", 31 *Nat. Resources J.* (1991), p. 167.

<sup>4</sup> ECKSTEIN, G. E.-ECKSTEIN, Y., "A Hydrogeological Approach to Transboundary Groundwater Resources and International Law", 19 *Am. U. Int'l L. Rev.* (2003-2004), p. 204.

<sup>5</sup> V. <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2006/2006report.htm>

subterráneas. Las modificaciones en el área de recarga pueden afectar al acuífero<sup>6</sup>.

Varias de estas situaciones se observan en el grandioso sistema acuífero Guaraní.

### Aspectos facticos

Se puede definir al *Sistema Acuífero Guaraní (SAG)* como la serie de acuíferos<sup>7</sup> conectados hidráulicamente ubicados en el territorio argentino, brasileño, paraguayo y uruguayo entre los paralelos 16° y 32° de latitud Sur y los meridianos 47° y 60° de longitud Oeste<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> BARBERIS, I.A., "The Development of International Law of Transboundary Groundwaters", *ob. cit.* pp. 168 y ss.

<sup>7</sup> Los acuíferos son reservorios subterráneos de agua; formaciones geológicas portadoras de agua (estratos rocosos que contienen agua o tienen características acuíferas). El SAG está relacionado geológicamente a capas de areniscas que se han depositado durante el Mesozoico (desde el Triásico hasta el Cretácico inferior) con edades entre 200 y 132 millones de años. Se determinó que está integrado específicamente por las formaciones Pirambola y Botucatu en el Brasil Norte y centro; Botucatu, Guará, Santa María y Caturrita en el Brasil Sur; Tacuarembó en el Uruguay y parte de la Argentina, y Misiones en el Paraguay y parte de la Argentina. La de Paraná (y la Chacoparanense incluida en ella) es una cuenca geológica intracratónica, ubicada entre dos cratones o áreas continentales estables, cuya edad es Pérmica Media a Triásica con una extensión gigantesca, desde Goiás, en Brasil, hasta el norte del Uruguay y desde San Pablo hasta el Paraguay oriental. Su borde SO tiene como límite las sierras pampeanas de Argentina. Esa gran cuenca aporta cuerpos arenosos porosos y permeables tanto en sus flancos como en el centro de la cuenca. Por encima de la misma, y mediante una discordancia regional, se distribuye en toda la región un manto casi continuo de areniscas principalmente eólicas, de edad jurásico-cretácica, que es el principal reservorio, donde se alojan las aguas del Acuífero Guaraní. Toda esta variedad de depósitos arenosos, distribuidos algunos localmente, otros regionalmente, han sido cubiertos por una espesa y extensa cobertura de coladas volcánicas del Cretácico denominada *Formación Serra Geral*. Además, dentro de las vulcanitas se reconocen intercalados depósitos arenosos eólicos que se preservaron dentro del campo volcánico. Por otra parte, se observan formaciones pre-SAG altamente salinas. (Cf. SANTA CRUZ, J. N., "Sistema Acuífero Guaraní. El conocimiento hidrogeológico para su desarrollo sostenible", *Revista Ciencia Hoy en Jmsa*, Vol. 19, N° 112, agosto-septiembre 2009). Las aguas en la porción central son antiguas y se calculan entre 30.000 y 36.000 años. Las aguas se pueden clasificar en zonas: -zona de afloramiento (recarga-descarga con interacción entre aguas subterráneas y superficiales, *vg.* Chapada dos Guimarães); -de confinamiento próximo (unos 10 a 30 km de ancho -basalto fracturado hasta unos 100 metros de espesor-); -de confinamiento (elevada salinidad con arsénico, cadmio, zinc, bromo entre otros minerales, *vg.* Oeste del río Paraná); -de fuerte confinamiento (el agua es fruto de los efectos mecánicos de compresión, siendo su circulación casi nula, *vg.* São Paulo). Cf. GER, BANCO MUNDIAL, OEA, IAEA, BGE, *Acuífero Guaraní, Programa estratégico de acción*, Buenos Aires, 2009 (referida de aquí en más como *informe AG-PEA*).

<sup>8</sup> Algunos autores consideran que se extiende entre 12° y 35° de latitud Sur y 47° y 65° de longitud Oeste. (Cf. OLEAGA, A., *Contribución a la hidrogeología del AG en el sector Uruguayo, un enfoque integral*, Tesis de Maestría.

Su área cubre 1.087.879 km<sup>2</sup> de acuerdo al Informe sobre *Acuífero Guaraní - Programa Estratégico de Acción* del Proyecto para la Protección Ambiental y Desarrollo Sostenible del Acuífero Guaraní<sup>9</sup>, extensión equivalente al 92% de las estimaciones originales<sup>10</sup>.

La población asentada en el área del SAG y su zona de influencia es de 92.077.168 habitantes<sup>11</sup>. El uso que hace de las aguas se ha estimado en 2.847.013. 5m<sup>3</sup> de agua por día<sup>12</sup>.

Hay aspectos que deben ser cuidados y programados en el futuro para evitar degradación ambiental concomitante. Por ejemplo: -el uso agrícola que en 1973/1980 ocupaba el 22 % pasó al 47 % en 2000-2009; -el bosque nativo que entre 1973-1980 ocupaba el 9% pasó en 2007 al 2%; el bosque nativo degradado que ocupaba en la fecha señalada el 33 % pasó al 6 %.

El SAG está asociado al área de ocurrencia de los ríos Paraná y Uruguay y parcialmente, al Paraguay, todos ellos importantes componentes de la Cuenca del Plata.

El SAG tiene continuidad geológica en los cuatro países, si bien, se observan importantes heterogeneidades, *vg.*:

-diferencias químicas en la composición del agua: el pH varía de 5 a 9 (acidez- alcalinidad del agua);

-diferencias de conductividad eléctrica de 100 a 2.500 mili siemens/cm (capacidad de permitir el paso de la corriente eléctrica a través de sí);

<sup>9</sup> El PEA ha tenido cinco ejes específicos de acción: - 1) estudios técnico-científicos, incluyendo *ic.* diagnóstico, generación de información, cartografía geológica e hidrogeológica, creación de un sistema de información y un banco de datos; -2) evaluación de los marcos normativos e institucionales; -3) ejecución de mecanismos de gestión local en áreas piloto (Itapúa, Salto, Itaipu y Rivera-Santana de Livramento); -4) fortalecimiento de capacidades técnicas (Fondo Guaraní de las Universidades que involucró a dieciocho universidades e involucró a veinticinco); -5) difusión de información y resultados alcanzados (Fondo Guaraní de la Ciudadanía, que alcanzó directamente a 2, 5 millones de personas e indirectamente a 30 millones; además, trabajó con comunidades aborígenes). Cf. Informe AG-PEA.

<sup>10</sup> Argentina posee aproximadamente el 15,9% del ese territorio, Brasil el 74,4%, Paraguay el 5,8% y Uruguay el 3,6%.

<sup>11</sup> Brasil tiene el 97,04 % de la población del SAG, Argentina el 6, 64 %, Paraguay 3,54% y Uruguay 0,78 (Ponente: SG-SAG, Informe de Evaluación socio-demográfica de la capacidad de adaptación a cambios de los usos del Sistema Acuífero Guaraní, Consorcio Guaraní, 2008, p.158 Informe. Es de observar que los aprovechamientos del acuífero, aproximadamente, responden en un 93,6 % a Brasil, 1,3 % a Argentina, 2,5 % a Paraguay; 2, 6 % a Uruguay. Argentina sólo explora 5 pozos con fines recreativos (golf).)

<sup>12</sup> Originalmente, se ha estimado que el SAG posee alrededor de 37.000 km<sup>2</sup> de agua, con una recarga total de 186 m<sup>3</sup> por año. Su profundidad en algunos lugares se ha considerado puede llegar a los 1.400 m, si bien el Informe AG - PEA entiende que bajo la tecnología actual no resultan explotables las aguas por debajo de la profundidad de 400 m.

-diferencias en los niveles estáticos de 100 a 2.500 (volumen de agua subterránea susceptible de extracción sin que se produzcan descensos significativos);

-diferencias de temperatura entre 18 y 60 grados centígrados;

-diferencias en el grado de uso y aprovechamiento: mientras el 10% del SAG no tiene pozos, en otras zonas -algunas de sólo 500 km<sup>2</sup>- se extraen más de 30.000 m<sup>3</sup> por día<sup>25</sup>.

Ello ha llevado a que haya planes de acción estratégica diferenciada según las zonas y según se trate de proyectos a corto, mediano y largo plazo.

En lo que hace al conocimiento sobre el SAG, ya en la década del '70 del siglo pasado aparecen mapas y cartografía del acuífero. En la misma época, la UNESCO y la Asociación Internacional de Hidrogeólogos consideraron necesario elaborar un ordenamiento para los acuíferos internacionales. Es de destacar que

### Aspectos jurídicos

El Proyecto para la Protección Ambiental y Desarrollo Sostenible del Sistema Acuífero Guarani (Proyecto Guarani o PSAG), primer proyecto a nivel planetario de cooperación internacional compleja en materia de acuíferos transfronterizos, fue una iniciativa de los gobiernos de la Argentina, el Brasil, el Paraguay y el Uruguay, con diseño inicial entre 2000 y 2003. En él participaron las instituciones responsables de la gestión de los recursos hídricos de los cuatro países y universidades de la región (*i.a.* *Universidade Estadual Paulista (LEBAC)*; *Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (Instituto de Hidrología de Llanuras)*) las que, junto al Banco Mundial y la OEA, gestionaron el apoyo del Fondo para el Medio Ambiente Mundial (GEF conforme su sigla en inglés), con el propósito pre-acordado de proteger el SAG. Se inició la ejecución del Proyecto a principios de 2003 y finalizó en enero de 2009. Los organismos responsables de los cuatro países del acuífero, a través de un Consejo Superior, fueron las cancillerías y las secretarías de Recursos Hídricos y Medio Ambiente. Se contó también con el apoyo de la Agencia Internacional de

<sup>25</sup> A pesar de ello el Informe AG-PEA considera que las aguas son de buena calidad y que no se detectan problemas de contaminación o extracción excesiva salvo situaciones puntuales, por ejemplo, el área de Ribeirão Preto, en el que se han adoptado medidas locales restrictivas. La contaminación puede darse *ta.* por fallas en la construcción de pozos, por actividades agrícolas, uso de agroquímicos, residuos industriales en zonas de afloramiento o ventanas en los basaltos de aguas confinadas. Los principales usos son: abastecimiento público, consumo de la población, riego, industrias química, metalífera, minera, turística. El Informe destaca que en la mayor parte del SAG no se dan los efectos de las aguas superficiales "aguas arriba-aguas abajo" por la lentísima circulación (casi imperceptible). Ello, a tal punto, que en las aguas superficiales se mide la velocidad de drenaje en metros/segundo, y en el SAG metros/año.

Energía Atómica (OIRA) y el Servicio Geológico de Alemania. Los estudios técnico-científicos y otras actividades diversas realizadas fueron licitadas y contratadas a terceros<sup>14</sup>.

Tal como lo señala textualmente el Informe del Proyecto Estratégico de Acción del SAG: "El PSAG ha ejercido un papel motivador en el avance y mejoramiento de la gestión de las aguas subterráneas en cada uno de los países involucrados. Son ejemplos de estos avances: -la aprobación en la Subsecretaría de Recursos Hídricos de Argentina de un programa federal de aguas subterráneas con un componente dedicado a acuíferos transfronterizos y aproximación de las Provincias y del Consejo Hídrico Federal (COHIPE) a temas relacionados al SAG y a aguas subterráneas; el perfeccionamiento del Plan Nacional de Recursos Hídricos de Brasil y de las consecuentes actividades de expansión del conocimiento técnico y capacitación en aguas subterráneas promovidas por la Agencia Nacional de Aguas (ANA); -la inclusión del tema "gestión de aguas subterráneas" y el incentivo que significó el PSAG en los procesos de aprobación de la Ley de Recursos Hídricos de Paraguay (Ley N° 3239/07), para la cual los productos generados por el PSAG, principalmente los relacionados al proyecto piloto de Itapúa, se convirtieron en referencias nacionales y pasaron a ofrecer al país la posibilidad de reglamentar la ley; -la reglamentación de la Ley de Recursos Hídricos y la creación de una unidad nacional de gestión del SAG propuesta en Uruguay"<sup>15</sup>.

Dada la brevedad de este trabajo, no podemos extendernos en la normativa del SAG. Sólo señalaremos las principales normas internas de los cuatro países y algunas internacionales aplicables al acuífero.

En Argentina se ha establecido el dominio público provincial de las aguas subterráneas, cayendo la responsabilidad de la gestión en las Provincias. Sin embargo hay normas federales que establecen presupuestos mínimos (vg. Ley General del Ambiente N° 25675, Ley de Gestión Ambiental de Aguas N° 25688), existiendo una Subsecretaría de Recursos Hídricos dentro del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios. Las seis Provincias del SAG (Corrientes, Chaco, Entre Ríos, Formosa, Misiones, Santa Fe) poseen Códigos de Aguas y cinco de ellas regulan de forma específica el aprovechamiento y protección de aguas subterráneas. Santa Fe es la excepción. Esta provincia y Entre Ríos han

<sup>14</sup> Empresas SNC Lavalin International (Canadá), LCV (Argentina), Geodatos SRL (Argentina), PyT Consultora SRL (Argentina), Proinea SRL (Argentina), DH SRL (Brasil), Consorcio Guaraní (Tahal Consulting Engineers Ltd., Israel; Selcoo SRL, Uruguay; Hidroestructuras SA, Argentina; Hidrocontrol SA, Paraguay; Hidroambiente SA, Brasil), bajo la coordinación y supervisión de la OEA y la Secretaría General del PSAG. (V. SANTA CRUZ, J.N., "Sistema Acuífero Guaraní. El conocimiento hidrogeológico (...)", ob. cit.).

<sup>15</sup> Informe AG- PEA, 2009, ob. cit., pp. 65-66.

establecido en 2005 normas técnicas de perforación de pozos para la extracción de aguas subterráneas (Dirección de Hidráulica y Ministerio de Asuntos Hídricos, respectivamente). Entre Ríos está implementando acciones más específicas para la gestión de aguas termales ya que la Ley de Aguas N° 9172/1998 no se aplica a aguas subterráneas. Misiones, mediante la Resolución del Ministerio de Ecología no 429/2006, estableció normas técnicas para la construcción de pozos y perforaciones para extracción de aguas subterráneas.

En *Brasil* existen leyes que establecen políticas nacionales para el medio ambiente y recursos hídricos, las que consagran el dominio público estatal sobre las aguas subterráneas. El Consejo Nacional de Recursos Hídricos (CNRH) y los Consejos Estaduales de Recursos Hídricos (CERH) regulan la gestión y protección de aguas subterráneas. En el ámbito del Plan Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) fue propuesto el Programa Nacional de Aguas Subterráneas (PNAS), coordinado por la Secretaría de Ambiente Urbano y Recursos Hídricos del Ministerio de Medio Ambiente (MMA) y por la Agencia Nacional de Aguas (ANA). Este Programa Nacional consta de subprogramas específicos (monitoreo de aguas subterráneas; desarrollo de aspectos institucionales y jurídicos; capacitación, comunicación y participación social, entre otros). Los ocho Estados del SAG, mediante legislación, establecieron la Política Estadual de Recursos Hídricos. Siete de ellos aprobaron normas específicas relacionadas a la gestión, extracción y protección de las aguas subterráneas. En *São Paulo* el Consejo Estadual de Recursos Hídricos delimitó áreas de restricción y control de captación y uso de aguas subterráneas en el municipio de *Ribeirão Preto*, área especialmente sensible del SAG.

En *Paraguay* (Estado de conformación política unitaria), además de las leyes ambientales, existe la Ley de Recursos Hídricos aprobada en 2007, que establece el dominio público sobre las aguas subterráneas. Fueron adoptadas resoluciones sobre la gestión de aguas y construcción de pozos para la captación de aguas subterráneas. La Secretaría del Ambiente (SEAM) es responsable *l.a.* de la gestión de los recursos hídricos y el Ente Regulador de Servicios Sanitarios (ERSSAN) regula los servicios de agua y saneamiento.

En *Uruguay*, existen leyes ambientales y de recursos hídricos (código de aguas). La Constitución de carácter unitario establece el dominio público sobre las aguas subterráneas y los principios para su gestión. Fue aprobado el decreto del Plan de Gestión del Acuífero Guaraní y las normas técnicas de perforación de pozos para la captación de aguas subterráneas. En enero de 2008, las atribuciones de la Dirección Nacional de Hidrografía (DNH) pasaron a la Dirección Nacional de Agua y Saneamiento (DINASA) del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente

(MVOTMA), que se convirtió en responsable de la gestión y protección de los recursos hídricos del país.

La principal normativa nacional *general* por país aplicable al SAG es la siguiente:

\* *Argentina*: -Constitución Nacional (CN) de 1994, la que reconoce que las Provincias poseen el dominio originario sobre los recursos naturales (*i.e.* agua) existentes en su territorio (art. 124). -Código Civil (CC): las aguas superficiales pertenecen al dominio público del Estado. Tras la Reforma del código de 1966 incluye las aguas subterráneas en el dominio público (art. 2340).

\* *Brasil*: -Constitución Federal (CF) de 1988: el agua es un bien de uso común del pueblo - bien difuso (art. 225); compete a la Unión legislar sobre las reglas generales sobre aguas (art. 22,IV); las aguas subterráneas se incluyen entre los bienes de los Estados, con excepción de las aguas subterráneas minerales que se encuentran bajo dominio federal;- Ley N° 9433/1997 - Política Nacional de Recursos Hídricos: el agua es de dominio público (art. 1, I).

\* *Paraguay*: -Ley N° 3239/2007: las aguas superficiales y subterráneas son de dominio público del Estado; -Código Civil de 1985: los ríos y todas las aguas que corren por afluentes naturales son bienes de dominio público del Estado (modificado por Ley N° 2559/2005 que extiende el dominio a aguas subterráneas); - Ley Orgánica Municipal N° 1238/1987: los ríos, lagos y arroyos son de dominio municipal. La Ley N° 3239/2007 menciona las restricciones al dominio de las márgenes de dominio privado adyacentes a afluentes hídricos. Las aguas subterráneas son de competencia de los municipios sin perjuicio de las demás autoridades.

\* *Uruguay*: -Art. 47 de la Constitución (ref. 2004): las aguas superficiales, así como las subterráneas, con excepción de las pluviales, integrantes del ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forman parte del dominio público estatal, como dominio público hidráulico.

La principal normativa nacional en materia de aguas y regímenes anexos por país es:

\* *Argentina*: No habiendo ley federal de aguas, cada Provincia regula el uso, aprovechamiento y protección del recurso; -Conforme lo dispuesto en el art. 41 de la CN de 1994, hay leyes ambientales aplicables a los acuíferos: -Ley General Ambiental, N° 25675/2002, -Ley de Gestión Ambiental de Aguas N° 25688/2002, -Ley de los Principios Rectores de Política Hídrica, adoptados por las Provincias por medio del Acuerdo Federal del Agua de 2003 (principios 1, 2, 31, etc.); -Ley de Derecho de Acceso a la Información Ambiental que se encuentre en poder del Estado N° 25831/2004, -Ley de



Protección Ambiental de los Bosques Nativos N° 26331/2007; Código Penal art. 182 (usurpación de aguas).

*\*Brasil:* -Construcción Federal de 1968 (artículos 225, 20, III y IX; 22, IV; 23, XI; 26, I y 170, VI); -Decreto N° 24643/1934 Código de Aguas; art. 96 a 101 referentes a aguas subterráneas; -Código de Aguas Minerales Decreto N° 7.841/1967; -Código Penal (artículos 270 y 271 - penas por contaminación de agua potable); -Código de Minería Decreto N° 227/1967 (art. 10, V); -Ley N° 6938/1981 Reglas generales para la protección del medio ambiente; -Ley N° 9433/1997 (Política Nacional de Recursos Hídricos); -Ley N° 9984/2000, crea la Agencia Nacional de Aguas (ANA); -Decreto N° 4613/2003, reglamenta el Consejo Nacional de Recursos Hídricos (CNRH); -Ley N° 10681/2004 (Agencias de Aguas); -Decreto N° 6107/2007 (art. 23); -Ley de Crimen Ambiental N° 9985/2000 modificada por el Decreto N° 4430/2002 de Bosques Públicos; -Política Nacional de Saneamiento Básico, Ley N° 11445/2007.

*\*Paraguay:* -Ley N° 5239/2007 de los Recursos Hídricos del Paraguay, regula la gestión sostenible e integral de todas las aguas y territorios; -Ley Forestal N° 422/1973; -Ley N° 836/1960 Código Sanitario; -Ley N° 294/1993 Ley de Evaluación de Impacto Ambiental; -Decreto N° 14281/1996 que reglamenta la Ley N° 294/1993 con actividades sujetas a esta ley: construcción y operación de sistemas de abastecimiento de aguas, tratamiento y disposición de aguas servidas, y descarga de efluentes industriales en ríos o cuerpos de agua; -Ley N° 352/1994 de Áreas Silvestres Protegidas; -Ley N° 1561/2000 crea el Sistema Nacional Ambiental, el Consejo Nacional del Ambiente y la Secretaría del Ambiente; -Ley N° 1614/2000 Ley General del marco regulatorio y tarifario del servicio público de provisión de agua potable y alcantarillado sanitario de la República del Paraguay (rige solamente el servicio); -Resolución N° 2155/2005 de especificaciones para la construcción de pozos tubulares para la captación de aguas subterráneas.

*\*Uruguay:* -Código de Agua, Ley N° 14589/1978; -Ley N° 15239/1981 Conservación de Suelos y Aguas; -Ley N° 16466/1994 Evaluación de Impacto Ambiental; -Ley N° 16858/1997 Riego; -Ley N° 17234/2000 Áreas Naturales Protegidas; -Ley N° 17283/2000 Protección Ambiental; Juntas Asesoras de Riego Decretos N° 442/1970 y N° 128/2003; -Permisos de descarga de efluentes Decreto N° 253/1979; - Sanciones por contravenciones al Código de Aguas (multas) Decreto N° 123/1999; -Plan de Gestión del Acuífero Infrabasáltico Guaraní Decreto N° 214/2000; -Registro Público de Aguas Decreto N° 460/2003; -Normas Técnicas de Construcción de pozos perforados Decreto N° 86/2004; -Distribución de competencias

<sup>16</sup> Las leyes y los decretos del Poder Ejecutivo son de aplicación nacional.

en materia de aguas Decreto N° 335/2004; -Evaluación de Impacto Ambiental Decreto N° 349/2005; -Comisión Asesora de Aguas y Saneamiento Decretum N° 450/2006; -Resolución del Poder Ejecutivo N° 769/2001 reglamenta el funcionamiento de la *Junta Asesora del Acuífero Infrabasáltico Guaraní*.

La normativa de los cuatro países manifiesta coincidencias que facilitan la gestión coordinada en el ámbito transfronterizo. El PEA<sup>17</sup> señala los principios comunes a los cuatro países del SAG: -dominio público del agua subterránea;- existencia de comités o comisiones de cuenca; -normas de protección del medio ambiente (*i.e.* concesión de licencias de uso y descargas de agua; -registro público de derechos de uso; -inventario de obras hidráulicas; -deber inter generacional de disponibilidad de agua para el futuro; uso racional, integrado y sostenible de los recursos hídricos; -concepción del agua como recurso limitado con valor económico; -uso múltiple pero con un uso prioritario reconocido (consumo humano); -unidad de gestión de la cuenca hidrográfica; etc.

Durante el desarrollo del PSAG, los países del SAG definieron de forma participativa las siguientes premisas y reconocieron las siguientes situaciones:

1. El SAG, al igual que todas las aguas subterráneas, se encuentra bajo la soberanía de los países del sistema. Consecuentemente, la gestión es responsabilidad de cada país, sin que ello implique desconocer la necesidad de coordinación y cooperación regional, indispensable para la implementación de acciones estratégicas de amplitud regional o nacional, sean transfronterizas o no.

2. El objetivo final de la iniciativa PSAG es la protección del SAG con un enfoque de prevención y de uso sostenible, lo que establece la necesidad de identificar sus mayores vulnerabilidades y proponer acciones de gestión para cada país y para el conjunto cuando hubiera necesidad<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Debe recordarse que el objetivo del PEA ha sido consolidar el proceso para la gestión coordinada y sostenible del SAG en los países del acuífero, mediante la definición de un conjunto coherente de acciones estratégicas de consenso tanto en los ámbitos nacionales y regionales entre los cuatro países. Estas acciones tienen el objetivo de prevenir, remediar y/o resolver las causas de los problemas actuales y potenciales de incidencia sobre el SAG, así como fortalecer la cooperación y coordinación entre los países. No sólo se ocupó del conocimiento geológico/hidrogeológico del SAG, la elaboración de mapas, la construcción de redes de monitoreo de pozos, la elaboración de modelos matemáticos de simulación de escenarios de uso, del seguimiento en áreas piloto sino que, también, se ocupó de evaluar los marcos normativos e institucionales de los cuatro países, así como diseñar los acuerdos internacionales aplicables.

<sup>18</sup> El PEA (2003-2009) incorporó ese objetivo y ejerció esta función de amalgama entre los países.

3. No fueron diagnosticados problemas de contaminación o explotación intensa que no sean locales o puntuales.

4. Los marcos legales e institucionales deben posibilitar acciones concretas ante estas situaciones de carácter local.

5. Los estudios realizados en los Proyectos Piloto ponen en evidencia que los actuales efectos transfronterizos del SAG están limitados a una zona determinada, cuya magnitud depende de las condiciones hidrodinámicas específicas de explotación, en general restringidas a algunas decenas de kilómetros. Esos efectos podrían ser minimizados o potencializados en procesos futuros de cambio de uso del suelo, principalmente en áreas de recarga (deforestación, sustitución de cultivos, uso intensivo y manejo inadecuado de agroquímicos y aumento de las demandas hídricas) o en función del aumento del uso del SAG en sus áreas confinadas para riego o aprovechamiento termal, etc.

El PEA recomendó una mejor articulación entre las provincias/ estados del SAG en el ámbito de las comisiones o consejos de cuenca nacionales en los Estados federales como Argentina y Brasil e incorporación de los entes locales en ese tipo de entidades. En los países unitarios como Paraguay y Uruguay se consideró útil la descentralización de funciones y la integración de los sectores de agricultura, ordenamiento territorial y uso del suelo en los consejos o comisiones de Aguas.

En el ámbito de labor común de los cuatro Estados del SAG se propuso *l.a.* la elaboración de un Manual de Perforación común y la creación de un Registro de perforadores y/o de recursos hídricos; a más de la unificación de criterios comunes para la EIA.

Con el informe del PEA, el Proyecto para la Protección Ambiental y Desarrollo Sostenible del SAG ha cumplido su objetivo de proveer un marco de gestión más allá de la etapa de ejecución del proyecto (2003-2009). En el Informe se destacó la conveniencia de dar en la etapa post PEA (2010 en adelante) continuidad a los principales instrumentos de gestión desarrollados en la etapa PSAG, en particular del sistema de información (SISAG), de la red de monitoreo y de modelos matemáticos, y la disseminación del conocimiento técnico producido<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> La etapa Post SAG (2010 en adelante) se ha valido de la estructura institucional de la etapa del Proyecto, *vg. Comités Técnicos* (Argentina se responsabilizó del *Comité de Sistema de Información*; Brasil del *Comité de Monitoreo y Modelos Matemáticos*; Paraguay del *Comité de Capacitación y Difusión*); *Grupo de promoción de la gestión local* (con representantes de las Comisiones de Apoyo y de Gasifin Local creados en los proyectos piloto). A diferencia de la etapa anterior, se articula desde la *Unidad de Articulación*. La Oficina de Articulación tiene su sede en Montevideo (Uruguay) y es responsable además de la articulación de nuevas acciones, de la capacitación técnica para nuevas propuestas y de la financiación. Cada país responde por los proyectos piloto existentes durante la ejecución del PSAG. Se ha estimado que la etapa Post SAG conlleva riesgos. Entre ellos, -deterioro de las comisiones por fallas de

El Informe del PBA, en su Anexo institucional y normativo hace referencia a más de una docena de acuerdos internacionales entre los países del SAG, entre los que se destacan por ser parte los cuatro Estados del sistema: -el Tratado de la Cuenca del Plata (1969), -el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR (2001), -el Acuerdo entre cada uno de los Gobiernos y la OEA para la Ejecución del Proyecto de "Protección Ambiental y Desarrollo Sostenible del Sistema Acuífero Guaraní" (2002/2003). Además, debe tenerse presente el Proyecto de Declaración de Principios Básicos y Reglas de Acción para el Sistema Acuífero Guaraní, aprobado por el Consejo Superior de Dirección del Proyecto<sup>20</sup> (2004).

El 2 de agosto de 2010 Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay suscribieron el *Acuerdo sobre el Acuífero Guaraní (AAG)* de 2 de agosto de 2010, aún no entrado en vigor, el que, en buena parte de su texto recepta los principios básicos del *Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos (PDAT)* de 2008, si bien con sensibles diferencias, destacándose el primero de los instrumentos citados por su percepción soberanista, reiterada en distintos artículos<sup>21</sup>.

El AAG se estructura como conjunto normativo unitario sin división en partes, capítulos o títulos, centrándose en el principio de soberanía territorial y sus corolarios: -la integridad territorial; -la transparencia en la utilización del recurso con base en el deber de informar a las otras Partes de toda actividad y obra que se proponga ejecutar o autorizar en su territorio susceptible de tener efectos en el Sistema Acuífero Guaraní más allá de sus fronteras; -la utilización equitativa y razonable; -la obligación de no causar perjuicio sensible a las demás Partes ni al medio ambiente (*sic utere tuo ut alienum non laedas*). Además, dispone sobre el principio de cooperación interestatal en materia de: -intercambio adecuado de información técnica sobre estudios, actividades y obras que contemplen el aprovechamiento sustentable de los recursos hídricos del Sistema Acuífero Guaraní; -consulta y negociación en caso de percepción diferenciada sobre los efectos de

---

articulación y evolución de instrumentos de gestión como el SISAG y la Red de Monitoreo y Modelos; -debilitamiento de las comisiones locales de los Proyectos Piloto por falta de institucionalización y de atribuciones específicas en la gestión de las aguas subterráneas y del suelo; -dispersión y fragmentación de memoria técnica generada en la etapa de ejecución del PSAG en el caso de que no exista el SISAG o un banco de datos central accesible, etc.

<sup>20</sup> Órgano decisorio superior del PSAG.

<sup>21</sup> V. nuestro trabajo "Principio de soberanía estatal en el Acuerdo sobre el Acuífero Guaraní y en el Proyecto de la CDI sobre Acuíferos Transfronterizos"; ponencia para la *Conferencia Internacional: A gestión do Sistema Aquifero Guaraní - um exemplo de cooperação, organizada por CEPAS, Instituto de Geociências (USP), University of Surrey (Inglaterra), Secretaria do Meio Ambiente de São Paulo, São Paulo 21 a 23 de septiembre de 2011*. V. asimismo "Principios generales aplicables a los cursos de agua y acuíferos internacionales", CASADO, R. (Ed.), *Libro Homenaje al Profesor José Manuel Poides Marón*, Universidad de Córdoba, Córdoba España, 2011.

las actividades proyectadas por alguno de los Estados; -establecimiento de un sistema de solución de controversias; -programas de cooperación con el propósito de ampliar el conocimiento técnico y científico sobre el Sistema Acuífero Guaraní, promover el intercambio de informaciones útiles y sobre prácticas de gestión, así como desarrollar posibles proyectos comunes.

Es de observar que, tanto el ejercicio de los derechos soberanos como la cooperación —de conformidad al AAG—, deben desarrollarse de acuerdo al derecho internacional aplicable, con lo que el propio acuerdo remite a normas del derecho internacional general, particularmente, los principios y reglas consolidadas consuetudinariamente, aspectos que hemos considerado en trabajos anteriores<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> V. sobre el tema nuestros trabajos "Puentes del Derecho Internacional del Medio Ambiente" (Cap. II), SÍNDICO, F. -FERNÁNDEZ EGEA, R.-BORRÁS PENTINAI, S. (Eds.) *Derecho Internacional del medio ambiente: Una visión desde Iberoamérica*, Cameron May, London, 2010; "El Derecho internacional ambiental como subdisciplina del Derecho internacional público en la 'era global'", *Encuentro de Academias Nacionales de Derecho*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Arcoana, 2011; "Derechos especiales/regímenes autónomos y el derecho internacional", en PUEYO LOSA, J. et al. (Eds.) *Estudios de derecho internacional en homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, Universidad de Santiago de Compostela, Tecnos, Madrid, 2011.



## **GLOBALIZACIÓN VERSUS DESARROLLO TERRITORIAL. LO REGIONAL Y LO LOCAL EN LA BÚSQUEDA DE UN PLANEAMIENTO TERRITORIAL EFICAZ**

*María Cristina Montenegro\**

**Resumen:** En este estudio se analiza el impacto de la globalización sobre el territorio, su ordenamiento y gestión habida cuenta de restricciones, y también de las oportunidades, que el proceso globalizador tiene para las regiones, las ciudades y las localidades cotidianas.

Luego, y entendiendo al territorio como un sistema complejo y evolucionando en un ambiente de incertidumbre, se propone un planeamiento territorial prospectivo y el diseño de modelos de futuro que incorporen aquellas categorías propias del cambio sistémico global.

Este enfoque de planeamiento tiene como objetivo el desarrollo territorial regional y local eficaz.

**Palabras clave:** Globalización - Ordenamiento territorial - Desarrollo territorial - Planificación prospectiva - Escenario de futuro.

### **Introducción**

Dentro de los efectos del proceso globalizador existe una reestructuración de los territorios, acentuada a la inserción en un escenario de interdependencia, flujos y movibilidades facilitados por el desarrollo de la tecnología informacional y comunicacional y los criterios de competitividad de un mercado en red. En el presente estudio se parte del supuesto de que los territorios no pueden permanecer ajenos a la globalización y deben reestructurarse para minimizar las amenazas y potenciar las oportunidades del proceso en marcha.

De allí, la necesidad de indagar sobre la relación existente entre globalización y ordenamiento territorial a partir del interrogante acerca de cuál es la forma en que la globalización impacta sobre el territorio y cómo gestionarlo a partir del planeamiento territorial.

---

\* Magister en Relaciones Internacionales. Profesora e investigadora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Coordinadora de la Diplomatura en Diplomacia Contemporánea de la Secretaría de Post Grado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. E-mail: cristinmont@hotmail.com

## El territorio como actor

El territorio suele confundirse con otro concepto: el espacio, considerándolos sinónimo. Para el presente estudio el territorio es el de espacio natural culturalmente incorporado por la sociedad. El espacio incorporado y valorizado, de manera simbólica e instrumental, por los grupos (Giménez: 2000) tiene una relación de anterioridad con respecto al territorio y se caracteriza por su valor de uso. Por otro lado, el territorio es el resultado de la incorporación y valorización del espacio a través de la representación y el trabajo, como "producción" a partir del espacio inscrito en el campo del poder, por las relaciones que pone en juego, y se caracteriza por su 'valor de cambio'. Se podría representarse metafóricamente como *la prisión que nos hemos fabricado para nosotros mismos*. En resumen, serían tres los ingredientes primordiales de todo territorio: un espacio, el poder y la frontera" (Giménez: 2000).

*El territorio es una obra humana. Es un espacio apropiado. Apreciado se entiende en los dos sentidos: propio a sí mismo y propio a cualquier cosa. Es la base geográfica de la existencia social* (Brunet, 1990: 23).

Además, el territorio, es objeto de operaciones simbólicas y una especie de pantalla sobre la que los actores sociales, ya sea individual o colectivo, proyectan sus concepciones del mundo. Por eso el territorio puede ser considerado como zona de refugio, como medio de subsistencia, como fuente de recursos, como área geopolíticamente estratégica, como circunscripción político-administrativa, etc.; pero también como paisaje, como objeto de apego afectivo, como tierra natal, como lugar de inscripción de un pasado histórico y de una memoria colectiva y, en fin, como 'geosímbolo' (Giménez: 2000: 93).

Visto de esta manera, se explica por qué el territorio tiene dos dimensiones: ecológico-ambiental y político-militar, conceptos esenciales para comprender las pugnas por el control de recursos, circuitos, áreas de mercado, empresas transnacionales, grandes negocios, orden económico, el carácter excluyente de los dominios.

*Toda sociedad tiene territorio, produce territorio. De hecho, tiene por lo general varios territorios, una multitud de ellos: para habitar, trabajar, recrearse e incluso soñar; espacios vividos y acontecidos; células locales y redes ramificadas. Esto complica la situación y funda y enriquece la libertad. La peor de las situaciones es la de no disponer más que de un solo territorio a ser defendido contra cualquier intruso; esto le sucede a los animales y a los pueblos desamparados* (Brunet, 1990: 23)

Por otro lado tiene una acepción cultural, de factura más contemporánea, al poner de manifiesto la importancia de las dimensiones subjetiva e inter subjetiva, que median y participan en la relación sociedad-



naturaleza, y constitutivas de lo territorial. El territorio tiene una existencia mental a través de las múltiples representaciones, significados y valores que las personas elaboran de los puntos, recorridos, áreas.

Además, existe una elaboración inter-subjetiva —colectiva— de incorporación a través de los comportamientos sociales e individuales que median las relaciones sociedad-naturaleza; normas y códigos que se suponen “útiles” a la reproducción tanto de la sociedad como del medio natural en la que se desenvuelve. También existe como imagen mental, subjetiva y culturalmente donde la política, entendida tanto como dominio y como construcción del bien común, contribuye a la elaboración del futuro, de lo que se será. Adicionalmente estas imágenes conjugan todos los tiempos de cada sociedad —presente, pasado y futuro— de manera única en cada lugar (Cuervo: 2006).

Finalmente, siguiendo a Cuervo (2006), el concepto de territorio ayuda a definir un campo problemático construido sobre la base de la tensión fundamental entre sociedad y naturaleza. Involucra al menos tres dimensiones estratégicas: poder, funciones y representaciones, cada una de ellas con características activas y pasivas. La territorialidad humana se define como el conjunto de relaciones sostenidas por el hombre, en cuanto miembro de una sociedad, con la exterioridad y la alteridad que permiten las meditaciones e instrumentos. Los instrumentos y los conceptos son los que dan significado a la territorialidad humana toda vez que los eslabones, los nodos y las redes son producidos por sistemas de instrumentos técnicos, económicos, sociales, culturales y políticos. Estos eslabones, nodos y redes, constituyen un sistema territorial mega mediador a partir del cual toda sociedad regula sus relaciones con el espacio para adquirir su autonomía (Rafiestin: 1988: 265-266).

### **La globalización como escenario**

La globalización es la mayor interacción entre las naciones y el paulatino reemplazo de las economías nacionales por una emergente economía global. Antes, la geografía política definía un área de poder económico autónomo en tanto la soberanía política y económica coincidía por completo, al menos en términos teóricos. Como consecuencia, siguiendo en el nivel teórico, los componentes de la economía nacional: mano de obra, tierra, capital, eran básicamente inamovibles y estaban bajo el control de la autoridad territorial al menos en su campo de acción legítima.

Hoy, la economía, la política y la cultura siguen una de las macro tendencias que redefinen el contexto mundial a partir de la emergencia de un único espacio global caracterizado por la interdependencia, los flujos y las movi­lidades que se solapan sobre los viejos territorios. En este espacio

se despliega un conjunto de sistemas, cuyos componentes funcionan integrados a pesar de la dispersión y la distancia.

Las nuevas dinámicas globales tienen, a su vez, una creciente incidencia en los territorios y sociedades particulares aumentando la complejidad y generando incertidumbre en relación al desarrollo territorial. La globalización implica, en un mismo tiempo, la construcción de la infraestructura del nuevo espacio global apoyado en las nuevas tecnologías de informática, telecomunicaciones y transportes. La constitución de sistemas globales de acción en las dimensiones política, económica y cultural, incluyendo la constitución de nuevos actores globales, nuevos códigos y normas y nuevos ámbitos y mercados.

Por otra parte, se verifica una paulatina integración de componentes territoriales, preexistentes en los nuevos sistemas globales. Es el caso de las ciudades y regiones altamente integradas en los circuitos globales. Además, se observa simultáneamente la incidencia de lo global en cada territorio local, integrado o no, y la progresiva interdependencia de los territorios por más distantes que se encuentren unos de otros.

Hoy la globalización da cuenta de una paulatina fusión de las economías nacionales por las interacciones que afectan de manera decisiva la actividad económica nacional que comienzan y finalizan más allá del poder del gobierno nacional y muchas veces más allá de su conocimiento. Así, las fuerzas externas y los mercados globales tienen influencia en el ámbito doméstico del empleo en los salarios y en el bienestar de la sociedad. Cada vez más la política económica nacional se convierte en sólo uno de los tantos factores que afectan a regiones y ciudades e, incluso, en el bienestar de las poblaciones en los distintos puntos del territorio nacional. Esto como consecuencia de una integración económica dispar cuyo reflejo se observa en la emergencia de las resistencias a la globalización (Harris: 2006).

Existe un nuevo paradigma tecnológico que subyace en el denominado modelo post fordista y que se articula con las nuevas tecnologías de la información y la comunicación que participan en la nueva estructura global.

La emergencia de los sistemas globales requiere una reestructuración territorial en tanto la globalización es un cambio sistémico multidimensional que inciden sobre esa reestructuración que se concreta en cambios que pueden alterar el desarrollo y la competitividad de algunos territorios.

Como consecuencia de lo anterior aparecen numerosas agencias oficiales y privadas, regionales y subnacionales. Estas pueden detectarse en los diferentes niveles de gobierno: nacionales, provinciales y locales, organizaciones no gubernamentales, algunas de ellas multinacionales, sindicatos, universidades, etc. Estas múltiples agencias disputan la influencia

dentro de jurisdicciones volviendo compleja y dispersa la toma de decisión centralizada propia de la antigua agenda.

Así, la descentralización de poderes y finanzas del ámbito central al ámbito regional o local crea nuevos centros y agendas de gestión. Por caso, se observa un mapa de redes de ciudades y regiones que tienden sus vínculos hacia el exterior y las ciudades se convierten en centros de gestión o logística para la economía mundial. La tecnología permite la interconexión global de la región y de las ciudades. Lo dicho, se podría resumir en que la globalización ha restaurado lo regional y lo local.

*La fusión económica estimula la fisión política, aumentando la diferenciación social entre unidades territoriales, ya sea que esto se refleje en la descentralización legal, explícita o no. Los negocios, durante tanto tiempo obsesionados con los asuntos gubernamentales nacionales como un factor determinante clave de ganancias, han llegado ahora, en muchos casos, a ver lo local como crucial para la actividad comercial. La globalización es, por tanto, una liberación para las ciudades, el levantamiento de un rígido control nacional que las redujo a ser tan sólo instrumentos de la política nacional, y una restauración de cierta medida de autogobierno y autodesarrollo. Esto se aplica, en cierto modo, a restaurar su papel histórico esencial. Pues el punto económico de las ciudades no es que produzcan un tipo de producto u otro, sino que concentren inteligencia en una escala capaz de obligar a una innovación continua* (Harris: 2006: 194).

Vista como amenaza, la globalización puede dañar el desarrollo de los algunos territorios y sumirlos en el subdesarrollo excluyendo de los beneficios a sus sociedades. Esto puede suceder debido que tales territorios no son relevantes para la economía global con lo cual el destino les reserva una perspectiva de estancamiento o retroceso, incluso de irrelevancia. Una muestra de ello es la falta o el retiro de inversiones externas en búsqueda de nichos más ventajoso en otros lugares del planeta. Las consecutivas crisis financieras durante la década de los 90'es un ejemplo.

Una de las razones que dan entidad a las amenazas es el debilitamiento del Estado en el suministro de los bienes públicos dejando "desprotegidos" a sus sociedades y sometidos a las fuerzas fragmentadoras y disgregadoras no constreñidas por la regulación y control de las entidades nacionales.

Por otro lado, la globalización es una ventana de oportunidades en tanto permite a ciertos territorios un acceso más abierto a recursos y oportunidades como la tecnología, el capital y el acceso a los mercados. Además, permite a ciertos territorios una revalorización de recursos endógenos latentes de fuerte inscripción territorial, y les permite reposicionarse en el espacio global. Frente a esto, el ordenamiento territorial, su gestión y planeamiento demanda una revisión de los paradigmas clásicos del desarrollo.

## El Desarrollo Territorial en busca de un paradigma

En una economía global la localización de los capitales, la tecnología y el conocimiento escapan a la exclusiva potestad del Estado hacia las regiones, las ciudades y las jurisdicciones subnacionales quienes compiten para atraer actividades económicas buscando generar sus propias condiciones de desarrollo. Por esta razón el desarrollo conceptualmente se plantea en una escala diferente a la nacional.

*Mientras que el conocimiento acerca del crecimiento económico territorial es bastante amplio no ocurre lo mismo con el desarrollo territorial el cual incluye al primero pero no se define exclusivamente por él. No obstante la incertidumbre geoesológica, aparecen algunas evidencias que plantean la necesidad de una reconceptualización de la noción de desarrollo en el marco de la globalización, la revolución tecnológica y la descentralización; para ellos el desarrollo territorial aparece como un posible paradigma (Roccatagliata: 2001:21).*

El planeamiento tradicional basado en el crecimiento concentrado, buscaba promover la distribución territorial a partir del uso de recursos externos al "área objetivo". En el caso del desarrollo territorial contemporáneo la búsqueda se orienta a superar los desequilibrios a través de la promoción de potencialidades de desarrollo competitivo y aprovechamiento de recursos exógenos devinientes de la globalización. Es un concepto integral y articulador de los procesos sociopolíticos y económico-culturales donde adquieren peso los factores inmateriales como capital social, innovación, capacidad emprendedora, etc.

Estas oportunidades globales y las capacidades e iniciativas locales permitirán el desarrollo regional endógeno entendido como maximización de factores específicos de una región en el sistema de competencia abierta articulado a la red mundial de procesos económicos y sociales. Como sostiene Castells (1999) Lejos de inducir a la pasividad de los territorios organizados, la globalización se plantea como un desafío a sus capacidades e iniciativas.

*...el efecto paradójico del sistema tecnológico-institucional internacional (...) es hacer aún más importante la movilización "endógena" local de recursos y habilidades para la industrialización, como condición de éxito en el ambiente recientemente internacionalizado (Storper, 1990: 131).*

El nuevo protagonismo de las estrategias territoriales para el desarrollo hace que los factores potenciales de mismo se desplacen de los recursos naturales y las ventajas estáticas a las ventajas dinámicas basadas en la capacidad de innovación. Así las políticas territoriales, antes consideradas como mera distribución de recursos con criterios de equidad territorial son ahora instrumentos para la movilización de recursos locales para lograr competitividad y crear empleo.

... el desarrollo territorial busca integrar en una dimensión espacial el análisis para la superación de los desequilibrios y, al mismo tiempo, la promoción de fortalezas. Si hay lugares que triunfan y lugares que pierden, el centro de la cuestión gira en torno a cómo reestructurar los sistemas productivos, generar el capital social y las capacidades necesarias para que puedan crear condiciones equitativas de desarrollo (Roccatagliatta: 2001: 22).

Como las nuevas ventajas dinámicas se asientan sobre factores socialmente construidos, las decisiones políticas, económicas y tecnológicas de los actores privados y las instituciones públicas locales y regionales van adquiriendo un rol protagónico. Desde esta perspectiva, la noción de desarrollo territorial lleva implícito un reconocimiento de lo local y lo regional y constituyen elementos dinámicos, complejos y con especificidad diferente por lo que la gestión del desarrollo debe incorporar la singularidad de lo local sin perder de vista la nacional o lo global<sup>1</sup>.

Resulta importante no perder de vista que, si bien es cierto que las empresas compiten en los mercados globales, los factores que permiten crear y sostener su competitividad están ligados a bases territoriales. Esos factores, como sostiene Porter (1991) están referidos a sectores y entornos geográficos determinados por lo que en un mercado de creciente competencia global han potenciado la importancia de las naciones, y no al contrario (Krugman: 2001). La ventaja competitiva se crea y sostiene a través de un proceso fuertemente localizado. Las diferencias de valores, culturas, estructuras económicas, instituciones e historias nacionales contribuyen todas al éxito competitivo. Boisier (1994) señala que los territorios organizados son los nuevos actores de la competencia internacional por capital, por tecnología y por nichos de mercado.

Por otro lado, la articulación entre empresa y nación, entendida en términos de la acción micro de empresarios a la acción macro política, económica y sectorial, se ubica el factor estratégico como la constitución de un mesonivel consistente, activo y sinérgico. El mesonivel se entiende como un sistema territorializado de relaciones sinérgicas entre agentes económicos, sociales y políticos orientadas a la innovación. En los últimos años, bajo distintas formas, el mesonivel socio territorial viene siendo ob-

<sup>1</sup> Un caso paradigmático es concepto de desarrollo policéntrico, equilibrado y sostenible de la UE que se debate en el campo emergente del ordenamiento territorial europeo de la Perspectiva de Desarrollo Especial Europeo, más frecuentemente debatida por académicos e invocada por quienes participan en la decisión de desarrollo espacial a diferentes escalas en Europa la política (Richardson & Jensen, 2000). El término de desarrollo policéntrico fue aceptada en el ordenamiento territorial europeo durante la formulación de la PRSD quien realiza la función desde un dispositivo de búsqueda de consenso (Pekudl y Waterhout, 2002). Suplanta conceptualizaciones anteriores, en particular el modelo núcleo- periferia (Yamazaki- Honda:2001).

jeto de intensa investigación empírica y teorización, siempre asociada a las preocupaciones del desarrollo regional y local. Así es como los economistas redescubren la temática del "distrito industrial" y definen conceptos como "área sistema"; se propone la noción de complejo regional de innovación, se postulan los "territorios organizados" como actores estratégicos, se investiga acerca de los "entornos de innovación" o medios innovadores. (Bervejillo: 1995).

El mesonivel socio territorial se asocia tanto a la articulación interna, sinergia entre cultura, organización social, economía, como a la inserción externa, redes de vínculos con proveedores y clientes del distrito. En conjunto, estas investigaciones contribuyen a destacar un conjunto de cuestiones acerca de las relaciones sociedad-cultura-economía-territorio, que habían sido descuidadas por la ortodoxia de la planificación en el ciclo ascendente del fordismo. Estas ideas proveen tanto herramientas de análisis para discutir la diferencia entre regiones exitosas y estancadas, como sugerencias para el diseño de políticas concretas de desarrollo territorial (Bervejillo: 1995).

*Una mayor flexibilidad en la elección de las localizaciones parece ser la tendencia dominante, donde el factor tecnológico, en los procesos productivos, desempeña un rol culminante. El cambio tecnoproductivo al que asistimos... nos muestra una pérdida de los factores clásicos de producción que también lo eran en la localización. Así, aparecen nuevos factores locacionales con una preeminencia de los factores cualitativos sobre los cuantitativos, revelándose aquellos como los más decisivos* (Roccatagliatta: 2001:124).

El territorio y las características de su organización se encuentran estructuralmente relacionados al concepto de competitividad y esta indisolublemente unida al concepto de innovación.

*La capacidad de competencia territorial depende de la capacidad innovadora, de la creación y asimilación de conocimientos, de la existencia de un entorno dinámico y estimulante. Las localizaciones innovadoras tienen mayor atractivo pudiendo hablarse de una economía locacional de innovación como una nueva versión de las economías neoclásicas de aglomeración* (Precedo Ledo citado por Roccatagliatta: 2001: 124).

La teoría de los entornos innovadores, desarrollada principalmente para el contexto europeo a partir del estudio de los sistemas locales de empresas, aporta elementos de juicio adicionales para comprender la dinámica territorial de la innovación. Innovar es llevar a buen puerto un proceso de innovación tecno-económica en la creación de bienes poniendo en marcha las condiciones técnicas, financieras, organizacionales y comerciales que permiten el posicionamiento exitoso de esa cosa nueva en el mercado (Planque, 1991).

Ahora bien, para la teoría social contemporánea la innovación es un proceso de naturaleza contextual en tanto producto de un medio socio-económico territorial. La creación tecnológica da a la innovación un carácter de proceso gradual, secuencial, acumulativo, que adquiere entidad y se desarrolla en un ambiente específico que, a su vez, evolucionará bajo el efecto de la actividad innovadora de allí que la innovación tenga una naturaleza contextual. Así, existen tres componente principales en los medios innovadores, ellos son: los territorial, lo organizacional y lo cognitivo (Lecoq: 1991).

El medio territorial lo es por cuanto se trata de un sistema territorializado de relaciones que tienen una identidad colectiva local, sin fronteras a priori. La pertenencia al medio no es sólo un problema de localización, lo es también de integración en las redes culturales y sociales que lo definen, pautando su componente organizacional. Y, finalmente, el componente cognitivo se traduce en una capacidad de aprendizaje de los actores para modificar su comportamiento en función de las transformaciones de su ambiente, a fin de crear nuevas combinaciones productivas. (Lecoq : 1994) Dadas estas condiciones, el medio se constituye en un contexto apropiado para las redes interempresariales en las que se apoya la innovación.

*Las redes constituyen por su lógica de organización y su modo de funcionamiento, las estructuras adecuadas para poner en obra los mecanismos de Interacción de los que procede la innovación tecnológica. Por esencia, el proceso de innovación es aleatorio, no lineal, pone en juego recursos humanos y materiales específicos, competencias múltiples y evolutivas. La movilización y la coordinación de estos recursos difícilmente puede ser asegurada por el mercado, únicamente sobre la base de los mecanismos de precio, o por la jerarquía, demasiado rígida. De allí que la red constituye una respuesta organizacional a la movilización y a la coordinación de los recursos específicos necesarios para dar vida a los procesos de innovación. Permite adquirir los recursos externos necesarios al proyecto de innovación, gestionar las distintas fases del proceso, combinar los know how complementarios (Lecoq: 1991: 336).*

En orden a lo anterior, se establece una relación sinérgica entre redes interempresariales, que es un concepto funcional-organizativo y medios de innovación, que es de formación territorial histórica. Ello permite clarificar el sentido del mesonivel como categoría analítica y como referencia estratégica.

En relación con esta revalorización del mesonivel, los procesos de descentralización político administrativa hacia gobiernos regionales o locales, que son quienes directamente inciden en el mesonivel, pueden leerse como una flexibilización de la regulación, en coherencia con la si-

multánea flexibilización en el régimen de acumulación y en la organización de la producción. (Vázquez Barqueru: 1992) La regulación se flexibiliza mediante la transferencia de responsabilidades de ordenamiento y de políticas de desarrollo desde el Estado nacional hacia los gobiernos subnacionales. En el contexto de la globalización y el postfordismo, esta flexibilización mediante la descentralización obedece a la búsqueda de una mayor eficacia en la promoción del crecimiento económico (Bervelillo: 1995)

Esta idea de complejidad estructural de un territorio organizado (Bolsier, 1994) está relacionada al estudio de los flujos y las relaciones. Permite hablar de territorios discontinuos, constituidos como redes de territorios singulares no adyacentes. La revolución tecnológica y los sistemas de producción flexibles dan lugar a redes de ciudades y la emergencia de regiones virtuales dejando obsoletos, en alguna medida, los conceptos de proximidad y aglomeración en la nueva geografía económica del espacio globalizado.

Para ello, las nuevas redes de comunicación articulan las sociedades y los espacios conformando un mundo interconectado y permitiendo la coexistencia de "espacio de los flujos" y "espacio de los lugares". Sostiene Roccatagliatta (2001) que el primer espacio articula especialmente la riqueza y el poder del mundo globalizado mientras que el segundo es donde se practica la experiencia de la gente, el espacio de la identidad y el arraigo y el poder de lo local. El uso de las tecnologías de la información por parte de las organizaciones públicas y privadas se constituye en fuente del cambio tecnológico de ciudades y regiones.

*Sin embargo, la forma espacial de dicho cambio dista de ser simple. Mientras los deterministas tecnológicos han pronosticado la disolución general de las ciudades y áreas metropolitanas en una homogénea expansión territorial, con todas las comunicaciones conducidas por satélites y redes de fibra óptica, los procesos reales en curso son muchos más complejos debido a que las tecnologías son solamente un instrumento, aunque uno muy poderosos, del proceso de reestructuración organizativa-productiva, dictada por los cambios económicos, sociales e institucionales (Roccatagliatta:200:124).*

Por lo tanto, retornando al espacio de los flujos y el espacio de los lugares, la pregunta será cómo se inserta el segundo en el primero. Castells (1995) advierte las sociedades deben mantener culturalmente sus identidad y reconstruirse sobre sus raíces históricas independientemente de su dependencia económica y funcional del espacio de flujos y encontrar un rol efectivo en la económica informacional. Aquí los gobiernos locales juegan el papel relevante en representación de sus sociedades a fin de atraer inversiones, generar empleo y lograr el bienestar de sus poblaciones.



Atento a lo dicho, la organización del territorio es cada vez más compleja debido a los cambios tecno organizativos pero hay ventanas de oportunidades las nuevas formas de organización de la actividad productiva y los nuevos sistemas de comunicación que pueden permitir un eficiente funcionamiento de un sistema múltiple de polos organizados de acuerdo a jerarquías múltiples rompiendo con el modelo fuertemente jerarquizado<sup>2</sup>.

### **El territorio y su ordenamiento desde una perspectiva sistémica.**

El Ordenamiento Territorial es una política de Estado y, al mismo tiempo, un instrumento de planificación y de gestión. Es un proceso de construcción colectiva del país orientado a conseguir su adecuada organización político-administrativa y su desarrollo e integración armónicas, sin perjuicio de su diversidad e identidades regionales.

Así como el territorio no puede desarrollarse dando la espalda a la globalización tampoco lo hará si es dejado a su total arbitrio (Touraine: 1999; Krugman: 2000) y en esto el Estado cumple un papel relevante: revalorizar el territorio frente al contexto global. Las estrategias de desarrollo territorial se tornan un imperativo para afrontar los desafíos de la globalización, los nuevos paradigmas tecnológicos-productivos y los nuevos paradigmas socioculturales. Touraine (1999) ningún país de los que lideran la globalización de la economía han renunciado a diseñar sus proyectos como nación. El caso contrario, sostiene Krugman (2000) la globalización es la gran escusa de los gobiernos para no encarar proyectos propios de desarrollo nacional.

De manera que, es necesario por parte de los tomadores de decisión la revisión de paradigmas de desarrollo que permitan identificar bajo el nuevo contexto post industrial las posibilidades de articular equilibradamente los territorios nacionales y regionales a los procesos globales evitando la tradicional reproducción de regiones perdedoras y ganadoras de la que los países de América Latina pueden dar reiteradas muestras (Bovaldi: 1993; Benko y Lipietz: 1994).

2 En el caso de la experiencia europea se observa la restructuración territorial a partir de políticas de decisión territorial y la reorganización de la división de responsabilidades entre los gobiernos central y local. Este nuevo enfoque tiende a ser menos una asociación de arriba hacia abajo y más en una asociación basada en el establecimiento de un marco o directrices de política y la supervisión de la coordinación y los mecanismos de evaluación en el que las regiones pueden elaborar y aplicar su propia política. Muchos países han desarrollado la política de mecanismos de coordinación, no sólo horizontal sino también vertical. La coordinación vertical juega un papel importante en la cohesión territorial mediante la mejora de la coherencia entre las políticas desarrolladas a nivel nacional y regional. Algunos países han establecido organismos regionales con la autoridad sobre la política, lo que les permite actuar como un vínculo político entre el gobierno central y los actores locales (Yamazaki- Honda: 2005).

Así, nuevos aportes buscan redefinir enfoques, métodos e instrumentos para construir estrategias de desarrollo territorial eficaces. Categorías explicativas claves como ventajas competitivas y competitividad sistémica de base territorial, calificando la inserción en la economía globalizada. Otros conceptos como entornos innovadores, capital social territorial, complejos productivo-territoriales, redes interlocales entre ciudades y regiones, sistemas socio-económicos-espaciales intermedios, permiten construir paradigmas pensados desde nuestros países y regiones para superar los desequilibrios ya mencionados.

Por otro lado, pensando en las formas de intervención la prospectiva y la construcción de modelos de futuro se convierten en la herramienta idónea que apoya a la toma de decisión y permite la construcción de consensos para elaborar modelos de futuro deseable promoviendo la participación de los actores regionales y locales.

Por su parte, en relación con las nuevas formas de intervención, se destaca un conjunto de preocupaciones por el planeamiento y la gestión estratégica como el método que permite el diseño de estrategias en un entorno crecientemente complejo y cargado de incertidumbre. Esto impulsa a debates más amplios en el plano de la teoría del desarrollo y la gestión territorial.

El pensamiento sistémico permite entender los sistemas complejos en estructuras sistémicas. Las estructuras de un sistema son una red de relaciones entre sus elementos inmersa en una dinámica; lo más interesante del análisis es precisamente considerar esa dinámica de interacciones entre el todo y sus partes. En este sentido tomó Inmanuel Wallerstein creó el concepto sistema-mundo (Baena Paz: 2004)

Siguiendo a Baena Paz (2004), la Prospectiva está ubicada entre un nivel cognitivo, que intenta comprender la complejidad del sistema y uno decisional que selecciona objetivos, determina medios y recursos para lograrlos. Son dos tipos de análisis, y el centro de su acción es influir en el cambio futuro y en los medios para alcanzarlo basándose en un conocimiento profundo del sistema, sus relaciones y su dinámica. Así, la investigación determina los cambios del contexto percibiendo las relaciones del sistema con su entorno.

Ahora bien, el análisis de los sistemas nos permite entender mejor qué sucede y planear lo que puede suceder, o lo que se quiere que suceda, el mejor futuro dentro de las condiciones en las se está. En este marco apareció la Prospectiva entendida como toma de decisiones anticipatoria y requiere de un planeamiento que esté motivado por el deseo de obtener un estado futuro.

El concepto de planeamiento prospectivo fue acuñado por autores franceses en su esfuerzo por encontrar la fórmula que permitiera, por un lado, guiar la reconstrucción de posguerra, y por otro, el desarrollo na-

cional. Se buscó como herramienta que pudiera trabajar el contexto y sus distintos niveles que incidían en las organizaciones teniendo en cuenta los cambios de todo orden y su dinámica en los parámetros centrales de cada sistema complejo (Baena Paz, 2004; Balbi, 2010) -

A diferencia del clásico planeamiento estratégico, en el prospectivo se determina primero el futuro deseado, creativamente y libre de restricciones, y se diseña el modelo. El pasado y el presente no se consideran como restricciones hasta un segundo momento en el que se tiene la imagen del futuro deseado y se exploran cuáles serían los futuros factibles. De ellos se elige el más satisfactorio. Así, el análisis territorial está orientado a la acción, a la gestión y ordenación de tal suerte que posibilite diagnosticar, es decir por qué ocurre y dónde, para luego establecer las orientaciones a fin de determinar qué es necesario hacer y en qué lugar, siguiendo el clásico FODA. Esta información es la base de las líneas tendenciales emergentes de fenómenos y procesos contemporáneos para poder diseñar los escenarios a largo plazo.

Una de las características más importantes de la Prospectiva es la importancia que le otorga a la participación de los actores sociales en tanto representantes de intereses particulares en la sociedad. Los principales grupos del sector económico están representados por los gremios agrupados sectorialmente o por productos. El poder político representado por las entidades del Estado, partidos y movimientos. El poder del conocimiento, representado por las entidades educativas y centros de investigación. Y el poder civil representado por las organizaciones sin ánimo de lucro, expresión de pobladores, trabajadores, etc. Por ello se puede sostener que las prospectiva trasciende la individualidad en la búsqueda de la acción común.

Por otra parte, se hace más creativa al incorporar las sensaciones y percepciones de los colectivos sociales. La construcción de un futuro sin tener en cuenta ese aspecto es vacía, carente de algo que no puede faltar que es su involucramiento en el diseño de su propio futuro. Así el modelo deseado es un diseño participativo y consensuado que se convierte en una metodología y una herramienta que orientan adecuadamente los procesos.

### **Modelos de futuro y prospectiva**

La globalización y su impacto en el territorio exige tomar la iniciativa, pensar con imaginación, fijar objetivos, elegir estrategias, empujar límites reales y míticos, crear poder, ocupar espacios e identificar nuestros márgenes de manobra ante el contexto externo y la situación interna, en ello también está el territorio (Rofruan citado por Roccataglata:2001).

En el estudio DATAR de Francia, Ascher (1993), se realizó reflexiones acerca de la prospectiva y los territorios haciendo referencia a la cons-

trucción de escenarios de futuros como imágenes contrastantes. La vinculación con la prospectiva la establecieron los precursores en Francia como Gastón Berger y Bertrand de Jouvene. Berger la define los escenarios de futuro *de acuerdo a cuatro principios: Ver lejos, ver amplio, analizar en profundidad y aventurarse.*

Bertran de Jouvenel, plantea que existen dos formas de ver el futuro, la primera como una realidad única, propia por los oráculos, profetas y adivinos. La segunda es ver el futuro como una realidad múltiple, estos son los futuros posibles que de Jouvenel denominó *futuribles*. Según este autor existen dos formas de ver el futuro, la primera como una realidad única, propia por los oráculos, profetas y adivinos. La segunda es ver el futuro como una realidad múltiple, estos son los futuros posibles que de Jouvenel denominó *futuribles*.

La prospectiva es un conjunto colectivo de pensamientos, intereses, sentimientos y sensaciones que proyectan, a partir de una metodología, una imagen estructurada para la construcción de un futuro compartido. El pensamiento estratégico permite "construir" los territorios de futuro, entendidos éstos como imágenes contrastantes de futuros posibles. Estas imágenes cumplen una función estratégica en la medida en que la prospectiva constituye un instrumento de diálogo y concertación para la acción y participación de los actores.

*A diferencia de otros enfoques, para la prospectiva el futuro no es lineal sino que es múltiple y abierto, esto permite que la prospectiva ayude a conocer no uno sino varios futuros, así como a estudiarlos, evaluarlos y seleccionar el más factible dentro de lo posible. En este sentido, la prospectiva se propone no sólo diseñar el futuro deseable pero también crear visiones alternativas de futuro y proporcionar la información que permitirá una correcta toma de acciones y decisiones para alcanzar el mejor futuro posible (Déciga Campos: 2010)*

En el planeamiento estratégico clásico se diseñaban modelos deseados y posibles de territorios. Proyectando las tendencias históricas se pasaba de la geografía pretérita al cuadro de situación presente y, luego se proyectaba esa tendencia a unos 20 o 30 años. De esa manera se pretendía inferir cual sería la evolución del territorio dado. Este método se denomina *Proyectiva*. Los planificadores establecían los correctivos pertinentes y se diseñaban los modelos espaciales deseables, a esto se denominó *Prospectiva*. Es decir, pasar del modelo actual al deseado y posible a partir de las correcciones de tendencias es el camino crítico del planeamiento.

En tiempos de profundos y acelerados cambios la *Proyectiva* no es posible dado que en su esfuerzo tendencial no tiene en cuenta los saltos y las discontinuidades emergentes. Hoy, las técnicas prospectivas y de simulación se basan en métodos de escenarios y tienen tres aspectos a con-

siderar: a) *identificación del sistema con sus puntos prioritarios a estudiar*, b) *constitución de un cuadro de referencia a partir del planteo de ciertas hipótesis* y c) *la elaboración de un escenario por medio de la evolución de variables clave, hipótesis de cambio, hipótesis diferenciales sobre el comportamiento dispar de los actores además de la ponderación de la incertidumbre* (Roccatagliatta:2001: 257).

Los territorios de futuro como imágenes posibles, según los diferentes escenarios, permitirá inferir además las distintas alternativas de gestión. El modelo como estructuración simplificada de la realidad tiene como objetivo principal concebir y proponer formas y soluciones alternativas ideales de ordenamiento o de estructuración del territorio. Los mismos serán clasificados o denominados convencionalmente con nombres que expresen simbólicamente la esencia de su contenido y en este caso se formulan como: *Escenario positivo / deseable u optimista, Escenario negativo / pesimista, Escenario tendencial o más probable*.

Consideramos que la prospectiva es una herramienta importante para la coordinación de los actores, tanto públicos como privados (gobierno, industrias, universidad, grupos públicos e intermediarios, que participan en el proceso de producción y utilización de conocimiento científico-técnico (Águlla y Rodríguez: 2003)

Se pueden construir escenarios de tipo exploratorio que van desde el presente hacia el futuro y, de alguna manera, se parecen a los escenarios de la *Proyektiva* pero incluyen nuevos análisis. Los escenarios de anticipación no parten de la situación actual sino de la imagen deseable y posible en función de un conjunto de objetivos a alcanzar. Estos verdaderamente corresponden a la *prospectiva*.

La visualización de escenarios de futuro, el cual los territorios se convierten en escenarios surge del ejercicio de la reflexión estratégica.

## **Conclusión**

El territorio y el proceso de globalización contemporáneo generan una situación contradictoria: mientras los cambios son más profundos y rápidos, los mecanismos de respuesta y adaptación territorial son lentos. Lo dicho aumenta los desequilibrios regionales y profundiza la brecha entre ganadores y perdedores como consecuencia de la actuación de agentes *desterritorializados*.

En primer lugar, se pone en evidencia que las transformaciones del mundo real preceden e interpelan a la teoría. Las respuestas desde la teoría, aún incipientes, convergen en el intento de construir una comprensión interdisciplinaria de los nuevos procesos, ante la inutilidad de las lecturas reduccionistas.

La globalización es un cambio sistémico que abarca todas las dimensiones de la sociedad: económica, sociocultural, política. Los efectos directos de la globalización se perciben en la emergencia de un conjunto de sistemas globales, que operan en un espacio mundial de flujos y comunicación, bajo la lógica de la descentralización integrada.

La globalización puede ser una amenaza para el desarrollo de los territorios induciendo a la fragmentación, el desmembramiento, la desintegración económica y social. Pero la globalización también puede estar asociada a una ventana de oportunidad al permitir a los territorios un acceso más abierto a recursos y mercados globales.

La transición en los modos de desarrollo supone, también, la valorización de recursos endógenos latentes de raigambre territorial, y les permite reubicarse en el espacio global y permite el acceso a redes interterritoriales por parte de las entidades subnacionales. La competitividad tiene una base territorial específica, y se construye socialmente mediante la articulación de los niveles local y global dentro de cada país, lo que requiere de las políticas una atención específica a las estructuras y dinámicas interinstitucionales en el nivel meso.

Así, la reestructuración es la resultante compleja del impacto de los sistemas globales sobre los territorios, del ascenso de los sistemas de producción y regulación flexible y de la expansión de la condición cultural postmoderna. Este conjunto de impactos se superponen, mezclan y/o sustituyen a las estructuras territoriales preexistentes, dando como resultado un nuevo espacio "de geometría variable".

El debate contemporáneo, más allá de visiones que pueden resultar ingenuas o reduccionistas, conduce a establecer con claridad que en la reestructuración global de la economía coinciden, en el mismo tiempo histórico, procesos que obedecen a lógicas diferentes, dando como resultado una geografía económica más compleja y diversificada. A la complejidad de los procesos de reestructuración corresponde también una complejidad de los efectos y manifestaciones territoriales.

El modo de desarrollo territorial se sitúa así en la encrucijada de los mega procesos y las historias y estrategias locales. El diseño de estrategias en la fase de transición asume un alto valor político, en la medida en que está en juego un abanico de opciones.

En conjunto, las nuevas orientaciones estratégicas suponen una revalorización de la oferta territorial específica, y a la vez un impulso al protagonismo del sistema de actores local y regional.

El impulso dado al planeamiento prospectivo, como método capaz de sustentar el diseño de estrategias en un entorno crecientemente complejo e incierto, surge como uno de los rasgos más característicos del planeamiento territorial más reciente. Supone también un proceso de de-

finición y construcción del sujeto territorial, socio-gubernamental y público-privado, a partir de procesos de concertación y negociación, no ajenos al conflicto sobre metas, protagonismos y acciones.

De esta manera, y teniendo en cuenta que el territorio no puede dar la espalda a la globalización, puede aprovechar las oportunidades que este proceso ofrece para beneficio propio tratando de minimizar las amenazas que sobre él se cremen. A través de un planeamiento territorial novedoso la gestión y el desarrollo territorial puede ser una apuesta a futuro en tanto gran parte del éxito será atribuible a la acción estratégica de la propia región, ciudad o localidad.

### Bibliografía

ACHER, FRANCOISE, BRANS, LUCIEN Y OTROS, *Les territoires du futur*. Dunas/Éditions de L'Arche-Monde en Coifs. Paris 1993.

BAENA PAZ, GUILLERMINA, *Prospección Política. Guía para su comprensión y Práctica*. Universidad Nacional Autónoma de México. DGPA 2004.

BALEI, EDUARDO RAÚL, ¿Por qué investigar el futuro? En *Prospección. Construyendo Futuros*. No. 1. Año 1. Abril-junio de 2004. Revista electrónica: <http://www.metadatos.org.mx/sub-notodofuturo/mexico>

BARABANTE, ANGELA, CAMARDA, DOMENICO, GRASSIANI, LAURA Y OTROS, *Visiting the regional future: Globalization and regional transformation of Rabat/Casablanca*. En: *Technological forecasting and social change*. Vol. 74, No.6 (Julio, 2007);

BARRIENI MASINI, ELONORA, *The Role of Futures Studies in a Global Society*. UNESCO, Paris, 1994

BENKO, GBOGES Y LEPIZ, ALAIN (eds.), *Les régions qui gagnent. Districts et réseaux: les nouveaux paradigmes de la géographie économique*. PUE Paris 1992.

BERVILLO, FEDERICO, *Territorios en la Globalización. Cambio Global y Estrategias de Desarrollo Territorial*. ILPES Documento 86/34.

BOISIER, SERGIO, *Desarrollo territorial y descentralización. El desarrollo en el lugar y en las manos de la gente*. En: *Buce Santiago*. Vol.30, No.90, septiembre, Santiago de Chile 2004

BOISIER, SERGIO, *La modernización del Estado. Una mirada desde las regiones*, Santiago de Chile 1996.

CASTELL, MANUEL, *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*. Vol. I: La sociedad red. Allarza. Madrid 1997.

COTRIBUELO MENTA, ROMEO, *Competitividad de las empresas y de los territorios en Transformaciones globales*, Madoery, Oscar y Vázquez Barquero, Antonio (eds.), *Instituciones y Políticas de desarrollo local*. Editorial Homo Sapiens, Rosario, Colombia 2001.

CUERVO, MAURICIO L., *Globalización y territorio. Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social*. ILPES. SERIE gestión pública 56. Publicación de las Naciones Unidas. Impreso en Naciones Unidas, Santiago de Chile, julio 2006.

DÉCIGA CAMPOS, SONIA, *La prospectiva como herramienta metodológica*. Escenarios XXI. Año 1, Nº 4. México. Octubre de 2010.

- GABRÍA, RUIANO, *Precisión de Conceptos*. En Mojica, Francisco (compilador), *Análisis del Siglo XXI*. Editorial Alfaomega. Colombia, 1998.
- GODRI, MICHEL, *De la Participación a la Acción. Manual de Prospectiva y Estrategia*. España. Editorial. Alfaomega-marcomba. 1995.
- KRUGMAN, PAUL, *Desarrollo, Geografía y Teoría Económica*. Antoni Bosch Editor. Barcelona, 1993.
- MEXLOS, TOMÁS Y TELLO, MARÍA ELENA, *Planeación Prospectiva*, México, Centro de Estudios Prospectivos de la Fundación Javier Barros Sierra A.C. y Limusa Editores, 2002.
- TOURAINÉ, ALAIN, *¿Podemos vivir juntos? A discusión pendiente: el destino del hombre en la aldea global*. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires 1997.
- VÁZQUEZ BARQUERO, ANTONIO, *Gran empresa y desarrollo endógeno. La convergencia estratégica de las empresas y territorios ante el desafío de la competencia*. Bure, Vol. XXIII, Nº 70 1997.
- WORLD FUTURE SOCIETY, *Los futuros del mundo, alternativas para México*, Capítulo Mexicano, A.C. Memoria Noviembre 2003.
- YAMAZAKI-HONDA, RITSUKO, *Territorial Policy in OECD Countries*. En *Planning Theory*. Routledge. Taylor and Francis. 2005.





## EL ANIMUS DEFENDENDI EN LA LEGÍTIMA DEFENSA INTERNACIONAL

Eduardo José Pintore\*

**Resumen:** Distintos sistemas legales nacionales reconocen en su Derecho Penal el *animus defendendi* como requisito ineludible del derecho a legítima defensa. Este requisito abarca una serie de cuestiones que le son propias. Dado que situaciones del mismo tipo se han producido también en las relaciones internacionales, este artículo se propone a analizar de qué modo el *animus defendendi* puede ser reconocido como requisito de la legítima defensa internacional.

**Palabras clave:** Legítima defensa - Voluntad defensiva - *Animus defendendi* - Legítima defensa pasiva - Motivos ajenos - Motivos entremezclados.

### A. Introducción

En la historia del uso de la fuerza en legítima defensa en el ámbito internacional se han producido situaciones que si bien han sido tratadas por la doctrina internacionalista no fueron encuadradas dentro del marco de algunos de los requisitos de este instituto jurídico. De estas situaciones concretas, que se dieron en diversas oportunidades en la que los Estados ejercieron o pretendieron ejercer este derecho surgen diversos problemas faltando una ordenación sistemática de ellos, dentro del instituto jurídico de la legítima defensa internacional. Por ejemplo: ¿En qué lugar se ubica el tratamiento del error, o presumible error, del gobierno de los Estados Unidos sobre la existencia de armas de destrucción masiva, error que fundamentó el ejercicio de una propugnada legítima defensa preventiva en la operación *Iraqi Freedom* en el año 2003? ¿Qué lugar ocupa el tratamiento de los intereses ajenos a la defensa estricta en el caso de la operación *Endu-*

---

\* El autor es Doctor en Derecho y Magister Legum (LL.M.) ambos por la Freie Universität Berlin, Alemania. Completó sus estudios de derecho en la Universidad Nacional de Córdoba en donde fue varios años Ayudante Alumno y Adscrito en la materia de Derecho Internacional Público. Realizó estudios de Derecho e Investigaciones en la Università degli Studi di Bologna, Italia. E-mail: eduardopintore@gmail.com

ring Freedom del año 2001 cuyo fin no solo se definió en la destrucción de Al Qaeda sino en el derrocamiento del régimen talibán y que finalizó con la ocupación militar de todo el territorio de Afganistán? ¿Dónde se ubica el tratamiento del caso del fingido ataque a la emisora *Gleiwitz* que, proveyendo una excusa de legítima defensa, dióra comienzo a la Segunda Guerra Mundial? Todos estos temas fueron de una o de otra forma tratados por la doctrina internacionalista sin que ella, empero, le hubiera dado un lugar determinado dentro de los requisitos que conforman la legítima defensa internacional.

El Art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas reconoce el derecho inmanente a legítima defensa en caso de ataque armado en contra de uno de los miembros de las Naciones Unidas. Este artículo incorpora en el derecho Internacional este instituto jurídico pero no lo define en sus elementos constitutivos. No obstante ello, tanto la jurisprudencia como la doctrina internacionales reconocen diversos elementos esenciales. Al igual que la legítima defensa del derecho interno, la legítima defensa internacional se configura en dos polos a saber: el ataque por un lado y la defensa por el otro.

El ataque debe ser realizado por un Estado<sup>1</sup>, ser a su vez antijurídico<sup>2</sup> y debe ser un ataque armado<sup>3</sup>. La defensa a su vez debe ser necesaria<sup>4</sup> y

<sup>1</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, International Court of Justice (I.C.J.) Reports 2004, parágrafo (para.) 139.

<sup>2</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* I.C.J. Reports 1986, págs. 14 ss., para. 211. En la doctrina: Kunig, Philipp/Jerpmann-Witzack, *Übungen im Völkerrecht*, 2. neu bearbeitete Auflage, Berlin 2008, pág. 136. Fletcher, George/Ohlin, Jens David, *Defending Humanity: When Force is Justified and Why*, New York 2008, pág. 89. Gill, Terry D., "The Temporal Dimension of Self-Defense: Anticipation, Preemption, Prevention and Immediacy", en: *International Law and Armed Conflict: Exploring the Frontiers. Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Leiden - Boston 2007, pág. 117. Lamberti Zanardi, Pierluigi, *La Legittima Difesa nel diritto internazionale*, Milano 1972, pág. 231.

<sup>3</sup> Ver en la jurisprudencia internacional, por ejemplo, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* I.C.J. Reports 1986, págs. 14 ss., párrs. 191, 194, 195, 211 y 249, como así también lo dicho en: *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* I.C.J. Reports 2003, pág. 161 ss., para. 64 y 72. La doctrina reconoce también de forma unánime este requisito, ver entre otros: Voigtländer, René, *Nobiswehrrecht und kollektive Verantwortung. Die zeitliche Begrenzung des Rechts zur Selbstverteidigung nach Art. 51 UN-Charta im Licht von Handlungsinstrumenten des UN-Sicherheitsrates*, Frankfurt am Main 2001, pág. 28. Stein/Torsten/von Bülow, Christian, *Völkerrecht*, 12. neu bearbeitete Auflage, Köln - München 2008, § 784, pág. 277. Botha, Michael, en: Graf Vitzthum, *Völkerrecht*, 4. Auflage, Berlin 2007, Nr. 19. Alexandrov, Stanimir A., *Self-Defense Against the Use of Force in International Law*, The Hague 1996, pág. 90. Ranzelshofner, Albrecht, en: Simma, Bruno, *The Charter of the United Nations, A Commentary*, Second Edition, Volume I, München 2002, Art. 51 Nr. 20.

<sup>4</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* I.C.J. Reports 1986, págs. 14 ss., para. 176 y *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, para. 41. En la doctrina: Kunde, Martin, *Der Präventivkrieg. Geschichte, Entwicklung und gegenwärtige Bedeutung*, Frankfurt am Main 2007, pág. 120. Hobe, Stephan, *Einführung in das Völkerrecht*, Neunte aktualisierte und erwei-

proporcional<sup>3</sup>. Todos estos elementos son reconocidos de manera expresa por la jurisprudencia como por la doctrina internacionales.

En el derecho interno empero tanto la jurisprudencia como la doctrina aciertan en la existencia de un requisito que suele ser denominado el elemento subjetivo de la legítima defensa o, simplemente, el *animus defendendi*. Se trata de la voluntad defensiva. Es decir, que el sujeto que se defiende lo hace tanto con el conocimiento de la situación defensiva, esto es que está siendo atacado injustamente, como así también con la voluntad de defenderse en sus bienes jurídicos propios o en los de un tercero. La pregunta que surge o debería surgirle a cualquier internacionalista es si existe este elemento en la legítima defensa internacional y, en caso afirmativo, que contenido tiene este elemento.

## B. La voluntad defensiva en el derecho interno

Para contestar las preguntas arriba realizadas y fijar mejor la materia de estudio veamos brevemente cómo se ha tratado este elemento en el derecho interno.

Siguiendo una metodología de derecho comparado veremos que distintos sistemas jurídicos nacionales reconocen el *animus defendendi* como elemento indispensable de la legítima defensa y le fijan los dos requisitos arriba mencionados: conocimiento de la situación defensiva y voluntad de defenderse<sup>4</sup>.

terts Auflage, Tübingen und Basel 2006, pág. 335. Gill, ob. cit. pág. 123. Meinen, Christian/von Buelter, Christian, *Militärische Terrorismusbekämpfung unter dem Regime der UN-Charta*, Baden - Baden 2006, pág. 87. González Campos, Julia D./Sánchez Rodríguez, Luis I./Sáenz de Santa María, Paz Andrés, *Curso de Derecho Internacional Público*, Cuarta Edición Revisada, Cizur Menor, Navarra 2008, pág. 1017. Jiménez de Aréchaga, *Derecho Internacional Público*, Segunda Edición, Tomo II, Montevideo 1998, pág. 318 ss., por nombres a algunos autores.

<sup>3</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* I.C.J. Reports 1986, págs. 14 ss., para. 176, como así también *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, para. 41. En cuanto a la doctrina ver: Bothe, en: Graf Vitzthum, ob. cit., § 18. Bryde, Brun-Otto, "Self-Defence", en: *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam 2000, pág. 362. Stein/von Buntzar, ob. cit., § 784, pág. 281. Hobe, ob. cit. Pág. 333. Kutzur, Markus, "Krieg gegen den Terrorismus" - politische Rhetorik oder neue Konturen des „Kriegsbegriffs“ im Völkerrecht?, en: *Archiv des Völkerrechts*, Nr. 40, año 2002, pág. 476. Jiménez de Aréchaga, ob. cit., pág. 318 ss. González Campos/Sánchez Rodríguez/Sáenz de Santa María, ob. cit. Pág. 1017.

<sup>4</sup> Como lo afirma Fletcher con respecto a los sistemas jurídicos occidentales. Ver: Fletcher, Georg P., *Notwehr als Verbrechen. Der U-Bahn-Fall Goetz*. Traducido del idioma inglés al Alemán por Cornelius Nestler-Trennel, Frankfurt am Main 1993, pág. 47.

En la República Argentina autores como Jiménez de Asúa<sup>7</sup> y Donna<sup>8</sup> entre otros tratan estos dos requisitos expresamente. Jiménez de Asúa remarca que la existencia de una situación defensiva es una cuestión objetiva, pues tanto las causas de justificación como sus consecuencias deben ser juzgadas objetivamente. Esto, empero, no excluye el elemento subjetivo de la legítima defensa, es decir la voluntad defensiva, así como la objetividad de la antijuridicidad no excluye los elementos subjetivos del tipo pena<sup>9</sup>.

También la doctrina alemana exige en caso de legítima defensa (*Notwehr*)<sup>10</sup> una voluntad defensiva (*Verteidigungswille*) en el sujeto que se defiende, la cual está constituida tanto por el conocimiento<sup>11</sup> de la situación defensiva como así también por la voluntad de defenderse<sup>12</sup>.

En el sistema norteamericano se exige, igualmente, la voluntad de defenderse: Quien se defiende debe hacerlo con ese fin (*purpose*)<sup>13</sup>. En este sistema jurídico es exigido que quien se defiende crea razonablemente (*reasonably believe*) de ser atacado<sup>14</sup>. La razonabilidad de esa convicción a cerca de la situación defensiva se basa, según el tribunal que la juzgue, a

<sup>7</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV, El Delito. Segunda Parte: Las Causas de Justificación, Buenos Aires 1952, § 131B, pág. 195, quien cita aquí a Binding.

<sup>8</sup> Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo III, Teoría General del Delito, Buenos Aires 2008, Página 218.

<sup>9</sup> Jiménez de Asúa, ob. cit. § 1299, pág. 80, con más datos que sustentan lo dicho.

<sup>10</sup> La traducción literal de *Notwehr* es „defensa necesaria“. Aquí se realiza empero una traducción de acuerdo al sentido de las palabras (*zwingendes oder zwingendes*), utilizando en la lengua castellana el concepto, no literal, sino aquel al cual hace referencia el concepto traducido, es decir en este caso a la „legítima defensa“.

<sup>11</sup> Así entre otros: Kindhäuser, Urs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Baden-Baden 2009, § 16 Nr. 37 y 38. Sraasenwerth, Günter/Kühlen, Lothar, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, Die Straftat, 5. Auflage, Köln-Berlin-München 2004, § 9 Nr. 94. Perron, Walter en: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 28. Auflage, München 2010, § 32, Nr. 63. Lackner, Karl/Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 27. Auflage, München 2011, § 32, Nr. 7. Joock, Wolfgang, *Strafgesetzbuch. Studienkommentar*, 9. Auflage, München 2010, § 32, Nr. 17 y Günther, Hans-Ludwig, en: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7. Auflage, 1999, § 32 Nr. 132 y 135.

<sup>12</sup> Kindhäuser, ob. cit., § 16, Nr. 37 y 38. Lackner/Kühl, ob. cit., § 32, Nr. 7. Fischer, Thomas, en: *Buch'scher Kurz-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 58. Auflage, München 2011, § 32, Nr. 25. Joock, Hans-Heinrich/Wiegand, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin 1996, § 32, pág. 342 ss. Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, Bielefeld 2003, § 17, Nr. 31. Wessels, Johannes/Raaijka, Werner, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 40. Auflage, Heidelberg 2010, Nr. 393 y 390a.

<sup>13</sup> Dubber, Markus D., *Einführung in das US-amerikanische Strafrecht*, München 2006, pág. 152.

<sup>14</sup> LaPave, Wayne R., *Substantive Criminal Law*, second edition, 2003, § 10.4(a). En la jurisprudencia, por ejemplo: State v Shaw (98-546); 168 VI. 412; 721 A2d 486, donde se hace referencia al: "...longstanding requirement that, for self-defense to be "just and necessary," a defendant's belief that he faces imminent peril, and his belief in the need to employ deadly force to repel that peril must be reasonable".

veces en parámetros objetivos, según lo que un observador objetivo razonablemente pudo haber conocido<sup>15</sup>, otras veces en parámetros más subjetivos, es decir basándose en lo que realmente creyó quien se defendió al momento de la defensa, aunque se haya equivocado y un ataque no hubiera realmente existido<sup>16</sup>. Esta subjetivización es criticada por la doctrina porque se encuentra en contra de la objetividad propia de las causas de justificación y, por otro lado, permitiría una ilógica situación de legítima defensa contra legítima defensa, ya que al presunto atacante habría que reconocerle una legítima defensa real en contra del defensor que equivocadamente cree estar siendo atacado<sup>17</sup>.

En el sistema jurídico italiano se exige también un *animus defendendi* el cual requiere de parte de quien se defiende el conocimiento de la situación defensiva y la voluntad de defenderse<sup>18</sup>.

A modo de ejemplo y al igual que los sistemas jurídicos arriba mencionados reconocen este requisito, Suiza,<sup>19</sup> Costa Rica,<sup>20</sup> Guatemala,<sup>21</sup> Honduras,<sup>22</sup> Perú,<sup>23</sup> España<sup>24</sup> y Uruguay<sup>25</sup>.

Ahora bien, si el *animus defendendi* está constituido por el conocimiento de la situación defensiva y la voluntad de defenderse del sujeto tal como lo acabamos de constatar, es claro que tanto conocimiento como voluntad generan problemáticas propias y diferenciadas. Dentro del conocimiento de la situación defensiva está la problemática del error de hecho como percepción equivocada de una situación defensiva que en realidad

<sup>15</sup> Por ejemplo en *U.S. v. Peterson* 1222 (1973), o en *People v. Goetz* 69 N.Y.2d 96, 497 N.E.2d 41 (1986).

<sup>16</sup> Así la Court of Appeals of Oklahoma en *Batchel v. State*, 840 P.2d 1, 26-27 (1992), ap. 32 y ss., si bien la Corte misma habla de un "criterio híbrido" que es seguido por ella, es decir un juicio formado por criterios tanto objetivos como subjetivos.

<sup>17</sup> Rosen, Cathryn Jo, "The Excuse of Self-Defense: Correcting a Historical Accident on Behalf of Battered Women who Kill", en: *The American University Law Review*, Vol. 36 (1986-87), págs. 18 ss. y 32.

<sup>18</sup> Fndaca, Giovanni/Musco, Enzo, *Diritto Penale. Parte Generale*. Quinta Edizione, Bologna 2007, pág. 287.

<sup>19</sup> Seelmann, Kurt, *Strafrecht. Allgemeines Teil*, 3. Auflage, Basel 2007, Pág. 72 y Hurtado Pozo, José, *Droit Pénal, Partie Générale*, Nouvelle édition refondue et augmentée, Genève - Zurich - Bâle 2006, Nr. 732.

<sup>20</sup> Castillo González, Francisco, *La Legítima Defensa*, San José 2004, pág. 201.

<sup>21</sup> Enriquez Couhun, Carlos Roberto, "El delito como acción antijurídica", en: *Manual de Derecho Penal Guatemalteco, Parte General*, Ripollés/Girónes-Sallinas Colomer (Edita.), Guatemala 2001, pág. 262.

<sup>22</sup> Ver Art. 24 inc. 3 del Código Penal Hondureño.

<sup>23</sup> Villavicencio Barrios, Felipe A., *Derecho Penal, Parte General*, Lima 2006, pág. 546.

<sup>24</sup> Bustos Ramírez, Juan J./Hernández Malarée, Hernán, *Leciones de Derecho Penal, Parte General*, Madrid 2006, pág. 268.

<sup>25</sup> Langón Cufarri, Miguel, *Manual de Derecho Penal Uruguayo*, Montevideo 2006, pág. 273.

es inexistente, es decir la cuestión de la legítima defensa putativa<sup>26</sup>. Dentro de la voluntad de defenderse, se encuentra la problemática del verdadero motivo de la conducta de quien dice defenderse y, por lo tanto, la cuestión de la aparición de motivos ajenos a la defensa misma, la cuestión de la legítima defensa provocada y la cuestión de la legítima defensa fingida.

En cuanto al conocimiento de la situación defensiva se observa en el derecho interno una tendencia a valorarlo de acuerdo a parámetros objetivos, lo que coincide con la naturaleza objetiva de toda causa de justificación<sup>27</sup>.

En cuanto a la voluntad de defenderse se citará en primer lugar la problemática de los *motivos ajenos* a la mera defensa. El derecho interno por lo general acepta la coexistencia, a la par de la voluntad de defenderse, de otros motivos tales como odio, venganza, etc., los cuales no excluyen la justificación de la legítima defensa bajo la condición, sin embargo, de que esos motivos ajenos no sean los motivos determinantes de la conducta defensiva y no dejen de lado la voluntad defensiva misma<sup>28</sup>.

Dentro del ámbito de la voluntad de defenderse se encuentra también la problemática de la *legítima defensa provocada*, es decir, aquella en donde el sujeto que se defiende motivó intencionalmente el ataque ilícito para invocar luego la justificante en su favor, en la ejecución de otros fi-

<sup>26</sup> El problema del error en la aprehensión de una situación defensiva se resuelve, por lo general, al nivel de la culpa y no al nivel de la antijuridicidad en donde se tratan las causas de justificación. Una legítima defensa putativa tiene efectos sobre la culpa del sujeto que creyó defenderse pero no sobre la antijuridicidad de su conducta (Véase en Italia: Brocca, Gianluigi/Mingrone, Marco, *La Legittima Difesa*, Milano 2003, pág. 76. En España: Buenos Ramírez/Hormazábal Malaréc, ob. cit. Pág. 268). El conocimiento de la situación defensiva tampoco es vital para el requisito de la voluntad defensiva, ya que sobre ese conocimiento se basa la voluntad de defenderse o, por el contrario, de actuar de acuerdo a otros motivos ajenos a una situación defensiva.

<sup>27</sup> Así en Alemania por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo Federal del 18 de abril del 2002 (BGH, Urf. v. 18. April 2002 - 3 StR 503/01) En Italia: la sentencia de la Corte de Casación del 6 de junio de 1963 (Cassa. Sez. I, sentenza del 6 de junio 1963, Marinelli) y en la doctrina, Brocca/Mingrone, ob. cit., pág. 76.

<sup>28</sup> En la jurisprudencia alemana son suficientemente esclarecedores en ese sentido, por ej. BGH, Beschl. v. 8. März 2000 - 3 StR 67/00 en: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, año 2000, pág. 363 ss., como así también BGH, Beschl. v. 23. August 1991 - 2 StR 369/91 en: BGH-Rechtsprechung, Strafsachen, § 32 Abs. 2, Verteidigungswille 1 y BGH, Beschl. v. 1. März 1989 - 3 StR 11/89 en: BGH-Rechtsprechung, Strafsachen, § 32 Abs. 2, Angriff 3, subjektive Einseitigkeit. En la doctrina: Kindhäuser, ob. cit., § 16 Nr. 37 y 38. Lackner/Kühl, ob. cit. § 32 Nr. 7. Fischer, ob. cit., § 32 Nr. 25 y 26. Jeschick/Wolgast, ob. cit., § 32, pág. 342 ss. Baumann/Weber/Mitsch, ob. cit., § 17, Nr. 31. Wessels/Boulke, ob. cit., Nr. 333 y 350a. En la doctrina norteamericana: LaFare, ob. cit. § 10.4 (c) y Hall, Daniel E., *Criminal Law and Procedure*, Fifth Edition, New York 2008, pág. 236. En la jurisprudencia italiana: Cass. Sez. I, Sentenza del 18 de Febrero 2000. En Argentina: Donna, ob. cit. Pág. 219 y Jiménez de Asúa, ob. cit. § 131.8, pág. 200. En Costa Rica, Castillo González, ob. cit. Pág. 209. En Guatemala: Enriquez Cojulián, ob. cit., pág. 262. En Perú: Villavicencio Terreros, ob. cit., pág. 546. En Uruguay: Langón Cufreano, ob. cit. Pág. 273.

nes totalmente ajenos a la defensa. Esta problemática es reconocida en los ordenamientos internos<sup>29</sup>. Jiménez de Asúa la titula "Pretexto de Legítima Defensa" y dice que se da, "cuando el que luego aparece en la necesidad de defenderse había provocado con artificio el ataque de su antagonista que así se presentaba con apariencias de agresor injusto"<sup>30</sup>. Algunos autores ven esta constelación, en parte, como un caso de *actio libera in causa*<sup>31</sup>.

Aquí no hay ya desde el principio ningún *animus defendendi* por parte de quien luego dice defenderse, sino simplemente voluntad de realizar él mismo un ataque antijurídico. Es claro que quién provoca una situación defensiva con la intención, por ejemplo, de eliminar su contrincante e invocar a su vez legítima defensa, por lo general, se encuentra en una posición de mayor poder lo que le otorga la seguridad, justamente, de lograr sus fines originarios. Nos imaginamos como extremadamente difícil que esta constelación se dé en el ámbito internacional ya que sería inaceptable que se le permita a un Estado utilizar la fuerza contra otro Estado a causa de que es "provocado" por este. La única excepción que posean los Estados en el derecho internacional público actual, para ejercer de forma individual el uso de la fuerza es la justificación de la legítima defensa, esto es, cuando él mismo o un tercero es víctima de un ataque armado. Por esta razón no trataremos esta problemática en los títulos siguientes.

También dentro del ámbito de la voluntad de defenderse se encuentra la problemática de la *legítima defensa fingida*, es decir en donde el sujeto que dice que se defiende simuló, a través de maquinaciones, el ataque mostrando una situación defensiva inexistente, como aquel que disfraza de legítima defensa lo que en realidad fue un homicidio<sup>32</sup>. Aquí no hay voluntad defensiva simplemente porque no hay ninguna situación defensiva. Aquí actúan solamente motivaciones ajenas a cualquier voluntad defensiva, sólo que aparecen disfrazadas de tales para justificar con legítima defensa lo que en realidad es un ataque antijurídico.

<sup>29</sup> En Alemania: Fischer, ob. cit., § 32, Nr. 42. En la jurisprudencia italiana: Cass. Sez. II, Sentencia del 2 de julio de 1962, Caso Giougotti, y Cass. Sez. I, Sentencia del 8 de Enero de 1965, Caso Pasqua, entre otros. En la jurisprudencia italiana: Boscarelli, Marco, "Legítima Difesa", en: *Enciclopedia Giuridica*, Tomo II, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1990, Nr. 4.3. Brocca/Mingrone, ob. cit. Págs. 56 y 76. Fardaca/Minico, ob. cit., pág. 280. En Brasil: Shintani, Thomas M., *Curso de Direito Penal, Parte Geral*, Rio de Janeiro 1993, pág. 129. En Grecia el Art. 24 de su Código Penal penaliza a quien con intención ha provocado la situación defensiva. Anagnostopoulos, Ilias G./Magliveras, Konstantinos D., *Criminal Law in Greece*, The Hague - London - Boston - Athen 2000, pág. 64.

<sup>30</sup> Jiménez de Asúa sostiene esto en la segunda edición de su obra, es decir Tratado de Derecho Penal, Tomo IV, Segunda Edición, Buenos Aires 1961, § 1319, pág. 202, las demás citas de este autor pertenecen a la edición del año 1952.

<sup>31</sup> Así, por ejemplo, Dorma, ob. cit., pág. 207.

<sup>32</sup> Véase en Alemania de parte de la doctrina Supper, Hartmut, *Studien zur Notwehr und "notwehrähnlichen Lage"*, Bonn 1973, pág. 391.

En cuanto a la actuación de motivos ajenos a la voluntad puramente defensiva y a la legítima defensa fingida se debe notar que este requisito de la voluntad defensiva, tiene una estrecha vinculación con los requisitos de la necesidad y de la proporcionalidad de la conducta defensiva.

Ahora bien, sobre el contenido de los juicios de necesidad y de proporcionalidad de la conducta defensiva existen, también en el derecho comparado, imprecisiones. En general empero se sostiene que el juicio de la necesidad se refiere a los medios empleados en la defensa para neutralizar el ataque. En ese sentido, se tendrá a la conducta defensiva como necesaria cuando de todos los medios idóneos para neutralizar el ataque, ella constituye el menos dañoso<sup>33</sup>. La proporcionalidad, por su parte, se refiere al valor de los bienes jurídicos lesionados o amenazados tanto por el ataque como por la conducta defensiva, exigiéndose que los bienes jurídicos afectados por la conducta defensiva no sean desproporcionadamente superiores, a los bienes jurídicos amenazados o dañados por la conducta ofensiva y que a través de la defensa se intentan salvar<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> En Argentina: Jiménez de Asúa, ob. cit., § 1320, págs. 212 ss. Donna, ob. cit., págs. 202 ss. Zaffaroni, Eugenio Raúl/Alagia, Alejandro/Slokar, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, 2 Edición, Buenos Aires 2003, pág. 615. Fontan Ballastra, Carlos, *Derecho Penal, Introducción y Parte General*, Actualizado por Guillermo A. C., Decimosegunda Edición, Buenos Aires 1998, pág. 268. En Alemania, con mayor precisión afirmando que el juicio de necesidad se refiere a los medios empleados en la defensa: Ferron, ob. cit., § 32 Nr. 34. Kündhäuser, ob. cit., § 16 Nr. 27. Lackner/Kühl, ob. cit., § 32 Nr. 9. Fischer, ob. cit., § 32 Nr. 28 es. Aemeling, Knut, "Noch einmal: Notwehr gegen sog. Chantage", en: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, München und Frankfurt am Main 1988, pág. 70 ss. Joelsch, ob. cit., § 32 Nr. 11a. Günther, ob. cit., § 32 Nr. 89. Jescheck/Welgand, ob. cit., § 32 pág. 349. Baumann/Weber/Mitsch, ob. cit., § 17 Nr. 19 y 25. Weßels/Beulke, ob. cit., Nr. 335. Roxin, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band 1, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, München 2006, § 15 Nr. 42. Wüßner, Marion, *Die Notwehr und ihre Einschränkungen in Deutschland und in den USA*, Berlin 2006, pág. 43. En los Estados Unidos: Hall, ob. cit., pág. 234. Fletcher, ob. cit., pág. 45. Wüßner, ob. cit. Pág. 31. Robinson, Paul H., *Criminal Law Defenses, Criminal Practice Series, Volume 2*, St. Paul, Minnesota 1984, § 131(c). En Italia: Latranci, Giorgio, *Codice Penale, Annotato con la Giurisprudenza*, Milano 2007, Art. 52 Nr. 1. Del Corso, Stefano, en: *Codice Penale*, Tullio Padovani (Edt.), Tomo I, Milano 2007, Art. 52 Nr. 3. Brocca/Mingrone, ob. cit. pág. 71 es. Boscarelli, ob. cit. 4.2. Padovani, "Difesa Legittima", en: *Digesto delle Discipline Penalistiche*, Torino 1989, págs. 511 ss. Pindaca/Musco, ob. cit., pág. 281.

<sup>34</sup> En Argentina, no muy claro ya que se incorporan en esta evaluación tanto los medios con los daños del ataque y de la defensa: Jiménez de Asúa, ob. cit. § 1321 págs. 204 ss. Donna, ob. cit. Pág. 206. Zaffaroni/Alagia/Slokar, ob. cit. Pág. 613 y 616. Fontan Ballastra, ob. cit. pág. 268. Más claro ya que habla de bienes jurídicos. Núñez, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Tercera Edición, Córdoba 1987, pág. 197. En Alemania, si bien se sostiene únicamente que § 32 del Código Penal alemán no exige que la conducta defensiva sea proporcional, sino solo necesaria, la doctrina es pacífica en afirmar que en el juicio de proporcionalidad se confrontan los bienes jurídicos afectados tanto por el ataque como por la defensa. Véase: Lackner/Kühl, ob. cit., § 32 Nr. 11. Wüßner, ob. cit., pág. 195. Weßels/Beulke, ob. cit. Nr. 340. En los Estados Unidos sostiene que el juicio de proporcionalidad se basa en los intereses en conflicto Fletcher, ob. cit., pág. 46. En Italia hubo una antigua discusión de si en el juicio de proporcionalidad se debían tener en cuenta los medios o los bienes jurídicos confrontados en



Realizada estas precisiones se remarcará que si los fines que se persiguen son otros, distintos a la mera defensa, sucederá comúnmente que la conducta defensiva, persiguiendo esos fines ajenos, se configurará de una forma excesiva con respecto al ataque sufrido o que se finja sufrir, es decir, que el "defensor" aplicará medios totalmente innecesarios, si lo que se quiere es solo frenar el ataque, y que los bienes jurídicos que destruya a través de su conducta serán muy superiores a aquellos bienes que teóricamente se proponía salvar.

La jurisprudencia nos da algunos ejemplos de esta situación. El Tribunal Supremo Federal de la Rep. Alemana (*Bundesgerichtshof*), por ejemplo, describe una de estas situaciones expresando que "para la defensa efectiva y la reducción total del atacante hubiera sido suficiente si el inculpado hubiera quitado el cuchillo al atacante y así desarmarlo. Que eso le hubiera sido posible se desprende de la base fáctica general del caso... En el nuevo proceso y sentencia el tribunal que se avoque deberá analizar la posibilidad, de que el inculpado aprovechó la conducta de L. para quitarle la vida, sin haber actuado el inculpado mismo con voluntad defensiva..."<sup>73</sup>

La jurisprudencia italiana nos da otro ejemplo de esa vinculación entre la necesidad y proporcionalidad (o mejor dicho su ausencia) con la voluntad defensiva. La *Corte di Cassazione* en efecto concluye que "el fuertemente alcoholizado Sala podría haber sido neutralizado a través de fuerza de músculos... siendo empero que él ha sido alcanzado de ocho tiro de balas por la espalda... todo ello constituyen elementos seguros y sintomáticos de una determinación asesina, lo que excluye la aplicación de una legítima defensa..."<sup>74</sup>

En estos dos casos la configuración es semejante: En ambos casos, dada la situación de hecho propia de cada caso, el que dice defenderse posee una posición de mayor poder físico en comparación con el del presunto atacante. Es claro que en la legítima defensa no se defiende quien quiere, sino quien puede defenderse y que este derecho puede ser, la mayoría de las veces, sólo utilizado si el que es atacado se encuentra en una posición de mayor poder físico en frente al atacante. Lo que caracteriza estos dos casos empero es que ese poder físico no es utilizado limitándolo a la mera neutralización del ataque, sino que va mucho más allá, es decir que el bien

el ataque y en la defensa. En la actualidad la doctrina casi unánimemente afirma que el juicio de proporcionalidad tiene en cuenta los bienes jurídicos afectados tanto por el ataque como por la conducta defensiva. Véase: Pagliaro, Antonio, *Principi di Diritto Penale, Parte Generale*, Seconda Edizione, Torino 2006, pág. 443. Bettolè, Giuseppe/Mantovani, Luciano/Petruello, *Diritto Penale, Parte Generale*, Dodicesima Edizione, Padova 1986, págs.384 ss. Del Corso, ob. cit., Art. 52 N.º 3, Padovani, ob. cit. Pág. 512.

<sup>73</sup> BGH, urt. v. 8. November 1987 - 2 StR 251/87, en: BGH-Rechtsprechung, Strafsachen, § 32 Abs. 2 Erforderlichkeit 2.

<sup>74</sup> Cass. Sez. I, Sentenza del 18 de Julio de 1981, en: *Rivista Penale*, anno 1982, pág. 243.

el medio es idóneo para hacer cesar el ataque, es innecesario provocando, a su vez, la destrucción de un bien jurídico muy superior al amenazado. Ello es así porque estas conductas no estaban dirigidas sólo a neutralizar el ataque sino fueron ejecutadas sirviendo a la consecución de otro fin ajeno a la defensa, es decir la eliminación del adversario.

Realizadas estas precisiones de cómo es reconocido y cómo funciona el requisito de la voluntad defensiva en la legítima defensa del derecho interno, pasaremos a continuación a analizar cómo es la situación de este requisito en la legítima defensa internacional.

### C. ¿Existe una voluntad defensiva en la legítima defensa internacional?

Se deberá comenzar advirtiendo que la doctrina internacionalista no ha tratado aún, ni de manera expresa ni de manera sistemática, el requisito de la voluntad defensiva en la legítima defensa internacional. Este requisito nunca ha sido abordado en esta disciplina. Sin embargo hay elementos convincentes que muestran la existencia de este requisito como elemento constitutivo e inmanente del instituto jurídico de la legítima defensa en el derecho internacional. Aquí se recorrerán dos caminos para esa prueba, por una parte se verá como la existencia de este requisito puede ser inferida a través de los principios generales del derecho. Por otra parte se verá como la praxis de los Estados y la doctrina internacionalista tratan problemas típicos de la legítima defensa y que son propios de este requisito.

#### I. La voluntad defensiva en la legítima defensa internacional y los principios generales del derecho.

Una prueba de la existencia de este elemento dentro de la legítima defensa internacional está dada por los principios generales de derecho tal como son entendidos por el Art. 38 inc. 1 ap. c del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Como hemos visto, el Art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas reconoce en el derecho internacional el instituto jurídico de la legítima defensa, sin describirlo en sus elementos constitutivos. En el accertamiento de su contenido pueden y deben actuar los principios generales del derecho, sobre todo aquellos que configuran el instituto de la legítima defensa. Desde un punto de vista interpretativo del art. 51 de la Carta de la ONU, el art. 31 inc. 3 ap. c de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del año 1969, nos dice que conjuntamente con el contexto se tendrá en cuenta, en la interpretación de un tratado, "toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes". Ahora bien, dicho artículo con la expresión "norma pertinente de derecho internacional" hace referencia a las tres fuentes del derecho internacional nombrados en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, es decir, que

junto a los tratados y la costumbre también los principios generales del derecho deben ser tenidos en cuenta<sup>87</sup>.

Tal como se afirma en la doctrina internacional, y más allá de la discusión del fundamento de obligatoriedad de los principios generales del derecho, las diversas corrientes son acordes en sostener, que el reconocimiento de un principio en los distintos sistemas jurídicos nacionales es una fuente de conocimiento de su necesidad y validez; razón por la cual, ese principio debe también tener existencia en el derecho internacional<sup>88</sup>.

En ese sentido y con respecto a la configuración de la legítima defensa internacional afirma Giménez de Aréchaga que "La revisión y examen de los hechos para determinar si se ha configurado o no defensa legítima debe realizarse conforme a ciertos criterios de derecho internacional, que tienen sus fuentes en los principios generales del derecho.

Todos los países reconocen en su foro interno el instituto de la legítima defensa, sometido a ciertos principios que regulan su ejercicio. Estos principios constituyen, por lo tanto, principios generales de derecho directamente aplicables en la esfera internacional"<sup>89</sup>.

Como hemos visto arriba, distintos sistemas jurídicos coinciden en reconocer este requisito en el instituto jurídico de la legítima defensa y tanto la doctrina como los tribunales nacionales de los distintos países se ocupan de él y de sus diversas cuestiones. Ello nos señala tanto la existencia de este requisito como así también el cúmulo de temas de importancia vital para este instituto jurídico que a su vez abarca. La problemática del error sobre el conocimiento de la situación defensiva, la aparición de motivos ajenos a la voluntad de defenderse y la legítima defensa fingida, que acabamos de ver en el derecho interno, son cuestiones todas que se han dado en el plano de la legítima defensa internacional, como lo veremos a continuación.

## II. Los problemas de la voluntad defensiva en la legítima defensa tal como se han dado a nivel internacional

La otra vía de prueba de que este requisito está presente inmanentemente también en la legítima defensa internacional es el hecho que, tan-

<sup>87</sup> Villiger, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden - Goetón 2008, § 25, pág. 433. Vargas Carreño, Edmundo, *Derecho Internacional Público de acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el Siglo XXI*, Santiago de Chile 2007, pág. 155. Afirma esta función interpretativa de los principios generales del derecho ante preceptos jurídicos internacionales dudosos: Pagliari, Arturo Santiago, *Curso de Derecho Internacional Público*, Córdoba 2007, pág. 63.

<sup>88</sup> Spiropoulos, Jean, *Die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht. Eine Auslegung von Art. 38, § des Statuts des Ständigen Internationalen Gerichtshofs*, Kiel 1928, pág. 32. Cheng, Bin, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London 1953, pág. 390.

<sup>89</sup> Jiménez de Aréchaga, ob. cit., pág. 318.

to la doctrina como la práctica de los Estados se refieren a él y a las cuestiones que él abarca de una forma no consiente y sin nombrarlo expresamente. Algunos ejemplos de esto lo esbozaremos rápidamente a continuación tratando los diversos aspectos de este requisito.

#### a. El problema del error de percepción de una situación defensiva

En cuanto al primer elemento que configura este requisito, es decir al conocimiento de la situación defensiva, se puede citar, a modo de ejemplo, el caso de la operación *Iraqi Freedom* del año 2003. Esta operación fue llevada a cabo para encontrar y destruir armas de destrucción masiva que, según las potencias ejecutantes, el régimen iraquí estaba produciendo. Esta operación fue realizada con la finalidad de "defender" de este "peligro" a los Estados Unidos y a la comunidad internacional<sup>40</sup>. Luego del derrocamiento del gobierno y la ocupación militar de todo el país, con todas las pérdidas en vidas humanas que ello supuso, se supo que tales armas nunca habían existido. La posición oficial de los Estados Unidos se puede definir como un falso conocimiento de una situación defensiva a causa de información errónea de parte de los servicios de inteligencia propios<sup>41</sup>. Lo cuestionable en este caso es que otras potencias como Alemania, Francia y Rusia remarcaron, días antes del comienzo de la operación *Iraqi Freedom*, la falta de prueba sobre la existencia de dichas armas en Irak<sup>42</sup>.

Ante este hecho una parte de la doctrina norteamericana se preguntó si, atento a la información disponible, incluso la que producían los

<sup>40</sup> La comunicación del gobierno de los Estados Unidos al Consejo de Seguridad de la ONU dice a ese efecto: "The actions that coalition forces are undertaking are an appropriate response. They are necessary steps to defend the United States and the international community from the threat posed by Iraq and to restore international peace and security in the area". Ver: UN Doc. S/2003/351. Se discute en la doctrina si la posición jurídica norteamericana se basaba en un incumplimiento de Irak de las resoluciones 1441 (2002), 178 (1990) y 687 (1991) y, conjuntamente en una legítima defensa preventiva o solamente en el primer argumento. A favor de esta última posición, por ej.: Bothe, Michael, "Der Irak-Krieg und das völkerrechtliche Gewaltverbot", en: *Archiv des Völkerrechts*, N.º 41, año 2003, pág. 280 ss. A favor de la primera posición: Ferzan, Kimberly Kestlet, "Defending Imminence: From Battered Women to Iraq", en: *Arizona Law Review*, N.º 42, año 2004, Pág. 221. El gobierno británico por su parte evitó justificar la operación *Iraqi Freedom* con el argumento de una legítima defensa preventiva y mencionó solo las resoluciones del Consejo de Seguridad. Ver: UN Doc. S/2003/350.

<sup>41</sup> En ese sentido se expresó: "The Iraq Survey Group also found that pre-war intelligence estimates of Iraqi WMD stockpiles were wrong - a conclusion that has been confirmed by a bipartisan commission and congressional investigations". Ver: *National Security Strategy of the United States of America*, año 2006, pág. 23.

<sup>42</sup> Ver: UN Doc. S/2003/214, Annex to the letter dated 24 February 2003 from the Permanent Representative of France, Germany and the Russian Federation to the United Nations addressed to the President of the Security Council.

inspectores de la ONU en Irak negando tal existencia, el error de hecho de la administración Bush era "razonable", haciendo un paralelismo con los parámetros exigidos en su propio derecho interno<sup>43</sup>.

Más allá de la respuesta que se le dé a este caso concreto, lo cierto es que, de aceptarse la versión oficial de los Estados Unidos sobre lo acontecido, él nos demuestra que el problema del error de hecho en la percepción de una situación defensiva fue al menos invocade en el ámbito internacional.

#### b. El problema de los motivos ajenos a la voluntad defensiva

El concepto de motivos entremezclados (*mixed motives*)<sup>44</sup>, es decir aquellas situaciones en donde a la par de la voluntad defensiva aparecen otros motivos determinantes pero ajenos a la conducta defensiva, se trató, sobre todo, en el marco de las denominadas "intervenciones humanitarias" las cuales, a su vez, fueron por lo general fundamentadas a través de una legítima defensa internacional a favor de terceros<sup>45</sup>.

Lo problemático en esta cuestión es, hasta qué punto puede ser admitida la existencia de motivos ajenos a la voluntad de defenderse, presentes a la par de esta, de parte del Estado que se defiende a sí mismo o defiende a otro, sin que la excluyan. Esto se trata en realidad de una sentencia que se deberá dar de caso en caso. Sin embargo, y sin tratarlo sistemáticamente dentro del requisito de la voluntad defensiva, algunos parámetros fueron dados por parte de la doctrina. Así se ha afirmado que el ejercicio de la legítima defensa debe realizarse por la defensa misma y que no debe ser utilizado como represalia o penalización del atacante<sup>46</sup>. Por otra parte, el cambio de gobierno (*regime change*) de un Estado no podría constituirse

<sup>43</sup> Fletcher/Ohlin, ob. cit., pág. 105 ss.

<sup>44</sup> Sobre los motivos entremezclados (*mixed motives*) en contraposición con la recta intención (*right intention*) en concordancia con el concepto de recta intención, ver: Bordan, Joseph, "Eingreifen und Bestrafen, Zur neuen Rolle der Vereinten Nationen", en: *Juristische Zeitschrift NRW*, Band 16, Rockinghamen 2006, pág. 185.

<sup>45</sup> Stein/von Buziar, ob. cit., § 821, pág. 292.

<sup>46</sup> König/Urpsmann-Witzack, ob. cit. pág. 143, quienes realizan esta afirmación tratando el requisito de proporcionalidad de la legítima defensa internacional. Al mismo e inmediatamente seguido a esta afirmación remarcan: "Extensión y efectos del ataque y extensión y efectos de la conducta defensiva deben ser proporcionados entre sí". También en Fischer, Hans, en: Ipsen, Knut, *Wörterrecht*, 4. völlig neu bearbeitete Auflage, München 1999, § 39, pág. 950, se puede ver esta relación entre ambos requisitos ya que allí sostiene: "Las acciones militares deben servir solamente a la defensa legítima. Acciones de penalización no son compatibles con el principio de proporcionalidad". Todo esto es una muestra de la relación que existe entre la voluntad defensiva, sobre todo con la aparición de motivos ajenos a la defensa y el requisito de la proporcionalidad. Las traducciones del idioma Alemán pertenecen al autor de este trabajo.

en el fin del ejercicio de una legítima defensa internacional<sup>47</sup>. Allí se da el ejemplo de la operación *Enduring Freedom* en Afganistán, en donde días después de su comienzo se amplió el fin originario, es decir la destrucción de las células terroristas de *Al Qaeda*, por el del derrocamiento del gobierno talibán, argumentando que ello sería necesario para la destrucción de ese grupo terrorista<sup>48</sup>.

En este ejemplo se ve, también, la relación estrecha entre el requisito de la voluntad defensiva y aquellos de la necesidad y la proporcionalidad de la conducta defensiva: Al cambiar el motivo o fin originario de la presunta conducta defensiva de prevenir y detener otros ataques terroristas<sup>49</sup> por el del cambio de régimen, la conducta defensiva fue más allá de lo necesario para la detención de esos ataques tornándose, a su vez, en desproporcionada a ese fin defensivo originario. El resultado fue la ocupación militar de todo Afganistán con todas las pérdidas en vidas humanas que significó ello. La importancia estratégica vital del territorio de Afganistán en la configuración del sistema global actual no pasa desapercibida: Limita directamente con el Irán y sus ricos recursos energéticos; limita directamente con el principal competidor estratégico de los Estados Unidos de América, es decir, China; limita directamente con los países del Asia Central, ricos en recursos energéticos y mineros, de gran importancia económica para Rusia, Estados Unidos de América, China, Europa y Japón; limita directamente con Pakistán convirtiéndose, a falta de "cooperación" del Irán, en espacio de paso necesario para transportar los recursos energéticos y mineros de Asia Central a Pakistán y de allí hacia el mar. No en vano la Estrategia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos de América del año 2006 define a Afganistán como "país puente"<sup>50</sup>.

El problema de los motivos ajenos a la defensa estricta y que llevan a una conducta distinta a la requerida por la situación defensiva, fue también tema en el caso de las Plataformas Petrolíferas llevado ante la Corte Internacional de Justicia<sup>51</sup>. Una de las acusaciones que el Gobierno de Irán

<sup>47</sup> Stein/von Butler, op. cit., § 797, pág. 282. Tanzi, Atrila, *Introduzione al Diritto Internazionale Contemporaneo*, Segunda edición, Padova 2006, pág. 458, quien sostiene a su vez que, tratándose de la finalidad de combatir a organizaciones terroristas, la eliminación del gobierno y/o la ocupación militar del territorio, excederían los límites de la proporcionalidad y necesidad.

<sup>48</sup> Stein/von Butler, op. cit., § 795, pág. 282.

<sup>49</sup> Ver: UN Doc. S/2001/946 donde se afirma: "In response to these attacks, and in accordance with the inherent right of individual and collective self-defence, United States armed forces have initiated actions designed to prevent and deter further attacks on the United States".

<sup>50</sup> *The National Security Strategy of the United States of America*, año 2006. En la página 40 se afirma: "Increasingly, Afghanistan will assume its historical role as a land-bridge between South and Central Asia, connecting these two vital regions".

<sup>51</sup> *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v United States of America)*, I.C.J. Reports 2003, pág. 161 ss.

realizó en contra de los Estados Unidos fue que el ataque a dichas plataformas no tenía ninguna finalidad defensiva sino que, por el contrario, estaban encaminadas a dañar económicamente al Irán para desestabilizarlo<sup>82</sup>.

### c. El problema de la legítima defensa fingida

Como ya se explicara más arriba, otro de los casos de falta de voluntad defensiva es la constelación de la legítima defensa fingida. A diferencia de los casos de aparición de motivos ajenos a la defensa, en donde la voluntad defensiva aparece relegada a un segundo plano por ellos, en el caso de la legítima defensa fingida no hay voluntad defensiva en absoluto simplemente porque no hay ningún tipo de situación defensiva. Quien dice defenderse trata de mostrar, a través de maquinaciones, como agresor a quien él mismo ataca de forma antijurídica.

Para remarcar la importancia de analizar el requisito de la voluntad defensiva y sus elementos en general y de la constelación de la legítima defensa fingida en especial, recordaremos que la Segunda Guerra Mundial comenzó bajo la excusa del ejercicio del derecho a legítima defensa lo que en realidad fue un caso de legítima defensa fingida: En la mañana del 1 de Septiembre de 1939, en su discurso frente al Reichstag y emitido en directo para toda Alemania, anunciaba Adolfo Hitler que, "Polonia esta noche ha disparado por primera vez sobre nuestro territorio también con tropas regulares. ¡Desde las 5.45 se está contestando el fuego!"<sup>83</sup>. A la misma hora que el canciller alemán pronunciaba su discurso, dos grupos de ejércitos, con alrededor de 1.500.000 soldados estaban ya traspasado los límites germano-polacos. Había comenzado la Segunda Guerra Mundial. Si bien el canciller alemán hacía referencia a diversas provocaciones polacas producidas esa misma noche, los grupos de ejércitos actuaban de acuerdo a planes diseñados con meses de anterioridad para lo cual, se habían movillizado masiva pero silenciosamente tropas hacia la frontera polaca días antes de dichas provocaciones. También unos días antes, el 24 de Agosto, la Unión Soviética y el Reich alemán habían firmado el pacto de no agresión y, a través de un protocolo secreto, habían ya decidido cómo dividir Polonia, lo cual sucedió inmediatamente luego de la rendición de ese país.

<sup>82</sup> Así en la presentación del 19 de febrero del 2003 se lee: "But that does not mean that the right of self-defence can serve as a kind of magic wand to justify any use of force a State deems useful to preserve its interests". *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, CR 2003/7, Public sitting held on Wednesday 19 February 2003, pág. 33, para. 19.

<sup>83</sup> Discurso de Adolfo Hitler en el Reichstag el 1. de Septiembre de 1939, la versión en alemán del discurso puede ser encontrada en: <http://www.georg-elsaer-arbeitskreis.de/texts/hitler-1939-09-01.htm>

En su discurso aquí referido Hitler habló de 14 incidentes fronterizos de los cuales tres los catalogó de muy graves. Ahora bien, históricamente está comprobado que dichos incidentes, entre los que se encuentran la ocupación por supuestos rebeldes polacos de la radioestación *Gleiwitz*, no solo que fueron organizados y ejecutados por los mismos servicios de inteligencia alemanes, sino que habían sido ordenados por el mismo canciller alemán<sup>54</sup>. La finalidad no era otra que mostrar a Polonia como agresora y diafrazar de defensa lo que en realidad era un ataque.

Citamos este ejemplo pues es uno de los ejemplos en donde los hechos históricos están bastante bien comprobados. En la historia empero seguramente hay otros ejemplos en donde dichas maquinaciones aún se discuten.

Por ejemplo en el caso de la operación *Iraqi Freedom*, arriba mencionada como un caso de error en el conocimiento de la inexistencia de una situación defensiva, surge la pregunta si el error de hecho que la administración Bush sostuvo de haber cometido no fue en realidad ningún error, sino que se actuó a sabiendas y con pleno conocimiento de la inexistencia de armas de destrucción masiva en ese país, utilizando este argumento solamente para justificar una agresión en contra de un país soberano siguiendo otros motivos totalmente distintos a los motivos de defensa propugnados. Bajo esta hipótesis se debería analizar la operación *Iraqi Freedom*, no ya como un caso de percepción falsa de una situación defensiva inexistente a causa de un error de hecho, como se hiciera más arriba, sino simplemente como un caso de legítima defensa fingida. Esta es, al menos, la hipótesis que abiertamente sostuvo el gobierno de Siria ante las Naciones Unidas, cuando sostuvo que el objetivo verdadero de esta operación no era el de desarmar Irak de las supuestas armas de destrucción masiva, sino el de ocuparlo militarmente y de usurpar sus recursos naturales en contravención a toda norma de derecho internacional<sup>55</sup>.

El problema de la posibilidad de fingir una situación defensiva para agredir un Estado en persecución de fines estratégicos, económicos, políticos, etc., se agrava si se aceptaría la vigencia de una legítima defensa preventiva. Es precisamente que frente a los argumentos que trataron de justificar una teoría semejante, sobre todo en estos últimos años, se alzó la crítica de la facilidad que un instituto jurídico así concebido otorgaría para fingir una situación defensiva inexistente persiguiendo fines ajenos

<sup>54</sup> Véase Hofm, Walter, *Die Entfesselung des Zweiten Weltkrieges, Darstellung und Dokumente*, Berlin 2007, pág. 384. Hofm incluye en pág. 398 la declaración jurada que Alfred Naujoks, comandante del grupo que ocupó la radioestación *Gleiwitz*, hizo en el proceso de Núremberg en 1946.

<sup>55</sup> Ver: UN Doc. S/PV.4731.



a cualquier defensa<sup>56</sup>. Incluso la parte de la doctrina que apoya la teoría de la legítima defensa preventiva reconoció el problema de la facilidad del abuso de esta<sup>57</sup>. La misma Estrategia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos de Norteamérica reconoce este punto débil de su propugnada legítima defensa preventiva<sup>58</sup>. Precisamente frente a la operación *Iraqi Freedom*, el Gobierno Británico se abstuvo de fundamentar ante las Naciones Unidas un derecho a legítima defensa preventiva, sobre todo, por el temor a su potencialidad de abuso<sup>59</sup>.

Por último, como lo hicéramos en el título anterior, debemos hacer referencia a la relación estrecha entre voluntad defensiva, o su falta total en el caso de la legítima defensa fingida, y los requisitos de necesidad y proporcionalidad. Tanto en el caso del ataque a Polonia, como en el caso de la operación *Iraqi Freedom* se observan conductas defensivas totalmente desproporcionadas al ataque que se dice haber sufrido o al peligro que se dice correr y que, por otra parte, constituyen reacciones innecesarias.

#### d. La voluntad defensiva y los requisitos de necesidad y de proporcionalidad

Como fuera dicho en el título correspondiente al derecho interno, la presunta conducta defensiva dirigida a fines o movidas por motivos ajenos a la voluntad de defenderse, sea en el caso de los intereses ajenos o motivos entremezclados o sea en el caso de la legítima defensa fingida, traspasa por lo general los límites de la necesidad y de la proporcionalidad. Como se ha afirmado, motivos que se encuentran fuera de la voluntad defensiva generan conductas que son tanto innecesarias como despropor-

<sup>56</sup> Bothe, Michael, "Terrorism and the Legality of Pre-emptive Force", en: *European Journal of International Law*, Nr. 14, año 2003, pág. 237. Tanzi, ob. cit., pág. 466. Comforti, Benedetto, *Diritto Internazionale*, VII Edizione, Napoli 2006, pág. 344, quien sostiene: "A su vez la extensión de los casos de legítima defensa, en particular para cubrir las reacciones al terrorismo, aparece nada más como una excusa para justificar el uso ilegítimo de la fuerza, dado que el ataque armado, del cual habla el art. 51, comporta la utilización de fuerza militar de parte de un Estado y dado que la "respuesta" al ataque no puede ser sino inmediata y dirigida a rechazar una agresión".

<sup>57</sup> Soifer, Abraham D., "On the Necessity of Pre-emption", en: *European Journal of International Law*, Nr. 14, año 2003, pág. 211 y Wandschiet, Christiane, *Internationaler Terrorismus und Selbstverteidigungsrecht*, Berlin 2006, pág. 310 y 312.

<sup>58</sup> Allí se lee: "...not should nations use presumption as a pretext for aggression..." *National Security Strategy of the United States of America*, año 2002, pág. 15.

<sup>59</sup> Como lo demuestra el informe del Comité de Relaciones Exteriores del parlamento británico para los años 2002-2003 sobre la situación en Irak. Allí se sostuvo: "We conclude that should the US, British and other governments seek to justify military action against Iraq for example, on an expanded doctrine of "pre-emptive self-defence", there is a serious risk that this will be taken as legitimizing the aggressive use of force by other, less law-abiding states". Select Committee on Foreign Affairs, Session 2002-03, Second Report, Disarming Iraq, punto nr. 154.

cionadas para los fines de la defensa misma, ya que todos estos requisitos son partes constituyentes de una misma conducta<sup>60</sup>.

Ahora bien, si es verdad que suelen presentarse ciertas imprecisiones al respecto, se notará aquí que en el Derecho Internacional y de acuerdo como se expresan jurisprudencia y doctrina, existe una tendencia a que la pregunta sobre el requisito de la necesidad de la conducta defensiva es una cuestión los medios empleados (lo cual también incluye la conducta misma tomada) tanto en el ataque como en la defensa. La pregunta del requisito de proporcionalidad se da, a su vez, a través de una comparación entre los bienes jurídicos del defensor que son dañados o puestos en peligro por el ataque, por un lado, y los bienes jurídicos del atacante que son dañados por la conducta defensiva, por el otro.

Sobre el primero de los requisitos nombrados, la Corte Internacional de Justicia en su fallo en el caso de la destrucción de las Plataformas Petrolíferas remarcó, que la conducta defensiva debe ser necesaria para la finalidad de la defensa y que este requisito debe ser entendido estricta y objetivamente excluyendo cualquier espacio para medidas discrecionales<sup>61</sup>. Necesidad significa, nos dice este alto tribunal en la misma sentencia, que el bien jurídico dañado por la conducta defensiva debe ser un objetivo imprescindible para frenar el ataque. Esto significa, dice la Corte, que el objetivo dañado por la conducta defensiva debe encontrarse en una estrecha relación con el ataque mismo<sup>62</sup>. Por otro lado se debe tener en cuenta que si la conducta defensiva es necesaria o no, no es ninguna cuestión de la valoración subjetiva de parte<sup>63</sup>.

Si recordamos los casos de derecho interno, arriba citados, veremos que quien conociendo que es atacado realmente y realizando una conducta defensiva que, en principio está justificada por este instituto, es claro que si el motivo determinante y principal es, no obstante, odio o venganza lo cual genera la finalidad, no de frenar el ataque sino de eliminar el contrincante, lo que en principio debía ser una conducta defensiva se excederá de los límites de la necesidad y se constituirá, ella misma, en ataque. En este sentido es claro que, si lo que se persigue no es tanto o no lo es en absoluto frenar un ataque armado, sino que lograr otros fines como,

<sup>60</sup> González Campos/Sánchez Rodríguez/Sáenz de Santa María Paz, ob. cit., pág. 1017.

<sup>61</sup> *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, I.C.J., Reports 2003, para. 73.

<sup>62</sup> *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, I.C.J., Reports 2003, para. 76. El resultado pertenece al autor de este trabajo. El concepto de idoneidad de la conducta defensiva para la paralización o la disminución del ataque es también requerido en la doctrina: Meiser/von Burtlar, ob. cit., pág. 87.

<sup>63</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, I.C.J., Reports 1996, para. 262 y *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, I.C.J., Reports 2003, para. 43.

presionar políticamente un Estado, derrocar su gobierno, ocupar militarmente su territorio, etc. la presunta conducta defensiva no estará limitada a la necesidad de frenar un ataque armado sino que se ejecutará de forma totalmente independiente de esta necesidad, excediéndola conforme al fin real perseguido.

Con respecto al requisito de la proporcionalidad de la conducta defensiva en la legítima defensa internacional, la doctrina sostiene que la extensión y efectos de la conducta defensiva no debe ser desproporcionada con respecto a la extensión y efectos del ataque<sup>64</sup>. Y tanto de una como de otra parte deben ser tenidos en cuenta los intereses jurídicos afectados<sup>65</sup>. Naturalmente, dentro de esa comparación de bienes jurídicos afectados por el ataque y por la defensa se incluye el número de víctimas humanas<sup>66</sup>.

Analizando este requisito en el caso de las Plataformas Petrolíferas, caso ya arriba citado, la Corte Internacional de Justicia realiza una confrontación de los bienes jurídicos destruidos por una y otra conducta. Allí la Corte menciona los daños realizados por la pretendida conducta defensiva, esto es, la destrucción de las plataformas petrolíferas de *Salman y Nasr*, la destrucción de dos fragatas entre otros buques y aviones del Irán y los confronta con los daños que reclamaron los Estados Unidos en el ataque que dijeron haber sufrido, esto es, la avería de un buque de guerra a causa de una mina marina sin que se hayan producido víctimas humanas. Allí concluye la Corte que la conducta de los Estados Unidos ha sido desproporcionada en relación al ataque que sostuvo haber sufrido. Ahora bien si analizamos este caso, es de notar que, al ser la conducta defensiva desproporcionada con respecto al ataque que se dice haber sufrido, es claro que cobra fuerza el argumento iraní, esto es, que la acción militar norteamericana no tuvo como finalidad la defensa frente a un ataque alguno, sino que su finalidad verdadera era dañar económicamente al Irán destruyendo sobre todo esas importantes plataformas petrolíferas.

En cuanto a la operación *Enduring Freedom*, suponiendo que una legítima defensa preventiva fuera aceptada, la destrucción de los campamentos terroristas en Afganistán podría haber sido valorada como proporcional. Como las acciones ejecutadas se excedieron manifiestamente en frente al peligro que se suponía se debía neutralizar y se procedió al derrocamiento del régimen talibán y a la ocupación militar de la totalidad del territorio, esto reafirmaría entonces la tesis de que la finalidad no era

<sup>64</sup> Stein/von Buriar, ob. cit., § 794, pág. 281. Hobe, ob. cit., pág. 335. Kunig/Uerpmann-Witzack, ob. cit. Pág. 143.

<sup>65</sup> Kunig/Uerpmann-Witzack, ob. cit., pág. 21.

<sup>66</sup> Ferzan, ob. cit., pág. 223. Kotzur, ob. cit., pág. 476. Stein/von Buriar, ob. cit., § 794, pág. 281. Flecher/Ohlin, ob. cit., pág. 100.

la enunciada, sino que se trataba más bien, de mantener una presencia militar fuerte en una zona estratégicamente muy importante del globo, poniendo un gobierno a fin.

#### D. Conclusiones

Los ejemplos analizados y las diversas cuestiones doctrinarias que surgen en torno a ellos son una prueba de que el requisito de la voluntad defensiva es elemento inherente al instituto jurídico de la legítima defensa no sólo en el derecho interno sino también en el derecho internacional.

Toda la preocupación por la posibilidad de abuso de la legítima defensa, en el caso que se reconociera con carácter preventivo, que tanto la doctrina internacional como los estados han demostrado, no es más que una prueba del problema de los motivos ajenos a la voluntad defensiva y de la legítima defensa fingida en el campo del derecho internacional público, esto es, temas propios a ser ubicados dentro del requisito de la voluntad defensiva. Lo mismo se puede decir del presunto error de hecho que alega el gobierno norteamericano sobre la inexistencia de armas de destrucción masiva en el Irak.

Es claro que desde la perspectiva de una estrategia legal para atacar un proceder antijurídico pero encubierto con la fachada de la legítima defensa, la más de las veces, se llevará a cabo más fácil y convincentemente desde el argumento de la falta de proporcionalidad o de la falta de necesidad de la presunta conducta defensiva. Estas faltantes empero no se darán en todas las constelaciones en que falte la voluntad defensiva misma. Por el otro lado el tratamiento del requisito de la voluntad defensiva en la legítima defensa internacional facilitará una mayor y mejor sistematización de los problemas que este instituto jurídico produce, ubicando cada pregunta en su correcto lugar. Quizás ya haya llegado el momento que, utilizando los principios generales del derecho como puente, la disciplina internacionalista gane los conocimientos ya desarrollados en el derecho interno en este tema y los haga provechosos para el derecho internacional.



SECCIÓN III  
DERECHO PROCESAL



# NUEVOS HORIZONTES DE LAS CAUTELARES EN EL SIGLO XXI EN EL PROCESO JUDICIAL CIVIL, CON PARTICULAR REFERENCIA A SU LÍMITE TEMPORAL DE VIGENCIA

*Rosa Angélica Avila Paz de Robledo\**

**Resumen:** Se analizan los nuevos horizontes de las medidas cautelares inominadas, a la luz del derecho a la duración razonable de las causas y la tutela judicial efectiva. En primer lugar, se definen los ejes generales de las cautelares inominadas. En segundo lugar, se analiza el derecho al plazo razonable en el marco de la garantía del debido proceso. En tercer término, se analiza el límite temporal de la vigencia de las cautelares desde la jurisprudencia de la Corte Suprema.

**Palabras clave:** Medidas cautelares inominadas - Duración razonable de las causas - Tutela judicial efectiva - Límite temporal de la vigencia de las cautelares

## I. Introducción

En los últimos años, en el marco de conflictos sobre “derechos individuales” y “derechos de incidencia colectiva” (sobre bienes colectivos y bienes individuales homogéneos<sup>1</sup>), se suma un fuerte reclamo de la sociedad por una justicia “rápida” y “eficaz”. Aquí, se observa una creciente utilización de las medidas cautelares, aunque ya no sólo de las *cautelares nominadas* (embargos, secuestros, etc.), sino también, y cada vez con mayor frecuencia, de las *cautelares inominadas*.

\*Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (U.N.C.). Doctora “Honoris Causae” máxima distinción conferida por Res. 3371/2010 H.C.S.-UNLaR. Profesora Titular de la Cátedra “A” de Teoría General del Proceso y Cat. “B” de Derecho Procesal Civil y Comercial (U.N.C.). Profesora Responsable en la Carrera de Especialización de Derecho Procesal y Profesora del Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales (U.N.C.). Profesora Titular de Derecho Procesal Civil y Laboral (U.N.La.R.). Directora del Instituto de Derecho Procesal (U.N.La.R.). Directora de la Maestría en Derecho Procesal (U.N.La.R.) acreditada por Res. 857/10 de la CONEAU Académica correspondiente por la prov. de Córdoba de la Academia Argentina de Ceremonial, Académica de la Academia del Plata-Filial Córdoba. Presidente de la Sala II del Tribunal de Disciplina de Abogados de la prov. de Córdoba. Par Evaluador de la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria- CONEAU, y Docente Investigadora (U.N.C.) Categoría I- Ministerio de la Nación, Ciencia y Tecnología. E-mail: [avilapaz@arnet.com.ar](mailto:avilapaz@arnet.com.ar) / [rosavilapaz@gmail.com](mailto:rosavilapaz@gmail.com)

<sup>1</sup> Seguimos en este punto la clasificación sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos: “*Halebab, Ernesto c. P.E.N. ley 25.073 ct. 1568/04*”, 24/02/2009.

Así pues, en función del *poder cautelar genérico*<sup>2</sup> y el factor tiempo de la "urgencia", van surgiendo pretorianamente nuevos institutos como son las medidas cautelares autónomas, autosatisfactivas, tutelas anticipadas, cautelares diferentes, etc., cuyo objetivo central se dirige a dotar de *eficacia* al servicio de justicia.

El presente trabajo pretende analizar la temática de las medidas cautelares, desde el bloque de constitucionalidad federal, particularmente, en relación al derecho al plazo razonable y la tutela judicial efectiva (arts. 8 y 25 C.A.D.H.). Puntualmente, se delimita el análisis al límite temporal de las medidas cautelares, que se gesta por vía de reciente jurisprudencia pretoriana del Máximo Tribunal, a partir de una prohibición de no innovar. Resulta preciso, señalar que el Alto Cuerpo considera a los nuevos institutos que hemos perfeñado (cautelar material, medida autosatisfactiva, tutela anticipada, etc.) como *cautelares innovativas*. Por consiguiente, en el análisis del límite temporal de la vigencia temporal de las medidas cautelares debemos atender a la prohibición de no innovar<sup>3</sup>, que constituye una medida cautelar nominativa, pero muy en particular a las nuevas cautelares que hemos referenciado y que las enmarcamos como medidas cautelares innominadas.

A modo de advertencia preliminar, cabe destacar la escasez de una doctrina pluralista y, la existencia de jurisprudencia específica sobre el tópico en cuestión.

## 2. Medidas cautelares innominadas

La realidad y gran actualidad de las Cautelares innominadas nos plantean estos interrogantes: I) *¿Qué son las medidas cautelares innominadas?*; II) *¿Deberían ser reglamentadas —en general— en una futura reforma del Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba;* III) *¿Deberían ser reglamentadas —en particular— en lo atinente a su límite temporal, en función del derecho a la duración razonable del proceso judicial, a la tutela judicial efectiva, garantía de defensa en juicio y la efectividad de los derechos y la eficacia de la prestación del servicio de justicia?*

<sup>2</sup> CPCN (art.232) y CPC Cba. (art. 484).

<sup>3</sup> Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, art. 230. Prohibición de Innovar.

La medida cautelar de la prohibición de no innovar, según Carlos Colombo "cumple una función de aseguramiento que consiste en reponer el estado de cosas antes que hubiese sido unilateral o indebidamente modificado por alguna de las partes, o en su caso, mantener el statu que inicial o derivado de una sentencia, impidiendo que durante el curso del pleito se modifique sin orden judicial la situación de hecho o de derecho, cuando esa alteración podría influir en la sentencia o tornar en ineficaz o imposible su ejecución o producir perjuicios innecesarios no justificables" (COLOMBO, Carlos J., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación - Anotado y Comentado*, T. 1, Abeledo Perrot, Bs.As., p.363).



En relación al primer interrogante, podemos incluir aquellas medidas cautelares que no presentan una reglamentación legislativa específica. Entre otras, comprende la cautelar material, medida autosatisfactiva, tutela anticipada, y cautelares diferentes.

Augusto M. Morello impulsa la *cautelar material* que se la denomina cautelar satisfactiva y que podemos considerarla anterior a la conocida medida autosatisfactiva. En efecto, en el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en Termas de Río Hondo, Santiago del Estero, en 1993, en las conclusiones sobre la temática de "Reformulación de las medidas cautelares" se formuló la siguiente conclusión: *"La cautelar material tiene como rasgo identificatorio que el resultado emergente de la actividad anticipatoria, prácticamente hace inútil el decisório de fondo, porque en los hechos aparece coincidiendo con la pretensión sustancial. Esta circunstancia, sin embargo, no debe impedir que el tribunal la adopte cuando una urgencia impostergable lo justifique, y llegue al convencimiento de la irreparabilidad del perjuicio que habría de seguirse en caso de no admitirla"*.

Los presupuestos de la cautelar material son: a) Una actividad anticipatoria de la jurisdicción cuando las circunstancias del caso lo demanden. b) La existencia de una urgencia manifiesta de carácter impostergable. c) El peligro en la demora que le aporta al juez el convencimiento necesario de los perjuicios irreparables que se le puede ocasionar al peticionante en caso de denegación de la medida. d) Hay una superposición entre, la cautelar material que da sustento a la actividad jurisdiccional anticipatoria y, la eventual resolución de fondo, como consecuencia, que sus respectivos objetos coinciden<sup>4</sup>. Todo lo cual torna innecesario el dictado de un fallo de mérito porque las pretensiones del justiciable ya fueron satisfechas con el dictado de la medida anticipatoria.

Jorge Peyrano, tiene el mérito de ser el propulsor de las *medidas autosatisfactivas*, las cuales se dan *"ante un requerimiento "urgente" formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota —de ahí lo de autosatisfactivo— con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento"*. En otras palabras, este instituto del activismo<sup>5</sup>, se agota

<sup>4</sup> QUIROZ FERNANDEZ, Juan Carlos, *Congreso Nacional de Derecho Procesal-Conclusiones*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1996, p. 254.

<sup>5</sup> ROJAS, Jorge A., *Sistemas cautelares atípicos*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2008, ps. 215/216.

<sup>6</sup> PEYRANO, Jorge "La medida autosatisfactiva: Uno de los principales ejes de la reforma procesal civil" en GRIER Jaime (Coordinador), *Medidas Cautelares*, Rubinzal Culzoni Editora, Santa Fe, 2002, p. 213.

<sup>7</sup> El activismo judicial al decir de Jorge Peyrano privilegia *"llevar a cabo una realista jurisprudencia de necesidades en vez de practicar una aséptica y puramente intelectual jurisprudencia de conceptos"* (Sobre el activismo judicial en Garantismo y Activismo Procesal, *Academia*

con su despacho favorable, por lo que no es necesario la posterior iniciación de un juicio para evitar su caducidad, como ocurre con las medidas cautelares.

Pincelamos como otro nuevo horizonte del activismo, a la *tutela anticipada* o *anticipo de sentencia*, que “es la satisfacción anticipada de la pretensión incoada por el actor. Esta decisión anticipada sobre la cuestión de fondo, que involucra a la relación sustancial, está a su vez destinada a durar, en principio, hasta el momento en que la regulación provisoria se sustituya por el dictado de una sentencia definitiva. Su finalidad es contrarrestar los potenciales daños que pudiesen ocasionarse cuando el juez advierte que la demora en emitir sentencia puede disminuir o impedir la satisfacción de los derechos invocados”.

Sin embargo, desde el garantismo<sup>2</sup>, Tristan García Montaña, nos aporta una óptica distinta señalando que: “Dos son los presupuestos de la tutela inmediata: urgencia (peligro de que el actor sufra perjuicios graves como consecuencia de una demorada satisfacción de su pretensión) y evidencia o fuerte probabilidad de que el reclamo sea fundado”.

Desde nuestra apreciación, consideramos que entre la medida autosatisfactiva y la tutela anticipada existen puntos de contacto, en tanto ambas recaen sobre la misma pretensión de fondo reclamada, y —como carácter común de las medidas cautelares— son dictadas *inaudita parte*. Sin embargo, se diferencian por la estructura del trámite procesal. Por un lado, en la tutela anticipada, luego de su dictado (*inaudita parte*), le seguirá un contradictorio, y finalmente, el dictado de una sentencia de mérito. Por otro lado, en la medida autosatisfactiva, luego de su dictado (*inaudita parte*), y en ausencia de contradictorio, se dicta una resolución, la cual —eventualmente— será recurrida.

En este abanico de horizontes, cabe considerar a las *medidas cautelares diferentes* —las cuales según Jorge Peyrano— son líneas de fuga del canon cautelar de las medidas cautelares nominadas porque las mis-

*Revista de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Advocatus, Córdoba, febrero de 2009, p.18).

<sup>2</sup> JEREZ, Esteban, Proyecto de Ley de Tutela Anticipada-Fundamentos, para modificar el CPCG de Tucumán mediante la incorporación de este instituto procesal como art. 282 bis, en sitio virtual: <http://www.legisladorjerez.com.ar/?p=93> [consulta: 18/07/2011].

<sup>3</sup> El garantismo procesal, según Adolfo Alvarado Velloso, “...es una posición doctrinal aferrada al mantenimiento de una instricta vigencia de la Constitución y, con ella, del orden legal vigente en el Estado en tanto tal orden se adecua en plenitud con las normas programáticas de esa Constitución. En otras palabras, los autores así enrolados no buscan un juez comprometido con persona o cosa distinta de la Constitución, sino a un juez que se empeña en respetar a todo trance las garantías constitucionales” (“El Garantismo Procesal”, en *Garantismo y Activismo Procesal*, ob. cit., p.145).

<sup>4</sup> GARCÍA MONTAÑA, Tristán, “Las medidas autosatisfactivas—Crítica a las medidas autosatisfactivas” en *Garantismo y Activismo...*, ob. cit. p.67.

mas resultan inidóneas para este nuevo supuesto cautelar cuya normativa recae en disposiciones del derecho sustantivo y en normativa procesal. Por consiguiente, esta línea de fuga se da con la disposición judicial de una medida que tiene afinidad de cautelar, como ocurre en el caso "Fregiali"<sup>11</sup>, en el cual el juez le impuso a un padre con domicilio en el extranjero y que tenía escaso contacto con su hijo menor, la compra de una computadora para el menor, a fin de que puedan comunicarse ambos, en forma periódica, vía Internet<sup>12</sup>.

Por cierto, estos nuevos rumbos de las cautelares innominadas tienen un gran vastedad con aspectos muy interesantes, entre los cuales mencionamos a los siguientes: a) Sus diversas *denominaciones* porque como acertadamente señala Jorge Peyrano se habla de "medida auto-satisfactiva", de "cautelar material", de "proceso urgente", de la "cautelar satisfactiva", de las "tutelas diferenciadas", de las "medidas cautelares atípicas", de la "tutela inhibitoria", de "declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva"; b) Su *polémica naturaleza jurídica* referida a si las mismas forman parte integrativa de las cautelares innominadas o, al por el contrario tienen autonomía; c) El tratamiento particular de cada una de estos nuevos institutos, que tiene su regulación procesal expresa en algunos ordenamientos procesales y, en otros se mantiene su laguna jurídica porque aún no fueron legislados; d) Por último, el nuevo vector que nos fija la CSJN, consistente en la fijación de un plazo temporal de vigencia de las medidas cautelares en directa relación con el derecho a la duración razonable del proceso, tutela judicial efectiva y defensa en juicio en el marco del bloque de constitucionalidad y, en pos de la efectividad de los derechos y la eficacia de la prestación del servicio de justicia en Argentina.

En el plano doctrinario, existen diversas posiciones a favor y en contra de estas nuevas cautelares innominadas, particularmente, tutela anticipada y medidas autosatisfactivas.

Desde el activismo procesal, Augusto M. Morello nos señala que el derecho procesal civil sufre movidas como consecuencia que los requerimientos de la realidad demandan una acomodación a partir de las posiciones de Estado/Sociedad y Mercado. Ello, da lugar a importantes cambios procesales, más sólo nos vamos a detener en las movidas en torno a las cautelares. Por consiguiente, este autor a partir de la complejidad

<sup>11</sup> Tribunal de Familia N° 5 de Rosario, resolución del 30-12-2006 dictada en expediente 3589/06.

<sup>12</sup> PEYRANO, Jorge, "Las medidas cautelares diferentes", en *Revista de Derecho Procesal*, 2010 1- *Sistemas cautelares y procesos urgentes (segunda parte)*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 30-04-2010, pá. 125/127.

del mundo nos dice que en las cautelares se da "el juego preferente (por su función anticipatoria) de medidas cautelares, preventivas, de mandatos (injunctions), multas y atreintes durante el trámite para consolidar resultados intermedios necesarios —anticipatorios de la satisfacción— a los fines de la jurisdicción, antes de cifrar todos los logros en la tardía composición en el mérito. Del aumento de los procesos y de las resoluciones provisionales pero que muchas veces resuelven la controversia o anticipan (parcial o totalmente) sus consecuencias"<sup>13</sup>.

En esta misma línea, Roberto Berizonce sostiene que: "En verdad, poco importa, porque queda desdibujado, cuál sea el ropaje bajo el cual la medida de urgencia se inserte: cautelar, autónoma, anticipatoria, satisfactiva, urgente. Más allá de las precisiones que dificultosamente trata de aportar la doctrina..., es lo cierto que las decisiones judiciales a menudo eluden pragmáticamente las categorizaciones cuyas fronteras todavía aparecen difuminadas, cuando no se atrincheran en aquellas típicas medidas cautelares amplificando su operatividad concreta"<sup>14</sup>.

Desde el garantismo procesal, se observa que estos institutos no son el resultado de un proceso conforme a la constitución, manifestado en la seriedad lógica y consecuencial, afirmación-negación-confirmación-alegación<sup>15</sup>. En este sentido, Tristan García Montaña nos precisa que: "Es cierto, y mucho, que "justicia tardía no es justicia". A no dudar, entonces, que los procedimientos judiciales deben ser agilizados, más no a como dé lugar; pues no es legítimo procurar ese objetivo desconociendo garantías y derechos constitucionales. Bastante merma ya de tales garantías y derechos ocasiona cualquier forma de tutela inmediata, como para no permitir al afectado la posibilidad de ejercitarlos sin cercenamientos en algún momento posterior. Podemos aceptar que por motivos de urgencia los jueces puedan condenar a alguien sin oírlo como corresponde, pero un sistema que no permita al ciudadano ejercitar en alguna oportunidad su derecho

<sup>13</sup> MORELLO, Augusto M., "El derecho procesal civil. Movidas" en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal-Instituto Ibero-Americano de Direito PROCESSUAL, Año 1, Nº2, 2002, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 7 de octubre de 2002, ps.22-23.

<sup>14</sup> BERIZONCE, Roberto, El Amparo como Tutela Urgente y su Frustración Práctica. El Necesario Ensamble con las Medidas de Urgencia (The "amparo" as provisional measure and its practical ineffectiveness) en Civil Procedure Review - Ab Omnibus pro omnibus. Civil Procedure Review, v.2, n.1: 65-65, jan./apr., 2011 - ISSN 2191-1339 - [www.civilprocedurereview.com](http://www.civilprocedurereview.com), en sitio virtual: [http://www.civilprocedurereview.com/busca/busca\\_archivo.php?id=35&titulodedad=trun](http://www.civilprocedurereview.com/busca/busca_archivo.php?id=35&titulodedad=trun) (consulta 4-06-11)

<sup>15</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Primera Parte, Ed. Rubinzal Culzoni, 2000, p. 26 y ss.

de defensa sin restricciones, es un sistema autoritario que no evidencia respeto por la Constitución<sup>18</sup>. En otras palabras, se pone el acento en que se debe tutelar en forma efectiva la garantía de defensa en juicio del demandado (art. 18 CN).

La Corte Suprema, apartándose de los *nomen iuris* atribuido por la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales inferiores (ej. "autosatisfactivas", "tutela anticipada", entre otras), las considera como *medidas cautelares típicas o innominadas*, en el marco del art. 232 CPCN. Cabe destacar que habitualmente nuestro Alto Cuerpo las caracteriza como *medidas cautelares innovativas*, dado que versan sobre el objeto de la controversia y mientras dure el pleito, sea para impedir el acto o, para llevarlo a cabo, puesto que dichas medidas se encuentran enderezadas a evitar la producción de situaciones que podrían tornarse de muy difícil o, de imposible reparación, en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva<sup>17</sup>.

Adentrándonos en torno a los otros interrogantes planteados, en la órbita legislativa, las cautelares innominadas sólo se encuentran reguladas en forma expresa como *medidas autosatisfactivas* en los códigos procesales civiles y comerciales de Chaco<sup>19</sup>, La Pampa<sup>20</sup>, Formosa<sup>21</sup>, Corrientes<sup>22</sup>, Santiago del Estero<sup>23</sup> y San Juan<sup>24</sup> y como *medidas anticipadas* en los refe-

<sup>17</sup> GARCIA MONTAÑO, Tristán, "Las medidas autosatisfactivas-Crítica a las medidas autosatisfactivas" en *Garantismo y Activismo...* ob. cit. p.69.

<sup>18</sup> CSJN, en *Camacho Acosta M. c/ Graft Graf SRL y otros* (7/08/1997), sostuvo en sus fundamentos: 8. "Que esta Corte ha considerado a la medida cautelar innovativa como una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o derecho existente al tiempo de su dictado, y por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (conf. Fallos: 316:1833 y Causa P409-JXV. Perez Cuenta SACI c/ Estado Nacional s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad (prohibición de innovar" del 25-06-1996. L.L. 96-D-698. Y 12. "El mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de este tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la preparación concreta del demandante y lleva trasite una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie -según el grado de verosimilitud- los probados intereses de aquel y el derecho constitucional de defensa del demandado".

<sup>19</sup> Prov. de Chaco, Ley 958, modificada por la Ley 4559, art. 232 bis.

<sup>20</sup> Prov. La Pampa, Ley 1828 (B.O. 12/03/1999), que comenzó a regir en el año 2000, art. 305, Medidas Autosatisfactivas, Libro III, Procesos de estructura monitoria, arts. 463 a 470 y Cap. II,

<sup>21</sup> Sentencias monitorias, embargo y excepciones, arts. 501 a 527.

<sup>22</sup> Prov. Formosa, Ley 1397, (B.O. 14/11/2002), art. 232 bis.

<sup>23</sup> Prov. de Corrientes, Ley 5475 (B.O. del 29-09-2006), arts. 785, Medidas autosatisfactivas, a 790, año 2006.

<sup>24</sup> Prov. de Santiago del Estero, art. 37.

<sup>25</sup> Prov. de San Juan, art. 675.

ridos ordenamientos procesales de Río Negro<sup>24</sup>, La Pampa<sup>25</sup> y San Juan<sup>26</sup> y en el juicio de desalojo en el Código Procesal Civil de la Nación<sup>27</sup>. En tanto, que en otras provincias — como Córdoba —, no se han regulado aún. Es por ello, que aquí los jueces para poder resolver los casos concretos, lo hacen recurriendo para su solución al poder cautelar genérico y a las reglas de la analogía de normativa procesal, los aportes doctrinarios, los cuales se cimentan en diferentes corrientes procesales actuales, entre otras, garantismo, activismo y humanismo procesal<sup>28</sup>, a la que adherimos.

### 3. Garantía del debido proceso y las cautelares innominadas y el derecho a la duración razonable de las causas y tutela judicial efectiva

A la luz de la posición de la CSJN sobre las cautelares, que hemos expuesto *supra*, pasamos a analizar el debido proceso y la duración razonable de las causas y, su necesaria proyección actual a las cautelares innominadas, a los fines, de la determinación de fijar su límite temporal de duración. En este sentido, empezamos caracterizando a la garantía del debido proceso y a la nueva garantía que se ha desmembrado del mismo y que consiste en la duración razonable de las causas.

#### 3.1. Garantía del debido proceso: Conceptualización

Dentro del bloque de constitucionalidad federal se encuentra reconocida la garantía del debido proceso (adjetiva)<sup>29</sup> en nuestro país, en la

<sup>24</sup> Prov. de Río Negro, art. 250.

<sup>25</sup> Prov. La Pampa, Ley 1028 (B.O. 12-03-1998), que comenzó a regir en el año 2000, art. 231, Tutela Anticipatoria.

<sup>26</sup> El CPCC de la provincia San Juan (la última reforma en los códigos procesales civiles) ha incorporado a la medida cautelar innovativa en su art. 232.

<sup>27</sup> CPCN, art. 680 bis (Agregado por ley 24.454) y art. 684 bis (Agregado por ley 25.480).

<sup>28</sup> La humanización del proceso- en nuestra opinión- se plantea como una respuesta válida para superar: la prestación del servicio de justicia tardía, el exceso de ritual manifiesto en el que incurren los jueces durante la tramitación de las causas judiciales, la utilización —sín límites razonables— de la tecnología, tutela eficaz de los derechos humanos, entre otros. Por consiguiente, la humanización del proceso es ver al proceso judicial como una obra del hombre, que ejercitan los hombres para prestar el servicio de justicia a los hombres con una postura ética, doctrinaria, legislativa, jurisprudencial, pedagógica y sociológica que debe construirse como un requerimiento de la época ("El Proceso Judicial" en *Adams de Teoría General del Proceso*, T° I, Advocatus, Córdoba, de 2005, p. 21).

<sup>29</sup> Sobre la distinción entre el debido proceso adjetivo (*adjective/procedural due process*) y sustantivo (*substantive due process*) ver, en la literatura extranjera: ISSACHAROFF, Samuel, *Civil Procedure*, 2nd. edition, Thomson - West, Foundation Press, New York, 2008, pp. 1/14; ORTH, John V. *Due Process of Law. A brief history*, University Press of Kansas, 2003, p. 15 y ss; y en la literatura local, LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2ª edición, Ed. Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos., Buenos Aires, 1970, entre otros.

Constitución Nacional (art. 18), y en diversos tratados a los cuales se reconoce jerarquía constitucional (art. 75 Inc. 22 2do. párrafo), entre ellos, encontramos a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre<sup>30</sup> y el Pacto Internacional de Derechos Humanos y la Convención de Costa Rica<sup>31</sup>. También, tiene su recepción en los demás Estados partes fundantes de MERCOSUR, esto es Brasil<sup>32</sup>, Paraguay<sup>33</sup> y Uruguay<sup>34</sup>.

Conceptualmente, resulta preciso evitar la confusión entre las nociones de "tutela judicial" y "debido proceso". En efecto, la "tutela judicial" se presta sólo por intermedio de los órganos que integran el Poder Judicial del Estado, mientras que el Instituto del Debido Proceso tiene una mayor amplitud, porque el mismo se aplica en la sede judicial, y fuera de ésta, sea, en la vía administrativa, o sea, en los modos extraordinarios de prestación del servicio de justicia, como el arbitraje, mediación, etc. Dentro de esta última acepción, el *Debido Proceso Legal* —al decir de Bernardis— importa un concepto necesario<sup>35</sup>, ergo, hace que "resulte impensable cualquier regulación procedimental o cualquier proceso que no contenga los elementos a través del cual se manifiesta". Esto es, no existe proceso judicial o arbitral, ni tampoco, ninguna forma procedimental, sin la existencia necesaria de los sujetos juez o árbitro y los justiciables, quienes asumen la calidad de partes en directa relación al caso concreto. En este sentido, recordando las enseñanzas de nuestro Maestro Jorge A. Clariá Olmedo<sup>36</sup>, el debido proceso legal constituye: "la imposibilidad de condenar válidamente a alguien sin que antes se haya realizado un proceso conforme a la exigencia constitucional".

En la literatura norteamericana, de cuyo sistema jurídico se ha receptado —principalmente— la garantía del debido proceso, se considera que el *procedural due process* comprende cinco elementos "...[t]he two

<sup>30</sup> Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A(III), del 10 de diciembre de 1948.

<sup>31</sup> Ratificado por la República Argentina, por Ley Nac. 23.054, con reserva y por la Provincia de Córdoba, por Ley Prov. 7098.

<sup>32</sup> Ver supra, cita 38.

<sup>33</sup> Constitución Nacional de la República de Paraguay / 1992, cit., en Parte 2ª Del ordenamiento político de la República, Tít. 2º De la estructura y organización del estado, Cap. 3º Del Poder Judicial, Sección 1ª De las disposiciones generales, regula: art. 256. *Forma de los Juicios*; art. 26. *De la defensa en juicio* y art. *De los Derechos Procesales*.

<sup>34</sup> Constitución de la República Oriental del Uruguay / 1987 con la incorporación de las reformas de 1989 y 1994, en Sección 2 Derechos, deberes y garantías, Cap. 1º, arts. 12, 18 y 19.

<sup>35</sup> DE HERNÁNDEZ, Luis Marcelo, *La Garantía Procesal del Debido Proceso*, Biblioteca Universitaria de Derecho Procesal Civil, Anibal Quiroga León, Director, Cultural, Cuzco S.A., Editores, Lima, 1995, p.397.

<sup>36</sup> "Teoría de la norma procesal", publ. en *Cuadernos de los Institutos N° 121, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba*, que corresponde al Instituto de Derecho Procesal N° XIIIº / Año 1973, Dirección General de Publicaciones, Córdoba, Argentina, 1974, p.12.

*most prominent are notice and hearing (...) The additional elements of due process are (...) the right to an impartial arbiter, the right to be represented by counsel, and the right to timely resolution claims*<sup>37</sup>.

En Argentina, desde la óptica procesal del garantismo Adolfo Alvarado Velloso nos enseña que el debido proceso: *"...es aquel que se adecua plenamente a la idea lógica de proceso: dos sujetos que discuten como antagonistas en pie de perfecta igualdad ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa (y, como tal, imparcial, imparcial e independiente). En otras palabras: el debido proceso no es ni más ni menos que el proceso que respeta sus propias principios*<sup>38</sup>.

En tanto que, desde el activismo, Augusto M. Morello<sup>39</sup>, nos enseña que el "Debido Proceso Legal" es abarcativo, además de su "proyección procesal", de una "aplicación sustancial" que requiere de "la razonabilidad en concreto de las medidas y del accionar del poder de policía, y de la razón de Estado, para reglamentar, condicionar y limitar -más nunca desconocer o vaciar- los derechos y libertades".

En nuestra opinión, el Debido Proceso Legal es el instrumento idóneo de tutela de la dignidad humana, supremo valor que fundamenta todos sus derechos y deberes<sup>40</sup>.

### 3.2. El derecho a la duración razonable de las causas y tutela judicial efectiva

*El derecho a que todo proceso concluya en un plazo razonable* es una garantía constitucional que deriva de la garantía del debido proceso (arts. 18, 33 y 75 inc. 22 CN con la reforma de 1994)<sup>41</sup>. Hemos señalado que esta

<sup>37</sup> ISSACHAROFF Samuel, *Civil Procedure*, ob. cit., p. 5.

<sup>38</sup> *El debido proceso de la garantía constitucional*, Editorial Zeus SRL, Rosario, Santa Fe, 2ª quincena de mayo de 2003, pá. 296/297.

<sup>39</sup> "El Proceso Justo". Librería Editora Platanense S.R.L., Bs.As. Argentina, 1994, pá. 203, 204.

<sup>40</sup> IGLESIA Y COMUNIDAD NACIONAL, XLII Asamblea Plenaria, 4-9 de mayo de 1981, Conferencia Episcopal Argentina, Segunda Parte, Punto I, Sub-punto 1, "Ser personal", p. 18, Oficina del Libro, Bs. As. 1990, que refiere: la dignidad del hombre "en el orden natural, reside en el hecho de ser persona.

...Por ese motivo, el hombre es el principio, sujeto y fin de todas las instituciones sociales". Y, en materia jurídica, entre otros, Constitución de la Prov. de Córdoba (Argentina) /1987, art.4.

<sup>41</sup> La Constitución Nacional con la reforma de 1994, art. 75 inc.22 les otorga jerarquía constitucional entre otros a los tratados que se vinculan con esta temática en estudiar: i) *Párrafo Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, del 19 de diciembre de 1966, establece en su artículo 7 primer párrafo inc. c), que reconoce el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas. El Comité de Derechos Humanos, en la Observación General Nº 13 (1984), sostuvo —Esta garantía se refiere no sólo al momento en que debe comenzar un proceso sino también a aquel en que debe concluir y pronunciarse la sentencia; todas las fases del proceso deben celebrarse "sin dilación indebida". Con objeto de que este derecho sea eficaz, debe disponerse de un procedimiento para garantizar que el proceso se celebre "sin dilación indebida", tanto en prime-



garantía permite "...que se cumpla con el mandato constitucional del Preámbulo de nuestra Constitución Nacional de "afianzar la justicia", a cuyos fines se les debe garantizar a los justiciables la pronta solución de sus pleitos"<sup>62</sup>.

La garantía del derecho al plazo razonable asume una importancia superlativa desde una doble óptica. Por un lado, desde el punto de vista nacional, en el Congreso Nacional de Derecho Procesal de 1995 se concluyó "El proceso justo requiere perfeccionar los instrumentos procesales que eviten el dictado de condenas intempestivas fuera de tiempo, ya que el proceso lento afecta la entidad del proceso justo"<sup>63</sup>. Por otro lado, desde el punto de vista internacional, —de acuerdo a la Opinión Consultiva 9/87 de la Corte IDH— uno de los supuestos de ineffectividad de los recursos se configura ante "un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión"<sup>64</sup>.

A modo de aproximación liminar, debemos señalar que el plazo razonable constituye un estándar *indeterminado*<sup>65</sup>. En consecuencia, para establecer un lapso preciso, que constituya el límite entre la duración razonable y la prolongación indebida de un proceso, la Corte ha señalado que fijar el concepto de plazo razonable, no es una tarea sencilla y, que es menester examinar las circunstancias en cada caso particular. Es así, que la Corte IDH para establecer el plazo razonable sigue los criterios sentados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dado que el "artículo (art. 8) de la Convención Americana es equivalente en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales."<sup>66</sup>

ra instancia como en apelación. — (Página Oficial del Alto Comisionado de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, fuente virtual: <http://www.unhcr.ch/iba/doc.asp?Symbol/HRJ.GEN.I.Rey7.Sp?OpenDocument> [consulta: 01/07/2011].

ii) Protocolo Facultativo del citado Pacto (New York, 19-12-1966) dice en el art. 14 in c. 3: Derecho "...A ser juzgado sin dilaciones indebidas". Argentina, lo ratificó, por Ley 23.513.

iii) Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (New York, 20-11-1989) establece: "...la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente" [art. 40 inc. 2., ap. B, par. III]. Argentina, lo ratificó, por Ley 23.849.

<sup>62</sup> AVILA PAZ DE ROBLEDO, Rosa Angélica del Valle (Directora), "El Proceso Judicial", en *Manual de Teoría General del Proceso*, T. I, Advocatus, Cba., 2005, p. 16.

<sup>63</sup> QUIROZ FERNANDEZ, Juan Carlos, *Congresos Nacionales de Derecho Procesal. Conclusiones*, I al XCV Congreso Nacional 1987-1997, ob. cit., 1999.

<sup>64</sup> Punto nº 24. Corte Interamericana de Derechos Humanos, O.C. 9/87, en Página Oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm> [consulta: 01/03/2010].

<sup>65</sup> GRILLO CROCCHINI, Pablo Agustín, "Debido proceso, "plazo razonable" y otras declamaciones", en Libro del XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal, T. I, Paraná-Entre Ríos 12, 13 y 14 de junio de 2003, Rubinzal Cultroni, Sta. Fe, 2003, p. 191.

<sup>66</sup> Punto nº 77. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Genio Lacayo vs. Nicaragua", 29-01-1997, En Página Oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, <https://www.corteidh.or.cr/casos.cfm> [consulta: 01/03/2010].

Por consiguiente, la Corte IDH en los casos *"Gente Lacayo vs. Nicaragua"*<sup>47</sup> y *"Sudrez Rosero vs. Ecuador"*<sup>48</sup>, adopta los criterios para determinar la razonabilidad de los plazos: *"a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales"*.<sup>49</sup> Sin embargo, la Corte IDH también adoptó el otro criterio desarrollado por la Corte Europea para establecer la razonabilidad del plazo de duración de un proceso: *el análisis global del procedimiento*.

Resulta ilustrativo el pensamiento del jurista brasileño Luis Guilherme Marinoni<sup>50</sup>, quien hace hincapié que: *"La cuestión temporal reviste gran importancia cuando se está frente a la tutela jurisdiccional de los derechos. La jurisdicción tiene el deber de tutelar los derechos, fundamentales o no. La tutela jurisdiccional de los derechos ciertamente no se disocia de la dimensión del tiempo, pues tutelar de manera inoportuna equivale a no proteger o a proteger de manera indebida"*.

En consecuencia, vemos que se hace hincapié en que el legislador legale sobre los medios que aseguren la celeridad de la tramitación del proceso. Más, es obvio, que la duración razonable de las causas deben establecerse plazos adecuados —tanto para que el actor demande, como

<sup>47</sup> Punto n° 77. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *"Gente Lacayo vs. Nicaragua"*, 29-01-1997/<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm> [consulta: 01/03/2010].

<sup>48</sup> Punto n° 72. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *"Sudrez Rosero vs. Ecuador"*, 12-11-1997, <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm> [consulta: 01/03/2010].

<sup>49</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos elabora los referidos criterios en estos casos: (i) *WEMHOFF (27/06/1968)*, caso penal en que el detenido se encontraba en Alemania, acusada de delitos de malversación de fondos el Tribunal elaboró los Siete Criterios que deben ser tenidos en cuenta en cada caso para decidir si se produce o no un exceso del plazo "razonable". Estos criterios se refieren: a) Duración de la detención en sí misma; b) A la naturaleza del delito y a la pena señalada para el mismo; c) Los efectos personales sobre el detenido de orden material, moral u otros; d) La conducta del acusado; e) Las dificultades de la instrucción del proceso; f) La manera en que este ha sido llevado por las autoridades judiciales; g) La actuación de estas autoridades durante todo el proceso.

(i) *RINGERISEN (16-07-1971)* sostiene que el art. 6.1 de la Convención "debe ser apreciado en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de los mismos".

(ii) *KÖNING* este criterio de los casos penales se extendió a la jurisdicción administrativa. (iii) *ZIMMERMANN Y STEINER (13-07-1963)*, recoge su doctrina sentada y fija estos criterios: a) Complejidad del litigio; b) Conducta de los litigantes y de las autoridades y, c) Consecuencias que del litigio presuntamente demorado se siguen para aquellos.

<sup>50</sup> *MARINONI, Luis Guilherme*, "Derecho fundamental a la duración razonable de las causas", ponencia en el *XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, en homenaje a los Doctores Rolando Azaiz y Jorge Vázquez Roset*, cuyo lema es "Para reparar el proceso, revisemos los principios", Santa Fe, 6,9 y 10 de junio de 2011, en sitio virtual: [http://www.processalantafe2011.com/?page\\_id=298](http://www.processalantafe2011.com/?page_id=298) [consulta: 25/07/2011]. Resulta preciso tener presente que señala que en Brasil, la Constitución Federal en el apartado LXXVIII del art. 5 -Incluido por la reforma constitucional n. 45/2004- consagra el derecho a la duración razonable de las causas con el alcance de que requiere de los medios que garanticen la celeridad de su tramitación, en los siguientes términos: Art. 5º, LXXVIII: "en todos, en el ámbito judicial y administrativo, es asegurada la razonable duración del proceso y los medios que garanticen la celeridad de su tramitación".

para que el demandado se pueda defender— teniéndose en cuenta que ambas partes deben recibir un trato igualitario en el proceso judicial. Sin embargo, debemos atender que la sociedad esta atenta a que los procesos tengan una duración razonable en particular en las acciones populares y en los procesos colectivos.

En suma, el derecho a la duración razonable de las causas se complementa con la tutela judicial efectiva.

### 3.3. El derecho a la duración razonable de las causas y su aplicación a las cautelares innominadas

Luis Guilherme Marinoni sostiene que: *“La tutela cautelar no puede perdurar más allá del tiempo necesario para la protección de seguridad. Si esto sucede el demandado esta siendo sometido a proceso con tiempo irrazonable”*<sup>51</sup>.

En efecto, el factor tiempo debe atenderse también en el ámbito de las cautelares, dentro del cual debemos diferenciar estos dos supuestos: a) Si, la cautelar recae sobre bienes del demandado -que no constituyen el objeto de la litis-, la misma opera con una función de garantía para la ejecución de una sentencia favorable. b) Diferente situación se plantea, si el objeto sobre el que recae la cautelar es el mismo del litigio. Aquí, vemos que el actor con un despacho favorable de una cautelar obtiene un resultado análogo al que obtendría si gana el pleito mediante el fallo de merito. De ahí, que no puede mantener *“sine die”* su cautelar sino que es necesario que se fije el plazo temporal de su vigencia. En efecto, si lo vemos desde la óptica del demandado vemos que su derecho se restringe cuando se ordena una cautelar, la cual a pesar de ser provisional, se perdura más tiempo del necesario. Ello configura concretamente una violación del derecho razonable del proceso judicial.

Entendemos que el límite temporal de las cautelares, es necesario. Incluso, este plazo procesal debe ser de carácter judicial a fin de que a pedido de parte, sea el juez, quien otorgue el lapso temporal en cada causa, teniendo en cuenta la duración efectiva del correspondiente proceso judicial en el cual se ordenó la cautelar. Complementando ese análisis señalamos que el plazo judicial sea prorrogable.

Deteniéndonos en este aspecto, hacemos mención del Proyecto de Reforma de Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Prov. de Córdoba<sup>52</sup>, que aborda en referencia a la medida autosatisfactiva que *“podrá*

<sup>51</sup> MARINONI, Luis Guilherme, *“Derecho fundamental a la duración...ob. cit*

<sup>52</sup> Proyecto de Reforma de Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Prov. de Córdoba. Arts. 413 bis, ter, Cuater, Medida Autosatisfactiva, elaborado por la Comisión de Estudios

*sujetarse a límites temporales prorrogables a pedido de parte, y no se encuentra sometida a los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar.*

#### 4. El límite temporal de las cautelares en la jurisprudencia de la SCJN

La SCJN a partir del caso Grupo Clarín sienta la doctrina de que las medidas cautelares deben tener un límite temporal de vigencia puesto que si se prolongan en demasía en el tiempo, terminan desnaturalizando su provisoriedad<sup>68</sup>.

##### 4.1. Caso Grupo Clarín y otros S.A.

###### a) Hechos:

Un grupo empresario titular de varias licencias de servicios de comunicación audiovisual, pide —con carácter cautelar— una medida de no innovar para obtener, respecto de los actores, la suspensión de la aplicación de los arts. 41 y 161 de la Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual. El juez de primera instancia hizo lugar a la cautelar pedida. La Cámara confirmó la resolución apelada en lo que atinente a la suspensión de la aplicación del art. 161 de la Ley 26.522, y la revocó en lo referente al art. 41<sup>69</sup>.

Prente a esta decisión, el Estado Nacional-Jefatura de Gabinete de Ministros dedujo el recurso extraordinario federal por el art. 14 de la ley 48, fundándolo en diversas causales de arbitrariedad de la sentencia, puntualmente, en cuanto se habría realizado una interpretación dogmática y desnaturalizadora de disposiciones federales de la ley 26.522, peticionando, por ende, que se revoque el fallo de la Cámara, por el cual, se confirma el fallo de la primera instancia, que otorga la cautelar.

El *Ad quem* concedió este recurso extraordinario<sup>70</sup>, a pesar que el pronunciamiento no reviste el carácter de sentencia definitiva. A estos fines, trata con carácter de excepción al fallo, en crisis, y entiende que el mismo puede

de Reformas Procesales Civiles y Comerciales para la provincia de Córdoba, convocada por el TSI de Córdoba, por Acuerdo N° 1 de fecha 5-03-2007, la cual integré personalmente en representación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

<sup>68</sup> El CPCCN, establece en forma expresa en el art. 202, el carácter provisional de las medidas cautelares, las cuales subsisten mientras duren las circunstancias que la originan. Por consiguiente, cuando las mismas cambien o cesen podrá pedirse su levantamiento.

<sup>69</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I (CNFedCivCom Sala I), 13-05-2010, La Ley Online, AR/JUN/14824/2010.

<sup>70</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I (CNFedCivCom Sala I), 29-06-2010, La Ley Online, AR/JUN/28296/2010.

revestir gravedad institucional en salvaguarda de los derechos fundamentales de la comunidad, dado que, lo que se decida, excede el interés individual de las partes y, tiene aptitud para extender sus efectos en toda la comunidad.

La CSJN desestimó el remedio federal, respecto de la medida cautelar dispuesta en instancias inferiores, con costas<sup>36</sup>.

#### b) Votos:

La CSJN resolvió este recurso extraordinario federal por unanimidad de votos (no de fundamentos)

Por un lado, el voto suscripto por Petracchi y Argibay, se sustenta en la clásica doctrina de la Corte, en cuya virtud corresponde rechazar el remedio federal cuando no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a la misma (art.14 de la Ley 48).

Por otro lado, el voto suscripto por Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni se basa en criterios pragmáticos porque a los fines de aminorar los alcances del fallo denegatorio realiza una interpretación que resulta de la búsqueda de armonía y equilibrio en la decisión. Su obiter lo extraemos en estos términos: a) *"...en que la medida cautelar no debe anticipar la solución de fondo ni desnaturalizar el derecho federal invocado"*. (Considerando 7). b) *"si la sentencia en la acción de fondo demorara un tiempo excesivo, se permitiría a la actora excepcionarse por el simple transcurso del tiempo de la aplicación del régimen impugnado, obteniendo de esta forma por vía del pronunciamiento cautelar, un resultado análogo al que se lograría en caso de que se acogiera favorablemente su pretensión sustancial en autos. Por esta razón, no sólo debe ponderarse la irreparabilidad del perjuicio del peticionante de la medida, sino también el del sujeto pasivo de ésta, quien podría verse afectado de manera irreversible si la resolución anticipatoria es mantenida "sine die", de lo cual se deriva que la alteración del estado de hecho o de derecho debe encararse con criterio restrictivo [Fallos 331:941].*

*Que por esta razón, y para evitar ese efecto no deseado, se considera conveniente la fijación de un límite razonable para la vigencia de la medida cautelar. Si el tribunal de grado no utilizara ex officio este remedio preventivo, la parte recurrente podría promover la solicitud de la fijación de un plazo. Ello es así, pues si la índole provisoria que regularmente revisten las medidas cautelares se desnaturalizara por la desmesurada extensión temporal y esa circunstancia resultare frustratoria del derecho federal invocado, en detrimento sustancial de una de las partes y en beneficio de la otra (Fallos: 314:1202, voto concurrente de*

<sup>36</sup> SCIN, Grupo Clarín y otros S.A., 5-10-2010, La Ley Online, cita Online: AR/JUR/55990/2010.

los jueces Cavagna Martínez, Barra y Fayt), la parte afectada por aquel mandato tiene a su alcance las conocidas instancias previstas con carácter genérico por el ordenamiento procesal para obtener de los jueces de la causa (artículos 202 y cc), y en su caso la del artículo 14 de la ley 48 arts este estrado, la reparación del nuevo gravamen que se invoque" (Considerando 7).

### c) Fallo:

Este fallo de la Corte se enmarca en las denominadas sentencias denegatorias —las cuales según Gozaini— son aquellas "que deniegan la impugnación de inconstitucionalidad, a cuyo fin se basan en argumentos tomados del modelo de interpretación aplicado, o bien recurriendo a los precedentes que condicionan la libre valoración (*stare decisis*)"<sup>87</sup>.

Las sentencias denegatorias se caracterizan por atenuar la negativa de la decisión dado que van acompañadas de una interpretación de la cuestión con un alcance valorativo, que no se tuvo en cuenta con anterioridad.

A su vez, dentro de esta categoría de las sentencias denegatorias, ubicamos a las "sentencias correctivas", que son aquellas, "donde el tribunal condiciona el rechazo del asunto de constitucionalidad a una interpretación que surge como alternativa y es producto de su propia función intelectual"<sup>88</sup>. Es por ello que calificamos a nuestro fallo en análisis, como una "sentencia correctiva".

### d) Ecos en la doctrina:

Desde el ámbito constitucional, Andrés Gil Domínguez centra su análisis en diferenciar a las cautelares, de los otros actos procesales (ej. contestación de la demanda, contestación de traslado, etc.) porque éstos últimos están sujetos a plazo, en tanto las cautelares se dictan acorde a las circunstancias del caso concreto. Por consiguiente, hace hincapié en la dificultad del juez para establecer un *plazo objetivo* para las cautelares, dado que los pleitos son el resultado de las actividad de las partes y además, los códigos procesales dan distintas soluciones más razonables que la fijación de un plazo razonable para la cautelar. Asimismo pondera el mensaje preventivo de la Corte que postula: "... que no va a tolerar dilaciones procesales que mantengan sine die la medida cautelar y no resuelvan la cuestión

<sup>87</sup> GOZAINI, Osvaldo A., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, T. IV, Ed. La Ley, Bs. As. 2009, p. 810.

<sup>88</sup> *Ibidem*.

*de fondo debido a las circunstancias del caso y la cuestión que en ella se ventilan*<sup>69</sup>.

Por su parte, Eduardo S. Barcesat aporta para la reflexión que, tenemos que poner el acento, en que lo mejor hubiera sido que la propia Corte abra su competencia en materia de revisión de medidas cautelares, cuando se configura gravedad institucional, a la vez que define el plazo razonable para la desinversión que establece la ley 26522, en vez, del envío a la primera instancia que dispuso. Dado que, si las partes no están de acuerdo con el plazo que discrecionalmente fijó el juez de primera instancia, lo van a apelar y de esta forma nuevamente van a llegar a la Corte. Además, este autor, sostiene en forma coincidente con Gil Domínguez, que ningún diccionario jurídico, define, que debe entenderse por tiempo razonable, con lo cual esta variable adolece de ambigüedad<sup>70</sup>.

En la óptica administrativa, Emillo A. Ibarlucea nos da como otro argumento alternativo más, el poder pedir la revocación de una medida cautelar, aun cuando las circunstancias se mantengan, si a causa de su prolongación excesiva en el tiempo se desnaturaliza su carácter provisorio. En su opinión, en este supuesto se debe invocar el abuso del derecho, que regula el art. 1071 del C.Civil (Ley 17.711). Dado que el acto ilícito nace violado en sí mismo, en tanto que *"el acto abusivo, no es ilícito en su nacimiento sino que se torna abusivo, o ilícito si se considera lo abusivo como una variante de la ilicitud. El carácter objetivo de esa variante implica que es independiente de la intención del agente que la ha pedido"*. No obstante, también este autor coincide con los anteriores las dificultades que presenta tener que determinar ¿cuál es el plazo razonable de duración de un pleito y por ende de una medida cautelar? Lo valioso es que lo hace extensivo —a las partes y al juez— y propicia que hay que estar a los principios constitucionales (arts. 14, 17, 28, 75 inc. 22 de la CN.) y al derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 8 y 25 C.A.D.H.; art. 75 inc. 22 C.N.), que consagra expresamente el art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, y que, obviamente, rige también para los demandados, violándose el mismo cuando una medida cautelar decretada sobre ellos dura indefinidamente<sup>71</sup>.

Desde la doctrina procesal, Pablo A. Grillo Chlocchini expresa: *"Como se señaló, existen supuestos en los que, alcanzada cierta protección cautelar, el actor no tiene interés en el progreso del proceso sino, al contrario,*

<sup>69</sup> GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Medidas cautelares, ley de medios y desinversión", (fallo comentado Corte Suprema de Justicia de la Nación -2010-10-06-Grupo Clarín y otros S.A.), *Ley Online*.

<sup>70</sup> BARCESAT, Eduardo S., "El plazo razonable en las medidas cautelares", (fallo comentado Corte Suprema de Justicia de la Nación -2010-10-06-Grupo Clarín y otros S.A.), *Ley Online*.

<sup>71</sup> IBARLUCEA, Emillo A., "Medidas cautelares y abuso del derecho", (fallo comentado Corte Suprema de Justicia de la Nación -2010-10-06-Grupo Clarín y otros S.A.), *Ley Online*.

en su dilatación máxima. Pero la tutela cautelar no puede ser de tal manera desvirtuada, ni los derechos del cautelado cercenados en esa forma.

En esas condiciones puede el juez, teniendo en cuenta que cualquier medida cautelar se encuentra sujeta a la cláusula *rebus sic stantibus*, en ejercicio de las facultades previstas por los arts. 204 y 34 inc. 5, aps. c) y d) del C.P.C.C., limitar temporalmente la medida en cuestión, dejando para un nuevo análisis —a la luz de las actuaciones que se hayan producido durante ese plazo— la conservación o no de la tutela.

Puede disponerse, por ejemplo, que una medida innovativa tenga vigencia durante determinada cantidad de días al cabo de los cuales, si la cuestión no ha sido ya definitivamente resuelta, cabrá analizar nuevamente, y a la luz de las constancias que obren en autos, el dictado de una nueva medida precautoria<sup>62</sup>. Además, y en cuanto a la naturaleza del plazo, recalca que la vigencia de la medida cautelar no debe efectuarse mediante un plazo fatal, sino que lo que corresponde hacer es evitar el abuso de cualesquiera de las partes brindando protección judicial a quien actúe con lealtad y buena fe y persigue la solución de su caso con la sentencia, sin necesidad de parapetarse detrás de una cautelar<sup>63</sup>.

Como broche de este debate doctrinario referenciamos a Jorge Feyrano, quien rescata de este fallo de la Corte "un acertado ejercicio de jurisdicción preventiva que apunta a evitar que una demora excesiva de la tramitación del proceso principal cuya promoción se anuncia (de certeza de inconstitucionalidad, previsto por el artículo 322 C.P.N.) desnaturalice la función netamente cautelar asignada a la prohibición de innovar decretada y confirmada por los estrados judiciales de grado". En otro orden de ideas, se detiene si el juez deberá fijar, oficiosamente o a instancia de parte, el plazo de vigencia de la cautelar. Inclusive, plantea las dificultades no menores que debe afrontar el juez de primera instancia para fijar este término, pronunciándose en primer lugar que el juez no actúe oficiosamente, sino a pedido de parte y frente a esta situación "debería optar entre: a) determinar por un tiempo razonable más o menos coincidente con el lapso que habitualmente insumiría la tramitación de la pretensión de fondo a promover por el requirente de la cautelar, y que rondaría los 24 meses partiendo de la premisa de la complejidad probatoria de la materia; b) expresar que no es el momento adecuado para dicha determinación y que ella sólo resultaría procedente cuando se superara el lapso de tramitación razonable de

<sup>62</sup> GRILLO CHIOCCINI, Pablo A. "La Corte y las medidas cautelares" (fallo comentado Corte Suprema de Justicia de la Nación -2010-10-05-Grupo Claría y otros S.A.), *Ley Online*.

<sup>63</sup> *Ibidem*.



la pretensión de fondo<sup>64</sup>. Asimismo, destaca que el tribunal debe alertar a las partes para que asuman una conducta procesal activa por la directa influencia que la misma suscita en la extensión del plazo de vigencia de la cautelar. Con un planteo integral, subraya que si la actora solicita la prórroga de vigencia de la cautelar como consecuencia de que el demandado incurrió en "abuso procesal", se debe otorgar dicha prórroga "porque no se puede reportar ventajas al abusador y desventajas a la parte abusada". Por último, remarca la novedad técnica que implica la categoría de las resoluciones correctivas "que torna viable que decisiones que siempre han sido "a todo o nada", admitan en su seno sesgos que, ajustándose a las circunstancias del caso, limiten un tanto los efectos de la posición asumida"<sup>65</sup>.

Por nuestra parte, reivindicamos este fallo de la Corte el haber conciliado el carácter provisional de las cautelares con la necesidad de fijar un límite razonable para la vigencia de la medida cautelar. Como asimismo, que con un criterio pragmático haya fijado el eje del factor tiempo en las cautelares en referencia al juez y a las partes. Inclusive, en resguardo de la defensa del demandado establece que "si el tribunal de grado no utilizara ex officio este remedio preventivo, la parte recurrente podría promover la solicitud de fijación de un plazo" (Considerando 7).

### e) Ecos en la jurisprudencia

Con posterioridad al caso grupo Clarín y otros S.A. la Corte ha mantenido su jurisprudencia en lo que nos concierne que es el límite de la vigencia de la medida cautelar, en los tres casos siguientes: 1) Caso "Radio y Televisión Trenque LAUQUEN S.A.-Inc. Competencia-c/E.N." (15/03/2011)<sup>66</sup>; 2) Caso Direct TV Argentina S.A. (31-05-2011)<sup>67</sup> y, c) Caso "Cablevisión S.A." (31/05/2011)<sup>68</sup>, con lo cual la doctrina del *leading case* de grupo Clarín se consolida y afianza.

En efecto, en este año en curso, la Corte en el caso "Grupo Clarín S.A. y otros" declaró procedente el recurso extraordinario federal y confirmó la sentencia apelada en lo referido al rechazo del levantamiento de la medida cautelar y en la fijación de un plazo de vigencia de 36 meses para la cautelar. En consecuencia, a los fines de resolver sobre la razonabilidad de

<sup>64</sup> PEYRANO, Jorge W., "El plazo en las medidas cautelares", (fallo comentado Corte Suprema de Justicia de la Nación -2010-10-03-Grupo Clarín y otros S.A.), *La Ley Online*.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> CSJN, "Radio y Televisión Trenque Lauquen S.A. —Inc. Competencia— c. E.N.", 15/03/2011, *La Ley en Línea*, cita Online: AR/JUR/1791/2011

<sup>67</sup> CSJN, "Direct TV Argentina S.A.", 31/05/2011, *La Ley Online*, cita Online: AR/JUR/22023/2011

<sup>68</sup> CSJN, "Cablevisión S.A.", 31/05/2011, *La Ley Online*; cita Online: AR/JUR/22021/2011.

este plazo, evaluó: a) tipo de proceso iniciado; b) complejidad de la materia objeto de la controversia; c) conducta asumida por las partes luego de dictada la medida cautelar y d) importancia de los intereses en juego (Considerando 6º), a cuyos efectos, compatibilizó el interés general alegado por la demanda con el derecho de propiedad individual planteado por la actora. Además, la Corte se ocupó de establecer el "cómo" debe computarse el referido plazo de razonabilidad de la medida cautelar, fijando que dicho cómputo se efectúe a partir de la fecha que se obtuvo la referida medida cautelar.

## 5. Reflexiones - propuestas

1. Propiciamos, en lo que respecta al debido proceso, las siguientes conclusiones:

- Existe, como una necesidad de nuestro tiempo, que el debido proceso tenga efectividad y, ello, gesta a la nueva garantía del derecho a la duración razonable de las causas que se desmembra de la garantía del debido proceso.

- El derecho a la duración razonable de las causas se integra con la tutela judicial efectiva y resguardan la efectividad de los derechos y la eficacia de la prestación del servicio de justicia y se aplica -tanto al proceso judicial como a las medidas cautelares-, todo ello con tutela de la garantía de defensa en juicio (art. 18 CN y art. 8 CADH).

- El límite temporal de las cautelares resulta necesario a mérito de su provisionalidad. A su vez, este plazo procesal debe ser de carácter judicial a fin de que —a pedido de parte interesada—, sea el juez, quien otorgue el tiempo razonable en cada causa, teniendo consideración de la duración efectiva del correspondiente proceso judicial, en el cual, se ordene la cautelar. Mas aún, entendemos que este plazo judicial tiene que ser prorrogable.

### 1. Investigaciones en desarrollo:

- a. Directora del Proyecto de Investigación sobre "NUEVOS HORIZONTES LAS CAUTELARES INNOMINADAS EN EL SIGLO XXI EN EL PROCESO JUDICIAL ARGENTINO Y SU ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA EN MERCOSUR" - SECYT proyecto Categoría "A" aprobado por Res. 214/2010.

- Directora del 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.

**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 Nº1-2, 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, Génesis, 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, 2006.

▪ "El amparo colectivo como vía de tutela efectiva del medio ambiente - algunas propuestas para una armonización en MERCOSUR", en *Anuario XI - 2009 del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, Ed. *La Ley*, Bs. As., 2009, ISBN 978-987-03-1584-1.





## LA INSUFICIENCIA DE LA INTERPRETACIÓN LITERAL EN EL DERECHO PROCESAL\*

Manuel Antonio González Castro\*\*

**Resumen:** La interpretación literal es un modo de interpretación necesaria en el Derecho Procesal. La doctrina y la jurisprudencia clásica hicieron uso de este método de interpretación. No obstante, en la actualidad se advierten determinados problemas que afectan la interpretación literal de la norma. Dichos problemas son de variada naturaleza que van desde los problemas del lenguaje, a problemas lógicos y sistémicos, problemas de discordancia doctrinaria e ideológica entre los distintos modelos jurídicos que rigen en la materia.

**Palabras claves:** Interpretación literal - Derecho procesal.

### 1. Planteo de la cuestión

Pareciera que existió desde la doctrina una verdadera opción en la cual la interpretación literal fue considerada como de apropiada utilización en el Derecho Procesal. Esta afirmación surge, pues se entendió que la interpretación de la norma procesal podía verse agotada en su literalidad, o en su caso, que las restantes operaciones de interpretación (lógica, sistemática, teleológica, etc.) sólo serían utilizadas en caso de que el recurso a la literalidad resultare insuficiente.

Ejemplo de lo aquí afirmado son las enseñanzas de ALFREDO ROCCO, quien si bien amplía la interpretación a otros métodos optando por lo que él denomina interpretación progresiva, otorga gran importancia a la interpretación literal, siguiendo incluso las enseñanzas del CHIOVENDA

---

\* El presente trabajo desarrolla algunas de las cuestiones investigadas y tratadas en el proyecto aprobado por la SECYT UNC: "LA INTERPRETACIÓN LITERAL" DE LA LEY: ANÁLISIS DE LOS PRESUPUESTOS, PROCEDIMIENTOS Y ALCANCES METODOLÓGICOS EN EL DERECHO PRIVADO, INTERNACIONAL PRIVADO Y PROCESAL CIVIL ARGENTINO", dirigido por el Dr. Aldo M. Azar y del que el autor es integrante del equipo.

\*\* Doctor en Derecho. Magister en Derecho Procesal. Coord. de la Carrera de Esp. en Derecho Procesal UNC. Prof. en la Carrera de Esp. en Derecho Procesal UNC y en la Maestría en Derecho Procesal UNB. Prof. en las Cátedras de Introducción al Derecho "B", Teorías Generales del proceso "B" y Derecho Procesal Civil "A" de la UNC. Miembro del equipo de investigación "La interpretación literal del derecho", dirigido por el Prof. Dr. Aldo Marcelo Azar. manugc\_31@hotmail.com.

quien prefiere las palabras de la ley antes que el espíritu de la misma en caso de conflictos entre éstos<sup>1</sup>.

La práctica de este tipo de interpretación era aceptada como un modo de lograr seguridad jurídica en el derecho<sup>2</sup>, constituía una manifestación del modelo unidimensional del mundo jurídico reducido tan solo a la norma, a su expresión y literalidad, olvidando que textualidad y norma no constituyen un único y mismo objeto, sino que la primera es manifestación del mandato de la segunda.

Desde lo doctrinario<sup>3</sup> y jurisprudencial, la interpretación literal aparecía con la sola cita del artículo de la ley o su transcripción, sin ninguna explicitación de esfuerzo hermenéutico ni filológico respecto de los elementos gramaticales contenidos en el texto de la norma. Es más, muchas veces, el juzgador entendía cumplir la labor de la interpretación con la mera transcripción en el fallo de la norma que en su textualidad había optado como posibilidad en un marco de aplicación.

No obstante, el método gramatical o literal no resultó suficiente a los fines de la interpretación del Derecho Procesal<sup>4</sup>, y así se inició el des-

<sup>1</sup> Así sostiene que: "El elemento literal o gramatical es de gran importancia para la interpretación del derecho procesal (...) es una exigencia enteramente peculiar al derecho procesal la certeza y la firmeza de su interpretación, a fin de que cada quien sepa el camino que debe seguir para obtener la satisfacción de los intereses que el derecho objetivo garantiza y quede eliminado así, en lo posible, el peligro de que debido al carácter dudoso de la interpretación elija una vía que conduzca al fin perseguido, con grave daño individual y social. De esto se deduce el principio de que, por regla general, al interpretar la ley procesal no se debe ir en busca de un significado diverso del que resulta de su expresión; con justicia observa CHIOVENDA "que, por lo general, cuando existe solamente conflicto entre la letra y el espíritu de la ley, debe prevalecer generalmente la primera, por ser la mejor garantía contra las arbitrariedades de las interpretaciones subjetivas" (...). En la interpretación literal debe tenerse presente no sólo el significado de las palabras tomadas de manera aislada y en su conexión según el uso común del lenguaje (interpretación gramatical propiamente dicha), sino también el significado que el legislador les da. (...) El estudio de la terminología legislativa constituye, de todas maneras, uno de los instrumentos más delicados, pero también más útiles, de la interpretación literal: en más de una ocasión aporta una contribución apreciable a la resolución de una controversia". (ROCCO, ALFONSO; *La interpretación de las leyes procesales*, Vallena ediciones, Florida, 2005, trad. de Rafael Greco, p 49 y ss.)

<sup>2</sup> Ejemplo de lo sostenido lo vemos al justificar las formas del procedimiento, así BONNIER-SAINT-PIERRE, JACQUES: *Cours de Procédure Civile*, Henri Plon, Librairie-Éditeur, Paris, 1855, T I, p 4 y ss.

<sup>3</sup> Así BONNIER, quien ve al procedimiento en modo dependiente del Derecho Civil, organiza la materia siguiendo los procedimientos regulados por el Código mediante la transcripción y explicación literal de los actos procedimentales en cuanto a su concatenación. (BONNIER, EUGÈNE; *Éléments de Procédure Civile*, Librairie de Plon Frères, Paris, 1863).

<sup>4</sup> ALSINA propone a tales efectos un pluralismo metodológico a los fines de la interpretación de la ley procesal, sin descuidar la dimensión gramatical. Dice el autor resabiado: "El juez deberá, pues, comenzar por atenerse a los términos de la ley, es decir a interpretarla gramaticalmente, y si ella es clara no podrá rehusarse a aplicarla. En caso de duda tratará de desentrañar su sentido aplicando el método dogmático y recurriendo cuando fuere menester a las fuentes legislativas. Puede ocurrir que aún así la duda subsista y entonces el juez podrá elegir entre las diversas posibilidades que la norma le ofrezca pero sin apartarse

cubrimiento de dificultades insolubles mediante su correspondiente denuncia.

Las primeras dificultades que se pusieron de resalto, fueron las derivadas de la misma naturaleza del lenguaje, es decir el reconocimiento de los problemas de ambigüedad y vaguedad de los términos.

Con la conciencia de la labor científica del Derecho Procesal, se inició un reconocimiento de problemas que van más allá de la mera vaguedad y ambigüedad, pues al mismo fenómeno se lo denominaba con diferentes términos contradictorios entre sí, o dicho de otra forma, cada término en cuestión poseían una suposición diferente. Ejemplo de lo dicho lo constituyen las palabras *jurisdicción* y *competencia*<sup>5</sup>, las cuales en la doctrina refieren a fenómenos diferentes y muchos códigos los utilizan como sinónimos. Otro tanto resulta con las palabras *acción* y *pretensión*.

También el problema de la literalidad aparecía con gran dificultad en aquellos casos donde existía una cuestión implícita en la norma.

El problema lógico interno de la norma procesal se convirtió en un escollo a resolver no superado por la mera literalidad, cuando la misma norma lucía contradictoria en forma interna teniendo en cuenta el operador deóntico involucrado a los fines de la actividad procesal facultada, debida, obligada o prohibida.

También surge el problema sistémico respecto de normas que mandan una interpretación restringida de determinados institutos, y tal normación es contraria a la Constitución.

Otro de los problemas frecuentes en la interpretación literal se da respecto de la concreción jurídica de la situación procesal (oportunidad y

---

del principio general a que la norma responde. Ello no quiere decir que el juez no deba desentenderse de los cambios sociales, políticos y económicos que puedan haber hecho inaplicables la norma con su sentido originario, sino que debe tomarlos en cuenta para usar de asenso en ellos un pronunciamiento justo, pero si ello no fuere posible sin violentar el texto de la ley o cuando lo justo para uno fuera injusto para otro, debe limitarse a señalar al legislador la necesidad de una reforma aplicando estrictamente la ley en su sentido expreso" (ALSINA, HUGO: *Tratado Teórico Práctico de derecho Procesal Civil y Comercial*, Ediar, Buenos Aires, 1966, T. I, p.94) A lo que debe sumarse la prohibición que pesaba sobre el juez de juzgar la justicia intrínseca de la norma de aplicación. Por su parte, COFFIGNY enseña que "el llamado método gramatical no es sino el reconocimiento de que la ley se expresa en palabras y que es necesario comenzar siempre por el conocimiento de éstas", para luego señalar también su insuficiencia, pragonando por último que la interpretación de la ley procesal es interpretar el Derecho Procesal en su conjunto. (COFFIGNY, EDUARDO: *Estudios de Derecho Procesal Civil III*, Depalma, Buenos Aires, 1978, p.19 y ss). Ver también: PORTMA, HERNÁN FERNANDO: *El proceso. Construcción dogmática del proceso. Problemáticas de la interpretación. Integración de la ley*, Nova tesis, Rosario, 2010, segunda parte, capítulos I y II, quien pretende una interpretación de sentido.

<sup>5</sup> Lo que acontece en prácticos franceses que las utilizan como sinónimos. Vide: BRASLAT-SABRY-PRIX, JACQUES: *Cours de Procédure Civile*, Henri Plon, Librairie-Éditeur, Paris, 1856, T. I, p. 10.

modo de los actos procedimentales), lo que es de vital importancia si tenemos en cuenta que se trata de un derecho de forma y cuyas normas son de naturaleza dinámica.

Como problema insoluble, surge también un sinnúmero de axiomas, muchas veces propuestos como estándares interpretativos que se dan de brucez con lo normado en forma expresa por la ley, axiomas que el mismo jurista carece de vocación a desprenderse<sup>4</sup>.

Como es de advertir, estas cuestiones de interpretación literal se dan solamente en el marco de un mismo cuerpo normativo (a los efectos equiparamos la cuestión con un mismo *Código*).

Luego, desde una concepción piramidal del ordenamiento jurídico, surgió el problema de la existencia de antinomias explícitas en el derecho procesal, máxime cuando el mismo implicaba mediante su aplicación la concreción judicial de las garantías constitucionales. La literalidad llevaba a lo sistémico, entendiendo aquí al sistema como ordenamiento jurídico como por sistema procesal proplamente dicho. Desde el punto de vista de lo sistémico como ordenamiento jurídico vemos las notas de orden y coherencia, mientras al sistema procesal lo entendemos desde las facultades y poderes en cabeza de determinado sujeto, es decir un sistema inquisitivo o un sistema dispositivo.

En este marco de ideas, surgió también el descubrimiento sistémico del derecho procesal en lo que atañe a la ideología que dominaba cada uno de los sistemas propuestos. Así, junto a lo literal, se denunció que el Derecho Procesal podía no solamente ser antinómico literalmente con la manda constitucional, sino que existía entre el Derecho Procesal y el marco constitucional una grave contradicción ideológica. Mientras que las constituciones latinoamericanas seguían un modelo garantista de tipo liberal, el Derecho Procesal seguía cánones no liberales sino que, por el contrario, muchas propuestas y reformas se inspiraban en los ordenamientos procesales dictados en Europa durante las décadas del 30 y 40.

En la actualidad, los fenómenos de mundialización, globalización, transnacionalidad del derecho, la consagración de los derechos humanos a nivel internacional, pusieron en jaque a la literalidad del Derecho Procesal normativo, el cual debía ser interpretado en todo el complejo contexto que estamos señalando.

<sup>4</sup> Así por ejemplo, vemos obras clásicas que traen índices de axiomas utilizados en ella. Vide: BÉRENGER-SAINTE-PRIX, JACQUES: *Cours de Procédure Civile*, Henri Plon, Librairie-Éditeur, Paris, 1865, T. II, p. 808.



## 2. La cuestión en el Derecho Procesal.

Estos problemas denunciados respecto de la interpretación literal subsisten en el complejo normativo procesal.

A los fines de demostrar la tesis propuesta, tomaremos dentro del Derecho Procesal ejemplos donde la interpretación literal o gramatical deviene insuficiente.

Como método de exposición, lo haremos en el orden en que hemos planteado las cuestiones referidas.

Por último, los ejemplos aportados en el presente no poseen pretensión de completitud, y su limitación tiene justificación en la extensión a la que debe ajustarse la presente exposición.

## 3. La casuística seleccionada.

### 3.1. El problema de la ambigüedad

Referir a la *ambigüedad* significa reconocer que un mismo término hace referencia a más de un fenómeno u objeto distinto, es decir, "cuando una oración puede presentar mas de una proposición"<sup>7</sup>.

Ejemplo de de ello se encuentra en la utilización de la voz *acción* cuya multivocidad y ambigüedad ha sido reconocida por la doctrina en forma unánime<sup>8</sup>.

De este modo, se comprende la mal utilización del referido término tanto por la doctrina como la jurisprudencia y los mismos textos legales. Así por ejemplo los Códigos al establecer las reglas de competencia territorial refieren a la acción personal, a la acción real, a la acción cartular, a la acción meramente declarativa, etc, cuando en realidad están hablando de pretensiones.

Se demuestra así, que la ambigüedad del lenguaje es una dificultad que torna a la interpretación literal como insuficiente.

### 3.2. El problema de la vaguedad.

El problema de la vaguedad de los términos también dificulta la interpretación literal del Derecho Procesal.

<sup>7</sup> NINO, CARLOS SANTIAGO: *Introducción al Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1998, p 260.

<sup>8</sup> Vide: ALVARADO VELLOSO, ADOLFO: *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Rubinzal Culsoni, Santa Fe, 1997, p 75, COUTURE, EDUARDO: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1968, p 50, DÍVIZ ECHANDÍA, HERNANDO: *Teoría General del Proceso*, Universidad, Buenos Aires, 1997, p 95, DI IORIO, ALFREDO: *Lineamientos de la teoría general del derecho procesal. Propuestas de un derecho jurisdiccional*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p 68, GONZÁLEZ CASTRO, MANUEL A.: *La acción meramente declarativa*, Alveroni, Córdoba, 2007, p 105, entre otros.

Referimos como problema de vaguedad el corrimiento de los límites de la suposición<sup>9</sup> del término, o dicho de otro modo: "La proposición expresada por una oración puede ser vaga, a causa de la imprecisión del significado de alguna de las palabras que forman parte de la oración"<sup>10</sup>.

Uno de los ejemplos de vaguedad normativa se encuentra en el término *recurso* cuando es consagrado como garantía procesal por los pactos internacionales de derechos humanos. Esta afirmación se hace desde que el Pacto de San José de Costa Rica reconoce al justiciable en el artículo 8.2,h, el *derecho al recurso* no siendo precisado por la norma a cuál recurso se refiere para que se satisfaga tal garantía.

En concreto, tal voz adolece de vaguedad, pues *recurso* puede referir tanto a un recurso de naturaleza ordinaria como extraordinaria, lo cual ha llevado a un arduo debate y jurisprudencia divergente en nuestro país, incluso con cambios de trascendencia a nivel de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN<sup>11</sup>), lo cual demuestra que el problema de la vaguedad revela insuficiencia de la interpretación literal en el Derecho Procesal.

### 3.3. El problema de lo implícito de la norma

La interpretación literal resulta insuficiente cuando nos encontramos ante cuestiones implícitas en la norma.

Ejemplo notorio de ello surge de la enunciación de los elementos previstos por la norma al regular el principio de congruencia.

Conforme lo dispuesto por el artículo 330 (principio de congruencia) del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba (en adelante CPCOC) el tribunal debe tomar como base en la sentencia la exposición de los hechos contenidos en los escritos de demanda y contestación o de ampliación, en su caso.

<sup>9</sup> Ver: BEUCHOT, MAURICIO: *La filosofía del lenguaje en la edad Media*, Universidad Autónoma de México, México, 1991, p 66 y ss.

<sup>10</sup> NIÑO, CARLOS SANTIAGO: *Op. Cit.*, p 284.

<sup>11</sup> Así la CSJN en la causa Láuregui Luciano de fecha 15 de marzo de 1988 (LL-1998-E-155 y ss) entendió que la garantía del derecho al recurso se veía salvada con el recurso extraordinario federal, posición que luego cambia en Giroldi Horacio D de fecha 7 de abril de 1993 (LL-1998-D-461 y ss) al sostenerse que "el recurso extraordinario no constituye un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal, como garantía mínima para toda persona inculpada de delito", adoptando finalmente una posición amplia en la causa Casali Matías E y otro, de fecha 20 de septiembre de 2005 (AR/JUR/2667/2005). Por su parte la CIDH ya en el caso Castillo Petruzzi y otros c/ República del Perú, adoptó la posición amplia interpretando la voz *recurso* en términos de un recurso ordinario (Citado por ALBAÑEZ, SUSANA: *Garantías Judiciales, algunos requisitos del debido proceso legal en el derecho internacional de los derechos humanos*, Edita, Bs.As, 2000, p 129 y ss).

Como se advierte, aquí existen como implícito (dentro del término *ampliación*) los hechos contenidos o afirmados en los escritos de oposición de excepciones, de reconvencción o contestación de la reconvencción, los que si dejaran de ser atendidos afectaría gravemente a la congruencia.

La enunciación de los elementos que debe tomar en cuenta el juez para respetar la congruencia, se da de bruceos con los elementos que la doctrina ha ido ensayando a los fines de definir el instituto.

Así por ejemplo, se dice que se respeta la congruencia cuando se falla conforme lo alegado y probado en la causa.

De este modo vemos que la norma no solo mantiene silente la cuestión de otros escritos integrantes de la *litis contestatio*, sino que ha omitido lisa y llanamente la cuestión de la prueba (o lo probado). En el estado actual de la ciencia procesal ello resulta incomprensible, pues la doctrina ya no discute que el elemento probatorio debe ser tenido en cuenta al momento del sentenciar como elemento propio de la regla de la congruencia. Es más, hoy se plantea cuando una prueba ilícita violenta la congruencia procesal<sup>12</sup> o aquellas posiciones que propugnan una flexibilización de la congruencia con base a lo probado en la causa, mas allá de que dicha probanza no dependa de pretensión alguna esgrimida, posición esta última que no compartimos en absoluto, pues la flexibilización de la congruencia violenta lisa y llanamente el derecho de defensa.

Vinculando ahora los escritos cuya enunciación ha omitido el legislador (en este caso implícitos) con la actividad probatoria (en este caso valoración de la prueba por las partes), la norma olvida la importancia de los alegatos<sup>13</sup>, pues en ellos la parte puede ampliar o morigerar su pretensión cuantitativamente, pueden existir confesiones, pueden existir desistimientos o allanamientos válidos, razón por la cual dichos elementos del proceso deben ser analizados en el sentenciar con riesgo de violentar la regla de la congruencia.

<sup>12</sup> Así BOTTO OAKLEY, HUGO: *Las Congruencia procesal. Principio base para una teoría general del procedimiento civil*, Editorial de Derecho, Santiago de Chile, 2007. Este autor reafirma la idea de la congruencia vinculada a lo probado en la causa, debiendo la sentencia guardar razonabilidad y coherencia con estos elementos, siempre y cuando la prueba sea incorporada legalmente al proceso (p. 190). También: VÉLEZ, JULIO CÉSAR: "La prueba y su vinculación con la regla de congruencia", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista*, Egacal, Lima, Número 3. Anuario del Instituto Panamericano de Derecho procesal, Capítulo Perú, año 2006. ZINNY, JORGE HORACIO: "El concepto de debido proceso", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista*, Egacal, Lima, Número 3. Anuario del Instituto Panamericano de Derecho procesal, Capítulo Perú, año 2008. CALVINO, GUSTAVO: "Apuntes sobre la actuación de los jueces y árbitros en un sistema democrático", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista*, Egacal, Lima, Número 3. Anuario del Instituto Panamericano de Derecho procesal, Capítulo Perú, año 2008.

<sup>13</sup> Vide: GONZÁLEZ CASTRO, MANUEL A.: *El alegato. Teoría y práctica*, Marcelo Lerner Editora (MEL), Córdoba, 2004, en especial el capítulo V.

De este modo, entendemos que se puede dar por demostrada la afirmación de la insuficiencia de la interpretación literal cuando la norma contiene derechos o elementos implícitos.

### 3.4. El problema lógico interno de la norma procesal

Cuando una norma posee un problema lógico interno, la interpretación literal también se ve gravemente comprometida, pues la contradicción puede surgir de caracteres atribuidos contradictorios entre sí, o de operadores deónticos contrarios, sin que se brinde una regla de preeminencia de uno sobre el otro.

Así sucede por ejemplo en el artículo 1 del CPC que consagra el principio de improrrogabilidad de la competencia imponiendo el deber al tribunal de inhibirse cuando advierta su incompetencia, salvo en los casos de competencia territorial que rige la prorrogabilidad.

Sin embargo, el absoluto de la calificación de improrrogabilidad de la competencia, se ve afectado cuando la misma norma en el último párrafo limita el deber de inhibirse al momento mismo de la admisión de la demanda, con lo cual, si el juez no lo hace queda prorrogada la competencia material, por ejemplo, si la misma no es cuestionada por la demandada.

Tenemos así que el principio que rige la materia en el CPC declara que toda gestión debe ser hecha ante juez competente, y que la competencia en principio es improrrogable.

Esta improrrogabilidad tiene su excepción en la competencia territorial y en la personal.

Mas allá de poder compartir el criterio adoptado, esta norma es correcta pues establece un momento preciso en el que el juez debe pronunciarse oficiosamente sobre su competencia, y ese momento es anterior al haber impreso trámite a la demanda.

Con este criterio se evitan los dispendios procesales de jueces que advierten su incompetencia a lo largo del procesar, cuando no en el sentenciar, con el desgaste propio de la inoportuna declaración oficiosa de incompetencia.

Defendiendo esta posición, podemos concluir que también en el CPC toda la competencia es prorrogable, pues en demanda promovida ante juez incompetente por materia, cuando éste no se pronuncia oficiosamente sobre su incompetencia, y tampoco la misma es atacada por declinatoria ni inhibitoria, el juicio quedará definitivamente radicado ante el juez materialmente incompetente.

En concreto, la incompetencia del tribunal, en cuanto a su declaración, se regula teniendo en cuenta momentos, deberes y facultades de dis-

distintos sujetos procesales. Al momento de declarar la admisibilidad formal de la demanda es el juez quien de oficio declara la incompetencia. Impreso el trámite, el juez pierde la oportunidad de ejercer esta facultad, es decir surge ahora el poder en cabeza de los demandados, quienes postularán la declaración de incompetencia por vía de inhibitoria o declinatoria, y que de no ser ejercidas no existirá modo alguno de que tal declaración sea pronunciada.

De este modo, entendemos haber demostrado también el supuesto de la insuficiencia de lo gramatical ante situaciones de problemas lógicos de la norma.

### 3.3. El problema sistémico y las normas de interpretación restrictivas.

Referimos aquí como normas de interpretación restrictivas, aquellas mediante las cuales se compromete la actitud del aplicador a una interpretación literal que le impida un método extensivo sujetándolo a la literalidad de los supuestos establecidos por la norma.

Ejemplo de ello es la norma que regula las causales de recusación de los magistrados cuando en el artículo 17 CPC se dice que *constituyen causales de recusación*.

Dentro de estas causales se prevé la de *tener amistad íntima*.

La calificación que la norma hace de la voz *amistad* tiene su razón por adolecer dicho término de problemas de vaguedad. Hoy en el lenguaje cultural la palabra amistad ha pasado a designar distintos tipos de vínculos (meru conocimiento, compañerismo, etc.), cuando no se ha constituido en algunos países latinoamericanos (incluso en nuestro medio) como un modo de *vacativo*: *El amigo*. De allí, que a los fines de evitar corrimientos interpretativos se calificó a la amistad de *íntima*.

Por su parte, el artículo 32 del mismo cuerpo legal regula el instituto de la excusación imponiendo el deber al magistrado de apartarse del proceso cuando *se hallare en alguna de las causas de recusación*.

De la interpretación literal del artículo 32 CPC y en concordancia con el ya citado artículo 17 CPC el magistrado sólo debe apartarse cuando existe una causal de recusación regulada, en este caso amistad íntima, no un mero compañerismo ni violencia moral (también conocidas por la doctrina como causales de *decoro*).

En un reciente caso fallado por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba<sup>14</sup> (en adelante TSJ) el juez se aparta en una de-

<sup>14</sup> TSJ Córdoba, Sala Electoral, A N° 88 del 2/12/2010 en R.S.J. c/ P.M.B.J. - Divorcio Vincular, cuestión de avocamiento, en Actualidad Jurídica de Córdoba N° 196 p A 2066 y ss.

manda de divorcio entablada en el fuero civil de la Ciudad de Río Cuarto, dejándose constancia que la totalidad de los magistrados del fuero civil, comercial y de familia se encuentran impedidos de intervenir.

Consecuencia de ello, se remite la causa al juzgado de menores, cuyo titular resuelve no asumir la competencia invocando normativa expresa de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), y afirmando que le corresponde entender en la cuestión al Juzgado de Conciliación.

Recibida la causa por el Juzgado de Conciliación, resuelve no avocarse insistiendo en la remisión de la misma al Juzgado de Menores, entendiendo además que en la causa se pueden ventilar cuestiones que afecten a personas menores de edad, y que ha precluido la oportunidad para que el juez de menores pueda invocar causales de recusación.

Llegados nuevamente los autos al Juzgado de Menores, su titular decide excusarse invocando una situación de profunda violencia moral.

Justifica dicha violencia en que si bien no lo vincula con los letrados y partes una relación de *amistad íntima*, la naturaleza de la cuestión, los intereses en juego, los vínculos parentales de abuelo y padre, el cariño, el haber practicado fútbol en torneos oficiales, el compañerismo, le produce tal violencia moral que afecta su imparcialidad.

El TSJ resuelve el conflicto negativo de competencia atribuyéndola al Juzgado de Conciliación.

En lo que atañe a la competencia subjetiva entiende oportuna la excusación del magistrado e invocando razones de economía procesal justifica la causal de violencia moral invocada en la excusación por el magistrado.

Como se puede advertir, el fallo del TSJ se apartó de la interpretación restrictiva del artículo 32 del CPC.

En lo que aquí nos interesa, el decisorio se fundó en el resguardo de la imparcialidad y en el hecho de que la violencia moral del magistrado sólo es susceptible de apreciarse por quien la invoca.

En este caso traído como ejemplo, vemos que la interpretación literal ha resultado insuficiente. El Máximo Tribunal Provincial ha tenido que ampliar las fronteras de la voz *amistad* vinculándola a la descripta por el magistrado como *compañerismo* incorporando otra causal no prevista tal la de *violencia moral*. Para ello se recurrió a la teleología del instituto, tal la protección de la garantía de imparcialidad del juzgador<sup>15</sup> con raíz constitucional y convencional.

<sup>15</sup> Acerca de la imparcialidad vide: HOTHAM, RICHARD A.: *El prebuzamiento*, Nova Testa, Rosario, 2007. En especial el capítulo I, en el cual reconoce que "si la primera condición del debido proceso, de la defensa en juicio es la igualdad entre las partes, del otro lado del mostrador" la primera condición del juez es la imparcialidad. Sin igualdad a lo largo del trámite

### 3.6. El problema de la concreción judicial de la norma (oportunidad y modo de los actos procedimentales).

El problema de la concreción judicial de la norma dinámica es quizás el que mayor problemas presenta, pues, la cuestión surge de la interacción entre lo literal o gramatical expresado en determinada norma con lo sistémico (vinculación con otras) cuando no con una decodificación simplificada de determinado fenómeno por la doctrina, lo cual conduce a una discordancia entre el texto doctrinario y el normativo desconociendo la complejidad del modo de normación.

Un ejemplo de ello es el problema de los momentos de ofrecimiento de la prueba documental, pues, la regulación del artículo 241 del CPC en concordancia con los artículos 182 y 192 del CPC fijan, según las circunstancias, un período amplísimo para tal ofrecimiento.

La cuestión se ha planteado respecto de los documentos privados emanados de terceros ofrecidos una vez vencidos los diez primeros días del período probatorio.

En este supuesto, el TSJ declaró la extemporaneidad de dicho ofrecimiento fundado en que dicho documento se trata de una testimonial escrita, y por lo tanto debe ser ofrecido dentro de los diez primeros días de prueba, tal acontece con el ofrecimiento de la testimonial.

Como se advierte, la textualidad del CPC, en nada diferencia los documentos para lograrse una afirmación del estilo de la aquí descrita, siendo cierto que el tribunal a los fines de llegar a tal solución, lo hace teniendo en cuenta la cuestión de la necesidad de su reconocimiento por el

---

no hay proceso verdadero, y sin imparcialidad hasta la sentencia no hay verdadero juicio. La imparcialidad del juez no es solamente un requisito ético; ni mucho menos solo jurídico. Es ontológico: juez quiere decir tercero imparcial. Si no es imparcial no es juez y lo que diga no será sentencia" (p 15). Por su parte, ADOLFO ALVARADO VELLOSO reconoce que la palabra imparcialidad significa varias cosas diferentes, así por ejemplo: "ausencia de prejuicios de todo tipo (particularmente raciales o religiosos); independencia de cualquier opinión y, consecuentemente, tener oídos sordos ante la sugerencia o persuasión de parte interesada que pueda influir en su ánimo; no identificación con alguna ideología determinada con alguna ideología determinada; completa ajenez a la posibilidad de dádiva o soborno; y a la influencia de la amistad, del odio, de un sentimiento caritativo, de la haraganería, de los deseos de lucimiento personal, de figuración periodística, etc.; también es no involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso; y evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción; así como de fallar según su propio conocimiento privado del asunto; tampoco debe tener temor al qué dirán ni al apartamiento fundado de los precedentes judiciales, etc.; si bien se miran estas cualidades definitorias del vocablo, la tarea de ser imparcial es asaz difícil pues se exige la absoluta y aséptica neutralidad, que debe ser practicada en todo supuesto *justiciable con todas las cualidades que el vocablo involucra*" ("La imparcialidad judicial", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garatista*, Egual, Lima, Anuario 2007, p 29/30).

tercero, afirmándose que los documentos privados emanados de terceros, carecen de una regulación adjetiva específica<sup>26</sup>.

En concreto, si bien la doctrina reconoce y admite la existencia de testimoniales escritas, el caso no se encuentra así regulado por nuestro CPC, excediendo el TSJ la interpretación literal, pues distingue donde la ley no lo hace.

Otro tanto podemos señalar en el debate hoy existente acerca de la fatalidad de los plazos en el incidente de perención de la instancia. Adviértase que la norma establece que en el juicio abreviado se aplica la fatalidad de los plazos (artículo 516 CPC).

Por su parte, al regularse la materia incidental, el artículo 427 del CPC dispone que los incidentes que no tengan una tramitación especial se sustancian con el trámite del juicio abreviado.

En base a estas dos normas, la doctrina y la jurisprudencia sostienen como verdad de interpretación que en los incidentes rigen los plazos fatales, aplicándolos sin más al incidente de perención de la instancia, sin advertir que éste incidente posee trámite especial (artículo 345 del CPC).

La conclusión literal es que teniendo un trámite especial, el incidente de perención de la instancia no tramita por juicio abreviado y en consecuencia no le son aplicables la fatalidad de los plazos por no existir norma general ni especial que así lo determine.

De este modo, demostramos que no siempre ha sido utilizada la interpretación literal a los fines de la concreción de la norma dinámica.

### 3.7. El problema de la interpretación literal y el axioma heredado

Existe una serie de axiomas heredados a los cuales recurre tanto el procesalista como el operador del derecho al momento de juzgar.

Ejemplo de ellos son los clásicos *ortur factus jus, iura novit curia, res ipsa loquitur* etc.

El *iura novit curia* aparece hoy de aplicación, el mismo se ha adoptado como dogma y pocos han analizado las condiciones de su procedencia. Así, varias legislaciones procesales han positivizado tal axioma.

El *iura novit curia* faculta al juzgador a la aplicación del derecho que él considera pertinente con independencia de la calificación jurídica efectuada por las partes. Parece que el brocardico se desprende de un famoso sucedido donde el juez invita a la parte a que le diga tan solo el hecho, pues él conoce el derecho. Por ello es que se ha afirmado que "en

<sup>26</sup> TSJ, Sala Civil y Comercial, Sent. 77 de fecha 12/06/2003, Olivera Carlos c/ Patricia Mónica Rey, en Actualidad Jurídica n° 83 p. 5803 y ss.



*cualquiera de las hipótesis de trabajo referidas siempre estaremos en presencia de un órgano jurisdiccional que pretende reservarse el poder de calificar jurídicamente una relación fáctica, ya sea en contra o ante la ausencia de la calificación de las partes*<sup>17</sup>.

Esta cuestión es diversa si nos atenemos a la literalidad de la norma en el CPC. Me explico:

El artículo 327 del CPC dispone que la sentencia debe contener decisión expresa con arreglo a la acción deducida en el juicio.

Por su parte, el artículo 328 del CPC, mediante norma determinativa, conceptualiza el término acción deducida del siguiente modo: "La acción deducida es la que procede jurídicamente de los hechos expuestos y el derecho invocado en la demanda".

En primer lugar debemos decir que no se trata técnicamente de una acción sino de una pretensión.

Luego la interpretación de la norma determinativa del artículo 328 del CPC es que la pretensión deducida es la que procede jurídicamente de los hechos expuestos y el derecho invocado en la demanda.

Este concepto de pretensión deducida es correcta, pues si nos detenemos en los elementos de la pretensión vemos que son: 1) sujetos (quien pretende y contra quien se pretende), 2) el objeto de la pretensión (una condena, una declaración constitutiva, una meta declaración, una ejecución, etc), y, 3) y una causa (hechos invocados y calificación jurídica de dichos hechos imputación). Por ello es que la norma dice hechos expuestos y derecho invocado.

Si nos atenemos a la literalidad de la norma, estamos en condiciones de afirmar que el principio *iura novit curia* no puede ser aplicado en nuestro sistema procesal.

En efecto, detengámonos en la causa de la pretensión: hechos invocados e imputación jurídica. Esto puede darnos los siguientes supuestos: a) el actor en su demanda presenta los hechos pero omite el derecho, es decir no imputa jurídicamente; b) el actor en su demanda presenta los hechos y al imputarlos los califica de determinado modo (correcta o incorrectamente, no interesa ahora) lo cual conduce a una determinada actitud defensiva por el demandado (ejemplo invoca un plazo de prescripción determinado como consecuencia de la calificación efectuada en la demanda).

En el supuesto a) existe un claro caso de incumplimiento de las formalidades prescriptas para la demanda (artículo 175,4 del CPC) lo cual impone al juez el deber de actuar conforme lo dispuesto por el artículo 176 del CPC o la facultad reconocida en la misma norma de ordenar al actor

<sup>17</sup> BENTONILLA, JUAN JOSÉ: "Iura novit curia: esa omni ciencia judicial", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista*, Egacal, Lima, Año VIII, 2007, p 64.

que aclare cualquier punto para hacer posible su admisión. También podría habilitar al demandado a oponer la excepción de defecto legal (artículo 184,4 del CPC).

Efectuada esta descripción del funcionamiento de la norma dinámica, tenemos que es posible que tal pretensión así presentada en demanda (es decir sin calificación legal-imputación) no llegue a ser sentenciada, pues o se inadmite tal demanda, o se ordena su corrección o se deduce excepción (impugnación al acto de parte, en este caso demanda). Pero ahora situémonos en la posibilidad de que: a') el tribunal no ejerza su deber de inadmisión de la demanda, o b') no ejerza su facultad de ordenar la corrección, o c') el demandado no opone la excepción, con lo cual consiente el ingreso del acto demanda con su defecto, o d') interpuesta la excepción, el tribunal rechaza la misma, con lo cual convalida el ingreso válido de una demanda cuya pretensión no ha sido calificada jurídicamente, es decir, admite el acto en su irregularidad. En todos estos casos, al no haber calificación jurídica (con consentimiento del demandado o resoluciones emanadas de la autoridad) el juez puede ejercer la facultad de fallar con la utilización del *iura novit curia* ante el silencio normativo reinante durante el debate procesal.

Por el contrario, analicemos ahora el supuesto planteado en b) "el actor en su demanda presenta los hechos y al imputarlos los califica de determinado modo (correcta o incorrectamente, no interesa ahora)".

En este caso, el juzgador se ve impedido de utilizar la facultad del *iura novit curia*, pues b') al hacerlo recalifica o cambia la pretensión deducida, ergo altera la congruencia del fallo y b'') para el supuesto de que la estrategia defensiva del demandado se hubiera construido desde la calificación jurídica del hecho invocado por el actor, estaría no solo alterando la congruencia del fallo, sino violando la defensa misma del demandado.

En concreto, el artículo 328 del CPC expulsa la aplicación del derecho no invocado por las partes, y en consecuencia prohíbe el *iura novit curia*.

Como se advierte, en este supuesto la interpretación literal es dejada de lado (en nuestro criterio de modo incorrecto) a los fines de la aplicación de un axioma heredado.

### **3.8. El problema de la ideología comprometida y antinomias denunciadas**

Hoy ya no se discute que el derecho posee una dimensión ideológica, desde que el mismo es construido desde un espacio de poder.

Esta dimensión es mayor en el Derecho Procesal, pues se ven comprometidos no solo valores, visiones de la sociedad y del mundo, sino una

función esencial del Estado, tal el ejercicio del poder de jurisdicción, en un proceso donde actúa un órgano del Estado en ejercicio del poder.

Es así como, desde las mismas constituciones se establecen las garantías necesarias que actúan como contrapeso al poder ejercido desde la jurisdicción.

Las constituciones latinoamericanas, han consagrado un sistema de garantías que se ven reflejados en un sistema dispositivo del ejercicio del proceso.

No obstante, y ahora nos referimos al derecho procesal argentino, desde la década del 40, nuestra doctrina y legislación tuvieron una gran influencia de los doctrinarios italianos y alemanes, que trabajaban en base a normativas procesales de cuño ideológico muy distinto al de nuestra Constitución, lo cual ha llevado a una crisis de antinomias de tipo ideológicas entre el texto constitucional, y el Derecho Procesal derivado. Mientras el primero de es corte liberal, el segundo se construyó con una base inquisitiva marcada, generando así contradicciones sistémicas insuperables<sup>19</sup>.

En este contexto, la interpretación literal del derecho tampoco es suficiente, pues entendemos que el Derecho Procesal debe ser interpretado en sintonía constitucional, siendo que, muchos institutos procesales poseen una base ideológica distinta que los tornan inaplicables.

#### 4. Conclusión

La interpretación literal o gramatical de la norma es esencial en el Derecho Procesal a los fines de dotar de seguridad jurídica.

No obstante ello, por su propia naturaleza, la interpretación literal ha devenido insuficiente en el Derecho Procesal.

Las razones de dicha insuficiencia son varias, y van desde los problemas mismos del lenguaje a las discordancias entre el texto normativo, la posición doctrinaria, la posición ideológica, entre otras.

#### Bibliografía consultada

ALBANESE, SUSANA: *Garantías judiciales, algunos requisitos del debido proceso legal en el derecho internacional de los derechos humanos*, Edilax, Bs. As, 2000.

ALSINA, HUGO: *Tratado Teórico Práctico de derecho Procesal Civil y Comercial*, Edilax, Buenos Aires, 1956, T. I.

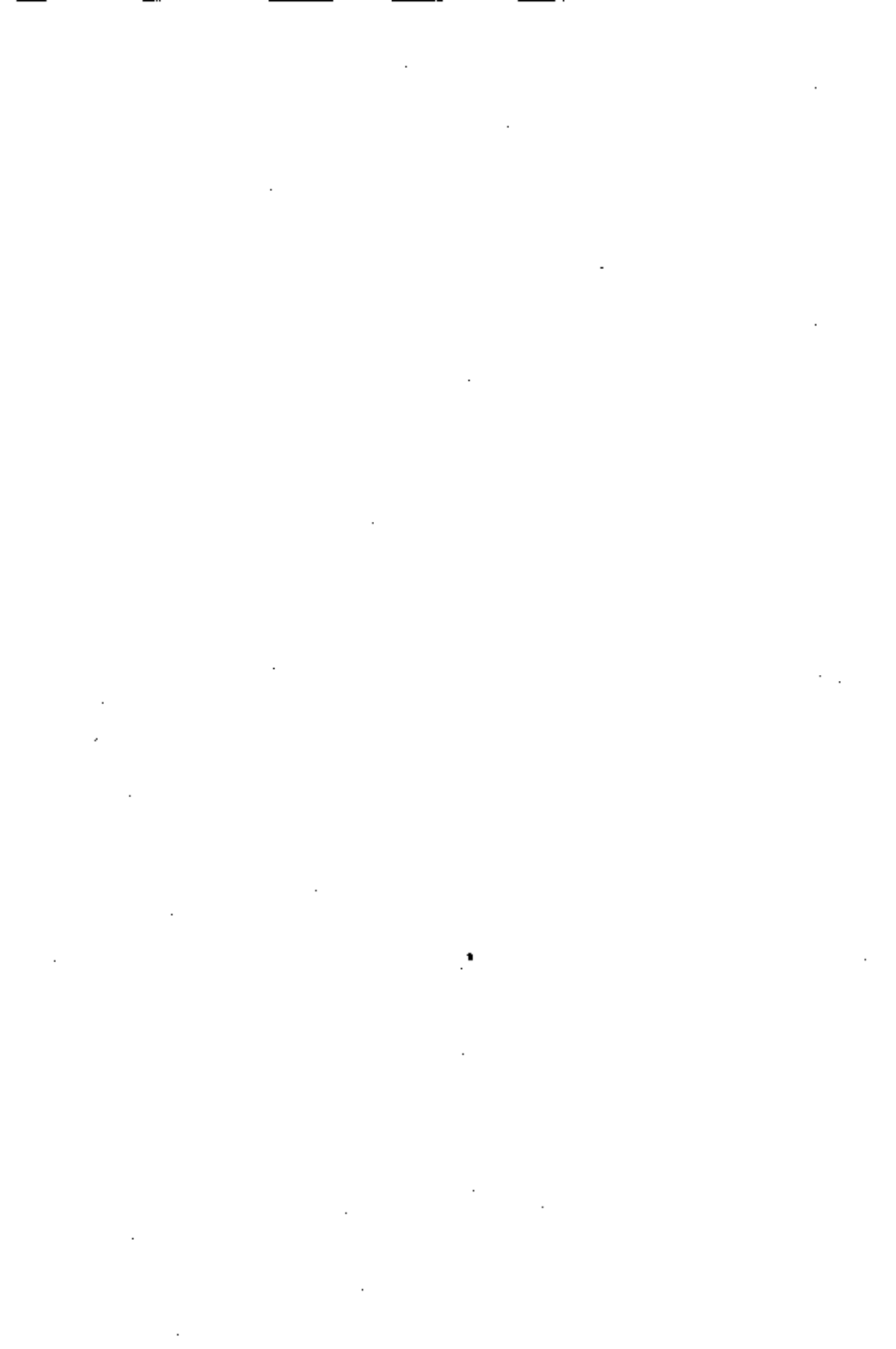
ALVARADO VELLOSO, ADOLFO: *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1987.

<sup>19</sup> Quien explica en profundidad este proceso es ADOLFO ALVARADO VELLOSO. Ver su obra: *El debido proceso de la garantía constitucional*, Zevallo, Rosario, 2003, p 96 y ss.

- ALVARADO VELLOSO, ADOLFO: *El debido proceso de la garantía constitucional*, Zeus, Rosario, 2003.
- ALVARADO VELLOSO, ADOLFO: "La imparcialidad judicial", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista*, Egacal, Lima, Anuario 2007.
- BENTONILLA, JUAN JOSÉ: "Iura novit curia: esa omniéscencia judicial", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista*, Egacal, Lima, Anuario, 2007.
- BERMAT-SAINY-PRIZ, JACQUES: *Cours de Procédure Civile*, Henri Plon, Libraire-Éditeur, Paris, 1855.
- BEUCHOT, MAURICIO: *La filosofía del lenguaje en la edad Media*, Universidad Autónoma de México, México, 1991.
- BONNIER, EDOUARD: *Éléments de Procédure Civile*, Librairie de Plon Frères, Paris, 1893.
- BOYTO OAKLEY, HUGO: *La Congruencia procesal. Principio base para una teoría general del procedimiento civil*, Editorial de Derecho, Santiago de Chile, 2007.
- CALVINHO, GUSTAVO: "Apuntes sobre la actuación de los jueces y árbitros en un sistema democrático", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista*, Egacal, Lima, Número 3, Anuario del Instituto Panamericano de Derecho procesal, Capítulo Perú, año 2008.
- COUTURE, EDUARDO: *Fundamentos del derecho procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1986.
- COUTURE, EDUARDO: *Estudios de Derecho Procesal Civil III*, Depalma, Buenos Aires, 1978.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO: *Teoría General del proceso*, Universidad, Buenos Aires, 1997.
- DI IORIO, ALFREDO: *Líneas de la teoría general del Derecho Procesal. Propuestas de un derecho jurisdiccional*, Depalma, Buenos Aires, 2000.
- GONZÁLEZ CASTRO, MANUEL A.: *El alegato. Teoría y práctica*, Marcelo Lerner Editora (MEL), Córdoba, 2004.
- GONZÁLEZ CASTRO, MANUEL A.: *El derecho al recurso en el Pacto de San José de Costa Rica*, Lerner, Córdoba, 2004.
- GONZÁLEZ CASTRO, MANUEL A.: *La acción meramente declarativa*, Alveroni, Córdoba, 2007.
- HOTHEAM, RICHARD A.: *El prejuzgamiento*, Nova Testis, Rosario, 2007.
- NINO, CARLOS SANTIAGO: *Introducción al Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1998.
- POSTMA, HERNÁN FERNANDO: *El proceso. Construcción dogmática del proceso. Problemáticas de la interpretación. Integración de la ley*, Nova testis, Rosario, 2010.
- ROCCO, ALFREDO: *La interpretación de las leyes procesales*, Valletta ediciones, Florida, 2005, trad de Rafael Greco.
- VÉLEZ, JULIO CÉSAR: "La prueba y su vinculación con la regla de congruencia", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista*, Egacal, Lima, Número 3, Anuario del Instituto Panamericano de Derecho procesal, Capítulo Perú, año 2008.
- ZINNY, JORGE HORACIO: "El concepo de debido proceso", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista*, Egacal, Lima, Número 3, Anuario del Instituto Panamericano de Derecho procesal, Capítulo Perú, año 2008.



SECCIÓN IV  
DERECHO PRIVADO



## LAS PALABRAS DE LA LEY EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO Y SUS CONTEXTOS, O LOS LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN LITERAL.

*Aldo Marcelo Azar\**

**Resumen:** La interpretación literal implica evaluar una pluralidad de contextos que determinan diversos significados de las "palabras de la ley".

**Palabras clave:** Interpretación - Interpretación Literal - Palabras de la Ley - Contextos.

### I. Las "palabras de la ley" y sus presupuestos.

Desde la Escuela Francesa de la Exégesis, las "palabras de la ley" constituyen la fuente de cognición por excelencia para la interpretación de la ley. En efecto, uno de los procedimientos hermenéuticos más generalizados es la denominada *interpretación literal*, *interpretación gramatical*, *interpretación semántica*, entre otras denominaciones, la cual implica establecer el sentido a partir de la formulación lingüística del texto.

La regla está enunciada en el artículo (art.) 16 C.C. (Código Civil) al establecer que "*si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.*"

La proposición contenida en la norma, al igual que las metodologías que remiten a las "palabras de la ley" para establecer su significado, contienen diversos axiomas, algunas veces explicitados en las formulaciones y otras veces implícitos.

Uno de los más generalizados es el enunciado *clara non sunt interpretanda*. La regla en su versión más radical sostiene que no corresponde realizar actividad hermenéutica alguna con relación a los textos que

---

\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Profesor Titular de Introducción al Derecho y Profesor Auxiliar de Derecho Privado II de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Investigador Categorizado Secyt UNC, Director del Proyecto de Investigación "La interpretación literal de la ley: análisis de los presupuestos, procedimientos y alcances metodológicos en el derecho privado, internacional privado y procesal civil argentino".

contenga términos claros, pues *interpretatio cessat in claris*,<sup>1</sup> sino lisa y llanamente la aplicación del precepto cuyo sentido no ofrezca duda alguna, mientras que en posiciones más moderadas admite una interpretación previa que consiste en constatar el significado indubitado del texto.

Dicha máxima está implícita en el citado art. 16 C.C. pues ubica a las "palabras" junto al "espíritu de la ley" en una situación prioritaria a la que debe acudir para resolver la cuestión civil y que antecede a la analogía, a los principios generales y a las circunstancias del caso como fuentes de la interpretación. Subyace en el dispositivo legal la metodología de la Exégesis la cual postuló al análisis literal o gramatical en primer orden, antes que el lógico, el sistemático, los trabajos previos, los principios generales y la equidad. Si media un rango u orden de prioridad en la utilización del método, entonces ha de concluirse que la claridad del texto excluye todo otro procedimiento de interpretación complementario o alternativo.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (C.S.) ha seguido ese lineamiento al sostener que "el primer método de interpretación al que debe acudir el juez es el literal, conforme al cual debe atenderse a las palabras de la ley. Esta Corte ha señalado que la primera fuente de la ley es su letra y cuando ésta no exige esfuerzos de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso contempladas por la norma, y ello es así pues no cabe apartarse del principio primario de sujeción de los jueces a la ley, ni atribuirse el rol de legislador para crear excepciones no admitidas por ésta, pues de hacerlo podría arribarse a una interpretación que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivaliese a prescindir de su texto (Fallos 313: 1005)"<sup>2</sup>.

Sin embargo, esos postulados contienen axiomas o ideas previas, cuya validez o corrección se dan por supuestas. En efecto, según sea la metodología del derecho, el modelo jurídico con su corpus teórico o la escuela de interpretación de los que el hermeneuta parta, la regla *clara non sunt interpretanda* (o *interpretatio cessat in claris*) y su proposición conexa relativa a que el análisis literal es autosuficiente o excluyente para establecer el significado de un texto legal, presuponen algunos de estos axiomas:

1. Las palabras de la ley expresan o traducen la intención del legislador, que como autor de aquélla delimita el alcance de su sentido;

<sup>1</sup> PERELMAN, CH. *Méthodes du droit. Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Paris, 1979, pág. 38.

<sup>2</sup> C.S., 16/12/2003, causa "Banco Ganadero Argentino c. Medicina Técnica", *Doctrina Judicial* (DI) 2004-I, 98 - LA LEY 2004-C, 540.



2. El significado de la ley está circunscripto al sentido asignado en momento de su creación (método de los trabajos previos), o bien es susceptible de evolucionar conforme lo que habría sido la intención del legislador si éste conociera las circunstancias existentes al momento en que va a ser aplicada (método progresivo o histórico) o lo que racionalmente aquél debió prever a tenor de la razón jurídica contenida en la norma (método conceptualista o de la jurisprudencia de los conceptos)<sup>2</sup>;

3. Las palabras de la ley tienen un sentido objetivo, independiente de su autor, que le viene dado por el sistema jurídico al que pertenecen<sup>3</sup>, o por el significado que le confiere el ámbito social y cultural al que están destinadas a reglar;

4. La interpretación tiene lugar cuando media un texto oscuro o deficiente;

5. El razonamiento jurídico consiste en la actividad interpretativa de la ley y, establecido su significado o siendo éste claro, en la subsunción de la norma al caso concreto (aplicación del derecho), por lo cual se caracteriza por ser eminentemente deductivo y analítico<sup>4</sup>.

La validez de esas premisas y de sus corolarios deber ser verificada.

## II. Tres casos paradigmáticos del Código Civil argentino

El mismo Código Civil que consagra la preeminencia de la interpretación literal contiene casos paradigmáticos en que, a pesar de la claridad del texto, la inteligencia de la ley requiere de otros métodos o procedimientos hermenéuticos para asignarle sentido o para aplicar la norma en cuestión.

En otras palabras, se configuran hipótesis de "palabras claras" cuyos significados literales entran en pugna con algunos de los axiomas o ideas previas explicitadas en los párrafos anteriores.

Sin agotar la totalidad de supuestos en que la situación descripta queda configurada, a los fines de demostrar esas perplejidades se consideran tres casos paradigmáticos relativos al derecho de las obligaciones (o derechos de créditos o derechos personales) los que son manifiestamente ilustrativos para el objetivo planteado.

<sup>2</sup> BERCHAMANS VALLET DE BUYSOLO, J. *Metodología de la Determinación del Derecho II - Parte sistemática*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1996, Madrid, págs. 632 a 634, 636/637, 647/649, 653, 656/659.

<sup>3</sup> LARENZ, KARL, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1984, págs. 54 a 56.

<sup>4</sup> VERNENGO, ROBERTO J.; *Curso de teoría general del derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1985, págs. 397 a 403.

La primera hipótesis se plantea con el significado de "cosa juzgada" utilizada en el art. 850 C.C. El precepto reza: "La transacción extingue los derechos y obligaciones que las partes hubiesen renunciado, y tiene para con ellas la autoridad de *cosa juzgada*". El sentido de esa unidad terminológica no presenta oscuridad alguna, pues se refiere a una resolución judicial que ha devenido irrevisable, inmodificable y coercible<sup>6</sup>. De ello se colige que el acuerdo reviste idénticas calidades para las partes que transigieron. Compulsados esos términos con la misma nota al artículo redactada por el Legislador, se advierte que la intención de este último no se corresponde con la expresión literal de la norma. En efecto, Velez Sarsfield se adelanta a aclarar que la transacción tiene por objeto "establecer derechos que eran dudosos, o acabar pleitos presentes o futuros, y que se juzga que las mismas partes hubiesen pronunciado sentencia sobre esos pleitos o derechos dudosos". La aclaración oscurece la claridad del término: si la transacción es extrajudicial, hipótesis admitida en el caso de los *derechos dudosos* o de los *pleitos futuros* a que refiere el art. 832 C.C. y al misma nota, su fuerza extintiva no constituye una *cosa juzgada* porque ningún juicio ha mediado ni ninguna sentencia ha sido dictada. En efecto, el comentario de Velez Sarsfield continúa observando que "no había una perfecta analogía entre la autoridad de las transacciones, y la autoridad de las sentencias", por lo cual efectúa una comparación distintiva entre ambas por las vías impugnativas, por el efecto entre las partes y por las causales de nulidad admisibles que reconocen unas y otras. Si a ello se le añade que las transacciones arribadas sobre derechos litigiosos son susceptibles de homologación judicial y que es a partir de que adquiere firmeza la sentencia respectiva que se verifica la *cosa juzgada*, las palabras de la ley contradicen no sólo la misma intención o razón del legislador, sino también el significado específico y técnico que la unidad terminológica *cosa juzgada* tiene asignado por el ordenamiento jurídico considerado como un todo.

La segunda hipótesis se plantea con la definición de *pérdida* dada por el art. 891 C.C. Este último se encuentra ubicado en el Título relativo a la "Imposibilidad del pago" y por ello regula los casos en que el deudor de una obligación se libera sin responsabilidad en caso de incumplimiento por causales que implican la extinción del vínculo creditorio. La norma expresa: "La cosa que debía darse, sólo se entenderá perdida en el caso que se haya destruido completamente o que se haya puesto fuera del comercio, o que haya desaparecido de un modo que no se sepa de su existencia". La utilización del adverbio *sólo* despeja cualquier duda respecto a la inteligencia de lo que constituye una *pérdida*, noción que excluye toda otra situación

<sup>6</sup> COUTURE, EDUARDO; *Fundamentos del derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1958, pág. 402.

que no encuadre en la destrucción material, en la desaparición o en la puesta fuera de comercio del bien comprometido para su entrega o dación. Ahora bien, apenas se revisen las previsiones contenidas en materia de derechos reales, se advierte que la adquisición de un derecho sobre una cosa por un tercero importa la extinción del derecho de propiedad para quien era su titular, supuesto definidos como *pérdida del derecho de propiedad* en los artículos 2606, 2607 y 2610 C.C., entre otros. El sentido literal del precepto inserto en la imposibilidad del pago excluye como pérdida a la adquisición de un derecho sobre la cosa por un tercero, lo cual contradice la misma definición de pérdida del derecho que el mismo cuerpo normativo utiliza. En otros términos, el significado literal no se condice con el significado sistemático que le asigna a la palabra *pérdida* no ya el art. 891 C.C. aisladamente considerado sino la totalidad de las normas que regulan la misma materia. En ambos casos, se está discutiendo el sentido objetivo de las palabras de la ley con prescindencia de la intención de su autor, pese a lo cual se verifican oposiciones en su significación según se limite la interpretación al análisis literal o se lo amplíe al lógico-sistemático.

La tercera hipótesis se verifica con el término *demanda* utilizado en el art. 3986 C.C. El dispositivo regula la prescripción de los derechos personales y reales, y su redacción reza, en su parte pertinente: "La prescripción se interrumpe por *demanda* contra el poseedor o deudor, aunque sea interpuesta ante juez incompetente o fuere defectuosa y aunque el demandante no haya tenido capacidad legal para presentarse en juicio. ...". El término *demanda* tiene un significado específico consistente en el acto jurídico por el cual se esgrime una pretensión ante un juez y cuyo efecto es la constitución de un proceso o relación procesal, cuyos elementos y condiciones de validez están impuestos por los códigos de procedimientos vigentes según la materia (civil, comercial, contenciosoadministrativo, laboral, penal para las constituciones en actores civiles en procesos criminales, etc.). Sin embargo, al momento de definirse qué actos tienen efectos interruptivos de la prescripción, la doctrina y la jurisprudencia asimilan al término empleado por el art. 3986 C.C., una serie de actuaciones realizadas en sede judicial, por las que se hace o hará valer un derecho, aún cuando no deduzcan pretensión actual alguna o no constituyan el acto constitutivo de un proceso judicial al cual los códigos procesales o el mismo Código Civil le reconozcan la calidad de *demanda*, tales como las medidas judiciales preparatorias, la solicitud de medidas cautelares, la petición de un beneficio de litigar sin gastos, el pedido de concurso o quiebra, entre otros. Confrontados los fundamentos dados para tal asimilación, se estipula que la finalidad de la ley es beneficiar al acreedor activo, que no puede imputársele a este último el abandono de sus derechos si los ejerce en una instancia jurisdiccional, por lo cual los motivos que median para

darle efecto interruptivo a la demanda también se verifican en esos casos<sup>7</sup>. En la hipótesis analizada, la literalidad de las palabras de la ley es desplazada por el sentido teleológico asignado a la misma norma que utiliza el término claro.

La revisión de los casos analizados permite arribar conjunta o alternativamente a alguna de las siguientes conclusiones: I.- la interpretación del texto no cesa ni acaba aún en las hipótesis que sus términos sean claros; y II.- la interpretación literal no es autosuficiente, autónoma o excluyente de otros métodos a pesar de la claridad de los términos.

De uno u otro corolario se infiere que el significado de un término cambia, se modifica o se altera cuando se lo evalúa de conformidad a la inteligencia de su autor, o al sentido que le asignan las proposiciones normativas del ordenamiento jurídico, o a los fines derivados de éste último o previstos por el legislador.

En síntesis, las palabras de la ley reconocen diferentes significados según el contexto en que se las interpreta.

### III. Las palabras de la ley y sus contextos

Un término inserto en una proposición normativa denota o connota un significado atribuido por el contexto, lo cual ocurre con todo discurso jurídico susceptible de interpretación.

La existencia de ese contexto viene siendo reconocida desde que la Escuela de la Exégesis sistematizara los métodos de interpretación legal según un rango de prioridades que se iniciaba con el análisis literal, pasando por el lógico, luego el sistemático, para luego acudir a los trabajos previos a la sanción de la ley y concluir con la indagación de los principios generales y equidad, conforme al orden establecido para descubrir la voluntad del legislador inmanente en el texto. Cada uno de estos análisis o procedimientos de interpretación designa un contexto diferente en el cual opera la norma y el cual puede conferirle el sentido oculto u obscuro a la norma.

La Corte Suprema al mismo tiempo que sostiene que los términos claros no son susceptibles de interpretación, afirma que "la inteligencia de las leyes debe tener en cuenta el contexto general y los fines que las informan y, a ese objeto, la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por las posibles

<sup>7</sup> PIZARRO, RAMÓN-VALLESPINOS, CARLOS: *Instituciones de derecho civil. Obligaciones*, tomo III. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, págs. 718 a 720.

imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente, para evitar la frustración de los objetivos de la norma (Fallos: 308:2246)<sup>78</sup>.

Sin embargo, la máxima *interpretatio cessit in claris* —o sus reformulaciones actuales, tales como la regla según la cual *la primera fuente de la ley es su letra y cuando ésta no exige esfuerzos de interpretación debe ser aplicada directamente*— prescinde de esos contextos al circunscribir el sentido de las palabras de la ley al significado lingüístico propio del término.

Ahora bien, aún admitiendo la validez de ese enunciado, cualquier análisis centrado en la literalidad de los términos importa de por sí considerar el *contexto lingüístico* de las palabras que utiliza la ley. Ese contexto introduce un conjunto de problemas que el operador jurídico da por resueltos o no asume sus implicancias en la actividad hermenéutica, con lo cual se sostiene una premisa (*clara non sunt interpretanda*) sin verificar ni hacerse cargo de sus consecuencias y sus antecedentes.

Dentro de las cuestiones más relevantes se encuentran:

1.- El mismo concepto de *claridad* adolece paradójicamente de ambigüedad y de vaguedad. En tal sentido, se afirma que la *claridad* existe cuando "la interpretación de tal o cual texto no es objeto de ninguna controversia" o que no presenta ningún interés de discusión entre las partes. Precisamente, el problema se plantea cuando la desinteligencia versa sobre su significado y su alcance, aún cuando en el lenguaje ordinario se sepa de qué se trate (por ejemplo, si la tipificación del delito de *robo agravado* se realiza por cometerse de "noche", media incertidumbre si el ilícito se produce en un estadio completamente iluminado y lleno de gente a la medianoche), o cuando no todos comprenden el texto de la misma manera, o cuando la construcción gramatical de la frase da lugar a ambigüedad<sup>79</sup>.

2.- Toda interpretación literal es contextual. "El sentido literal de un término es contextual; requiere, por lo menos, la posibilidad de sustituibilidad del término que se interpreta, por el equivalente o sinónimo que se proponga, en todos los contextos sin alterar el valor de verdad"<sup>80</sup>.

<sup>78</sup> C.S., 09/05/2006, *casas Sánchez, Dora C. c. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, LA LEY, 2006-D, 556.*

<sup>79</sup> PERELMAN, CH. *Méthodes du droit. Logique Juridique. Nouvelle rhétorique*, ob. cit. pág. 36.

<sup>80</sup> VERNENGO, ROBERTO J.; *Curso de teoría general del derecho*, ob. cit. pág. 412. El autor sostiene la dimensión contextual de la interpretación literal por su relación con las connotaciones emotivas o valorativas. En tal sentido afirma: "Cuando el contexto acarrea connotaciones emocionales —como sucede con los enunciados normativos en cuanto formulaciones axiológicas—, la propiedad de sustituibilidad se hace sumamente precaria, puesto que depende fundamentalmente de consideraciones pragmáticas, que no podemos controlar sino en grandes líneas. Suponer que la interpretación literal se limita a buscar en algún diccionario lo que un vocablo quiere decir, es una concepción ingenua que deja en el tintero todos los aspectos problemáticos de la determinación del sentido de las palabras y de sus combinaciones. El lenguaje no es un simple repertorio de términos, sino más bien un conjunto de reglas de combinación y transformación de aquéllos", *obra y lugar citados*.

3.- El contexto lingüístico es definido de modo diverso sin que exista uniformidad respecto a cuál es el marco desde el cual se atribuye el significado a las "palabras de la ley". De esa manera, se propone que el material de interpretación de un texto legal "está dado exclusivamente por el orden jurídico; no es legítimo echar mano de elementos de otro origen, a menos que las normas jurídicas expresamente lo admitan ... todos los elementos que entran en esa elaboración están dados o impuestos por el orden jurídico y exclusivamente por él"<sup>11</sup>. Se define así, de modo excluyente, un contexto lingüístico delimitado por los términos y las definiciones del mismo sistema jurídico. Sin embargo, aún bajo ese mismo lineamiento, se afirma que cuando los términos de la ley no son claros o tienen algún problema "semántico" (ambigüedad, vaguedad, etc.), "si los jueces no quieren resolver a ciegas o en forma arbitraria los casos de penumbra ... no les basta conocer a fondo las normas jurídicas y sus fuentes, ni saber armar con ellas estructuras coherentes. Tienen que poseer además, una adecuada información de hecho sobre ciertos aspectos básicos de la vida de la comunidad a la que pertenecen, un conocimiento serio de las consecuencias probables de sus decisiones y una inteligencia alerta para clarificar cuestiones valorativas"<sup>12</sup>.

Pese a ello, el marco sociocultural en el que se origina y desarrolla el lenguaje no es dejado de lado. "El contexto lingüístico en el que la oración aparece (las frases que se dicen antes o después) y la situación fáctica en que se la formula (el lugar, el momento, etc.) son a veces datos relevantes para determinar bien el significado de una oración"<sup>13</sup>.

El lenguaje entonces no se limita al técnico o científico, en estos casos al propio del derecho, pues es un instrumento de comunicación y de acción, adaptable a fines variados, y no solamente a los fines científicos. Por eso no se trata ya de estudiar una "lengua ideal, caracterizada por la univocidad, la ausencia de vaguedad y de ambigüedad. Estas características, que se exigen de una lengua formal, tal como es la de la lógica y de la matemáticas, no se puede imponer a todo lenguaje, cualquiera que sea, y cualquiera que sea el fin para el cual se sirve de aquél". Una lengua, elaborada para un solo fin, es a menudo inadaptada para otro: la lengua de los cálculos no es la lengua de los poetas o de los diplomáticos, ni aquella de los juristas. "De eso resulta que en lugar de considerar a la lengua natural como una aproximación imperfecta de una lengua formal, aquél que argumente toma como punto de partida de su razonamiento a las tesis formu-

<sup>11</sup> CARRIÓ, GENARDO; *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1973, pág. 53.

<sup>12</sup> CARRIÓ, *Notas ...*, *ob. cit.*, pág. 49.

<sup>13</sup> NINO, CARLOS SANTIAGO; *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Bs. As., 1987, pág. 259.

ladas en la lengua del auditorio al que se dirige, y que es normalmente una lengua ordinaria<sup>14</sup>.

El contexto lingüístico viene también caracterizado como complementario entre el técnico del derecho y el emergente de la lengua natural: "interpretar significa establecer una coordinación entre un lenguaje natural cualquiera, y el lenguaje técnico que utiliza el conocimiento profesional del derecho"<sup>15</sup>.

Esas divergencias respecto a cuál es el contexto lingüístico se ahondan a poco que se incluya en el debate las funciones del derecho en una sociedad democrática, para lo cual no puede prescindirse sin más de la lengua natural o del uso ordinario de los términos toda vez que los destinatarios de la regulación jurídica no son únicamente los abogados, jueces, juristas, sino aquellos legos respecto de los cuales se presume *iuris et de iure* que conocen el derecho sin admitirse la ignorancia del mismo (art. 20 C.C.).

4. Los términos de la ley contienen problemas interpretativos diversos pues diversas son sus especies. Así se identifican *términos lógicos* (obligatorio, prohibido, permitido) los cuales son precisos y respecto de los cuales pueden establecerse relaciones de equivalencia entre ellos por métodos lógicos; *términos comunes del lenguaje* que son utilizados por las normas e introducen los problemas de indeterminación, vaguedad o imprecisión, los cuales acarrean problemas interpretativos de índole lingüística; y *términos extranormativos*, cuyos significados que no surge de ningún término contenido en las normas (por ejemplo, si la norma A obliga al juez a expedirse sobre la acción deducida en un juicio pero omite considerar sobre las excepciones opuestas por el demandado, cuando otra norma B le permite a éste plantearlas; en tal caso, el término "excepciones" no integran la "acción deducida" pues ésta está claramente definida en la norma A), pero que introducen un problema lógico de derivación de normas (en el ejemplo citado, tratar de obtener una norma que obligue al juez expedirse sobre las excepciones aludidas por la norma B a partir de la norma A que ha sido sancionada)<sup>16</sup>.

Las perplejidades que introduce el *contexto lingüístico* no son las únicas que privan de claridad a la interpretación literal de la ley. En efecto, junto a aquél se reconocen otros contextos que sirven de marco de referencia para esclarecer el significado de las palabras de la ley.

A modo de apretada síntesis, concurren los siguientes contextos con respecto a los cuales un término jurídico admite ser interpretado:

<sup>14</sup> PERELMAN, CH. *Méthodes du droit...*, *ob. cit.* pág. 115.

<sup>15</sup> VERNENGO, ROBERTO J.; *Curso de teoría general del derecho*, *ob. cit.* pág. 408.

<sup>16</sup> ERNST, CARLOS; *Los derechos implícitos*, Lerner, Córdoba, 1994, pág. 165 e 169.

a.- Contexto de aplicación, que está delimitado por el ámbito social y cultural en el momento en que el texto de la ley es interpretado a los fines de derivar del mismo las consecuencias jurídicas al caso en particular, por ejemplo el término *prensa* previsto en las Constituciones dictadas en el siglo XIX se corresponde a la escrita que era la conocida por entonces, sin perjuicio de lo cual su significación actual se hace extensiva a la audiovisual con las mismas garantías de libertad de expresión;

b.- Contexto histórico, que remite a los fundamentos que se tuvieron al momento de la sanción de la ley, cuál fue su sentido y finalidad originarios, así como la intención del autor, por lo cual, la interpretación sobre el alcance que ha de reconocérsele a la *libertad de prensa* con respecto a otros derechos constitucionales, tales como la *intimidad*, no puede soslayar que los Constituyentes de siglo XIX conocieron y reglaron para una prensa de opinión, solventado con el mismo patrimonio del periodista, situación diversa a las empresas periodísticas en la hora actual;

c.- Contexto semántico, que aborda específicamente los conflictos entre el lenguaje natural y el técnico;

d.- Contexto sintáctico, que se corresponde al análisis sistemático de las escuelas interpretativas del siglo XIX, y exige establecer el sentido de una norma por comparación con el resto del ordenamiento jurídico en que opera;

e.- Contexto pragmático, que impone considerar las consecuencias que conlleva asignarle a un texto una y otra inteligencia, de acuerdo a las decisiones ulteriores, a los resultados a que se arribaría, a los fines de la ley específica y del ordenamiento en general.

Con relación a estos tres últimos contextos (semántico, sintáctico y pragmático), se reconoce igual número de fuentes distintas de problemas: "perplejidad semántica, en el primer caso, cuando la significación prima facie del término no puede ser dilucidada con la ayuda del léxico de referencia; dificultad relativa a la puesta en obra del sistema jurídico cuando la solución retenida suscita una antinomia, una redundancia o una laguna; problema de orden axiológico, en fin, cuando la interpretación elegida conllevaría a la decisión consecuencias estimadas injustas o irrazonables"<sup>17</sup>.

La misma Corte Suprema hace uso de esos contextos al definir la inteligencia que debe darse a las palabras de la ley. En efecto, "no se trata de desconocer la palabra de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del Derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto,

<sup>17</sup> OST, FRANÇOIS-VAN DE KERCHOVE, MICHEL; *De la pyramide au réseau?*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruselas, 2002, págs. 397 y 398.



basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos, conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios de hermenéutica enunciados, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias notoriamente contradictorias (conf. doctrina de Fallos: 302:1611; 312:111, entre otros)<sup>18</sup>.

El razonamiento que el operador del derecho debe utilizar si ha de considerar esos contextos no se agota en el análisis deductivo del derecho vigente, sino asignarle a los términos de la ley un sentido que permita una solución justa o equitativa. Según lo sentencia la Corte Suprema, "no es siempre método recomendable el atenerse estrictamente a las palabras de la ley, ya que el espíritu que la nuesta ha de determinarse en procura de una aplicación racional, que elimine el riesgo de un formalismo paralizante; es necesario buscar en todo tiempo una interpretación valiosa de lo que las normas, jurídicamente, han querido mandar, de suerte que la admisión de soluciones notoriamente injustas cuando es posible arbitrar otras de mérito opuesto, no resulta compatible con el fin común de la tarea legislativa y de la judicial"<sup>19</sup>. Subyace en esa pauta interpretativa los postulados de la Nueva Retórica o Teoría de la Argumentación<sup>20</sup>, y de la Interpretación Integral de los modelos constructivistas y multidimensionales<sup>21</sup>.

A ello se añade que aún cuando se pretendiera circunscribir la interpretación a las palabras de la ley aisladamente consideradas, todo análisis semántico, gramatical o literal es llevado a cabo bajo las relaciones de *contextualidad* que desvirtúan e invalidan la premisa de la que se parte. Esas relaciones se plantean como:

1.- Intertextualidad. Definida como una relación de copresencia de dos o más textos, lo cual acontece cuando un texto legal remite a otro (por caso, el art. 1199 C.C. que remite a los artículos 1161 y 1162 del mismo Código Civil) o con la cita de precedentes jurisprudenciales en un fallo, o

<sup>18</sup> C.S., 09/06/2006, *causa Sánchez, Dora C. v. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos*, LA LEY 2006-D, 588.

<sup>19</sup> C.S., 14/10/2004, *causa Yáñez de Vaca Narvaiza, Susana v. Ministerio del Interior*, DJ2004-3, 640 - LA LEY 2004-F, 530 - LA LEY 2005-A, 2.

<sup>20</sup> PERELMAN, CH; *Méthodes du droit...*, ob. cit. pág. 115, para quien la retórica o la dialéctica constituyen el "método apropiado para la solución de los problemas prácticos, aquéllos que concierne los fines de la acción, donde están vinculados los valores". En estos casos ante la ausencia de técnicas unánimemente admitidas, los razonamientos dialécticos o retóricos se dirigen a establecer un acuerdo sobre los valores y sus aplicaciones. La *verdad* de un enunciado o proposición llega hasta donde el hecho se prueba, pero cuando la prueba es ausente o insuficiente y sobre todo cuando el objeto del debate no es más la verdad de una proposición, sino "el valor de una decisión, de una elección, de una acción, consideradas como justas, equitativas, razonables, oportunas, honorables o conformes a derecho", es que se requiere ese acuerdo para lo cual la retórica se dirige a persuadir a un auditorio o destinatario a través de un discurso.

<sup>21</sup> MARTÍNEZ PAZ, FERNANDO; *Introducción al derecho*, Abaco, Buenos Aires, 1984, págs. 383 y 384.

la alusión de la doctrina por la doctrina. Las notas al Código Civil son un ejemplo paradigmático de intertextualidad tal como se evidencia en la hipótesis de la *cosa juzgada* analizada precedentemente para el art. 851 C.C. La complejidad es mayor al establecerse intertextualidades cruzadas: un fallo que cita a la doctrina, o ésta a un fallo.

ii.- Paratextualidad. Caracterizada por la relación de un texto con su antecedentes y con sus comentarios, en el ámbito jurídico se plantea con el análisis de los trabajos preparatorios de una ley a los fines de establecer el sentido de los términos utilizados en ella, o con la consideración de la situación de hecho y del contexto sociocultural que motivara su sanción. La nota al art. 622 C.C. explicita la motivación por la cual en el Código civil argentino no se previó una tasa de interés moratorio: "Me he abstenido de proyectar el interés legal, porque el interés del dinero varía tan de continuo en la República, y porque es muy diferente el interés de los capitales en los diversos pueblos".

iii.- Metatextualidad. Se configura a partir de la relación crítica que une un texto a otro que lo comenta, tal es el caso de la doctrina que refiere a la ley, o la jurisprudencia con la doctrina. Tal es el caso de las consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales por las cuales se equipara a la *demandada* a las actuaciones judiciales preparatorias o preliminares descriptas en la tercera hipótesis tratada para el art. 3986 C.C.

iv.- Hipertextualidad. Establecida por la derivación de un texto (hipertexto) a partir de otro (hipotexto) que imita, transforma o modifica, situación que se plantea con la aplicación de la ley extranjera, en el mismo idioma o en una lengua extranjera; con el análisis de la validez o invalidez de una ley por conformidad o contradicción con la Constitución o norma superior<sup>22</sup>.

La verificación de cuáles son los contextos en los que el razonamiento jurídico opera para interpretar literalmente las palabras de la ley, así como cuáles son los problemas y perplejidades que implican, evidencia la insuficiencia de la regla *interpretatio cessit in claris* junto a sus axiomas implícitos, y con ello los límites que ese método reconoce. En síntesis, el procedimiento semántico, gramatical, literal no es autosuficiente, exclusivo y excluyente para asignar el sentido a las *palabras de la ley* sino que su utilización requiere integrarse con los otros métodos a los fines de ratificar la *claridad* que pudieran tener, de evitar incoherencias con los restantes términos y definiciones del ordenamiento jurídico, y de rectificar su significado en caso de ampliar o restringir el campo de aplicación de la norma que conlleve a resultados contradictorios u opuestos con sus premisas, con los resultados previstos y con las proposiciones lógicas y axiológicas derivadas del plexo constitucional.

<sup>22</sup> OST, FRANÇOIS-VAN DE KERCHOVE, MICHEL, *De la pyramide au réseau?*, ob. cit. págs. 400 y 401.

## LEY 26.579. MODIFICACIÓN DE LA MAYORÍA DE EDAD. EMANCIPACIÓN

*Alicia Dolores Basanta\**  
*María Rosa Mólina de Caminal†*  
*Adriana Ester Raffo‡*  
*Luciana Caminal§*  
*Eliana Carina Ujaldón¶*

**Resumen:** La Ley 26.579 establece la mayoría de edad a los 18 años, armonizando nuestro derecho interno con el comparado. Modificó la emancipación por matrimonio y suprimió la emancipación por habilitación de edad.

La emancipación debe incorporarse al Código Civil, sujeta a una nueva pauta objetiva, la edad, y cuando las circunstancias del caso —grado de evolución o madurez del niño, niña o adolescente— así lo justifiquen o permitan.

Es oportuno participar activamente del debate sobre la posible regulación del instituto al encontrarse en desarrollo el proyecto de reforma integral de unificación y actualización del Código Civil y de Comercio.

**Palabras clave:** Mayoría - Capacidad - Emancipación - Supresión - Regulación.

### Introducción

El estudio en profundidad del tema comenzó a desarrollarse en el marco del Proyecto de Investigación titulado: "Ley 26.579 - Modificación

\* Docente - Investigador Categoría III; Miembro Titular del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Ss. de Córdoba; Profesor Titular, Cátedra "C", Derecho Civil I, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UCC); Prof. Asistente, Cátedra "A" Derecho Privado I y Cátedra "B" IECA Facultad de Derecho y Cs. Ss.(UNC); Abogada Litigante. [alicjabasanta@uolsinecfa.com.ar](mailto:alicjabasanta@uolsinecfa.com.ar)

† Especialista en Derecho Procesal con Mención en Derecho Procesal Civil; Vocal de Cámara de la Bca. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 7ª Nominación de la Primera Circunscripción Judicial con asiento en esta Capital; Prof. Asistente Cátedra "C", Derecho Privado I; Docente Práctica Profesional III, Coordinadora del Seminario Permanente de Derecho Privado, Facultad de Derecho y Cs. Ss. U.N.C. [caminalamolina@hotmail.com](mailto:caminalamolina@hotmail.com)

‡ Docente- Investigador Categoría IV; Prof. Adjunta, Cátedra "B", IECA, Facultad de Derecho y Cs. Ss. de UNC; Jefe de Trabajos Prácticos de Introducción al Derecho, Facultad de Derecho y Cs. Ss. de UNC; Profesor Adjunta Introducción al Derecho Universidad Blas Pascal, Abogada Litigante. [adriana20091961@hotmail.com](mailto:adriana20091961@hotmail.com).

§ Alumna 5to año de la Carrera de Abogacía Facultad de Derecho y Cs Ss UNC.

¶ Abogado. Adscripto, Derecho Civil I, Cátedra "C", Universidad Católica de Córdoba. Pasante en el Juzgado de Menores Provisional de 2ª Nominación, Sec. 2 de la ciudad de Córdoba desde 03.03.2006 al 02.03.2010. Empleado Meritorio del Juzgado de Niñez, Adolescencia y Violencia 2ª Nominación Sec. 2 de la ciudad de Córdoba. [elijaldon@hotmail.com](mailto:elijaldon@hotmail.com)

de la Mayoría de Edad- Análisis de Cuestiones Jurídicas que suscita ¿Luces o Penumbras?, presentado en la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba el 16 de marzo de 2010, evaluado y admitido por Resolución Secyt: 214/10<sup>1</sup>.

El punto de partida del proyecto de investigación, referido en el párrafo precedente, fue el análisis de algunas cuestiones jurídicas que se plantearon a partir de la sanción la Ley 26.579 (BO 22/12/2009), cuya cuestión central es modificar la edad a partir de la cual se es mayor y con ello, la cesación de las incapacidades de obrar propias de los adolescentes a partir de los dieciocho (18) años, en consonancia —al decir de algunos— con lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), que considera a quienes no tienen esa edad niños.

Con independencia que acordemos o no que resultaba necesario adecuar la legislación interna con la CDN<sup>2</sup>, lo que sí puede advertirse es que la Ley 26.579, al bajar la edad para ser considerado "mayor", ha armonizado nuestra legislación con la de otros países, lo que coadyuva a la seguridad jurídica en el tráfico internacional<sup>3</sup>.

Entre otras modificaciones, la Ley 26.579 suprimió la emancipación por habilitación de edad o dativa conforme quedara redactado el art. 131 Cód. Civil, además de la habilitación o emancipación comercial<sup>4</sup>. Al establecer el legislador que a los dieciocho (18) años la persona es mayor de edad, suprimió estos institutos que se encontraban regulados hasta ese momento para quienes tenían más de dieciocho (18) años y menos de veintuno (21).

En el régimen actual subsiste únicamente la emancipación por matrimonio, exclusivamente para el supuesto de nupcias contraídas con dispensa judicial de edad, ya que la edad nupcial está fijada a los dieciocho años para contrayentes de ambos sexos, conforme artículo 166 Código Civil. Y si bien ello está contemplado en Ley 26.579, fue la Ley 24.446 la

<sup>1</sup> "LEY 26.579- Modificación de la Mayoría de Edad - Análisis de Cuestiones Jurídicas que suscita Luces o penumbras" Proyecto presentado en la Secretaría de Ciencia y Tecnología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, el 16 de marzo de 2010. Evaluado y admitido. Resolución SECYT N° 26/11. Investigación que se desarrolló en la actualidad bajo la dirección de la Ab. Alicia D. Bassanta, y con la co- Dirección de la Ab. Adriana Raffasí, formaron parte del equipo Ab. Esp. María Rosa Molina de Caminal; Ab. Esp. Lucas R. Ujaldón, Eliana Carina Ujaldón y Luciana Caminal.

<sup>2</sup> Porque podría también estimarse que la CDN considera tales a los menores de dieciocho (18) años, y no se está pronunciando sobre la capacidad de los adolescentes entre esa edad y hasta cumplir los veintuno (21) años.

<sup>3</sup> V. gr: con Brasil, Chile, España, Paraguay, Perú, Uruguay, entre otros.

<sup>4</sup> El art. 4 deroga los arts. 10, 11 y 12 del Capítulo II, Título I, del Libro I del Código de Comercio.

que consagró la equiparación de la edad nupcial, que con anterioridad a su dictado para las mujeres se adquiría a los dieciséis años<sup>6</sup>

La supresión de la emancipación por habilitación de edad es una temática que no fue expresamente abordada en el proyecto de investigación aludido y por ello consideramos apropiado analizarla en este trabajo.

Las razones en las que pudo haberse amparado el legislador al suprimir la emancipación por habilitación de edad en la reforma pueden ser varias:

a) En virtud del elemento objetivo (edad) que ella contemplaba, frente a que ahora a los 18 años se es mayor<sup>7</sup>.

b) Por que no se advirtió la necesidad de fijar un nuevo elemento objetivo para la emancipación por habilitación de edad, como sería por ejemplo, bajar la edad para ella.

c) En razón de que el nuevo legislador no la consideró necesaria atento a la posibilidad de poder echar mano al principio de la capacidad progresiva, previsto por la Convención sobre los Derechos del Niño, si estimó que aquél podía aplicarse para los distintos tipos de actos jurídicos, incluidos los de contenido patrimonial<sup>8</sup>.

El análisis de la cuestión pone en evidencia *prima facie* que no existiría unanimidad en la doctrina autoral con relación al acierto de la supresión de la emancipación por habilitación de edad, instituto incorporado al Código Civil con la reforma introducida por la Ley 17.711 (B.O.26/4/1968)<sup>9</sup>. De allí que en el desarrollo de este trabajo nos proponemos

<sup>6</sup> Sobre la reforma introducida por Ley 26.448 respecto de la edad nupcial de las mujeres, se refiere que deja de lado el principio de capacidad progresiva, mas es cualitativamente correcta, porque excluye la discriminación, pero resulta un retroceso para la mujer. Cf. LLOVERAS, Nora-ORLANDI, Olga, "La nueva edad de la mujer para contraer matrimonio; un fallo que la interpreta de cara a la realidad", Actualidad Jurídica de Córdoba- Familia y Minoridad N° 70

<sup>7</sup> Sobre el punto, se ha expresado que: "(...) Esta clase de emancipación habrá de quedar derogada, no se justifica mantenerla porque la edad hábil para conferirla es la de dieciocho años y, de promulgarse la norma, esta coincidirá con la mayoría de edad (...)". Cf. BENAVENTE, MARÍA ISABEL, "La reforma sobre la mayoría de edad y las modificaciones en materia de emancipación", L.L. Supl. Esp. "Mayoría de edad. Implicancias de su modificación", Madrina Graciela - Solari, Néstor B. Directores, p. 12 y s.s. La Ley, Buenos Aires, diciembre 2009.

<sup>8</sup> Resulta útil señalar que: "En lo que hace al reconocimiento de la capacidad progresiva del niño, la ley 26.061, seguida por distintos ordenamientos locales que han adherido a la misma o ha reproducido en general sus disposiciones, consagra principios generales, y así, el artículo 3º, inciso d, de la ley 26.061 establece que en el niño deberá respetarse "su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales. Cf. D'ANTONIO, Daniel Hugo, La ley 26.579- Mayoría de Edad- y la capacidad de los menores", Bo. As., Rubinzal Culzoni, 2.010, p. 42

<sup>9</sup> La reforma introducida por la Ley 17.711 fue considerada -con matices- atinada, ante la recepción común del mismo en el derecho comparado- Cf. FORTAS, Néstor L., "Régimen general de la capacidad", en MORILLO, Augusto M.- FORTAS, Néstor L., *Examen y crítica de*

mos estudiar los diferentes enfoques que emanan de posiciones divergentes que surgen al analizar la temática planteada, esto es, la "mantención de la supresión o la nueva regulación de la emancipación por habilitación de edad".

Como ya lo expresáramos, si bien el estudio del tema comenzó a perfilarse en el marco del Proyecto de Investigación referido (en desarrollo), hoy incentivados por la proyectada reforma integral de unificación y actualización del Código Civil y el Código de Comercio entendemos que podría incorporarse esta problemática al ámbito de debate, el que podría tener como punto de partida a las "XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil" a desarrollarse en la ciudad de Tucumán, del 29 de setiembre al 1 de octubre del corriente año.

### L. El Código Civil y la Convención sobre los Derechos del Niño

Asistimos en los últimos años a importantes cambios jurídicos en el instituto de la capacidad/incapacidad, en donde se discuten imputaciones o asignaciones de ejercicios de los derechos en virtud de los años cronológicos de las personas.

En esta línea del pensamiento se ubica la reciente modificación introducida en el Código Civil por la Ley 26.579, la que toma como base una pauta objetiva, la edad de dieciocho años. En tal sentido, Marcos Córdoba,<sup>9</sup> sostiene que: "(...) La pauta objetiva establecida por el legislador para determinar la mayoría de las personas, tiene como fundamento imponer una presunción que tiende a la época en que el hombre, generalmente, adquiere el juicio y discernimiento necesario para gobernarse. (...) "La naturaleza no marca igualmente en cada persona la época en que la razón queda suficientemente desarrollada; pero como la ley no podía seguirle los pasos en todas sus variaciones, ha tenido que fijar una regla general" y mientras dura este estado de incapacidad, nos toma bajo su protección, nos concede ciertos privilegios, nos nombra o hace nombrar personas que en caso de orfandad cuiden de nuestros intereses, y anula en fin los contratos que nos fuesen perjudiciales (...)"

la reforma del Código Civil- 1 Parte General, Editora Platenec, La Plata, 1.971, p.252 y es. Según González del Solar, la incorporación de la habilitación de edad por la Ley 17.711 complementaba la abreviación de la minoridad -que la misma reforma bajaba de veintidós (22) a veintitrén (21) años- "para dar respuesta a las dificultades que una prolongada incapacidad de hecho originaba en el tráfico jurídico cotidiano." Cf. GONZÁLEZ DEL SOLAR, José H., *Derecho de la Minoridad- Protección jurídica de la niñez*, Cha., Ed. Mediterránea, 2.006, p. 82

<sup>9</sup> CORDOBA, MARCOS. "Anticipación de la mayoría de edad. Modificación de la pauta objetiva para determinar la absoluta capacidad de las personas". L.L. 2006- F. 901.

En un primer análisis pudo considerarse que la reforma armonizaba con los derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional<sup>10</sup>, pero la realidad parece indicar que no es así.

## II. La emancipación por habilitación de edad

### 1. Concepto

La doctrina tradicional definió a la emancipación como: "*La institución por la cual una persona menor de edad adquiere capacidad de hecho antes de llegar a la mayoría de edad*"<sup>11</sup>. En tal caso, dirige su persona y administra sus bienes, otorgando los actos necesarios y la responsabilidad parental (patria potestad) y tutela se extinguen.<sup>12</sup>

En igual sentido, Rivera conceptualiza a la emancipación por habilitación de edad o dativa como: "*la anticipación de la capacidad civil otorgada al menor que ha cumplido dieciocho años por decisión exclusiva de sus padres, o del juez, a iniciativa del tutor o del mismo menor, que otorga plena capacidad sin perjuicio de las limitaciones expresamente subsistentes en la ley*"<sup>13</sup>.

La emancipación por habilitación de edad recibió distinto tratamiento en el Código Civil, partiendo con la no recepción, siguiendo con la incorporación expresa y, luego, reconociéndose a los Niños, Niñas y Adolescentes (NNA)<sup>14</sup> como sujetos de derecho, así, por Ley 23.264 se requirió el consentimiento del emancipado.

<sup>10</sup> Ver "La Representación de los Hijos Menores de Edad frente al Principio Constitucional de Capacidad Progresiva de los Niños, Niñas y Adolescentes" Proyecto presentado en la Secretaría de Ciencia y Tecnología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, con fecha 24 de julio de 2007. Evaluado y admitido. Resolución SBCYT N° 068/08 y Resolución Rectoral N° 2074. La investigación fue desarrollada desde agosto de 2008- 2009 bajo la dirección de la Ab. Alicia D. Basanta, y con la co- Dirección de la Ab. Adriana Raffaele, formaron parte del equipo Esp. María Rosa Molina de Carnina; Esp. Juan Fuentes, Ab. Rosa Chalup y Eliana Carina Ujaldón.

<sup>11</sup> LLOVERAS, MARÍA EMILIA en LLOVERAS DE RESK, MARÍA EMILIA - BRITOLDI DE FOURCADE, MARÍA VIRGINIA - BERGOGLIO, MARÍA TERESA, *Lecciones de Derecho Civil, Personas Naturales, Personas Jurídicas*, Ed. Advocatus, Córdoba 1991, p. 162.

<sup>12</sup> LLOVERAS NORA, *Patria Potestad y Filiación*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 19 y s.s.

<sup>13</sup> RIVERA, JULIO César, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte General, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, Tomo I, p. 408.

<sup>14</sup> No es ocioso recordar, en este punto, alguna crítica que se hace al uso del lenguaje por parte del legislador. Así, se ha dicho que "En todas las reformas legislativas se sigue hablando de 'menores', y aunque no consideramos que por el mero cambio de la palabra 'menor' por 'niño' o 'infante' se obtengan cambios sustanciales, creemos que el tema del lenguaje es un primer paso ineludible" (Exposición de la Dra. Nelly MINYERSKY en la sexta mesa redonda del Ciclo de mesas redondas en homenaje al Dr. Roberto M. López Cabana en el año 2000, publicado en el *Anuario Departamentos de Derecho Privado I*, Ed. del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 2001, pág. 125).

Resulta difícil esbozar las razones que pueden justificar la supresión de la emancipación dativa, mas es dable destacar que buena parte de la doctrina acuerda con ello.

Ahora bien, por nuestra parte creemos oportuno efectuar una nueva lectura del artículo 131 del Código Civil vigente y consideramos que el mismo debe ser reformado incorporando nuevamente el instituto de la emancipación dativa, sujeto a una nueva pauta objetiva, la edad de 16 años y para cuando las circunstancias del caso - grado de evolución o madurez del NNA- así lo justifiquen o permitan<sup>15</sup>.

## 2. Código Civil redacción originaria - Ley 17.711 y Ley 23.264

En la redacción originaria del Código Civil, el codificador, siguiendo a Freitas, no recepta la emancipación. Este instituto es incorporado al Código Civil —como ya se indicara— con la reforma introducida por la Ley 17.711, y luego es modificado por la Ley 23.264 (B.O. 23/10/1985).

La Ley 17.711 establecía que los menores que hubieren cumplido dieciocho (18) años podrían emanciparse mediante decisión de quien ejerza sobre ellos la patria potestad o del juez, en caso de tutela, consagrando como forma, para el primer supuesto, la escritura pública que debía ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. La misma no habilitaba para el ejercicio del comercio y era revocable en las condiciones que fijaba la norma (artículo 131).

La incorporación de la emancipación por habilitación de edad, en 1968, fue acogida con beneplácito. Así, Moisset de Espanés expresaba: *"La doctrina nacional se había preocupado sobremanera frente a esta circunstancia, porque advertía el vacío. En nuestros sistemas jurídicos occidentales y ya desde muy larga data, ha sido frecuente conocer otra manera de adquirir anticipadamente la capacidad antes de llegar a la mayoría de edad.(...) Esta institución de la emancipación dativa o habilitación de edad, conocida en casi todos los sistemas positivos vigentes, no había sido aceptada por Vélez Sarsfield, y un intenso movimiento doctrinario reclamaba su incorporación a nuestro sistema jurídico: congresos, dictámenes en distintas jornadas científicas, obras de doctrina, artículos publicados en periódicos jurídicos, se*

<sup>15</sup> En nuestro país se han dictado normas que consagran el principio de la capacidad progresiva para el ejercicio de ciertos derechos, como por ejemplo el caso del art. 2 inc. e) de la Ley 26.529, relativa a los derechos del paciente en materia de salud (de consumo o no patrimonial), que consagra la autonomía de la voluntad del mismo de aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa y la posibilidad de revocación posterior de la manifestación de voluntad habida, derecho que se reconoce a los NNA en la decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucran su vida o salud, en los términos de la Ley 26.061.



sumaban en forma unánime propiciando la modificación del Código para la incorporación de esta institución. (...)”<sup>16</sup>

En el año 1965, mediante el dictado de la Ley 23.264, se requiere el concurso de la voluntad de ambos padres o autorización judicial e indispensablemente el consentimiento del menor; éste no puede reclamar la emancipación contra la voluntad de sus padres y se sustituye el requisito de escritura pública por instrumento público. Se mantiene el carácter de revocable.

En el análisis a la reforma introducida por la Ley 23.264, y más concretamente en lo inherente al requisito del consentimiento que debe prestar el adolescente, Graciela Medina remarca su importancia: (...) *La gran mayoría de los países que legislan sobre el instituto de la habilitación de edad requieren el consentimiento expreso del incapaz para que se otorgue el beneficio. En este sentido se pronuncian los Códigos de Portugal, Suiza, Alemania, Perú, Méjico, Uruguay, Chile, Colombia, Puerto Rico y España. (...). El texto introducido por la 17.711 no establecía en forma expresa la necesidad del consentimiento del menor, como lo hacía el anteproyecto de 1954. La mayoría de la doctrina criticaba acerbamente tal omisión, porque permitía al padre inescrupuloso sustraerse del cumplimiento de sus deberes con respecto a la patria potestad, utilizando el mecanismo de la habilitación (...)*”<sup>17</sup>

La emancipación dativa fue suprimida del Código Civil a partir de la entrada en vigencia de la Ley 26.579, pues a partir de los dieciocho (18) años la persona es mayor edad y no fue regulada la institución.

En un comentario a esta ley Crovi,<sup>18</sup> expresa que “El actual 131, Código Civil, ya no prevé la emancipación dativa. Así se ha dado certificado de defunción a un viejo instituto que todos teníamos incorporado. Ya no habrá más emancipados por habilitación de edad; la modificación resulta coherente con la reforma a la minoridad”.

La posición referida en el párrafo anterior no es unánime en la doctrina nacional, ya que resulta coherente la supresión en los términos en los que estaba reglada, mas no puede tildarse de incongruente el sistema si se hubiera dispuesto una regulación de otro modo, compatible con la reforma habida. Rujelman,<sup>19</sup> comentando la ley bajo análisis conside-

<sup>16</sup> MOISSET de ESPANÉS, LUIS, “Emancipación por matrimonio y habilitación de edad” Revista Notarial de Córdoba N°17-18, año 1966, p.17.

<sup>17</sup> MEDINA GRACIELA, “Las leyes 23.264 y 23.515: incidencia en la Parte General del Derecho Civil” LL-1967-D-1043.

<sup>18</sup> CROVI, LOIS DANIEL, “Nuevo Régimen de Capacidad de los Menores” -Lexis N° 0003/014930, JA, 2010, II, Fascículo 2, 14/04/2010, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

<sup>19</sup> RUJELMAN, MAYRA CECILIA “La emancipación a la luz de la ley 26.379”h [http://www.kennedy.edu.ar/Doptos/Derecho/articulos/emancipacion\\_segunley26579.pdf](http://www.kennedy.edu.ar/Doptos/Derecho/articulos/emancipacion_segunley26579.pdf)

*ra que "Habría sido oportuno regular algún supuesto de emancipación por habilitación de edad, cuando circunstancias excepcionales lo ameriten o bien a partir de determinada edad, por ejemplo dieciséis años. La ley no ha incorporado las concepciones sobre capacidad progresiva en el ejercicio de los derechos, manteniendo la premisa de que los menores son incapaces y sólo excepcionalmente, mediante el matrimonio, previa venta judicial, es posible la capacidad civil"*

### 3. El ejercicio de profesión o actividad con título habilitante

El artículo 128 del Código Civil en su redacción actual contempla la situación del menor que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión, quien puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización, si cuenta con un título para cuya obtención se han seguido y culminado estudios debidamente sistematizados y regulados, resulta afinado que al mismo tiempo se permita el ejercicio de la profesión o actividad, ya que ello dota de congruencia al sistema<sup>20</sup>.

### 4. Capacidad para contratar - Ley de Contratos de Trabajo 28.744 - Modificada por Ley 26.390

La Ley 26.390 sobre Prohibición del Trabajo Infantil y de la Protección del Trabajo, promulgada el 24/04/2006, modifica la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) entre otras. A partir de la vigencia de la normativa apuntada, conforme el artículo 187<sup>21</sup> de la LCT las personas desde los 16 años y menores de 18 años, podrán celebrar toda clase de contratos de trabajo.

Asimismo se reforma el artículo 189 LCT en consecuencia queda prohibido a los empleadores ocupar personas menores de dieciséis (16) años en cualquier actividad, persiga o no fines de lucro.

Con la modificación apuntada se eleva a dieciséis (16) años la edad mínima para trabajar en relación de dependencia en general y se incorpora

<sup>20</sup> En el derecho comparado, encontramos códigos como el Civil de Perú que, cuales (indicaci más adelante, contemplan como un modo de cese de la incapacidad el obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio quienes tengan más de dieciséis (16) años (art. 48).

<sup>21</sup> Artículo. 187 LCT: Las personas desde los dieciséis (16) años y menores de dieciocho (18) años podrán celebrar toda clase de contratos de trabajo, en las condiciones previstas en los artículos 33 y siguientes de esta ley. Las reglamentaciones, convenciones colectivas de trabajo o pactos de salarios que se elaboren, garantizarán a estos trabajadores igualdad de retribución, cuando cumplan jornadas de trabajo o realicen tareas propias de trabajadoras mayores. El Régimen de Aprendizaje y Orientación Profesional aplicable a los trabajadores desde los dieciséis (16) años hasta los dieciocho (18) años estará regido por las disposiciones respectivas vigentes, o que al efecto se dicten. (Artículo sustituido por art. 6° de la Ley N° 26.390 B.O. 25/4/2006)

una excepción permitiendo que un menor de desde los catorce (14) a los dieciséis (16) años trabaje en empresas cuyo titulares sean sus padres o el tutor.

Tanto por aplicación del artículo 128 del Código Civil como de la LCT, antes de cumplir los dieciocho 18 años los jóvenes pueden realizar ciertos actos como trabajar o ejercer una profesión, si es dependiente a partir de los dieciséis y antes de los dieciocho años, esto es cuando aun no son mayores.

### III. La supresión de la emancipación por habilitación de edad del Código Civil

Hemos realizado un breve análisis de algunas de las normas recientemente modificadas en materias de Derecho Privado —Civil y Laboral— que tienen relación con el tema abordado. Advertimos que en algunos supuestos como el contemplado en el artículo 128 del Código Civil, "el menor" (así lo nomina la norma) sin límite de edad, o en materia laboral, a partir de los dieciséis (16) años —LCT modificada por la ley 26.390— pueden ejercer por sí determinados actos. Esto nos conduce a formularnos la siguiente pregunta ¿Luce atinada la supresión de la emancipación para nuestra legislación interna?

Antes de responder al interrogante planteado, resulta útil analizar cómo es regulada la institución de la emancipación en la legislación de otros países que han anticipado las edades para alcanzar la mayoría de edad.

### IV. Algunas tendencias en el derecho extranjero

#### 1. Código Civil de Brasil

La mayoría de edad se adquiere a los dieciocho (18) años, pudiendo desde ese momento la persona participar de todos los actos de la vida civil, según lo prevé el artículo 5<sup>22</sup> del Código Civil.

Con relación al instituto de la emancipación por habilitación de edad se admite desde los dieciséis (16) años. Es necesaria la concesión de

<sup>22</sup> Brasil: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LRIS/2002/L110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LRIS/2002/L110406.htm)- Libro I: De Las Personas- Título I: De las Personas Naturales. Capítulo I: De las personas y de la capacidad. Artículo.5 La inmadurez deja de dieciocho años de edad cuando la persona está autorizada a participar en todos los actos de la vida civil. Párrafo único. Dejar a los menores, el fix caso: I - concesión de los padres, o en ausencia de uno al otro, a través de un instrumento público, independientemente de la aprobación del tribunal, o condena, por el juez, previa audiencia del tutor, si el menor tiene dieciséis años; II - la boda; III - el ejercicio efectivo del empleo público; IV - el curso de graduación en la educación superior; V - el establecimiento civil o mercantil, o la existencia de relación laboral, ya que, según ellos, al menos los dieciséis años de edad tiene su propia economía."

los padres y en el supuesto de ausencia de uno a través de instrumento público, independiente de la aprobación del Tribunal.

También se recepta, en la legislación bajo análisis la emancipación por matrimonio, por ejercicio efectivo del empleo público, por obtención de título en educación superior, por establecimiento civil o mercantil, o la existencia de relación laboral que le permitan tener su propia profesión.

## 2. Código Civil de Chile

Al igual que en nuestro ordenamiento jurídico, el Código Civil Chileno establece la mayoría de edad a los dieciocho (18) años.<sup>23</sup> Pero a diferencia del argentino, utiliza distintas nominaciones según la edad: Conforme su artículo 26, se llama infante o niño todo el que no ha cumplido siete (7) años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce (14) años y la mujer que no ha cumplido doce (12); adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho (18) años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.

Regula la emancipación a la que considera "un hecho que pone fin a la patria potestad del padre, de la madre, o de ambos, según sea el caso," (artículo 269), estableciendo que puede ser legal o judicial<sup>24</sup> y que la misma es irrevocable, salvo en el supuesto de la emancipación por muerte presunta o por sentencia judicial fundada en la inhabilidad moral del padre o madre.

No contempla este ordenamiento la posibilidad de emanciparse con motivo de haber cumplido la edad de dieciséis (16) años.

<sup>23</sup> Texto según Ley 19.221.

<sup>24</sup> Chile: [http://www.bcn.cl/lc/instituciones/ulp-http://www.paginaschile.cl/biblioteca\\_juridica/codigo\\_civil/codigo\\_civil\\_de\\_chile.htm](http://www.bcn.cl/lc/instituciones/ulp-http://www.paginaschile.cl/biblioteca_juridica/codigo_civil/codigo_civil_de_chile.htm) Libro Primero: De las Personas, Título X: De la Patria Potestad, ff. De la Emancipación Artículo 270. La emancipación legal se efectúa: 1.º Por la muerte del padre o madre, salvo que corresponda ejercitar la patria potestad al otro; 2.º Por el decreto que da la posesión provisoria o la posesión definitiva en su caso, de los bienes del padre o madre desaparecido, salvo que corresponda al otro ejercitar la patria potestad; 3.º Por el matrimonio del hijo, y 4.º Por haber cumplido el hijo la edad de dieciocho años.

Artículo 271. La emancipación judicial se efectúa por decreto del juez: 1.º Cuando el padre o la madre maltrata habitualmente al hijo, salvo que corresponda ejercer la patria potestad al otro; 2.º Cuando el padre o la madre ha abandonado al hijo, salvo el caso de excepción del número precedente; 3.º Cuando por sentencia ejecutoriada el padre o la madre ha sido condenado por delito que merezca pena aflictiva, aunque recaiga indulto sobre la pena, a menos que, atendida la naturaleza del delito, el juez estime que no existe riesgo para el interés del hijo, o de asumir el otro padre la patria potestad, y 4.º En caso de inhabilidad física o moral del padre o madre, si no le corresponde al otro ejercer la patria potestad. La resolución judicial que decreta la emancipación deberá sub inscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo.

### 3. Código Civil de Ecuador

La mayoría de edad se adquiere a los dieciocho (18) años. En el artículo 21 del Código Civil<sup>26</sup> encontramos la clasificación de las personas por la edad, al igual que en el de Chile. Así se denomina:

-Infante o niño-al que no ha cumplido siete (7) años;

-Impúber el varón que no ha cumplido catorce (14) años, y la mujer que no ha cumplido doce (12) años;

-Adulto el que ha dejado de ser impúber - o sea entre 12 o 14 hasta los dieciocho (18) años;

-Mayor el que ha cumplido dieciocho (18) años de edad.

El plexo normativo bajo análisis permite la emancipación del hijo adulto. La emancipación voluntaria la que se formaliza por instrumento público en donde el padre y la madre declaran emancipar al hijo adulto y este lo consiente, conforme surge del artículo 309 del Código Civil<sup>26</sup>.

### 4. Código Civil de España

La mayoría de edad se adquiere a los dieciocho (18) años, conforme lo prescrito por el artículo 315<sup>27</sup> inciso. 2º del Código Civil, modificado por Ley Nº 16.719 de 11/10/95.

Con relación a la emancipación por habilitación de edad, se concede la misma por quienes ejerzan la patria potestad, siempre que la consienta el emancipado, y a partir de los dieciséis (16) años cumplidos.

<sup>26</sup> Ecuador Código Civil, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, edición actualizada a octubre de 2007. Título Preliminar: Párrafo 5º: Definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes. Artículo 21: "Clasificación de las personas por la edad. Llámase infante o niño el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber, mayor de edad o simplemente mayor; el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos".

<sup>27</sup> Ecuador Código Civil, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, edición actualizada a octubre de 2007. Libro I: De las personas, Título XIII: De la emancipación; Artículo. 309 Código Civil de Ecuador: "Emancipación voluntaria. La emancipación voluntaria se efectúa por instrumento público en que el padre y la madre declaran emancipar al hijo adulto, y el hijo consiente en ello.

<sup>27</sup> España, Código Civil, Civitas, Madrid 2010. Libro I: "De las personas, Título XI: De la mayor edad y de la emancipación. Código Civil de España, Ed. Colex, Imprime Rogar, Fuenlabrada (Madrid), Año1996. Artículo 315: "La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos. Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día de nacimiento."

En cuanto a la forma de otorgamiento puede ser por escritura pública o por comparencia ante el juez del registro según surge del artículo 317<sup>22</sup>.

### 5. Código Civil y Código de la Familia y del Menor de Panamá

La mayoría de edad se adquiere a los dieciocho (18) años y es posible la emancipación judicial a partir de los quince (15) años cumpliendo con los requisitos de los artículos 354, 355 y 356 del Código de Familia y del Menor.

En el Código Civil de Panamá, en el Capítulo III A denominado: "Definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes", en su artículo 34 A<sup>23</sup> define a las personas como infantes, impúber, adulto, y mayor de edad en igual sentido que el Código Civil de Ecuador.

En el Código de la Familia y del Menor, se prevé la emancipación<sup>24</sup>. Esta se clasifica en legal, y judicial<sup>25</sup>. La emancipación legal, o por matrimonio<sup>26</sup> y la emancipación judicial<sup>27</sup> en los supuestos contemplados en el

<sup>22</sup> España, Código Civil, Civitas, Madrid 2010. Libro I: "De las personas, Título XI: De la mayor edad y de la emancipación. Artículo 317: " Para que tenga lugar la emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad, se requiere que el menor tenga dieciséis años cumplidos y que la consienta. Esta emancipación se otorgará por escritura pública o por comparencia ante el juez encargado del registro.

<sup>23</sup> Panamá Código Civil, Sistemas Jurídicos S.A., -Impreso y encuadernado en Legis S.A Colombia, edición actualizada 2006. Título Preliminar, Capítulo III A: Definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes. Artículo 34 A: "Llámanse infante o niño, todo el que no ha cumplido siete (7) años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce (14) años y la mujer que no ha cumplido doce (12); adulto, el que ha dejado de ser impúber, mayor de edad o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho (18) años; y menor de edad o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos. Las expresiones mayor o menor de edad empleados en las leyes, comprenden a los menores que han obtenido habilitación de edad en todas las cosas y casos en que las leyes no hayan exceptuado expresamente a estos."

<sup>24</sup> Panamá, Código de la Familia y del Menor, Mizrahi & Pujol S.A., José Martín Moreno Pujol, Santa Fé de Bogotá Colombia, actualizado a marzo del 2006. Libro I: De las Relaciones Familiares, Título V: De la emancipación, Artículo 350: "La emancipación es el beneficio de la mayoría de edad establecida a favor de los menores de edad, sujetos a patria potestad o a tutela."

<sup>25</sup> Panamá, Código de la Familia y del Menor. Artículo 351: "La emancipación tiene lugar: 1. Por disposición de la ley; 2. Por resolución judicial.

<sup>26</sup> Panamá, Código de la Familia y del Menor. Artículo 352: "El matrimonio produce, desde su celebración conforme a la ley, la emancipación del menor."

<sup>27</sup> Panamá, Código de la Familia y del Menor. Artículo 354: "El juez podrá conceder la emancipación del menor, mediante resolución motivada, si la solicitan los que ejerzan la patria potestad o la tutela, de conformidad a los Artículos 355 y 356 de este Código. También puede solicitarla el menor Art. 356.

Artículo 355: "Para que proceda la resolución expresada en el artículo anterior se requiere: 1. Que el menor tenga más de quince (15) años de edad; 2. Que la solicite alguna de las personas autorizadas; 3. Que se de con audiencia del Ministerio Público o del Defensor del menor; 4. Que se pruebe en juicio la conveniencia y necesidad de la emancipación para el menor; y 5. Que el juez dicte resolución motivada."

artículo 355, entre ellos que el menor tenga quince (15) años de edad y sólo concedida por el juez mediante resolución motivada.

La emancipación puede ser pedida por el padre, la madre, el tutor, el defensor del menor y el propio hijo a partir de los quince (15) años.

## 6. Código Civil de Paraguay

La mayoría de edad se adquiere a los dieciocho (18) años cumplidos, conforme lo previsto en el artículo 36<sup>24</sup>, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 2.169 del año 2003.

La emancipación, sólo es prevista en el supuesto de matrimonio en el artículo 39<sup>25</sup> Inc. b) y por obtención de título habilitante en el inciso c) del mismo artículo. En ambos supuestos la emancipación es irrevocable.

Con anterioridad al año 2003, la mayoría de edad se adquiría a los veintiún (21) años y se regulaba la emancipación por habilitación de edad para varones y mujeres de dieciocho (18) años cumplidos. Se otorgaba por sentencia de juez competente ante quien se debía acreditar la conformidad del menor y de sus padres. En defecto de ambos, la de su tutor, que los habilite para el ejercicio del comercio u otra actividad lícita, dicho supuesto fue derogado por la Ley 2.169 del año 2003.

## 7. Código Civil de Perú

Este ordenamiento regula la capacidad plena de ejercicio a partir de los dieciocho (18) años cumplidos (artículo. 42).

Artículo 356: "El padre, la madre, el tutor, el Defensor del Menor o el propio hijo o hija mayor de quince (15) años, podrán solicitar, con la audiencia de los padres la emancipación cuando sea necesaria para la disposición y dirección de su persona y bienes, previa comprobación de la autoridad competente de que no exista otra medida de protección prevista en este Código en beneficio del interés superior del menor."

<sup>24</sup> Paraguay: <http://www.biblioteca.jus.gov.py/Codigo-Civil-Paraguay-reformaparcial.html>. Código de la Niñez y Adolescencia Paraguay: [http://www.unicef.org/paraguay/spanish/codigo\\_ultima\\_version.pdf](http://www.unicef.org/paraguay/spanish/codigo_ultima_version.pdf) Libro Primera. De las Personas y de Los Derechos Personales en Las Relaciones de Familia, Título I: De las Personas Físicas, Capítulo II: De la capacidad e incapacidad de hecho, Artículo 36.- La capacidad de hecho consiste en la aptitud legal de ejercer uno por sí mismo o por sí solo sus derechos. Este Código reputa plenamente capaz a todo ser humano que haya cumplido dieciocho años de edad y no haya sido declarado incapaz judicialmente.

<sup>25</sup> Artículo 39.- Cesará la incapacidad de hecho de los menores: a). Derogado por Ley 2.169/03; b) de los varones de diez y seis años, y las mujeres de catorce años cumplidos, por su matrimonio, con las limitaciones establecidas en este Código; y c) por la obtención de título universitario. La emancipación es irrevocable."

El artículo. 46<sup>º</sup> dispone la cesación de la incapacidad de los mayores de dieciséis (16) años por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. En el artículo. 241<sup>º</sup> dispone que no pueden contraer matrimonio los adolescentes, salvo dispensa judicial justificada si tienen al menos dieciséis (16) años.

A su vez, tiene un Código de los Niños y Adolescentes<sup>36</sup>, conforme el cual se considera niño hasta los doce (12) años, y adolescentes desde esa edad y hasta los dieciocho (18) años. Esta norma, cuando regula la extinción o pérdida de la patria potestad, contempla el cese de la incapacidad del hijo conforme artículo. 48 del Código Civil, ya mencionado.

La normativa peruana no contempla la emancipación por habilitación de edad en su forma pura, más allá del cese de incapacidad derivado de la obtención de título *supra* mencionado.

### B. Código Civil de Uruguay

La mayoría de edad se adquiere a los 18 años, conforme lo prescripto por el artículo 280<sup>º</sup> inciso. 2º del Código Civil, modificado por Ley N° 16.719 de 11/10/95.

Con relación a la emancipación por habilitación de edad, no menciona la edad a partir de la cual puede efectivizarse, sólo determina la forma en que debe llevarse a cabo en el artículo 281<sup>º</sup>.

### V. Acerca de la emancipación, algunas posturas doctrinarias

Podemos advertir la existencia de —al menos— tres posturas en esta materia<sup>41</sup>:

<sup>36</sup> Perú, Jurista Editores E.I.R.L., Lima, 2011 - ISBN 9972-229-01-7. Libro I - Sección Primera - Personas Naturales - Título V.

<sup>37</sup> Perú, Libro I - Sección Primera - Personas Naturales - Título V.

<sup>38</sup> Ley 27.337 del 7/8/2000.

<sup>39</sup> Uruguay: <http://www.parlamento.gub.uy/htmlnat/pl/codigos/estudioslegislativos/CodigoCivil2010-02.pdf>, Libro Primero: De las Personas, Título VIII: De la Patria Potestad, Capítulo III: De los modos de acabar, perdura o suspenderse la patria potestad. Artículo 280. "La patria potestad se acaba: 1º. Por la muerte de los padres o de los hijos. 2º. Por la mayor edad de los hijos, sin perjuicio de lo dispuesto en el Título Del Matrimonio. Se fija la mayor edad en los dieciocho años cumplidos. 3º. Por el matrimonio legítimo de los hijos. Los menores que contraigan matrimonio con anterioridad a los dieciocho años (inciso primero del artículo 91) requerirán autorización judicial para realizar los actos a que refieren los artículos 309 y 310 hasta que hayan cumplido dicha edad".

<sup>40</sup> "Artículo. 281. La emancipación debe hacerse por escritura pública en que los padres o el que ejerce la patria potestad en su caso, declaren emancipar al hijo y éste consienta en ello. No valdrá la emancipación si no es autorizada por el Juez competente, con audiencia del Ministerio Público. La emancipación, válidamente hecha, es irrevocable. Nota: Redacción adaptada al texto del art. 1º de la Ley N° 10.783 de 12/9/46, por Ley N° 16.603, de 19/10/94"

<sup>41</sup> Al analizar posturas que, sin dudas, van aun más allá de lo que estamos comentando, D'Antonio refiere que "existen opiniones doctrinarias que —para nosotros, con visos de mar-



i) Falta de regulación de la institución de la emancipación por habilitación de edad: Ya sea ello porque resulta innecesaria, o inconveniente. Vemos que no la contemplan, o al menos no lo hacen del modo en que estaba regulada en nuestro ordenamiento antes de la reforma introducida por Ley 26.579, por ejemplo, los códigos de Chile, Perú, entre otros.

ii) Conveniencia de regular la emancipación por habilitación de edad en una franja etaria que va desde los 14 o 16 años a 18 años. En el derecho comparado encontramos ello en los códigos de Ecuador, España, Panamá, entre otros.

Sostienen Lloveras y Paraoni<sup>43</sup> que: "(...) Por efecto inmediato de la ley 26.579 desde el 31/12/2010 no podrán emanciparse por habilitación de edad los menores de edad.

La emancipación por habilitación de edad que preveía el art. 128 del Código Civil, ha sido directamente eliminada en nuestro derecho vigente." "Se ha perdido una oportunidad de conceder a menores comprendidos dentro de una franja etaria —por ejemplo desde los 14 ó 16 años— esa habilitación de edad que fuera prevista también para menores en la anterior legislación civil." Continúan expresando los autores "(...) entendemos la urgencia del legislador, y las dificultades en lograr los consensos parlamentarios para reformar distintos temas tan sensibles a la vida de los ciudadanos y ciudadanas." "Pero esta postulación de anticipar la capacidad a los menores —de por ejemplo 14 ó 16 años— hubiera satisfecho ampliamente el principio de autonomía progresiva que prevé la CDN, y habría registrado y mostrado un derecho en avance y en concordancia con los tratados de derechos humanos, tan necesarios en este tiempo histórico (...)."

iii) Regulación de la emancipación por habilitación de edad sin pautas objetivas para su determinación, sujeta al grado de madurez de la persona en cada caso particular.

## VI. Nuestra posición

Resulta conveniente regular el instituto de la emancipación civil dativa o por habilitación de edad. Para ello, deberá fijarse una pauta objetiva -la edad de 16 años- para cuando las circunstancias del caso (grado de evolución o madurez del NNA) así lo justifiquen o permitan, lo que será

cada extirpación - postulan una total indiferenciación entre menores y adultos, rechazando toda idea de incapacidad y de tutela." D'ANTONIO, Daniel Hugo, *op. cit.*, p.35

<sup>43</sup> LLOVERAS, NOIRA, PARAONI, FABIÁN; *La Mayoría de Edad Argentina - Análisis de la Ley 26.579/2009*; Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba noviembre de 2010. p.117

evaluado por sus representantes legales, además de requerirse el concurso de la voluntad del a emanciparse<sup>43</sup>.

En los países que integran el MERCOSUR no se encuentra regulado el instituto en forma armónica, cual se señalara *supra*. Es Brasil el que cuenta con una legislación similar a la que estimamos conveniente en orden a la existencia de emancipación dativa y a la edad a partir de la cual puede obtenerse la misma.

En cuanto a la forma, la misma debería ser notarial y, en caso de negativa de uno de los padres, se requerirá autorización judicial. Si ambos padres se oponen, entendemos que tal autorización no sería viable, ya que el magistrado no puede concederla en contra de la voluntad de ambos padres, quienes en tal caso deben ser respetados.

Con relación a los efectos de la emancipación dativa, deberá regularse un régimen similar al existente con anterioridad a la sanción de la Ley 26.579. Las actuales prohibiciones de los arts. 134 y 135 del Código Civil deben mantenerse para proteger al emancipado, estando justificado ello en la envergadura y tenor de los actos de que se trata, los que son en beneficio exclusivo de terceros o involucran bienes recibidos a título gratuito, para evitar la concreción de actos perjudiciales a quien por el origen de tales bienes podría no tener cabal conciencia de su real valor o de la conveniencia de mantenerlos en su patrimonio<sup>44</sup>.

## VII. Conclusiones

Conforme la redacción actual de nuestro Código Civil, a partir de la vigencia de la Ley 26.579, la mayoría de edad se alcanza al cumplir los dieciocho (18) años, lo que implica una armonización de nuestro derecho interno con el derecho comparado. Algunos autores refieren que se ha adecuado nuestra legislación a los postulados de la CDN.

<sup>43</sup> El despacho de la Comisión 1- Parte General de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil llevadas a cabo en la ciudad de San Miguel de Tucumán los días 29 y 30 de setiembre y 1 de octubre de 2011 por mayoría sostuvo que era conveniente regular la emancipación por habilitación de edad, a partir de los 18 años, por decisión de los padres, con consentimiento del a emancipar y bajo la forma notarial.

<sup>44</sup> El Anteproyecto de reforma del Código Civil presentado recientemente prevé como único supuesto de emancipación la por matrimonio. Propone la siguiente regulación:

**ARTÍCULO 28.- Actos prohibidos a la persona emancipada. La persona emancipada no puede, ni con autorización judicial:**

a) aprobar las cuentas de sus tutores y darles finiquito;  
b) hacer donación de bienes que hubiesen recibido a título gratuito;  
c) afianzar obligaciones.

**ARTÍCULO 29.- Actos sujetos a autorización judicial. El emancipado requiere autorización judicial para disponer de los bienes recibidos a título gratuito. La autorización debe ser otorgada cuando el acto sea de toda necesidad o de ventaja evidente."**

El instituto de la emancipación ha sido modificado por la reforma. Se mantiene la emancipación por matrimonio, pero solo para el supuesto de nupcias contraídas con dispensa judicial por quienes no han alcanzado la mayoría de edad, que en la actualidad coincide con la edad nupcial. Se ha derogado la regulación relativa a la emancipación por habilitación de edad o dativa, que fuera incorporada oportunamente al Cód. Civil por Ley 17.711, luego modificada por Ley 23.264.

En el derecho comparado, en general la mayoría de edad se adquiere a los dieciocho (18) años, mas no todos los ordenamientos consagran la emancipación dativa y, los que lo hacen, contienen regulaciones no siempre coincidentes.

Sería oportuno regular la emancipación por habilitación de edad o dativa a partir de determinada edad, cuando la evolución y madurez del adolescente lo ameriten.

No existe consenso con relación a que resulte necesario regular la emancipación por habilitación de edad en nuestro sistema jurídico. Además, quienes estiman conveniente su incorporación (frente a que fuera derogada por la Ley 26.579), no coinciden en cuanto al modo en que debe establecerse (requisitos, etc.).

Nos encontramos ante una oportunidad histórica de participar activamente del debate relativo a la necesidad o conveniencia de incorporar nuevamente el instituto, encontrándose en desarrollo el proyecto de reforma integral de unificación y actualización del Código Civil y el Código de Comercio

Desde el punto de vista del observador externo del sistema, afirmamos que la emancipación, como instituto, tiene plena cabida en la mayoría de los países latinoamericanos, son los observadores internos, como participantes de la práctica, los que deben debatir la importancia o no del reintegro de la emancipación a nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, si repensamos la emancipación deberíamos hacerlo desde los nuevos paradigmas de los adolescentes y jóvenes que hoy se abren camino en el ordenamiento jurídico interno.

#### **Bibliografía**

BELLUSCIO, AUGUSTO, "La ley en parte inútil y en parte peligrosa: la 26.061". L.L. - 2006 - B - 701.

BORDA, GUILLERMO A., *Manual de Derecho Civil - Parte General - 21ª Edición* - Reimpresión, Bs. As., Lexis Nexis, 2004.

CÓRDOBA, MARCOS, "Anticipación de la mayoría de edad. Modificación de la pauta objetiva para determinar la absoluta capacidad de las personas" L.L. 2006 - F. 901.

CROVI, LUIS DANIEL, "Nuevo Régimen de Capacidad de los Menores" - JA, 2010\_II, Fascículo 2, 14/04/2010, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

D'ANTONIO, DANIEL HUGO, *La ley 26.579- Mayoría de Edad- y la Capacidad de los Menores*, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2.010

GONZÁLEZ DEL SOLAR, JOSÉ H., *Derecho de la Minoridad- Protección jurídica de la Niñez*, Ed. Mediterránea, Córdoba., 2.005

GROSSMAN, CECILIA F. (dirección). *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1996.

LLAMBIAS, JORGE JOAQUÍN, *Tratado de Derecho Civil, Parte General. Tomo I "Nociones Fundamentales-Personas"*, Tercera Edición, Ed. Artes Gráficas Candil SRL. Buenos Aires, 1969.

LLOVERAS, NORA - FARAONI, FABIÁN, *La mayoría de Edad Argentina - Análisis de la Ley 26.579/2009*, Editorial Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, noviembre de 2010.

LLOVERAS DE RESK, MARÍA EMILIA - BERTOLDI DE FOURCADE, MARÍA VIRGINIA - BERGOGLIO, MARÍA TERESA, *Lecciones de Derecho Civil, Personas Naturales, Personas Jurídicas*, Ed. Advocatus, Córdoba 1991.

LLOVERAS, NORA, *Patria Potestad y Filiación*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986.

MADRAZO, FRANCISCO, "El porvenir de la emancipación dative" LL-1976-D-769.

MEDINA, GRACIELA, "Las Leyes 23.264 y 23.515; incidencia en la Parte General del Derecho Civil" LL-1987-D-1043.

MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, "Emancipación por matrimonio y habilitación de edad" Revista Notarial de Córdoba N°17-18, 1968.

MOBELLO, AUGUSTO M.- PORTAS, NÉSTOR L., *Examen y crítica de la reforma del Código Civil- I Parte General*, Editora Platense, La Plata, 1971.

RIVERA, JULIO CÉSAR, *Instituciones de Derecho Civil - Parte General- Abeledo - Perrot - Buenos Aires*, 1994.

— "Habilitación de Edad del Menor sin Padres ni Tutor" E.D. 54-287.

RUJELMAN, MAYRA CECILIA, "La Emancipación a la luz de la Ley 26.579" [http://www.kemnesdy.edu.ar/Depto/Derecho/articulos/emancipacion\\_segunley26579.pdf](http://www.kemnesdy.edu.ar/Depto/Derecho/articulos/emancipacion_segunley26579.pdf)

SAUK, EDUARDO I., "Mayoría de Edad a los 18 Años", L.L. 2010-B- 24 de febrero de 2010

SALVAT, RAYMUNDO M., *Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956.

SOLARI, NÉSTOR, "Mayoría de edad a los 18 años. Una mirada constitucional", L.L. - 2007 - A - 1148.

TAGLE, VICTORIA MARÍA, *Derecho Privado. Parte General, Tomo I*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2002.

TAU ANZOATEGUI, CARLOS A., "Algunas reflexiones sobre el Instituto de la Habilitación de Edad", L.L.137-893.

Anuario Departamentos de Derecho Privado I, Ed. del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 2001



## **REFORMA A LA LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS. LEY 26.684. MODIFICACIONES AL PRONTO PAGO DE CRÉDITOS LABORALES. DEROGACION DEL CONVENIO DE CRISIS.**

*Ricardo S. Bianciotti\**

**Resumen:** Se analizan los ejes temáticos de la reforma a la Ley de Concursos y Quiebras N°24.522, por la Ley N°26.684 en las modificaciones al art.16 del Pronto Pago de los créditos laborales, con la incorporación de los diferentes supuestos de disminución definitiva o permanente de la capacidad laboral del trabajador en los casos de accidentes o enfermedades inculpables. La admisión de las indemnizaciones en caso de Tutela Sindical. El aumento al 3% mensual del ingreso bruto de la concursada para el pago de los créditos laborales, relacionado con el flujo de fondos y la naturaleza de la actividad de la empresa concursada. El cambio en la proporcionalidad destinado sólo a los créditos de los trabajadores, su ruptura y los acreedores involuntarios. La derogación del convenio colectivo de crisis; la vigencia del procedimiento preventivo de crisis, el descuelgue convencional y los intereses para todos los créditos laborales.

**Palabras claves:** Reforma - Ley N°26.684 - Ley de Concursos y Quiebras - Pronto Pago Créditos Laborales - Indemnizaciones por accidentes o enfermedades inculpables - Tutela Sindical - Aumento al 3% mensual del ingreso bruto de la concursada - Flujo de Fondos - Proporcionalidad - Acreedores involuntarios - Derogación Convenio de crisis - Vigencia Procedimiento Preventivo de crisis - Descuelgue convencional - Intereses.

### **1. Modificaciones al Pronto Pago**

La reforma a la ley de Concursos y Quiebras en el art.16 de la ley 24.522 por Ley 26.684<sup>1</sup>, que modificó el pronto pago, tiene tres ejes temáticos, a saber: a. La ampliación del elenco de los créditos laborales "pronto pagables"; b. la elevación del porcentaje mínimo mensual a liquidar por este concepto a favor de sus beneficiarios y c. la instalación de un más ecuánime sistema de reparto que evita la proporcionalidad aritmética<sup>2</sup>.

\* Especialista en Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C.. Juez de Concursos y Sociedades N°5 de Córdoba. Email de contacto: rbianciotti@hotmail.com

<sup>1</sup> Ley 26.684, publicada en el B.O. el 30.06.11.

<sup>2</sup> GERHARDT, Marcelo. La reforma concursal sobre cooperativas de trabajo, La Ley 2011-D, pág. 760 y ss.

Los trabajadores mantienen las dos forma de pronto pago: La de oficio que dispone el juez, de conformidad al listado confeccionado por el Síndico según el art.14 inc.11 apartados a y b LCQ, como así también, la formulada por el propio trabajador, en cuyo caso se corre vista al concursado y al síndico, resolviendo en definitiva el juez.

Se elimina como causal de rechazo la circunstancia de que "los créditos laborales no surjan de la documentación del deudor, aspecto que se condice con las consecuencias derivadas del incumplimiento y/o insuficiencias que puedan obrar en el libro del art. 52 de la ley 20.774", los jueces deberán merituar el libro del art.52 LCT de conformidad a las pautas de los arts.53<sup>a</sup> y 55 LCT<sup>3</sup>, que establecen la presunción a favor de las afirmaciones del trabajador, al igual que lo establece el art.57 LCT en orden a las determinaciones y demás rubros derivadas de la relación laboral<sup>4</sup>.

### 3 Art. 52. — Libro especial. Formalidades. Prohibiciones.

Los empleadores deberán llevar un libro especial, registrado y rubricado, en las mismas condiciones que se exigen para los libros principales de comercio, en el que se consignará:

- a) Individualización íntegra y actualizada del empleador.
- b) Nombre del trabajador.
- c) Estado civil.
- d) Fecha de ingreso y egreso.
- e) Remuneraciones asignadas y percibidas.
- f) Individualización de personas que generen derecho a la percepción de asignaciones familiares.
- g) Demás datos que permitan una exacta evaluación de las obligaciones a su cargo.
- h) Los que establezca la reglamentación.

Se prohíbe:

1. Alterar los registros correspondientes a cada persona empleada.
2. Dejar blancos o espacios.
3. Hacer interlineaciones, raspaduras o enmiendas, las que deberán ser salvadas en el cuadro o espacio respectivo, con firma del trabajador a que se refiere el asiento y control de la autoridad administrativa.
4. Tachar anotaciones, suprimir fojas o alterar su foliatura o registro. Tratándose de registro de hojas móviles, su habilitación se hará por la autoridad administrativa, debiendo estar precedido cada conjunto de hojas, por una constancia extendida por dicha autoridad, de la que resulte su número y fecha de habilitación.

### 4 Art. 53. — Omisión de formalidades.

Los jueces merituarán en función de las particulares circunstancias de cada caso los libros que carezcan de algunas de las formalidades prescriptas en el artículo 52 o que tengan algunos de los defectos allí consignados.

### 5 Art. 57. — Intimaciones. Presunción.

Constituirá presunción en contra del empleador su silencio ante la intimación hecha por el trabajador de modo fehaciente, relativa al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo sea al tiempo de su formalización, ejecución, suspensión, renovación, extinción o cualquier otra circunstancia que haga que se creen, modifiquen o extingan derechos derivados del mismo. A tal efecto dicho silencio deberá subsistir durante un plazo razonable el que nunca será inferior a dos (2) días hábiles.

<sup>4</sup> JUNYENT BAS, Francisco. Reflexiones en torno a los intereses tutelados en la Ley 26.684, <http://Legislación.elderecho.com.ar/bdaqueda/del/12-04-12>.

## 2. La ampliación de los créditos laborables con derecho al pronto pago

Se incorporan de modo expreso el art.212 de LCT y el art. 52 de la ley 23.551. La ampliación de los créditos alcanzados con el pronto pago es más completa al concluirse que están alcanzados por el beneficio las acreencias " ... previstas en los estatutos especiales, convenios colectivos o contratos individuales, que gozan de privilegio general o especial ...".

Se podría resumir en que: Toda acreencia laboral que tenga privilegio general o especial tiene derecho al pronto pago.

## 3. Análisis del art.212 LCT

Dentro de los nuevos supuestos alcanzados por la reforma se encuentra la posibilidad del reclamo, vía pronto pago, de los supuestos del art.212 de la LCT, 20.744 del capítulo I del título X, "de los accidentes y enfermedades inculpables". Se trata del reclamo que puede realizar el trabajador cuando vigente el plazo de reserva de puesto, obtiene el "alta" con una disminución relativa o total de su capacidad.

En el caso que el trabajador pretendiera volver al trabajo con una incapacidad relativa, el artículo 212 LCT indica que "si el empleador no pudiera dar cumplimiento a esta obligación por causa que no le fuere imputable, deberá abonar al trabajador una indemnización igual a la prevista en el artículo 247 de esta ley", en cambio, "si estando en condiciones de hacerlo no le asignare tareas compatibles con la aptitud física o psíquica del trabajador, estará obligado a abonarle una indemnización igual a la establecida en el artículo 245 de esta ley".

En el caso que el trabajador quedará con una incapacidad absoluta, el artículo 212 LCT indica que deberá abonarle una indemnización de monto igual a la expresada en el artículo 245 LCT.

Compartimos con la doctrina laboral más prestigiosa (Etala<sup>9</sup>, Maza<sup>10</sup>, Poclava Lafuente<sup>10</sup>, Rodríguez Mancini<sup>11</sup> y Vazquez Vialard<sup>12</sup>) con relación al art.212 LCT que existen diversas situaciones a saber:

<sup>7</sup> Se entiende "plazo de reserva de puesto" al que transcurre por el lapso de un año contado a partir del vencimiento de la licencia paga, conforme los arts.208 y 211 LCT.

<sup>9</sup> ETALA, Carlos Alberto. Comentario al art.212 LCT, en *laleyonline*.

<sup>10</sup> MAZA, Miguel Ángel. (Director) y Ramón ALVAREZ BANGUESÉS, Leonardo Gabriel BLOISE, María Alejandra MAZA, Miguel Ángel MAZA, Laura Verónica NEZNER y Lilliana TORELLI VINCILOT (Coautoras). Comentario al art.212 LCT en *laleyonline*.

<sup>10</sup> POCLAVA LAFUENTE, Juan Carlos y Ricardo Oscar GONZÁLEZ (h). Comentario al art.212 LCT, en *laleyonline*.

<sup>11</sup> RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. Comentario al art.212 LCT, en *laleyonline*.

<sup>12</sup> VÁZQUEZ VIALARD, Amónio - VIRGILI, Claudio Sebastián. Comentario al art.212 LCT, en *laleyonline*.

### 3.1. Disminución definitiva de la capacidad laboral.

Los arts. 208, 209, 210 y 211 L.C.T. se refieren a los casos de incapacidad temporaria derivada de un accidente o enfermedad inculpable. El artículo 212 LCT<sup>13</sup>, en cambio, regula las distintas situaciones que pueden darse en el caso de una disminución definitiva de la capacidad laboral del trabajador, que puede ser parcial o absoluta (total).

Son los diferentes supuestos de disminución definitiva o permanente de la capacidad laboral del trabajador en los casos de accidentes o enfermedades inculpables, es decir, estamos ante una disminución de la capacidad que no es reversible. La incapacidad definitiva puede ser parcial o total<sup>14</sup>.

### 3.2. Asignación de tareas compatibles.

El artículo 212 LCT regula distintas situaciones. La primera es el caso del accidente o enfermedad inculpable que ocasionare una disminución definitiva de la capacidad laboral y el trabajador no estuviere en condiciones de realizar las tareas que anteriormente cumplía, *"el empleador deberá asignarle otras que pueda ejecutar"* (párr. primero). Estas nuevas tareas deben serle asignadas *"sin disminución de la remuneración"*, ya que la ley no autoriza una reducción de la remuneración en proporción a la capacidad laborativa del trabajador<sup>15</sup>.

En el caso de un trabajador con una incapacidad laboral de carácter definitiva aunque parcial, es la hipótesis de un trabajador que se reintegra a su puesto con asignación de nuevas tareas "livianas" acordes a su capacidad laboral, y sin disminución de la remuneración<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Art. 212. — Reincorporación.

Vigente el plazo de conservación del empleo, si del accidente o enfermedad resultare una disminución definitiva en la capacidad laboral del trabajador y éste no estuviere en condiciones de realizar las tareas que anteriormente cumplía, el empleador deberá asignarle otras que pueda ejecutar sin disminución de su remuneración.

Si el empleador no pudiera dar cumplimiento a esta obligación por causa que no le fuere imputable, deberá abonar al trabajador una indemnización igual a la prevista en el artículo 247 de esta ley.

Si estando en condiciones de hacerlo no le asignare tareas compatibles con la aptitud física o psíquica del trabajador, estará obligado a abonarle una indemnización igual a la establecida en el artículo 245 de esta ley.

Cuando de la enfermedad o accidente se derivara incapacidad absoluta para el trabajador, el empleador deberá abonarle una indemnización de monto igual a la expresada en el artículo 245 de esta ley.

Este beneficio no es incompatible y se acumula con los que los estatutos especiales o convenios colectivos puedan disponer para tal supuesto.

<sup>14</sup> MAZA, Miguel Ángel. (Director) y otros, Ob. Cit., en *laleyonline*.

<sup>15</sup> ETALA, Carlos Alberto. Ob. Cit., en *laleyonline*.

<sup>16</sup> MAZA, Miguel Ángel. (Director) y otros, Ob. Cit., en *laleyonline*.



El trabajador debe acreditar el alta médica, con incapacidad y que ha requerido al empleador tareas adecuadas a su estado de salud (las tareas livianas).

Este deber del empleador existe en tanto tenga para ofrecer al trabajador tareas adecuadas a la disminución de su capacidad laboral y tiene tanto lugar en el período pago de enfermedad como durante el plazo de reserva del empleo.

### 3.3. Imposibilidad del empleador.

El segundo párrafo del art.212 LCT abarca el caso del empleador que no posee un puesto de trabajo compatible a la nueva capacidad laboral del trabajador, por lo tanto, se trata de una imposibilidad que no es imputable al empleador, por este motivo, el contrato se extingue debiendo abonar una indemnización igual a la contemplada en el art. 247 de esta ley, es decir la mitad de la prevista en el art. 245<sup>17</sup>.

Si el empleador no pudiera dar cumplimiento a la obligación de otorgar al trabajador tareas adecuadas a su estado de salud "*por causa que no le fuera imputable*", cesa el deber de reincorporarlo, pero entonces el empleador está obligado a pagar al trabajador una indemnización reducida igual a la que corresponde por extinción del contrato por fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo no imputable al empleador, el cual deberá acreditar la imposibilidad, según lo ha establecido la jurisprudencia uniforme<sup>18</sup>.

### 3.4 Negativa arbitraria del empleador.

Si el empleador estuviera en condiciones de otorgar al trabajador tareas compatibles con su capacidad disminuida y no se las asignare, la situación se asimila a un despido arbitrario y en consecuencia, debe abonarle una indemnización de monto igual a la del art. 245 L.C.T.<sup>19</sup>.

El tercer párrafo del art.212 LCT nos remite al supuesto del empleador que no asigna tareas compatibles con la nueva capacidad laboral del trabajador a pesar de poseerlas, por lo tanto, el contrato se extingue y el trabajador será acreedor de la indemnización por antigüedad íntegra<sup>20</sup>.

Si el empleador, pudiendo asignar tareas no lo hace, o bien alegado, no lo prueba, el contrato también se extingue y deberá abonar una

<sup>17</sup> MAZA, Miguel Ángel. (Director) y otros, Ob. Cit., en *la ley online*.

<sup>18</sup> ETALA, Carlos Alberto. Ob. Cit., en *la ley online*.

<sup>19</sup> ETALA, Carlos Alberto. Ob. Cit., en *la ley online*.

<sup>20</sup> MAZA, Miguel Ángel. (Director) y otros Ob. Cit. en *la ley online*.

indemnización íntegra, como si fuera por un despido incausado, es decir la del art. 245 LCT<sup>21</sup>.

### 3.5. Incapacidad absoluta.

El cuarto párrafo del artículo establece que *"cuando de la enfermedad o accidente se derivara incapacidad absoluta para el trabajador, el empleador deberá abonarle una indemnización de monto igual a la expresada en el artículo 245 de esta ley"*, es decir, la indemnización por antigüedad derivada de un despido sin justa causa.

Se entiende por "incapacidad absoluta" cuando el trabajador, por cualquier motivo que no le sea imputable, no puede realizar las tareas que anteriormente cumplía ni ninguna otra dentro o fuera de la empresa, por lo que, en razón de su estado de salud, se encuentra imposibilitado de reintegrarse en el mercado de trabajo para obtener los medios necesarios para su subsistencia<sup>22</sup>.

Según las pautas de la ley de Riesgos de Trabajo N° 24.557, la incapacidad absoluta y permanente es aquella equivalente al 66 % o más de la capacidad obrera total. Es la incapacidad que no le permite al trabajador realizar las mismas tareas que ejecutaba, ni otras y le impide reintegrarse al mercado laboral. En estos casos, el contrato de trabajo se extingue y corresponde se abone al dependiente la indemnización del art. 245 L.C.T.

Inclusive se sostiene la posibilidad de acumular a la indemnización por incapacidad absoluta, las derivadas de acciones y perjuicios del art. 1113 del Código Civil, la primera tiene fuente contractual y tiene en cuenta la pérdida del empleo, la segunda es de origen extracontractual<sup>23</sup>.

No es necesario que la incapacidad sea del 100%, pues no se requiere que el trabajador se encuentre en un estado de postración total, habiéndose establecido jurisprudencialmente una equivalencia con el grado de incapacidad que en el régimen previsional justifica el otorgamiento del retiro por invalidez (66% de la total obrera) (el art. 48, inc. b) de la ley 24.241)<sup>24</sup> <sup>25</sup>. Este beneficio jubilatorio procede, toda vez que la causa de ex-

<sup>21</sup> POCLAVA LAFUENTE, y GONZÁLEZ (h). Ob. Cit., en *laleyonline*.

<sup>22</sup> ETALA, Carlos Alberto. Ob. Cit., en *laleyonline*.

<sup>23</sup> MAZA, Miguel Ángel. (Director) y otros Ob. Cit. en *laleyonline*.

<sup>24</sup> ETALA, Carlos Alberto. Ob. Cit., en *laleyonline*.

<sup>25</sup> Artículo 48, Ley 24241.- Tendrán derecho al retiro por invalidez, los afiliados que: ... b) No hayan alcanzado la edad establecida para acceder a la jubilación ordinaria ni se encuentren prohibiendo la jubilación en forma anticipada. La determinación de la disminución de la capacidad laborativa del afiliado será establecida por una comisión médica cuyo dictamen deberá ser técnicamente fundado, conforme a los procedimientos establecidos en esta ley y los que dispongan el decreto reglamentario de la presente. No da derecho a la prestación la invalidez total temporaria que sólo produzca una incapacidad, verificada o probable que

tincción del contrato es la imposibilidad de seguir trabajando por causa de la enfermedad o accidente inculpable, razón por la que otorga la jubilación por invalidez.

No es posible acumular esta indemnización con las previstas en el 245 (despido injustificado), art. 247 (causas económicas), art. 248 (muerte del trabajador), art. 249 (muerte del empleador), porque todas ellas tienen como objetivo reparar la pérdida del empleo.

Debemos recordar que esta indemnización resulta exigible siempre y cuando el vínculo laboral no se haya extinguido por otra causa de la L.C.T.

Tampoco es posible integrar a esta indemnización con la proveniente del art. 232 (preaviso) y art. 233 (mes de despido) porque el objetivo de estos institutos es que el trabajador vuelva a obtener ocupación en el mercado laboral<sup>26</sup>, y la incapacidad absoluta descarta la posibilidad de que el trabajador obtenga nuevo empleo.

Aquí no juega en absoluto posibilidad alguna de eximirse de la sanción "Indemnizatoria" cuando el trabajador acredita —es a él que le incumbe hacerlo— la incapacidad absoluta. Y por eso el encomillado ya que en realidad esta carga económica no puede ser considerada reparando ningún daño del cual pueda ser responsable el empleador. Se trata de una consecuencia de una enfermedad o accidente ajenos al trabajo y por lo tanto se descarta que haya mediado culpa de aquél (tampoco del trabajador). Por esta razón es que la doctrina y más aún, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, han expresado que la prestación que impone el cuarto párrafo del art. 212 "*podría considerarse —desde el punto de vista material— como una prestación de la seguridad social*"<sup>27</sup>.

Otras opiniones entienden que la ley prevé la situación en que la enfermedad o accidente que el trabajador sufre, le provoca una incapacidad absoluta (no transitoria como prevé el art. 211, LCT)<sup>28</sup>, para la prestación de su labor. En esa situación, por imposibilidad del cumplimiento

no exceda del tiempo en que el afiliado en relación de dependencia fuere acreedor a la percepción de remuneración u otra prestación sustitutiva, o de un (1) año en el caso del afiliado autónomo.

<sup>26</sup> MAZA, Miguel Ángel (Director) y otros Ob. Cit. en *lae* y *onl*.

<sup>27</sup> GUIBADO, Rubín: 2000-2 p.55, cit por RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. Ob. Cit. en *lae* y *onl*.

<sup>28</sup> Art. 211, Ley 20744. —Conservación del empleo.

Vencidos los plazos de interrupción del trabajo por causa de accidente o enfermedad inculpable, si el trabajador no estuviera en condiciones de volver a su empleo, el empleador deberá conservárselo durante el plazo de un (1) año contado desde el vencimiento de aquellos. Vencido dicho plazo, la relación de empleo subsistirá hasta tanto alguna de las partes decida y notifique a la otra su voluntad de rescindir. La extinción del contrato de trabajo en tal forma, exime a las partes de responsabilidad indemnizatoria.

de su objeto (arg. arts. 21 y cc., LCT)<sup>28</sup>, la relación se rescinde ope legis y el trabajador tiene derecho a la percepción de la indemnización por el monto total que prevé el art. 245, LCT. Estimamos que de darse esa situación, no es necesario que el trabajador notifique, su situación de incapacidad absoluta durante el lapso de su licencia sin goce de sueldo o antes. Acreditada (por cualquier medio) que esa circunstancia se ha dado, ella implica la rescisión contractual ope legis, por lo que aquél tiene derecho a la indemnización del art. 245 LCT<sup>29</sup>.

### 3.6. Muerte del trabajador.

La jurisprudencia ha decidido que si se comprueba que con anterioridad a la muerte del trabajador, éste ya se encontraba incapacitado en forma absoluta y permanente, corresponde el pago de la indemnización prevista en el art. 212, 4º párrafo, L.C.T. y no la del art. 248 L.C.T.

### 3.7. Trabajadores excluidos.

Se ha establecido jurisprudencialmente, por aplicación del art. 2º de la ley, que el cuarto párrafo del artículo 212 LCT no es aplicable a los trabajadores marítimos y a los obreros de la industria de la construcción regidos por la ley 22.250<sup>31</sup>.

### 3.8. Compatibilidad con otros beneficios.

El quinto párrafo del artículo determina que *"este beneficio"* (la indemnización por incapacidad absoluta) *"no es incompatible y se acumula con los que los estatutos especiales o convenios colectivos (también otras leyes) puedan disponer para tal supuesto"*.

Los estatutos particulares vienen a excluir la aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo, son leyes regulatorias de determinadas actividades<sup>32</sup> en relación de dependencia.

<sup>28</sup> Art. 21, Ley 26744. — Contrato de trabajo. Habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres.

<sup>29</sup> VÁZQUEZ VIALARD, y VIRGILI. Ob. Cit. en la leyonline.

<sup>30</sup> BTALA, Carlos Alberto. Ob. Cit. en la leyonline.

<sup>31</sup> Viajantes, personal de la industria de la construcción, domésticos, trabajadores agrarios, jugadores profesionales de fútbol, etc.

Además de las indemnizaciones y prestaciones que por la misma causa pudieran estar establecidas en otras leyes, estatutos particulares o convenios colectivos de trabajo, la indemnización por incapacidad absoluta se acumula y no es incompatible con el retiro por invalidez (arts. 17 inc. c, 27, 46 inc. b, y 48, ley 24.241) y con las prestaciones de la Ley de Riesgos del Trabajo (L.R.T.) N° 24.557<sup>33</sup>.

La jurisprudencia tiene resuelto que corresponde su otorgamiento sin perjuicio de que se otorguen las prestaciones de la Ley de Riesgos de Trabajo, toda vez que la primera repara la pérdida del empleo y la segunda, las incapacidades<sup>34</sup>.

#### 4. El art. 52 de la ley 23.551.

El otro crédito incorporado al pronto pago en el art. 16 LCQ por la reforma es el art. 52 de la ley 23.551, de la Ley de Asociaciones Sindicales (L.A.S.), relacionado con la tutela sindical, que beneficia a los trabajadores delegados, comisiones internas o similares o en cargos políticos en poderes públicos, los que están protegidos con este beneficio por las indemnizaciones, salarios caídos o la multa que el juez aplique al empleador por no haber reinstalado al trabajador que lo solicita judicialmente en caso de haber resultado suspendido, despedido o modificadas sus condiciones de trabajo.

##### 4.1. Sujetos titulares de la garantía

Existe un criterio amplio al considerar quiénes son los sujetos beneficiarios de la tutela sindical. Así se entiende que la protección comprende tanto a los candidatos de entidades con personería gremial como de las simplemente inscriptas utilizando como argumento que el artículo 50<sup>35</sup> de la ley no establece distinciones sobre el particular. Se advierte que durante la vigencia de la ley se han ido ampliando los sujetos titulares de la garantía por la interpretación de la doctrina y la jurisprudencia<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> ETALA, Carlos Alberto. Ob. Cit. en *laleyonline*.

<sup>34</sup> MAZA, Miguel Ángel. (Director) y otros Ob. Cit. en *laleyonline*.

<sup>35</sup> Artículo 50. Ley 23551. — A partir de su postulación para un cargo de representación sindical, cualquiera sea dicha representación, el trabajador no podrá ser suspendido sin justa causa, ni modificadas sus condiciones de trabajo, por el término de seis (6) meses. Esta protección cesará para aquellos trabajadores para cuya postulación no hubiere sido oficializada según el procedimiento electoral aplicable y desde el momento de determinarse definitivamente dicha falta de oficialización. La asociación sindical deberá comunicar al empleador el nombre de los postulantes; lo propio podrán hacer los candidatos.

<sup>36</sup> STREGA, Enrique. Comentario al art.52 de la ley 23.551, en *laleyonline*.

## 4.2. Acciones

Compartimos con Strega que el artículo 52 de la L.A.S.<sup>37</sup> junto al artículo 47 fue el que generó mayor cantidad de opiniones doctrinarias y sentencias en los tribunales del fuero<sup>38</sup> laboral. La principal crítica que se le ha formulado a ésta norma está referida a su confusa redacción, sumado a los excesos de la reglamentación y la compleja armonización con los artículos 47<sup>39</sup> y 63<sup>40</sup> de la L.A.S. Strega<sup>41</sup> analiza por separado cada una de las acciones:

**4.2.1 Acción de exclusión:** Esta acción judicial que se tramita según el procedimiento del artículo 47 debe ser ejercida por el empleador

<sup>37</sup> Artículo 52, Ley 23551. - Los trabajadores amparados por las garantías previstas en los artículos 40, 48 y 50 de la presente ley, no podrán ser suspendidos, despedidos ni con relación a ellos podrán modificarse las condiciones de trabajo, si no mediare resolución judicial previa que los excluya de la garantía, conforme al procedimiento establecido en el artículo 47. El juez o tribunal interviniente, a pedido del empleador, dentro del plazo de cinco (5) días podrá disponer la suspensión de la prestación laboral con el carácter de medida cautelar, cuando la permanencia del cuestionado en su puesto o en mantentamiento de las condiciones de trabajo pudiere ocasionar peligro para la seguridad de las personas o bienes de la empresa.

La violación por parte del empleador de las garantías establecidas en los artículos citados en el párrafo anterior, dará derecho al afectado a demandar judicialmente, por vía sumaria, la reinstalación de su puesto, con más los salarios caídos durante la tramitación judicial, o el restablecimiento de las condiciones de trabajo.

Si se decidiere la reinstalación, el juez podrá aplicar al empleador que no cumpliera con la decisión firme, las disposiciones del artículo 686 bis del Código Civil, durante el período de vigencia de su estabilidad.

El trabajador, salvo que se trate de un candidato no electo, podrá optar por considerar extinguido el vínculo laboral en virtud de la decisión del empleador, colocándose en situación de despido indirecto, en cuyo caso tendrá derecho a percibir, además de indemnizaciones por despido, una suma equivalente al importe de las remuneraciones que le hubieren correspondido durante el tiempo faltante del mandato y el año de estabilidad posterior. Si el trabajador fuese un candidato no electo tendrá derecho a percibir, además de las indemnizaciones y de las remuneraciones imputables al período de estabilidad aún no agotado, el importe de un año más de remuneraciones.

La promoción de las acciones por reinstalación o por restablecimiento de las condiciones de trabajo a las que refieren los párrafos anteriores interrumpe la prescripción de las acciones por cobro de indemnización y salarios caídos allí previstas. El curso de la prescripción comenzará una vez que recayere pronunciamiento firme en cualquiera de los supuestos.

<sup>38</sup> STREGA, Enrique. *Op. Cit.*, en *leyonline*.

<sup>39</sup> Artículo 57, Ley 23551. - En tanto no se presenta alguna de las situaciones antes previstas, la autoridad administrativa del trabajo no podrá intervenir en la dirección y administración de las asociaciones sindicales a que se refiere esta ley, y en especial restringir el manejo de los fondos sindicales.

<sup>40</sup> Artículo 63, Ley 23551. 1º - Los jueces o tribunales con competencia en lo laboral en las respectivas jurisdicciones conocerán en: a) Las cuestiones referentes a prácticas desleales; b) Las acciones previstas en el artículo 52; c) En las acciones previstas en el artículo 47.

2º - Estas acciones se sustanciarán por el procedimiento sumario previsto en la legislación local.

<sup>41</sup> STREGA, Enrique. *Op. Cit.*, en *leyonline*.

previo a todo despido, suspensión o cambio de tareas de los trabajadores comprendidos en los artículos 40, 48 y 50.

**4.2.2. Acción de reinstalación:** El representante sindical puede iniciar ésta acción en el caso que el empleador viole la prohibición que impone la L.A.S. de despedir, suspender o cambiar sus condiciones de trabajo. Esta acción se tramita por la vía sumarísima. El dirigente es acreedor a los salarios caídos durante el trámite judicial. Si el empleador no acata la decisión judicial firme, el juez puede imponerle "astreintes".

**4.2.3. Acción de suspensión de tareas:** La ley y el decreto reglamentario facultan al empleador a solicitar la liberación de prestar tareas al representante sindical cuando éste pudiere significar un peligro para la seguridad de las personas o bienes de la empresa promoviendo una acción declarativa en sede judicial.

**4.2.4. Acción por cobro de indemnización por despido indirecto:** El representante sindical tiene la opción de iniciar la acción de reinstalación o considerarse en situación de despido indirecto en el caso de violación de la tutela sindical por parte del empleador reclamando las indemnizaciones previstas en la L.C.T. y las remuneraciones que le hubieren correspondido por el plazo de la garantía legal. En este caso se presentará solicitando el pronto pago conforme lo ampara la reforma al art.16 LCQ.

## **5. Afectación del 3% mensual del ingreso bruto de la concursada.**

La concursada deberá destinar de sus ingresos brutos mensuales un 3% para satisfacer el conjunto de los acreedores con derecho de pronto pago, en vez del 1% de la anterior legislación. Norma que a decir verdad, en la praxis, fue inoperante, la mayoría de los grandes concursos argumentan tener disminución en sus ventas, pequeños déficit y no contar con fondos suficientes para cumplir; como tal vez lo sea la nueva, y ello porque el legislador todavía no le otorga fuerza ejecutiva al pronto pago, o tal vez sea hora que el Poder Ejecutivo Nacional se decida a reglamentar la Ley N° 23.472 de Creación del fondo de garantía de créditos laborales<sup>42</sup>.

<sup>42</sup> Ley N° 23.472 sancionada el 22.12.86, de Creación del fondo de garantía de créditos laborales. Dispone su creación con los siguientes recursos: Contribuciones de todos los empleadores comprendidos en la ley de contrato de trabajo, de la Ley N° 22.248 (Régimen Nacional del Trabajador Agrario) del Decreto Ley 326/56 (servicio doméstico) excepto de las empresas y sociedades de las que el Estado forme parte; un porcentaje sobre las remuneraciones de los trabajadores, importes de multas por infracción a la referida ley, donaciones y legados. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3° de la misma norma legal, los recursos del referido fondo deben ser destinados a pagar adelantos, indemnizaciones a los trabajadores o a sus causahabientes, en el supuesto de imposibilidad del pago del empleador, entendiéndose por imposibilidad el concurso preventivo, la quiebra o la liquidación administrativa de aquél, cuando a criterio del juez del concurso no fuere factible el pago íntegro de los créditos laborales.

La anterior disposición había levantado una ola de críticas de los abogados de empresas<sup>43</sup>, quienes consideran al dispositivo inconstitucional por violación del principio de igualdad (art.18 C.N.), otros consideraron que tendrían un efecto negativo al imposibilitar la recuperación de la empresa<sup>44</sup>; recordamos que en Córdoba si bien al comienzo se solicitó la declaración de inconstitucionalidad, las mismas se resolvieron desestimándolo en el caso de la inconstitucionalidad de la exclusión del fuero de atracción de los procesos de conocimiento en trámite y los juicios laborales<sup>45</sup>; y por su desistimiento<sup>46</sup>. Ahora también Vitolo<sup>47</sup> esgrime similares críticas, cuando el porcentaje legal fijado por la norma sobre el ingreso bruto<sup>48</sup> signifique una amenaza cierta y concreta de paralización de la explotación del concursado<sup>49</sup>, y se pregunta ¿se podría pensar en una disminución del porcentaje, adecuándolo a la compleja realidad empresarial particular?<sup>50</sup>.

<sup>43</sup> ANCHAVAL, Hugo A.: Los fondos líquidos y el pronto pago en LA LEY on line, con citas de VITOLO, Daniel Roque, "Panacea y realidad en la reforma de la ley 26.086 a la Ley de Quiebras", (Adla, Ed. 9/2006, p. 1).

<sup>44</sup> RIVERA - ROITMAN - VITOLO en "Reformas a la ley de Concursos y Quiebras Ley 26.086". Rubinzal - Cultroni Editores, Santa Fe, 2.006, págs.76/7.

<sup>45</sup> En relación al planteo de afectarse la igualdad, en última instancia, los legitimados para articular el planteo serían los sujetos vulnerados por un tratamiento desigualitario. No advierto en el planteo del impugnante, la existencia de un agravio a algún derecho, o declaración o garantía constitucional reconocido o implícito, que habiliten en el caso la declaración de la inconstitucionalidad de la norma. Por lo expuesto, estimo que no debe acogerse el planteo formulado en relación al art.21 Inc.2 de la LCC, lo que así decido. In re: Catering Argentina SA Gran Concurso Preventivo Sent. Nro.401 del 01.08.06 Juzgado de Concursos y Sociedades Nro.3 de Córdoba. Juez Ricardo BELMAÑA.

<sup>46</sup> Juzgado de Concursos y Sociedades. N° 6, Juez Deña CARTA DE CARA, in re: "Sociedad de Beneficencia Hospital Italiano - Gran Concurso Preventivo", iniciada por los Dres. Eduardo Manuel Juárez y Oscar Macario Carrizo, y posteriormente desistida.

<sup>47</sup> VITOLO, Daniel Roque. El nuevo régimen de pronto pago de los créditos laborales en el Concurso Preventivo bajo la ley 26.684, a editarse en REVISTA ERREPAR Agosto de 2011.

<sup>48</sup> BERNDEBSKY Lázaro Natalio. Reforma el régimen de Concursos y Quiebras, Ediciones Jurídicas, Bs.As., 2006, pág.93: sería el uno por ciento del ingreso neto, descontado el IVA y otros impuestos. CAMANO Rosa. Análisis de la reforma de la Ley de Concursos y quiebras. Factor, Publicación Semanal de Comercio y Justicia, Córdoba, Año II, N°102, pág.11 y se: se consideran no los ingresos por ventas facturadas sino los ingresos percibidos informados en el flujo de fondos por lo realizado. Cit por VITOLO Ob. Cit.

<sup>49</sup> TON, Walter. Pobre mi empresario querido. Reforma de la ley de concursos y quiebras, LL Gran Cuyo 2006 (mayo), 415 criticó la reforma de la ley 26.086 diciendo: "La solución que encontró la ley actual, el 1% del monto bruto ¿será la adecuada? Creemos que esa es la peor de todas las soluciones. No importa el monto bruto que genere una empresa sino el monto neto de ganancia. En el monto bruto están incluidos el costo de reposición, los gastos fijos, los gastos de comercialización y todos ellos son necesarios para que la empresa siga en marcha". Cit por VITOLO Ob. Cit.

<sup>50</sup> Resulta improcedente subordinar el pronto pago de un crédito a la existencia de fondos disponibles para su efectivización inmediata, pues ello supone la virtual derogación del instituto del pronto pago o —cuando menos— duplicar innecesariamente la actividad jurisdiccional, ya que el acreedor debería insistir en su petición cada vez que estime que existen fondos



### 5.1. El flujo de fondos.

Hemos destacado que los acreedores laborales podrán solicitar el pago sobre los fondos líquidos, que incluyen los saldos disponibles en cajas de efectivo y cuentas bancarias, "Inversiones" con grado de liquidez, tales como títulos y acciones, depósitos bancarios a plazo fijo o cuentas bancarias remuneradas, cuota partes de fondos comunes de inversión abiertos y otros activos financieros, y en cualquier otro activo o vehículo de inversión lícito, y "Créditos". El Síndico en su nuevo rol deberá informar el promedio ponderado de dichos saldos en el mes inmediato anterior, relacionado con el flujo de fondos, esto es la serie cronológica de ingresos y egresos financieros de la concursada<sup>51</sup>.

### 5.2. Naturaleza de la actividad.

Hemos sostenido que el juez deberá en cada caso contemporizar las posiciones, *teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad de la concursada*, debiendo considerar que no todas las empresas son iguales, pues mientras empresas ligadas a la producción, como empresas manufactureras, tendrán una alta proporción de activos fijos y una baja liquidez, la liquidez del sector servicios será superior al promedio, como por ejemplo si concursara alguna empresa que expende cospeles o tarjetas telefónicas, en la cual su gran giro diario no es proporcional con la liquidez disponible, debiendo satisfacer primero los gastos y costos de explotación, *a fin de permitir la conservación de la empresa*, por ello deben deducirse los pagos de: cargas sociales, los proveedores, alquileres, servicios —hiz, gas, agua, etc.—; se reitera, criterio que deberá contemporizar el magistrado en cada caso, analizando las particularidades de cada empresa relacionada con la naturaleza de su objeto social y su flujo de fondos<sup>52</sup>.

### 6. Un cambio en la proporcionalidad.

La reforma ha suprimido la aplicación lisa y llana —aritmética o a prórrata— del criterio de la proporcionalidad para repartir los fondos que se afecten (los líquidos disponibles o el mínimo del 3%) al conjunto de los acreedores beneficiados con el pronto pago. Recogiendo críticas de la doc-

asignables al cobro de su crédito (CNCom., sala D, 22-12-2000, "Obra Social de la Unión Obrera Metalúrgica [UOM] s/Concurso preventivo", ED 192-341). Cit por VÍTOLO Ob. Cit.

<sup>51</sup> BLANCIOTTI, Ricardo. *Reforma a la ley de concursos y quiebras - Ley 26.086 - Impacto sobre los créditos laborales*. Anuario DL Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Año 2007, pág.50.

<sup>52</sup> BLANCIOTTI, Ricardo. Ob. cit. pág.50.

trina al texto anterior, ha abordado el caso en que se configuren pocos créditos con sumas importantes y muchos con cifras menores. La proporcionalidad ahora moderada determina que ningún pago individual supere la suma de "... cuatro -4- salarios mínimos ..." y que, además, ella también pueda ser afectada por el juez en casos de que circunstancias específicas relativas a la salud o a la manutención material de los titulares exija esa consideración. La reforma está ponderando aquí la hipótesis del trabajador enfermo o con necesidad extrema por algún infortunio suyo o de su núcleo familiar que no admita demoras y que, por ende se morigere a través de la solidaridad del resto del conjunto que deberá esperar. Un acierto<sup>23</sup>.

Conforme a lo dispuesto por el art. 5 de la ley 26.684 que modificó el art.16 de la ley 24.522, el Síndico debe efectuar un plan de pago proporcional a los créditos y sus privilegios, no pudiendo exceder cada pago individual en cada distribución un monto equivalente a cuatro (4) salarios mínimos vitales y móviles.

Compartimos con Vítolo que con esta incorporación se ha puesto coto a una norma contenida en la ley 26.086 que resultaba perversa para el sistema pues, atento a la proporcionalidad que debe reinar en la distribución de los fondos entre los titulares de los créditos "pronto pagables" en cada oportunidad, se podían presentar injusticias, pues cuanto mayor era el crédito —muchas veces por la diferencia de jerarquía laboral de los beneficiarios o su nivel salarial— aquellos con créditos más importantes recibían sumas no comparables con exiguos pagos a los titulares de pequeños créditos<sup>24</sup>.

### 6.1. Ruptura de la proporcionalidad. Acreedores Involuntarios.

Para Junyent Bas existe una facultad jurisdiccional de priorizar determinados créditos, que habilita al juez a priorizar aquellos créditos pronto pagables que demuestren la existencia de razones de "urgencia" en el cobro, como son las contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitieran demoras. Si bien es cierto que la norma hace referencia a que la "jerarquización de determinados créditos" para el juez lo es "en el ámbito

<sup>23</sup> GEBHARDT, Marcelo. Ob. Cit., en La Ley 2011-D, pág. 786 y ss.

<sup>24</sup> Imaginemos que entre 10 beneficiarios de créditos munidos de la preferencia del pronto pago hay 9 trabajadores de escalafón bajo con créditos por \$ 1.000.- cada uno de ellos y un empleado jerárquico con un crédito de \$ 90.000.- con un total de créditos pronto pagables de \$ 100.000. Si para la distribución de una cuota del pronto pago bajo la ley 26.086 en su redacción originaria se contaban con \$ 50.000 —ya fuera como fondos líquidos disponibles o por ser el resultado de aquel 1% sobre las ventas que debía desafiectarse del giro—, confirmando el 50% del valor de los créditos, nos encontraríamos que cada trabajador titular de un crédito por \$ 1000.- recibiría un pago parcial de \$ 500.- y el empleado jerárquico recibiría un pago de \$ 45.000. VÍTOLO, Daniel Roque. Ob. Cit.

del pronto pago<sup>65</sup>, debe entenderse que se trata de un principio general que tutela todo crédito sustentable en una contingencia especial como son las razones de salud o de edad. Así, la salud como valor y derecho humano fundamental encuentra reconocimiento y protección en diversos instrumentos comunitarios e internacionales en materia de Derechos Humanos, a saber: Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, arts. 3 y 8; Pacto Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales, art. 12 numeral 1 y 2 ap. D; Convención Americana sobre derechos humanos, arts. 4 numeral a, 5 numeral 1 y 26; Convención sobre los derechos del niño, art. 24 inc. 2<sup>66</sup>.

Junyent Bas reseña el voto de la Dra. Graciela Medina en autos "González Felliciana c/ Microómnibus Gral. San Martín s/ incte. Verificación tardía"<sup>67</sup> en cuanto sostuvo que "el derecho a la salud es uno de los derechos humanos básicos que tiene el hombre por su condición de tal. Se encuentra contemplado indirectamente en los tratados de derechos humanos, en las recomendaciones de los organismos comunitarios y directamente en algunas constituciones y Códigos Civiles. En igual senda, se ubió el fallo dictado por el Dr. Eduardo Malde, titular del Juzgado de Vigésima Nominación en lo Comercial de la ciudad de Buenos Aires, en el incidente de verificación de Ricardo Abel Pava y Lilliana R. Harreguy de Pava en autos "Institutos Médicos Antártida S.A. —Quiebra—". Entiende que requirió<sup>68</sup> una solución para este tipo de alternativas que hoy ha sido receptada por el nuevo texto del art. 16 según ley 26.684.

Nosotros creemos que no debe hacerse una interpretación tan amplia y compartimos la opinión de Vitolo<sup>69</sup> y Truffat en que existe la posibilidad de quebrantar la proporcionalidad en la distribución de los fondos disponibles —sea que éstos hayan sido obtenidos por la propia liquidez de los flujos financieros, o bien por la retención habida del porcentaje del 3% sobre los ingresos de la concursada— privilegiando a determinados acreedores laborales frente a otros. La reforma introducida por el art. 5 de la ley 26.684 al art. 16 de la ley 24.522, dispone que: "Excepcionalmente el juez podrá autorizar, dentro del régimen de pronto pago, el pago de aquellos créditos amparados por el beneficio y que, por su naturaleza o circunstancias particulares de sus titulares, deban ser afectados a cubrir contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitieran demoras..." Es decir que para que se pueda romper la regla de la proporcionalidad deben darse dos circunstancias concomitantes:

<sup>65</sup> JUNYENT BAS, Francisco. Ob. Cit.

<sup>66</sup> Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala I, 18/5/2004.

<sup>67</sup> JUNYENT BAS, Francisco. Se abrió el cielo, La Ley 2007-B, 552 y ss.

<sup>68</sup> VITOLO, Daniel Roque. Ob. Cit.

- a) el crédito beneficiado con la ruptura de la proporcionalidad debe ser uno de aquellos comprendidos dentro del beneficio del pronto pago;<sup>59</sup> y
- b) el titular del crédito debe estar atravesando una contingencia en su salud, alimentaria o de otra naturaleza que no admitiera demoras en ser atendida.

Faltando alguna de estas dos condiciones el avasallamiento de la regla de la proporcionalidad no podrá tener lugar —salvo en lo referente al límite de los cuatro (4) salarios mínimos, vitales y móviles que puede superarse, aparentemente en estos casos—<sup>60</sup>.

### 7. La derogación del convenio colectivo de crisis.

La reforma derogó la suspensión de los convenios colectivos, establecida en el segundo párrafo del art.20 LCQ, por lo que, la presentación concursal no afectará las relaciones laborales, ni habilitará la negociación de un convenio de crisis entre el deudor concursado y sus empleados. Situación que en la praxis nunca se cumplía, porque sistemáticamente la representación sindical se negaba a convalidarlo, a fin de no recibir cuestionamientos de sus afiliados.

#### 7.1. Vigencia del procedimiento preventivo de crisis y desamalgue convencional.

Continúa vigente acudir a la Ley 24.013 —llamada Ley Nacional de Empleo— que establece un procedimiento preventivo de crisis (arts. 98 a

<sup>59</sup> En algunas primeras conferencias sobre la reforma algunos expositores han sostenido que esta norma incorpora al régimen de pronto pago a los acreedores denominados "involuntarios" o "accidentales". Nada más erróneo. Desde nuestro punto de vista sólo pueden beneficiarse con la ruptura de la proporcionalidad los acreedores titulares de créditos a los cuales la ley le otorga el beneficio del pronto pago. No nos convence el sostenido por JUNYENT BAS, Francisca, en *Análisis energético de la reforma de la ley concursal en materia de relaciones laborales y cooperativas de trabajo*. Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, La Ley, año 11, Número 1, Febrero 2011, pág. 295 -y sus modificaciones posteriores circularizadas por Internet-, cuando señala que "En consecuencia, parece evidente que lo que ha querido señalar el legislador es que existen otros créditos que gozan del régimen del pronto pago y que son aquellos de naturaleza alimentaria y/o provenientes de contingencias de salud; en una palabra, los que la doctrina denomina: "acreedores involuntarios". En esta línea, la apertura de la norma la dota de cierta ambigüedad y requerirá nuevamente de un gran esfuerzo de los jueces para utilizarla estrictamente en casos sumamente fundados y cuando la equidad y la justicia resulten patentes en el caso concreto. Dicho derechamente, hay que dotar a la norma de razonabilidad y, nada mejor que confiar en la sensiblería de los jueces, evitando esquemas fijos preestablecidos que no se correspondan con la realidad de la empresa..." desde nuestro punto de vista la norma es terminante y clara al respecto: sólo entran en este mecanismo de ruptura de proporcionalidad los créditos laborales "pronto pagables". En el mismo sentido que este autor se pronunció TRUFFAT, E. Daniel, en la Jornada que tuvo lugar el en Salón Azul de la Facultad de Derecho de la UBA el día 12 de julio de 2011, organizada por el Departamento de Derecho Económico VITOLO, Daniel Roque. Ob. Cit.

<sup>60</sup> A septiembre de 2011 dicho monto ascendía a la suma de \$8200.-. VITOLO, Daniel Roque. Ob. Cit.

105) previo a la toma de las medidas (suspensiones o despidos) que tiene como fin lograr que las partes lleguen a un acuerdo frente a la crisis que torna necesario tomar medidas extremas. Así, el art.98 de la Ley Nacional de Empleo, dispone que "con carácter previo a la comunicación de despidos y suspensiones por fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas que afecten a más del 15% de los trabajadores de empresas de menos de 400 trabajadores, a más del 10% en empresas de entre 400 a 1.000 trabajadores, y a más del 5% en empresas de más de 1.000 trabajadores, deberá sustentarse el procedimiento preventivo de crisis". Este Procedimiento Preventivo de Crisis es un procedimiento de corto plazo (aproximadamente un mes, art.100 ley 24.013)<sup>51</sup>, que se sustancia en nuestra ciudad por ante la Secretaría de Trabajo, del Ministerio de Producción y Trabajo de la Provincia de Córdoba, con intervención de la empresa y el sindicato en representación de los trabajadores<sup>52</sup>.

En la práctica el empresario acude a éste procedimiento, pero por situaciones similares a la reseñada, no concluye porque la asociación sindical legitimada, no presta conformidad y el procedimiento se archiva sin solución efectiva.

En consecuencia, aparecen en tensión la intención del legislador de no admitir la "precarización" de la relación de empleo y la realidad de la crisis empresarial que conlleva la reorganización de todas las relaciones de la concursada y, en especial, de la planta de trabajadores. He aquí un dilema al cual hasta hoy no se le ha dado respuesta y, por ello, la ley, con cierto apresuramiento, cierra el camino a la negociación de la crisis en plena etapa concordataria, cuando justamente lo importante es "reconducir" las relaciones laborales<sup>53</sup>.

Recordamos que la Ley 25.877 (art.18)<sup>54</sup> habilita el descuelgue convencional, previo procedimiento preventivo de crisis y acuerdo.

<sup>51</sup> Art. 100 ley 24013: "Dentro de las cuarenta y ocho horas (48) de efectuada la presentación, el Ministerio dará traslado a la otra parte, y citará al empleador y a la asociación sindical a una primera audiencia, dentro de los cinco (5) días.

<sup>52</sup> A fin de profundizar el tema "suspensiones o despidos por falta o disminución de trabajo" y "procedimiento preventivo de crisis", se puede consultar: ETALA, Carlos A.; "Contrato de Trabajo", Ed. Astrea, Bs.As. 1999; RODRIGUEZ MANCINI, Jorge y otros, "Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social", Astrea, Bs.As., 1991 (edición PPC.) y GRISOLIA, Julio A.; "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social -doctrina, legislación, jurisprudencia", Ed. Depalma, Bs. As., 2001; entre otros.

<sup>53</sup> JUNYENT BAS, Francisco. *Op. Cit.*

<sup>54</sup> ARTICULO 18. — Incorporáanse en la Ley N° 14.230 (l.o. 1968) y su modificatoria, con las identificaciones y denominaciones que en cada caso se indica, los siguientes Capítulos: "Capítulo III - Ambitos de la Negociación Colectiva"; "Capítulo IV - Articulación de los Convenios Colectivos"; "Capítulo V - Convenios de Empresas en Crisis" y "Capítulo VI - Fomento de la Negociación Colectiva", que contendrán los artículos que en cada caso se incluyen. ... Capítulo V- Convenios de Empresas en Crisis. Artículo 25. — La exclusión de una empresa en crisis del convenio colectivo que le fuera aplicable, sólo podrá realizarse mediante acuerdo entre el empleador y las partes signatarias del convenio colectivo, en el marco del

Creemos que si el empresario puede acudir a la Secretaría de Trabajo y comenzar el procedimiento preventivo de crisis, y estar en condiciones de producir suspensiones o despidos "por falta o disminución del trabajo no imputable al empleador", tal vez sea el momento indicado para evitar las suspensiones o despidos logrando un esfuerzo compartido con los trabajadores que permita llegar a buen puerto las negociaciones, incluso las salariales, que posibiliten corregir las distorsiones existentes —es muy común en empresas concursadas ver a personas que realizan iguales tareas, con similares antigüedades, y una gran disparidad salarial—; en consecuencia cabría reflexionar sobre la posibilidad de reestructurar la base salarial, a fin de cimentar las bases para negociar con los acreedores un mejor acuerdo preventivo que concluya en la homologación del concurso.

#### 8. Eliminaciones.

Se eliminó la doble indemnización prevista en la Ley de Emergencia Pública N°25.561 atento que por decreto del P.E.N. N°1224/07 se había declarado cumplida la condición prevista en el art. 4, 1er., párrafo de la Ley N°25.972.

También se eliminaron las indemnizaciones de los arts. 6 a 11 de la Ley 25.013, dado que ya habían sido derogadas por la Ley N°25.877<sup>16</sup>.

Asimismo se descarta que pueda rechazarse el pronto pago cuando se trata de créditos que no surgieran de los libros que estuviere obligado a llevar el concursado. Por ello, ahora previo informe del Síndico el Juez podrá reconocer con derecho de pronto pago a los trabajadores no registrados.

#### 9. Intereses para todos los créditos laborales.

Se incorporó como último párrafo del artículo 19 LCQ la mención: "Quedan excluidos de la disposición precedentes los créditos laborales correspondientes a la falta de pago de salarios y toda indemnización derivada de la relación laboral". Siguiendo en esto al Plenario "Excursionistas"<sup>17</sup> de la Cámara Nacional de Comercio que así lo había resuelto en su anterior fallo Plenario "Seidman Bonder", al igual que su antecedente "Perez Lozano c/ Compañía Argentina de Televisión y el señero fallo de la CSJN en

procedimiento preventivo de crisis previsto en el Título III, Capítulo VI de la Ley N° 24.013. El convenio de crisis deberá instrumentarse por un lapso temporal determinado."

<sup>16</sup> Artículos 6, 7, 8, 10, 11, 12 y 13 derogados por art. 41 de la Ley 25.877 B.O. 19.03.2004.

<sup>17</sup> "Club Atlético Excursionistas" s/ conc. prev., incidencia de revisión por Vitale Oscar Sergio, JA 2006-III, 102.

voto del Dr. Severo Caballero en "Textil La Bernalesa", la reforma consagra legislativamente los intereses hasta el efectivo pago de todos los créditos laborales.

El legislador intenta privilegiar con la mayor extensión posible a éstas acreencias laborales, a fin de poder compensarlas, para el caso de adquisición de los activos por parte de las cooperativas de trabajo que se formen y que sean cesionarias de los créditos de los trabajadores que la constituyan.

También se establece idéntica regla para la quiebra, modificándose el art. 129 y computando los intereses que correspondan a los créditos "compensatorios laborales", en realidad debió decir "moratorios"; conforme el art.137 de la LCT<sup>67</sup> los créditos laborales son siempre moratorios pues, el deudor tiene que pagar en un plazo determinado, y la mora se produce por su sólo vencimiento, sin necesidad de interpelación alguna.

## 10. Resumando

Se han incluido rubros como el previsto por el art. 212 de la ley de contrato de trabajo que exige la acreditación de circunstancias complejas para la vía del pronto pago como son, que el trabajador debe probar acreditando el alta médica con una incapacidad relativa y que ha requerido la asignación de tareas livianas. A su vez el empleador debe demostrar una imposibilidad de asignarle tareas livianas por causas que no le fueren imputables, y cuando no le asignare éstas tareas adecuadas a su estado de salud, deberá probarlas, de lo contrario deberá abonarse una indemnización completa del art. 245 LCT, igual que si la incapacidad fuese absoluta.

Con la incorporación del art. 52 de la Ley de Asociaciones Profesionales N° 23.551, relacionado con la tutela sindical, deben haberse ejercido, mediante incidente (art. 31 LPT), las acciones de exclusión, reinstalación, suspensión de tareas por ante el Juez de Conciliación del domicilio del trabajador, o el cobro de la indemnización por despido indirecto, sin el pago del impuestos a las ganancias conforme la jurisprudencia de la C.S.J.N.<sup>68</sup>

Ello siempre que estos conceptos y créditos surjan del informe que debe realizar el Síndico y que se encuentren amparados por privilegio general o especial, computando intereses desde la mora hasta el efectivo

<sup>67</sup> Art. 137. Ley 20.774 — Mora. La mora en el pago de las remuneraciones se producirá por el solo vencimiento de los plazos señalados en el artículo 128 de esta ley, y cuando el empleador deduzca, retenga o compense todo o parte del salario, contra las prescripciones de los artículos 131, 132 y 133.

<sup>68</sup> CSJN, 30/11/10. Trib. de origen: Cám. Fed. Apel. de San Martín, Sala I, in re: "Cuevas, Lúis Miguel c/ARIP - DGI s/Contencioso-administrativo", en Revista Derecho Laboral N° 158 y en Actualidad Jurídica on line del 08/08/11.

pago, y con vista al acreedor laboral y al concursado a fin de resguardar el derecho de defensa en juicio de ambos.

En todos los casos se presentará solicitando el pronto pago conforme o ampara la reforma al art. 16 LCQ, con el trámite previsto —según el caso— de pronto pago automático (sentencia emitida diez (10) días después de emitido el informe que establece el artículo 14 inciso 11 LCQ, previa vista al trabajador y al concursado); o el pronto pago común de correr vistas al concursado y a la Sindicatura y posterior dictado de la sentencia por el Juez concursal.

Pronto pagos que podrán ser abonados con el aumento al 3% del ingreso bruto mensual de la concursada, previa deducción de los gastos y costos de la explotación y atendiendo a la naturaleza de la actividad y su flujo de fondos.

El tope en el cambio de la proporcionalidad, que ningún pago supere a cuatro salarios mínimos (Hoy \$ 9200) es un acierto que evitará distribuciones excesivas, solo puede quebrarse ésta proporcionalidad para casos excepcionales de contingencias de salud, alimentarias o de otra naturaleza que no admitan demoras, únicamente de prontocobristas.

Si bien se derogó del art. 20 LCQ la suspensión de los convenios colectivos y el convenio de crisis, continua vigente la ley de empleo N° 24.013 que establece un procedimiento preventivo de crisis y la posibilidad del descuelgue convencional, previo acuerdo entre las partes.

El texto transcrito del reformado art. 16 LCQ, tiene la intención de ampliar al máximo la base para el cobro y los créditos susceptibles de ser abonados con pronto pago que gocen de privilegio especial y general, agregando a los trabajadores no registrados.



## DAÑO MORAL: REFLEXIONES EN TORNO A SU CONCEPTUALIZACIÓN

*María del Carmen Cerutti\**

**Resumen:** En el presente trabajo se reflexiona a partir de algunos conceptos propuestos por la dogmática jus privatista, con el objetivo de caracterizar al daño y en particular al daño moral. En derredor de los mismos, se analizan cuestiones básicas del lenguaje a los efectos de determinar si existen genuinos acuerdos y desacuerdos y determinar si se trata de conceptos descriptivos, estipulativos o persuasivos. Asimismo, se incursiona en el alcance del denominado daño moral de acuerdo a las normas actuales del Código Civil Argentino y si resultaría útil incorporar nuevas categorías de daños.

**Palabras clave:** Daño - Moral - Concepto - Acuerdos - Desacuerdos.

### 1. Introducción

La inquietud que motiva el presente radica en abordar el daño moral tanto en el pensamiento de la dogmática jus privatista, en la legislación y dentro de una visión general del derecho con los aportes que proporciona, la propia teoría general del derecho sobre el mismo.

La idea de daño moral adquiere importancia en el ámbito del derecho a partir de la vigencia de los principios políticos del liberalismo y de una doctrina de la moralidad que consagró la primacía de los derechos sobre los deberes. Estos fenómenos dieron lugar a la concepción de estado de derecho y al establecimiento de leyes y declaraciones de derechos fundamentales. Basas leyes y declaraciones conformaron el soporte de las ideas políticas del liberalismo y el fundamento de restricciones, tanto en el ámbito privado como en el público, destinadas a garantizar derechos que fueron considerados esenciales a la naturaleza humana<sup>1</sup>. En el seno del

\* Este trabajo integra la parte inicial del proyecto de investigación aprobado por SECYT, referido a: "Valoración del daño moral: alcances y límites de los acuerdos y desacuerdos", dirigido por el Profesor Doctor Ernesto Abril.

\*\* Abogada y Doctora en Derecho y Ca.Sa. (UNC). Investigadora Secyt, categoría IV. Miembro Titular del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Profesora Titular Encargada de Derecho Privado I y de Introducción a los Estudios de la Carrera de Abogacía, Profesora Adjunta por concurso de Derecho Privado VII (Derecho de Daños), Docente Asistente por concurso de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho y Ca.Sa., UNC. E-mail: ccerutti@fiberuel.com.ar

<sup>1</sup> ABRIL, Celia B., "¿Existen Derechos que no sean Sociales?", en *Anuario XI, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, UNC, Córdoba, 2009. ATRIA, Fernando, "Existen derechos sociales", en *Revista Virtual Carapacho de Derecho*, vol. 4, 2003.

derecho privado la idea de daño moral dio lugar a discusiones relativas a los orígenes de la responsabilidad civil, pues el tema de la reparación del daño moral sufrido por la víctima pasó a ocupar un lugar preponderante entre los juristas dogmáticos.

La necesidad de precisar el concepto de daño moral fue –y es aún– motivo de controversias, pero lo que más ocasionó el debate fue la cuestión de establecer si correspondía o no la reparación de esa clase de daño. En una primera etapa la mayoría de los juristas coincidían, por diversas razones, en que la reparación era improcedente pero, con posterioridad, las opiniones fueron inclinándose progresivamente hacia una posición favorable a la reparación. Por su parte, la legislación en materia de responsabilidad civil acompañó estas últimas posturas. En el derecho argentino “El Código Civil fue el primero de su tiempo que reguló en forma expresa la reparación del daño moral”<sup>2</sup>. Si bien lo circunscribía al ámbito extracontractual y además el hecho dañoso debía configurar un delito del derecho criminal, así lo establecía el art. 1078, luego modificado por la ley 17.711. En su actual redacción, el art. 1078 prescribe la obligación de resarcir el agravio moral ocasionado a la víctima, sin necesidad de que el hecho dañoso configure, a su vez, un delito penal. Asimismo, la ley 17711, también admite la reparación del daño moral en la órbita contractual (art. 522).

## 2. Cuestiones de lenguaje

Una pregunta inicial que corresponde efectuar al respecto, es la siguiente: ¿cómo se instituye el objeto de conocimiento de una teoría del daño moral? Rllo conduce a formular una serie de interrogantes, entre los cuáles el más relevante es: ¿qué condiciones son necesarias y suficientes para constituir esta categoría de daño?, lo que conforma el problema de la definición y la cuestión de determinar los modos o criterios de individualización de un daño de esta naturaleza. Asimismo ¿de qué manera se justifican o sustentan las aseveraciones sobre la existencia de un daño moral?

En cuanto al problema de definir el daño moral, el punto de partida consiste en recurrir a cuestiones básicas del lenguaje. En este sentido, adherimos a la postura convencional que destaca al lenguaje como fruto de acuerdos, de una relación artificial entre una cosa o hecho y el significado que se le atribuye, ya sea de una manera natural a partir de su uso por el grupo social o bien, adjudicando a determinados términos del lenguaje natural un significado más restringido o específico, que se conoce como

<sup>2</sup> PEZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral. Prevención/Reparación/Partición. El daño moral en las distintas ramas del derecho*. Hammurabi, Bs.Aa., 1996, p.161.

lenguaje técnico y es el usado en las distintas ramas del conocimiento<sup>3</sup>. Respecto al término "daño", la ciencia jurídica y más precisamente la dogmática ius privatista lo entiende como una invasión a una esfera jurídica ajena, esta es la característica relevante, lo que se conoce como "connotación" del término. Sin embargo, los juristas distinguen entre esta acepción amplia que se identifica simplemente con la ofensa o lesión de un derecho o de un interés jurídico y por lo tanto toda invasión, ofensa o lesión en una esfera jurídica ajena causaría daño, aún cuando no se menoscaben bienes patrimoniales o extrapatrimoniales; de otra acepción más restringida que alude al daño jurídicamente resarcible, o sea es indemnizable si se dan ciertas condiciones. Para que un daño sea resarcible debe ser cierto, personal —aunque no necesariamente exclusivo— del accionante y derivar de la lesión a un interés patrimonial o extrapatrimonial no legítimo del damnificado<sup>4</sup>. Así se adjudica jurídicamente al término daño un significado más restringido y se delimitan las condiciones para que proceda la reparación. En este sentido y como expresa Tosto<sup>5</sup>: "...esta pesquisa no está interesada en discernir cuándo "no dañar a otro" sea moralmente incorrecto, sino reflexionar y analizar el significado de los enunciados en que interviene la palabra *daño*. Con cita de Guibourg<sup>6</sup>: "No hacer daño a otro" es una expresión vacía pues deja al intérprete la determinación de qué clase de desagrado o frustración ha de llamarse daño y cuándo está dispuesto a afirmar que puede o no debe causarse. Daño es una palabra fuertemente valorativa pues depende de lo que el hablante considere desagradable por afectar sus apetencias e intereses. Su uso aparentemente descriptivo, también. El uso descriptivo de daño cumple una función instrumental respecto de lo valorativo<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> La otra postura considera que pueden formularse definiciones reales, esto es, pretender definir un objeto o cosa con la idea de que las cosas u objetos tienen una naturaleza intrínseca que nos permite conocerlas por medio de una especie de intuición, con lo que se constituye en un problema metafísico. Cfr. G. GUIBOURG, Ricardo A., GHIGLIANI, Alejandro M. Y GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*, 2ª ed., Bs.As., Eudeba, 1986, p.54.

<sup>4</sup> PIZARRO, Ramón Daniel - VALLESPINOS, Carlos Gustavo. *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, 2, Hammurabi, Bs.As.1999, p.647-648.

<sup>5</sup> TOSTO, Gabriel. "Los significados de "daño", en *Semanario Jurídico. Fallos y Doctrina*, Córdoba, Argentina, jueves 3 de junio de 2010. Año XXXII, n° 1759, p. 743. El autor analiza distintos marcos de referencia o criterios de evaluación, en los cuales se predica un enunciado referido a daño y que presupone una relación comparativa entre un momento óptimo y preferido de un determinado estado de cosas y un segundo momento en el que aquel estado de cosas es considerado menguado y no alejado.

<sup>6</sup> GUIBOURG, Ricardo. "Lo bueno y lo malo", en *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*. Bs.As., Calíhne, 2004, p. 122 y *Deber y saber. Apuntes epistemológicos para el análisis del derecho*. México, Pontamara, pp.112-114; citado por Tosto en citas de p. 743.

Ahora, si bien la connotación de un término, en este caso la palabra **daño**, significa decidir las características definitorias que deben estar presentes en un objeto o hecho (en este caso el hecho lesivo dañoso), para que le podamos asignar el término; el otro componente del significado es la "denotación o extensión"; y se refiere a que objetos o hechos exhiben las características connotadas para poder aplicar la palabra de clase. De los marcos de referencia que analiza Tosto, uno es el normativo-jurídico, que alude al uso de "daño" en el contexto del derecho civil argentino. O sea, en qué situaciones se aplica el término **daño** como invasión a esfera jurídica ajena y que dicha invasión reúna las características de ser cierto, personal y afectar un interés no legítimo del damnificado.

Aparecen así los dos tipos de daños que el Código ordena reparar: **daño patrimonial** y **daño moral**. El primero es entendido como "el detrimento de valores económicos o patrimoniales que se produce a raíz de la lesión. Por tal motivo, cuando se menoscaba el patrimonio de una persona, sea en sus elementos actuales, sea en sus posibilidades normales, futuras y previsibles, estaremos ante un **daño patrimonial**".<sup>7</sup> Orgaz expresa que —Los valores económicos que constituyen el patrimonio no están representados solamente por las cosas u objetos materiales con valor pecuniario; también están incluidos en ellos ciertos bienes personales, como las capacidades o aptitudes para el trabajo, que son fuentes de beneficios económicos, y aun ciertas relaciones o estados de hecho que se establecen entre personas y cosas, como el crédito, la clientela, el negocio, etc.—<sup>8</sup>. O sea el **daño patrimonial** tiene repercusión en el patrimonio, sea de manera directa en las cosas o bienes de su dominio o posesión o indirectamente el causado a la persona, o a sus derechos o facultades, pero que inciden en su patrimonio, sea como **daño emergente** o como **lucro cesante** (arts. 1068 y 1069 del Código Civil).

En cuanto al **daño moral**, es el derivado de la lesión a un interés no patrimonial, o sea hay acuerdos básicos en el sentido que se trata de un menoscabo extrapatrimonial, pero los primeros desacuerdos se generan en cuanto a cómo caracterizar al **daño moral**, y en esto hay varias posturas<sup>9</sup> que disputan si el camino es tener en cuenta: a) la forma y modo en que dicha lesión opera, b) sólo el interés afectado o, c) las consecuencias.

Si se recurre al modo (postura de Zannoni)<sup>10</sup> en que la lesión opera corresponde determinar, si se trata de **daños patrimoniales**, si la actividad

<sup>7</sup> PIZARRO, Ramón Daniel - VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *ob.cit.* p. 640.

<sup>8</sup> ORGAZ, Alfredo. *El daño resarcible*. Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1980, p. 16.

<sup>9</sup> Las corrientes de opinión en torno al concepto de **daño moral** y diferenciarlo del **patrimonial**, son variadas. En esta oportunidad, sólo damos cuenta de las que, a nuestro criterio, resultan más relevantes.

<sup>10</sup> ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. 2ª ed. Astrea, Bs.As. 1987, p.232

dañosa ha provocado, ha sido causa de un detrimento atribuible al autor y en base a ello, mensura, mide, constata de qué medios económicos ha sido privado o dejado de obtener el damnificado, y en función de ello se liquida el perjuicio; o sea se determina la reparación en función de las consecuencias. Pero en el daño moral, considera este autor que lo que sería materia de resarcimiento es el ataque mismo a un atributo de la persona que, a diferencia de los derechos patrimoniales, no tiene por objeto bienes susceptibles de ser cuantificados en "más" o en "menos". Para Zannoni, los llamados bienes extrapatrimoniales de la persona (atributos de la personalidad o derechos subjetivos reconocidos al hombre como ser existencial) constituyen "fines en sí mismos, porque se confunden con su propia personalidad".

Si bien es cierto que en el llamado daño moral se agreden atributos que hacen a la personalidad y resulta difícil cuantificarlos en más o en menos, pero en el momento de fijar la reparación es preciso contar con algún criterio, por lo que ir por esta camino dificultaría poder evaluar y cuantificar el daño moral, ya que sólo acreditando la lesión de un bien jurídico de este tipo procedería la reparación, pero ¿qué y hasta donde se repara?

La otra propuesta (sostenida por Bueres)<sup>11</sup> es apuntar básicamente al interés jurídico vulnerado, más que a las consecuencias dañosas, porque considera: "...que, en rigor, el derecho no protege los bienes en abstracto, sino los bienes en cuanto satisfacen necesidades humanas (intereses)". Expresa que: "...el daño es la lesión a unos intereses jurídicos patrimoniales o espirituales. El interés es el núcleo de la tutela jurídica". Estima el autor que: "... el concepto estricto de daño resarcible, debe buscarse en que intereses jurídicos se vulneraron, destaca que el bien es el objeto, la entidad capaz de satisfacer una necesidad, mientras que el interés es la posibilidad que tiene el agente de satisfacer la necesidad proporcionada por el bien". En este sentido separa, el concepto de daño de los efectos o consecuencias que puede producir: alteración patrimonial en el daño material, y sufrimiento, dolor, aflicción, desesperanza, disgusto, pérdida de la satisfacción de vivir, etc., en el daño moral. Si bien admite "...que aunque el interés afectado coincide en su esencia con la consecuencia, el concepto de daño debe apuntar a aquél y no a ésta".

Por su parte, otros autores<sup>12</sup> consideran que "daño moral es el que se infiere al violarse alguno de los "derechos personalísimos" o "de la per-

<sup>11</sup> BUERES, Alberto J. "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta", en AA.VV. *Derecho de daños*. Primera parte. Homenaje al profesor doctor Jorge Moscer Truñaspe, Bs.As., Ed. La Roca, 1991, p. 165 y sigs.

<sup>12</sup> TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo I. *Tratado de la Responsabilidad Civil*, T.I, Bs.As., La Ley, 2005, p. 487. Citan a autores que adoptan este concepto, como Aguilar,

sonalidad", que protegen como bien jurídico a los presupuestos o atributos de la personalidad del hombre como tal; por una parte la paz, la privacidad, la libertad individual, y sobre todo la salud y la integridad psicofísica de los seres humanos, es decir todo lo que puede resumirse en el concepto de "seguridad personal" del primitivo texto del art. 1078 del Código Civil; y por otra el honor, la honra y pudor sexual, los sagrados afectos, etc., o sea todo lo que se conoce como "afecciones legítimas", también según la primigenia redacción del mismo artículo precitado. Este concepto caracteriza al daño moral como una agresión a derechos personalísimos (similar a la postura de Zannoni) con independencia de su repercusión en la esfera económica.

Otra corriente de opinión sostiene que el concepto de daño moral debe ser buscado siguiendo al mismo camino que se utiliza para definir el daño patrimonial, o sea en que ámbito operan las consecuencias; así lo entienden como derivado de una lesión a un interés no patrimonial y que produce un detrimento, una consecuencia disvaliosa en el espíritu, se atiende a la repercusión que la acción provoca en la persona. Esta concepción del daño moral, aporta elementos que permiten, de algún modo evaluar que se repara y hasta donde se repara y este límite sólo se puede discernir teniendo en cuenta las consecuencias. Esta última postura es sostenida entre otros por Pizarro<sup>13</sup> y Matilde Zavala de González, en este sentido la autora sostiene: "A diferencia del daño patrimonial, que repercute sobre lo que el sujeto tiene, el daño moral incide sobre lo que la persona es. Implica un defecto existencial en relación con la situación de la víctima precedente al hecho...A partir del hecho lesivo, cambia para la víctima la manera de estar en sí y en el mundo, con motivo de una modificación disvaliosa de su integridad espiritual que empeora su existencia"<sup>14</sup>. El concepto de daño moral propuesto por Zavala de González es: "Una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad del entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho y anímicamente perjudicial. Dicho perjuicio espiritual también se constata en la aptitud para actuar las potencias y atributos del ser humano, sea en la vida aislada, sea en la vida social"<sup>15</sup>.

Advierto que hay consenso o acuerdo básico en considerar que el daño moral afecta derechos de carácter extrapatrimonial. En cuanto a los

Andorno, Brabbia, Bustamante Alsina, Caseruz, Cifuentes, Morello, Vázquez Ferreyra y Jurisprudencia.

<sup>13</sup> PIZARRO, Ramón Daniel, *Daño moral*, ob.cit.p. 44-60.

<sup>14</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. *Resarcimiento al daño moral*, B.A.A., Astrea, 2009, p.1.

<sup>15</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. *Actuaciones por daños*, B.A.A., Hammurabi, 2004, p.101.

desacuerdos para caracterizar como se determina el daño a estos derechos, no parece ser una disputa genuina, en el sentido que conduzca a diferentes resultados, solo que algunas —como la que atiende a las consecuencias— ofrecen más elementos en el momento de la valoración y cuantificación.

Pero ahora dos interrogantes producen "ruido" en la comunicación: 1.- El concepto de daño, y concretamente de daño moral es ¿descriptivo o estipulativo?. 2.- Porqué moral?

### 3. Qué tipo de concepto se formula en derredor del daño?

Respecto al primer interrogante recordamos que el legislador mediante términos generales construye normas. Por su parte, los teóricos y filósofos del derecho se plantean —y demás está decir, que no hay posturas unívocas— qué es una norma jurídica, cuestión que no es motivo del presente trabajo. Pero si recordamos, que la reconstrucción de términos normativos —que pueden presentar problemas de vaguedad o ambigüedad— y la elaboración de conceptos a partir de las normas, es tarea de los juristas.

Es cierto también que los códigos decimonónicos, siguiendo al Código Civil Francés, incluyeron artículos que definen o establecen estipulativamente significado a determinados términos. Por ejemplo el Código Civil Argentino, en el art. 30 define persona, en el art. 944 acto jurídico, en el art. 2311 cosa y en el art. 2312 patrimonio, el Código Penal en el art. 77 establece que debe entenderse por "reglamentos" u "ordenanzas"; "funcionario público"; "empleado público"; "mercaderías"; entre otros. Los ordenamientos jurídicos no solo están compuestos por normas, sino que también contienen distintos enunciados, entre ellos definiciones que reducen, aunque no eliminan, la vaguedad y ambigüedad del término y facilita la aplicación de las normas en cuya redacción aparecen los términos definidos. Si bien tampoco es motivo de esta investigación, los teóricos y filósofos del derecho se preguntan que son estos artículos que establecen significados a determinados términos, así para algunos son definiciones, no son normas, son reglas conceptuales que determinan o definen una expresión<sup>18</sup>. Las definiciones estipulativas no proporcionan información (ni verdadera, ni falsa), porque responden a lo que alguien (en este caso el legislador) ha decidido establecer como significado de un término.

Respecto a la expresión "daño" el código se refiere a ella en varios artículos, así el art. 519 prescribe que: "Se llaman daños e intereses el valor de la pérdida que haya sufrido, y el de la utilidad que haya dejado de percir-

<sup>18</sup> ALCHOURRÓN, Carlos EY BULYGIN, Eugenio. "Norma Jurídica", en *El derecho y la justicia*, I Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, edición de Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta, Madrid, Trotta S.A., 1996, p.133-147.

bir el acreedor de la obligación, por la inexecución de ésta a debido tiempo". El art. 1067 establece que: "No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiere daño causado..." El 1068 prescribe cuando hay daño patrimonial, el art. 1069 establece que el daño comprende el perjuicio efectivamente sufrido (daño emergente) y también las ganancias dejadas de percibir (lucro cesante), los arts. 522 y 1078 prescriben la obligación de reparar el agravio moral. Básicamente la función de las normas no es definir, sino prescribir determinadas conductas como obligatorias, prohibidas o permitidas y enlazarlas determinadas consecuencias<sup>17</sup>. El Código prescribe que daños deben ser reparados, pero no define el término y entonces es función de los teóricos construirlo y pueden presentarse desacuerdos, a veces genuinos y a veces —aunque aparezcan genuinos, son meras disputas verbales— La cuestión es si los conceptos elaborados son, descriptivos o estipulativos.

Recordemos que las definiciones descriptivas, informativas o lexicográficas informan sobre la costumbre lingüística de una determinada comunidad de hablantes más o menos amplia, con relación al uso de una palabra y se presumen neutrales y desde el punto de vista de esa costumbre o del uso afirmado sobre una palabra, este tipo de definiciones pueden ser calificadas de verdaderas o falsas. En tanto, estamos en presencia de una definición de tipo estipulativa cuando se quiere establecer, en un determinado contexto, (por ejemplo: en el jurídico) un significado específico a una palabra conocida (por ejemplo: daño y daño moral). Son fruto de la decisión de quien las formula, de lo que entiende como significado de un término, no puede predicarse su verdad o falsedad, sino su utilidad o inutilidad, su aceptación o no aceptación. Generalmente, subyace algún juicio de valor por parte de quien propone conceptos de este tipo, que luego serán aceptados o no, según la utilidad que la comunidad (jurídica, en este caso) considere que presten para abordar las cuestiones en las que corresponda tomar decisiones utilizando alguna definición de este tipo. Por otra parte, también se formulan definiciones persuasivas, que bajo el ropaje de descriptivas, estipulan un concepto que en realidad es la opinión y punto de vista de quien las formula y pretende (persuade) que sean aceptadas por el receptor.

Si bien la reconstrucción de términos y elaboración de los conceptos básicos fundamentales del derecho, es tarea primordial de la Teoría General del Derecho, es de destacar la importancia de la dogmática en la

<sup>17</sup> En la nota al art. 495, Vélez Sarsfield expresa: "Noe abstinentia de definir, porque, como dice Freitas, las definiciones son improprias de un Código de leyes, y no porque haya peligro en hacerlo, pues, mayor peligro hay en la ley que en la doctrina. En un trabajo legislativo sólo pueden admitirse aquellas definiciones, que estrictamente contengan una regla de conducta..."



reconstrucción de términos y elaboración de conceptos propios de la rama del derecho en que trabaja. Respecto a la expresión "daño", lo que hizo la dogmática ius privatista fue elaborar un concepto, teniendo en cuenta las disposiciones normativas y entender que daño —sea patrimonial o extra-patrimonial— es una invasión a una esfera jurídica ajena, pero también estableciendo que deben concurrir determinadas condiciones para que sea resarcible. En cuanto al daño moral, se expresaron algunas de las distintas posturas para diferenciarlo del patrimonial. Los autores se refieren a conceptos doctrinarios por un lado y conceptos normativos por el otro, pero ¿cuál es la diferencia entre conceptos doctrinarios y conceptos normativos? Esto merece algunas aclaraciones básicas, se trate de un concepto descriptivo o estipulativo, no cabe duda que es doctrinario, es más, justamente es doctrinario porque es producto de la elaboración de la doctrina; y tampoco es contradictorio decir que estos conceptos tienen un profundo sentido normativo, porque se construyen en derredor de lo que establecen las normas. La cuestión es determinar si son descriptivos, estipulativos o persuasivos.

Cuando los dogmáticos elaboran conceptos pueden: asignarle al término en cuestión un significado que sea de su preferencia y que a veces no se corresponda con lo dispuesto en las normas, o construir y asignar significado a un término teniendo en cuenta la base normativa, pero en ambos casos se trata de estipular adjudicando un significado determinado a un término. Respecto de los conceptos de daño en sentido amplio y daño jurídicamente resarcible, están consolidados y gozan de amplia aceptación en la teoría jurídica. En cuanto a definir el daño moral, no puede afirmarse lo mismo, ya que destacados juristas proponen conceptos diferentes, algunos resultarán más útiles que otros, por ejemplo: definir teniendo en cuenta el interés jurídico vulnerado logra ubicar el núcleo del daño moral; mientras que caracterizarlo y distinguirlo del patrimonial por las consecuencias, proporciona más elementos de juicio a la hora de valorarlo y cuantificarlo. Pero no dejan de ser estipulaciones, conceptos doctrinarios, si bien con sentido normativo. Si bien consideramos que las definiciones de daño en sentido amplio, daño resarcible y daño moral son **conceptos estipulativos**, también informan sobre la costumbre lingüística de una determinada comunidad con relación al uso de una palabra, así si preguntamos a cualquier persona que entiende por daño seguramente su respuesta será que es una invasión, sufrir un perjuicio en sus bienes o en sus sentimientos y afecciones y esto es descripto en los conceptos formulados. Las distintas funciones del lenguaje rara vez se presentan en forma pura, en el caso de los conceptos que ahora nos ocupa, cuando el emisor (juristas que formulan un concepto) dice algo (concepto) intenta provocar determinados efectos en otra persona (comunidad jurídica); considero que son

estipulativos, si bien en parte informan, sobre el uso del término en una comunidad.

Cabe recordar que dentro de las variadas actividades que desarrolla la dogmática, se destacan las siguientes<sup>18</sup>: a) función técnica-cognoscitiva: conocer e informar sobre el derecho positivo, presentarlo de manera ordenada, sistemática y coherente, dentro de esta actividad se ubica la elaboración de conceptos. b) función interpretativa-estabilizadora: suministrando a jueces y abogados criterios para la interpretación de las normas, tratando de eliminar la ambigüedad y vaguedad en el lenguaje normativo; esto logra estabilizar durante períodos generalmente prolongados, determinadas formas de interpretar y aplicar el derecho. Por cierto que esto no significa que no puedan producirse cambios. c) función de progreso: que si bien es lento y va acompañado de otras variables, los dogmáticos proponen y generan pautas para modificar el derecho, conforme a cambios sociales y valores dentro de la sociedad. La gran mayoría de las reformas, con referencia al Código Civil, fueron fruto de propuestas que de ley ferenda en Jornadas y Congresos, fue elaborando la dogmática.

En cuanto al segundo interrogante, el legislador utiliza la expresión "agravio moral" en los arts. 522 y 1078, esto limita al jurista, ya que debe conceptualizar en qué consiste este agravio, pero conservando, de lege lata la expresión normativa<sup>19</sup>. En este sentido se pronuncia Pizarro<sup>20</sup>: "Tanto en el Derecho comparado como en nuestro país, el daño moral también suele ser denominado *perjuicio moral, agravio moral, daño no patrimonial, daño no económico, daño extrapatrimonial, daño espiritual, o daño a la integridad espiritual*. Quizás esta última expresión sea la que refleje más adecuadamente la esencia del menoscabo, *que es siempre un daño jurídico* y como tal debe ser tratado. Pese a ello, preferimos utilizar la expresión *daño o agravio moral*, por adecuarse mejor a nuestras tradiciones y, además, por ser la que la ley utiliza a la hora de su regulación legal (vg., arts. 522, 1078, Cód. Civil; ley 24.522, etcétera)". Es posible que el legislador haya utilizado la expresión moral como opuesto al otro tipo de daño, o sea el patrimonial, pero sin aludir a tipos de moral. Pizarro considera que resultaría más adecuada la expresión integridad espiritual, o como expresa Zavala de González<sup>21</sup>: "Las principales vertientes del daño moral residen en lesiones

<sup>18</sup> Cfr. CALSAMIGLIA, Albert. *Introducción a la Ciencia jurídica*, 1ª ed., Barcelona, Ariel, 1986, p.145 y 146 y ATIENZA Manuel. *Introducción al Derecho*, Barcelona, BarcanoVA, 1985, p. 276 y ss.

<sup>19</sup> O sea la limitación es sólo en cuanto a usar la expresión "agravio moral"; pero no en su alcance, ya que puede entenderse en sentido amplio o en sentido restringido.

<sup>20</sup> PEZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral*, ob.cit., p. 63-64.

<sup>21</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. *Actuaciones por daños*, Bs.As., Hamurabi, 2004, p.100.

que afectan la *vida*, la *salud* o la *dignidad* de las personas; es decir, su existencia misma y su integridad sicológica, espiritual y social? Pero si se quiere trabajar con opuestos, la expresión adecuada sería extrapatrimonial. La cuestión y sobre la que hay desacuerdos es en cuanto al alcance que se asigne a este tipo de daño, mas que a la denominación.

#### 4. Alcance del denominado daño moral. Desacuerdos.

La circunstancia que no haya acuerdo a la hora de establecer cuáles son los alcances de la locución "daño moral" o "agravio moral", es un indicador de que los juristas mediante una definición de tipo estipulativa pretenden establecer su alcance, o lo que es lo mismo, cuáles son sus límites. En esto los desacuerdos parecen ser mas genuinos y la discusión conceptual consiste en: si la expresión daño moral reside sólo en el dolor, la angustia, el sufrimiento, o sea concebir al daño moral como una noción restringida, circunscripta al *pretium dolores* por lo tanto transitoria, que se mengua con el tiempo, o si por el contrario es una noción expansiva, que puede extenderse y comprender daños morales mas allá del dolor o angustia que se padece inmediatamente de sufrido el daño y que con el tiempo desaparece.

Quienes participan de la primera postura, consideran que el daño moral sólo comprende los estados de ánimo, el sufrimiento, la pena, el dolor, generalmente susceptibles de desaparecer o mitigarse con el transcurso del tiempo. La crítica a esta postura es que quedarían muchos supuestos de daños a la persona excluidos; otros participan de la idea que la categoría de daño moral debe dejarse de lado, y omitirla en los códigos y sustituirla por la del daño a la persona, que la noción daño moral es absolutamente imprecisa, desde sus orígenes, desde su denominación y desde su comprensión<sup>22</sup>. Las nuevas categorías de daños propuestas consisten en clasificarlo: daño subjetivo (o daño a la persona) y daño objetivo. El primero atentaría contra el sujeto en sí mismo, en cualquiera de las etapas de su existencia, y podría o no tener incidencia económica; el segundo, en cambio, lesionaría valores económicos, aunque en forma excepcional también podría provocar perjuicios no patrimoniales. O sea el llamado daño a la persona no se agotaría en el daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante) y en el moral (noción que resulta muy estrecha para calibrarlo en toda su dimensión), y por lo tanto se impone la necesidad de una nueva especie o categoría de daño patrimonial y de daño moral, distinta a los tradicio-

<sup>22</sup> MOSSET ITURRASPE Jorge. "Más allá del daño moral: El daño a la persona", en *Diez años del Código Civil peruano. Balance y perspectivas*. Congreso Internacional, Universidad de Lima, 1994, t. II, p. 465 y ss. Citado por Fizarco, en *Daño moral*, p. 64-65.

nales; o directamente una nueva categoría autónoma no comprendida en los conceptos de daño patrimonial y moral, sino como daño a la persona y sería comprensiva de supuestos como daño biológico y daño a la salud. Dentro de este último las proyecciones serían: daño a la vida en relación, daño estético, daño sexual, daño síquico ya daño al proyecto de vida<sup>23</sup>.

La pregunta es si realmente se justifica o resulta útil una nueva categoría de daño. Se cumpliría una función de progreso proponiendo más clases de daños que los contenidos en el Código? Y nuevamente recurrimos al lenguaje. En primer lugar en el Código Civil Argentino, el legislador establece dos clases de daños, el patrimonial (arts.1067,1068 y 1069) y el moral (arts. 522 y 1078), o sea se prescriben dos tipos de daños distintos. Si a ello agregamos que al daño moral el código no lo circunscribe sólo a determinados supuestos, como sucede en otras legislaciones, nada impide que los juristas construyan un concepto de daño moral que sea comprensivo de supuestos que están comprendidos en el llamado "daño a la persona". Por lo tanto y mientras se mantenga la expresión normativa "agravio moral", no parece útil introducir desde la dogmática nuevas clasificaciones porque ya no describirían algo sobre las normas, sino otra cosa, y de lege lata la tarea de jurista debe ser básicamente descriptiva, si bien para describir estos tipos de daños contenidos en el Código, formulen conceptos estipulativos sobre lo que se entiende por uno y otro.

En los proyectos de reforma se postula: a) En el de Unificación de la legislación civil y comercial (Proyecto de 1993) se mantienen los dos tipos de daños, el art. 1068 se refiere a daños de naturaleza moral o material. b) El proyecto Reformas al Código Civil de 1993, utiliza la expresión daño material y daño moral (art. 1567). c) En tanto el proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998, no utiliza la expresión daño moral. El art. 1600 establece el alcance del daño, en el inc.b, se refiere a daño extrapatrimonial que comprende: daños al que interfiere en el proyecto de vida, perjudicando a la salud física o psíquica o impidiendo el pleno disfrute de la vida, así como al que causa molestias en la libertad, en la seguridad personal, en la dignidad personal, o en cualesquiera otras afecciones legítimas. El art. 1601 establece que son reparables el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial.

### 5. Reflexiones finales

El derecho de daños cumple varias funciones, pero la clásica y tradicional y que conformó la esencia de la responsabilidad civil fue y es la

<sup>23</sup> PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral*, ob.cit., cap.II, expone las ideas de quienes participan de nuevas categorías de daños. El autor no comparte la irrupción de otras clasificaciones, y considera que tampoco son necesarias admitirlas en nuestro derecho.

resarcitoria. En este sentido los perjuicios que se pueden ocasionar son de dos tipos: patrimonial y moral. La necesidad de precisar el concepto de daño moral fue —y es aún— motivo de controversias, pero lo que más ocasionó el debate fue la cuestión de establecer si correspondía o no la reparación de esa clase de daño. En una primera etapa la mayoría de los juristas coincidían, por diversas razones, en que la reparación era improcedente pero, con posterioridad, las opiniones fueron inclinándose progresivamente hacia una posición favorable a la reparación. Por su parte, la legislación en materia de responsabilidad civil acompañó estas últimas posturas.

Con el objetivo de analizar los distintos conceptos y el alcance o límites del daño moral, recurrir al lenguaje fue el punto de partida y eje de este trabajo. Así el término "daño" presenta la característica relevante de considerarse como una invasión a una esfera jurídica ajena, pero a los efectos de proceder su indemnización se requieren ciertas condiciones: que sea cierto, personal —aunque no necesariamente exclusivo— del accionante y derivar de la lesión a un interés patrimonial o extrapatrimonial del damnificado. Que afecte o lesione un interés patrimonial o extrapatrimonial, es lo que conocemos como denotación o aplicación del término, siempre referido al marco normativo-jurídico.

El Código Civil Argentino, se refiere a la expresión "daño" en varios artículos, como también a los tipos de daños que ordena sean reparados, pero no define, por lo que es función de los juristas hacerlo. Se consideraron los caminos propuestos por distintas corrientes de opinión de la doctrina, para conceptualizar al daño moral y se advierte que hay acuerdo básico en considerar que afecta derechos de carácter extrapatrimonial. En cuanto a los desacuerdos para caracterizar como se produce el daño a estos derechos, no parece ser una disputa genuina, en el sentido que conduzca a diferentes resultados, solo que algunas —como la que atiende a las consecuencias— ofrecen más elementos en el momento de la valoración y cuantificación.

En cuanto a que tipo de concepto o definición revisten los propuestos, son doctrinarios y con sentido normativo, porque se construyen teniendo en cuenta las disposiciones normativas, pero no dejan de ser estipulaciones, porque son fruto de la decisión de quien las formula, asignando un significado específico a la expresión "daño moral", si bien, en alguna medida, también informan sobre la costumbre lingüística del uso del término.

Respecto al alcance del "agravio moral", el Código utiliza una expresión amplia, por lo que no impide comprender todos los supuestos de daño a la persona en sus afecciones extrapatrimoniales y que van más allá del dolor, angustia o sufrimiento padecido inmediatamente de causado el daño. Atento a ello se considera que mientras se mantenga en el Código la

locución amplia "agravio moral" no resulta útil que la doctrina introduzca nuevas clasificaciones que van mas allá de las contenidas en el Código, esto es: patrimonial y moral.

La expresión "daño moral", utilizada por el legislador argentino y también en parte del derecho comparado, no es aceptada por todos. Así también se usa *perjuicio moral*, *agravio moral*, *daño no patrimonial*, *daño no económico*, *daño extrapatrimonial*, *daño espiritual*, *daño a la integridad espiritual*. En los Proyectos de reforma al Código Civil Argentino, se mantiene la expresión moral en dos de ellos, mientras que en el Proyecto de 1998 se refiere a: daño patrimonial por un lado y daño extrapatrimonial por el otro. Ahora bien, considero que usar la expresión daño moral no alude a tipos de moral, sino simplemente como opuesto al daño patrimonial. De todos modos para despejar dudas, quizás resulte mas adecuado llamarlo extrapatrimonial, que además es el opuesto indicado.

#### Referencias bibliográficas

- ABRIL, CELIA B., "¿Existen Derechos que no sean Sociales?", *Anuario XI, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, UNC. Córdoba*, 2009.
- ALCHOURRÓN, CARLOS E.- BULGAIN, EUGENIO, "Norma jurídica", en *El derecho y la justicia, II. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, edición de Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta, Madrid, Trotta S.A., 1996.
- ATIENZA MANUEL, *Introducción al Derecho*, Barcelona, Barcanova, 1985.
- ATRIU, FERNANDO, "Existen derechos sociales", *Revista Virtual Cartapacio de Derecho*, vol. 4, 2003.
- BUEBES, ALBERTO J., "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta", en AA.VV., *Derecho de daños*. Primera parte. Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe, Bs.As. Ed. La Roca, 1991.
- CALBAMIGLIA, ALBERT, *Introducción a la Ciencia Jurídica*, 1ª ed., Barcelona, Ariel, 1986.
- GUIBourg, RICARDO A., GIBGLIANI, ALBJANDRO M. Y GUARINONI, RICARDO V., *Introducción al conocimiento científico*, 2ª ed., Bs.As., Eudeba, 1966.
- GUIBOURG, RICARDO, "Lo bueno y lo malo", en *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*. Bs.As., Colihue, 2004. *Deber y saber. Apuntes epistemológicos para el análisis del derecho*. México, Fontamara.
- *Deber y saber. Apuntes epistemológicos para el análisis del derecho*. México, Fontamara.
- MOSETT ITURRASPE, JORGE, "Más allá del daño moral: El daño a la persona", en *Diez años del Código Civil peruano. Balance y perspectivas*. Congreso Internacional, Universidad de Lima, 1994.
- ONGAZ, ALFREDO, *El daño resarcible*. Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1980.

PIZARRO, RAMÓN DANIEL, *Daño moral. Prevención/Reparación/Punición. El daño moral en las distintas ramas del derecho*, Bs. As., Hammurabi, 1996.

PIZARRO, RAMÓN DANIEL - VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, 2, Bs. As., Hammurabi, 1999.

TOSTO, GABRIEL, "Los significados de "daño", en *Semanario Jurídico. Fallos y Doctrina*, Córdoba, Argentina, jueves 3 de junio de 2010. Año XXXII, n° 1759.

TRIGO REBERSAS, FÉLIX A. - LÓPEZ MESA, MARCELO J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, T. 3, Bs. As., La Ley, 2005.

ZANNONI, BERNARDO A., *El daño en la responsabilidad civil*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 1987.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento del daño moral*, Bs. As., Astrea, 2009.

— *Actuaciones por daños*, Bs. As., Hammurabi, 2004.







## **TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN. ANÁLISIS SUSTENTABLE. APLICACIONES EN EL CIRCUITO COMERCIAL Y EN EL MERCADO LABORAL**

*Cecilia María Ferrero\*  
Soledad García Ceballos\**

**Resumen:** Se razonará sobre el impacto que provoca la incorporación de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) en la vida cotidiana y en el funcionamiento del entramado social. Se advertirá sobre la necesidad de que este proceso se desarrolle de forma sustentable, es decir, de manera tal que contribuya al bienestar social. A estos fines, se informará de algunos guarismos que señalan este fenómeno y se reseñarán conceptos de tecnologías aplicadas al Internet. Puntualmente y como corolario de un proyecto de investigación terminado, se desarrollarán aspectos técnicos vinculados a las TIC y su aplicación al circuito comercial, orientado hacia el Comercio Electrónico, especialmente a la transferencia de fondos (TEF) y su valor probatorio. Además, se analizará la forma en que las TIC colaboran con la inclusión en el mercado laboral y sobre esta particular, el aporte del teletrabajo a este proceso. Reseñaremos las definiciones de teletrabajo, enumeramos las ventajas y desventajas que ofrece, advirtiendo sobre la necesidad de legislar incentivos fiscales a nivel Nacional para fomentar la inversión en TIC y su capacitación como forma de inclusión laboral. Finalmente se concluirá sobre la importancia de incorporar TIC en la gestión social y desarrollo económico de los países y en el deber de estos de ejercer su rol de forma eficiente coadyuvando en la creación de un nuevo marco regulatorio como elemento clave para fomentar la inversión y el trabajo, el desarrollo de los mercados y el acceso de la ciudadanía a los nuevos servicios.

**Palabras clave:** Tecnologías de la Información y Comunicación - Sociedad de la Información - Internet - Sitio web - Correo Electrónico - Redes Sociales - Comercio Electrónico - Transferencia Electrónica de Fondos - Teletrabajo - Inclusión Socio-Laboral - Necesidad de Incentivos Fiscales - Desarrollo Sustentable.

\* FERRERO, Cecilia María, Abogada, Asistente en Investigación en el Proyecto Tecnologías de Información y Comunicación Social bajo la Dirección del Dr. Ricardo S. Bianciotti - RESOLUCIÓN CIJS 31/09, Prosecretaría Letrada de Fiscalía General.

\* GARCÍA CEBALLOS, Soledad, Abogada, Escribana, Asistente de Magistrado de Juzg. CC Laboral, Fto. y Videncia Familiar Río II de Córdoba, Asistente en Investigación Resolución CIJS 31/09 - 28/09.

## I. Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC)

Tanto en el ámbito de la ciencia como en el de la filosofía lo que nos incita a la investigación y a la reflexión es lo que nos causa sorpresa. Y lo que nos causa sorpresa es aquello que admiramos. Cuando ocurre ello nuestro espíritu tiende a desvelar la causa de nuestra admiración para que nos lleve a conocer más profundamente el fenómeno<sup>1</sup>.

Sorprende nos causa el desarrollo inusitado del fenómeno de las tecnologías de la información y la comunicación. La era digital nos ubica en la necesidad de repensar importantes aspectos vinculados con la organización social, de la tecnología, la economía, la libertad y la privacidad.

La complejidad del tema requiere un análisis superador de visiones ingenuamente felices sobre el mundo informático<sup>2</sup>.

En sentido positivo, las TIC tienen como fin mejorar la calidad de vida de las personas dentro de un entorno que se integra a un sistema más amplio de información interconectado —sociedad de la información— influyendo de manera profunda en las actividades sociales, culturales y económicas. Nos referimos a Tecnologías con alto impacto en la sociedad, que por su capacidad de innovación e inversión generan crecimiento y empleo, convirtiéndose en factor clave para el desarrollo de la economía; que repercuten en la administración de los gobiernos, en la virtualización de los puestos de trabajo como proveedores de servicios remotos, en la educación a distancia con los entornos virtuales o la enseñanza no presencial y en el ámbito de la salud con las historias clínicas electrónicas que permiten la interconexión con sistemas de bancos de sangre, laboratorios, hemodiálisis, etc.<sup>3</sup>

Las TIC acaparan un enorme poder —por sobre otras fuerzas del mercado— por sus múltiples beneficios a la humanidad y a la vida en sociedad: acortan las distancias territoriales y lingüísticas-culturales, no existe limitación alguna con los horarios en cualquier punto del planeta en donde uno se encuentre, e incluso reducen los espacios físicos permitiendo acceso a un libre flujo de información, esto es, de manera ilimitada, a través de un ordenador.

<sup>1</sup> GHIRARDI, Olsen A., *Modalidades del razonamiento judicial*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2001, p. 25

<sup>2</sup> LORENZETTI, Ricardo, Correo electrónico y defensa del consumidor, *La Ley* 200-D, 1003-LLP 2000, 01/01/2000, 1186

<sup>3</sup> BEANCIOTTI, Ricardo, FERRERO, Cecilia, GARCIA, Ma. Soledad, VERDUZCO, Dolores, ANDRES, Laura, GONZALEZ, Zulma; *Tecnologías de la Información y Comunicación Social (TICS)*, Anuario XII, C.I.J.S. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, Ed. La Ley, B.A., 2010, p. 231

## 1. TIC sustentables

Algunas cifras denotan la evolución tecnológica en las sociedades latinoamericanas y las del resto del mundo; así en números, la importancia de las TIC en la economía mundial del nuevo milenio se vuelca en estos datos: en los países de la OCDE<sup>4</sup> la intensidad de las TIC se incrementó a un promedio de 8.3% en 2001, arrastrado por un gran crecimiento en los servicios de telecomunicaciones. El software aún representa menos del 10% del total del mercado de las TIC, pero está creciendo casi 16% por año desde 1992. América Latina y el Caribe (ALC), a pesar del considerable crecimiento del sector en telecomunicaciones en los últimos años, todavía presenta niveles muy bajos de teledensidad comparado con economías desarrolladas. En el año 2002, Brasil y México poseen el mayor número de usuarios de Internet en ALC; el resto de la región conforma un 20 % del total (UIT, abril 2002<sup>5</sup>). En el año 2005 el número de usuarios en la Región es en aproximación de 140 millones, de los cuales Brasil y México conformarán un 59 % del total. Los países de ALC muestran una ligera evolución debido al crecimiento de Internet en la región. (UIT, abril 2002). En Argentina, aún en una de las peores crisis económicas de su historia (diciembre del 2001 en adelante), el número de cibernautas no sólo no ha disminuido, sino que ha aumentado un 8%: se ha limitado a pasarse de los servidores pagos y las conexiones hogareñas a servidores granitos y equipamientos de acceso colectivo a Internet, como los cibercafés y los centros tecnológicos comunitarios (CTCs)<sup>6</sup>. Estas cifras van en significativo aumento año a año, evidenciando el predominio técnico-económico de los indicadores en uso fundamentalmente por los sectores empresarios y las organizaciones ligadas al desarrollo económico. Al respecto, existe un amplio consenso de todos estos estamentos de que la innovación tecnológica es un conductor y una fuente importante de crecimiento económico pero desarrollado de manera sostenible en el nuevo milenio. En este sentido, el progreso de la economía mundial debe estar orientado al impulso de políticas para una sociedad de la información inclusiva socio-económicas, incluidas las po-

<sup>4</sup> OCDE es la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico; <http://www.oecd.org>

<sup>5</sup> La UIT (ITU) es la Organización de las Naciones Unidas para las tecnologías de la información y la comunicación; [www.itu.int](http://www.itu.int)

<sup>6</sup> FINQUELIEVICH, Susana y otros: "Indicadores de la Sociedad de Información en Educación, Ciencia, Cultura, Comunicación e Información, en América Latina y el Caribe" Segundo Taller sobre Indicadores de Sociedad de la Información Red de Indicadores de Ciencia y Tecnología Iberoamericana / Interamericana (RICYT) y Observatorio das Ciências e das Tecnologias (OCT), Lisboa, 27 y 28 de febrero de 2003, auspiciada por UNESCO Montevideo: "Observatorio de la Sociedad de la Información" de la UNESCO-Montevideo, Agosto - Noviembre 2002; <http://www.uba.com.ar/~finquel@ciudad.com.ar/>

líticas relativas a acceso, infraestructura y un entorno propicio en la búsqueda de soluciones para los problemas que enfrenta el mundo hoy en día, incluyendo la crisis de energía y los alimentos y cambio climático.

En la Cumbre de Túnez (2005)<sup>1</sup> Naciones Unidas (U.N.) reafirma los principios de la Declaración de Ginebra de 2003 sobre la **Sociedad de la Información**, convencidos de que esta es una oportunidad excepcional de crear mayor conciencia acerca de las ventajas que las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) pueden aportar a la humanidad y de la manera en que pueden transformar las actividades y la vida de las personas, así como su interacción, despertando así una mayor confianza en el futuro (art. 5).

Esta ocasión es aprovechada para que N.U. establezca pautas dirigidas a todos los Estados y también al sector privado acerca de cómo debe ser la construcción de la Sociedad de la Información. Y en este sentido, considera que la misma estará centrada en la persona, abierta a todos y orientada al desarrollo, con arreglo a los objetivos y a los principios de la Carta de las Naciones Unidas, el derecho internacional y el multilateralismo, y respetando plenamente y apoyando la Declaración Universal de los Derechos humanos, a fin de que todos los pueblos del mundo puedan crear, consultar, utilizar y compartir la información y el conocimiento para alcanzar su pleno potencial y lograr las metas y los objetivos de desarrollo acordados internacionalmente, incluidos los Objetivos de Desarrollo del Milenio (art. 2).

De esta manera reafirma la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluido el derecho al desarrollo, enunciados en la Declaración de Viena. Y fundamentalmente admite que la democracia, el desarrollo sostenible y el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como la buena gobernanza a todos los niveles, son interdependientes y se refuerzan entre sí. Asimismo reconoce que la libertad de expresión y la libre circulación de la información, las ideas y los conocimientos son esenciales para la Sociedad de la Información y benéficos para el desarrollo (arts. 3 y 4).

**1.1 TIC e Internet.** Desde otra perspectiva, habitualmente se presenta a las TIC en relación a su principal implementación (Internet). Internet está liberando su potencial real. Casi sin que nos percatemos, se están produciendo cambios fundamentales en las formas en que los usuarios se acercan a la web. Tienen que ver en parte con nuevas

<sup>1</sup> CMSI - Cumbre mundial sobre la Sociedad de la Información - Ginebra 2003 - Túnez 2005; Naciones Unidas - UIT

plataformas y desarrollos, y se deben a las novedosas formas de uso que están llevando a cabo los propios navegantes.

Contrariamente a lo que muchos creen, la red está formada, fundamentalmente, por conceptos más que por tecnologías. Desde sus inicios, la idea matriz detrás de la constitución de la web tiene que ver con dos ideas rectoras: colaborar y compartir información. Pero debieron pasar algunos años hasta que esas líneas nucleares se consolidaron y bajara de manera efectiva a los usuarios. La explosión de las redes sociales demuestra que ese deseo inicial de crear una plataforma de interacción y colaboración se está logrando<sup>9</sup>.

## 2. Algunos conceptos

En torno a esta vinculación de las tecnologías asociadas a Internet se van generando múltiples aplicaciones tecnológicas y de la comunicación —website, correo electrónico, redes sociales, etc.—, de las cuales sólo vamos a desarrollar algunas nociones.

**2.1. Sitio web.** Así, técnicamente un sitio web es un conjunto de páginas web que están relacionadas entre sí, por lo general porque se ingresan desde un mismo dominio (o porque mantienen constante la raíz de la dirección URL<sup>10</sup>). Un sitio web puede estar constituido de una o más páginas web. La página web principal de un sitio web suele llamarse *index*, que puede tener la extensión .htm, .php, .asp, entre otras. Según los especialistas, los sitios web son accedidos a través de una dirección URL (generalmente un dominio), utilizando un programa navegador web<sup>10</sup>. Con respecto a los buscadores de internet, un sitio web puede aparecer o no en los resultados de búsqueda que hacen los usuarios en un buscador, es decir que solamente si está indexado y si cumple con las políticas de este último.

Algunos sitios web requieren una suscripción para acceder a algunos o todos sus contenidos. Ejemplos de sitios con suscripción incluyen muchos portales de noticias, sitios de juegos, foros, servicios de correo electrónico basados en web, sitios que proporcionan datos de bolsa de valores e información económica en tiempo real, etc.

<sup>9</sup> BRIGNARDELLO, Hernán - managing director The Content Factory @ hntuc | The Social Media Agency, Facebook y una nueva forma de entender la red, <http://www.hntuc.com>

<sup>10</sup> URL raíz común llamado portada, que normalmente reside en el mismo servidor físico. Los URL organizan las páginas en una jerarquía, aunque los hiperenlaces entre ellas controlan más particularmente cómo el lector percibe la estructura general y cómo el tráfico web fluye entre las diferentes partes de los sitios; [http://es.wikipedia.org/wiki/Sitio\\_web](http://es.wikipedia.org/wiki/Sitio_web)

<sup>11</sup> [www.alegria.com.ar](http://www.alegria.com.ar)

**2.2. Correo Electrónico.** Para entender de que se trata es preciso referirse a las comunicaciones por computadoras (CMC), entendidas como el intercambio de mensajes e informaciones, así como al acceso a fuentes de datos, independientemente de la distancia física, utilizando computadoras y equipos de telecomunicaciones tales como teléfonos y modems<sup>11</sup>.

Se ha sostenido que el correo electrónico es "una de las aplicaciones más frecuentemente utilizadas de las comunicaciones por computadoras. Con el correo electrónico las personas pueden enviar mensajes a un receptor, o a varios receptores simultáneamente, con un tiempo de envío breve, que va de los pocos segundos a algunas horas, dependiendo del servicio utilizado<sup>12</sup>, tanto a destinatarios locales como a los ubicados en distintas ciudades y países.

También se ha dicho que "Es un medio para enviar mensajes escritos de un equipo a otro a través de una red"<sup>13</sup>; "un equivalente electrónico del correo convencional con papel por el cual las personas pueden enviar mensajes a un receptor, o a varios receptores simultáneamente"<sup>14</sup>.

Se lo ha descrito como "un vínculo de comunicación asincrónica, *"one to one"*, que permite enviar datos de una computadora a otra, un medio de transmisión de contenido a distancia, por medio de la red de comunicaciones existentes (telefonía fija, inalámbrica, satelital)"<sup>15</sup>. En otras palabras, el *e-mail* refiere al sistema mediante el cual se puede enviar y recibir mensajes desde una casilla de correo de una persona hacia la

<sup>11</sup> "El correo electrónico @ su alcance", publicación de "El servicio de enlace con las organizaciones no gubernamentales de las Naciones Unidas (SLNG.)" y Fundación Friedrich Ebert (Nueva York), <http://www.fes.de/organisation/americas/handbook/esp/index.html>

<sup>12</sup> Algunos hitos relevantes en el desarrollo del correo electrónico: octubre 1969: Leonard Kleinrock manda el primer mensaje de e-mail a un compañero en Stanford; marzo 1972: Ray Tomlinson, autor del primer software para correo electrónico, elige el símbolo @ para direcciones; febrero 1976: La reina Isabel II es la primera jefa de Estado en mandar un mensaje de e-mail; otoño 1976: Jimmy Carter y Walter Mondale utilizan correo electrónico todos los días durante su campaña para coordinar itinerarios. Un mensaje simple cuesta cuatro dólares; septiembre 1999: El college de Colby en Waterville, Maine, es una de las instituciones primeras de educación superior en asignar cuentas de correo a todos sus estudiantes; enero 1994: El New Yorker publica una entrevista sobre correo electrónico con Bill Gates, quien escribe: "Nuestro correo es totalmente seguro" (Albarrán Lozano, Irene/ y Pablos Heredero, Carmen del C y Montero Navarro, Antonio/ A (1999) *Uso del correo electrónico: un análisis empírico en la Universidad Complutense de Madrid*; <http://eprints.ucm.es/6476/>

<sup>13</sup> TORNABENE María L., "Internet para Abogados", Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 208 (ob. cit., GALDOS, Jorge Mario; *Correo Electrónico Privacidad y Daños*, Rev. De Derecho de Daños 2001-3-157; <http://www.alka-redi.com/ispidos.pdf>

<sup>14</sup> "El correo electrónico a su alcance; un manual sobre el uso del correo electrónico destinado a las ONG en países en desarrollo" <http://www.fes.de/organisation/handbook/esp/index.html>

<sup>15</sup> COLOMBO, Martín, "El mail como medio probatorio" (Galdós, ob. cit)

casilla de correo a otra. Es un sistema que permite la emisión y recepción de mensajes<sup>16</sup>. Para ello los usuarios deben contar con una casilla o dirección de correo electrónico y un agente de transferencia de mensajes (ATM). La cuenta o dirección de correo electrónico se configura alrededor de la arroba (@) donde la expresión ubicada a la izquierda de este signo identifica alfanuméricamente al usuario de esa cuenta y la expresión ubicada a la derecha del signo, se refiere al servidor de correo o proveedor de servicio. La comunicación por correo electrónico se realiza sobre protocolos de transferencia de archivos, como el SMTP<sup>17</sup> y el POP<sup>18</sup>.

**2.3. Redes Sociales.** Según un estudio reciente de ComScore<sup>19</sup>, Argentina es el tercer país del mundo con mayor uso de Facebook: 8.4 horas mensuales en promedio, sólo por debajo de Rusia e Israel. Además, el país registra 27.4 horas de navegación por usuario, lo que lo ubica más 4 horas por encima del promedio mundial de 23.1 horas.

Según la empresa ComScore, el mercado en América Latina sigue creciendo a nivel mundial, con una tasa del 14% superado sólo por Medio Oriente y África (usuarios mayores de 15). Argentina presenta en la actualidad un número de 12.9 millones de internautas (marzo de 2011). Las principales variables tenidas en cuenta para medir Internet son el tamaño de la audiencia y el tiempo que se invierte on line. Argentina supera el promedio mundial en horas de navegación en Internet (4 horas por usuario) debido a una alta penetración de banda ancha. Las personas de 15-24 años son los que más usan Internet ("Heavy Users") superando a cualquier otro grupo etario de América Latina, como también el promedio mundial y regional de su grupo etario. Y el 30% del tiempo on line está consumido en redes sociales (Facebook, Twitter, etc.).

Internet también impacta en el proceso de decisión de compra (e-commerce), convirtiéndose en un factor muy importante al momento de tomar la decisión de compra. Los sitios de cupones han crecido ostensiblemente (Groupon entre otros.) Así se calcula que 15 de cada 100 personas que navegan en Internet están visitando sitios de cupones o ventas on-line, lo supone que el usuario invierte tiempo, horas de navegación en

<sup>16</sup> GALDOS, Jorge Mario; *Correo Electrónico Privacidad y Daños*, Rev. De Derecho de Daños 2001-3-157; <http://www.alfa-redi.com/~galdos.pdf>

<sup>17</sup> Simple Mail Transfer Protocol, que utiliza los protocolos TCP-IP, que son un software de dominio público que permite la transmisión de datos en Internet. Para ampliar ver nuestros trabajos supra citados.

<sup>18</sup> Post Office Protocol o Protocolo de Oficina de Correos, que permite al usuario leer de manera personalizada su correo, accediendo al host o servidor en el que se alojan los correos recibidos por medio del SMTP. La versión actual es el POP3.

<sup>19</sup> <http://www.comscore.com>. © 2011 comScore, Inc.

estos sitios (categorías travel, bancos, automóviles, entre otros) antes de tomar una decisión vinculada al consumo.

## II. Tecnologías y Comercio.

**1. En las Transferencias Electrónicas de Fondo (TEF) y su valor probatorio.** La combinación del circuito comercial con las nuevas tecnologías, dio lugar a nuevos desafíos, en particular la adaptación de los medios de pago tradicionales en el nuevo contexto. Dirigimos la mirada hacia el Comercio Electrónico, especialmente a la transferencia de fondos (a partir de ahora TEF). Sabemos que los bancos, fueron los pioneros en efectuar estos movimientos (e-banca), incluyendo las TEF<sup>20</sup> en los servicios de órdenes, que pueden darse través de Internet<sup>21</sup>. Los mismos, dependerá de la política que adopte cada Estado; vgr. la Recomendación 97/489 de la Comunidad Europea, al describir las transacciones por medios de pago electrónico y al referirse a la instrumentación<sup>22</sup>, solo contiene pagos realizados mediante dinero electrónico (ej. tarjeta de crédito) y herramientas de acceso remoto, llamados medios de pago recargables (ej. tarjetas inteligentes). Nada dice sobre los pagos en Internet. En Italia, la doctrina considera TEF, sólo a las efectuadas por entidades bancarias mediante circuito cerrado<sup>23</sup>. En cambio, en Perú, incluye los pagos efectuados en Internet, al referirse a otros servicios de valor añadido, a las microformas<sup>24</sup>

<sup>20</sup> RINCON GARDENAS, Erick "Principios de Seguridad en Banca Electrónica, y la Ley 527 de 1999". AR: Revista de Derecho Informático ISSN 1681-5726 Edita: AMa-Bedl No. 070 - Mayo 2004. <https://www.alfa-redi.org/ndi-articulo.shtml?r=1099>

<sup>21</sup> VITTONI DAVILA, Alberto "Riesgos de la Contratación Bancaria Electrónica en el Derecho Comparado con la legislación colombiana" No. 062 - Mayo 2003. <http://www.alfa-redi.org/ndi-articulo.shtml?r=952>

<sup>22</sup> *Herramienta dal titolare di effettuare le operazioni*" di "trasferimento di fondi mediante strumenti di pagamento" titolare para realizar operaciones de TEF por medios de pago electrónico, ad eccezione dei trasferimenti conferiti su istruzioni ed eseguiti da Istituzioni elettroniche, excepto las transferencias realizadas por entidades financieras; nonché le operazioni di ritiro di denaro contante e caricamento o scaricamento di finanziarie, ritiro de efectivo y de carga o descarga tall strumenti presso attrezzature come le casse automatiche e gli sportelli automatici, nonché installazioni come cajeros automáticos, y presso l'emittente o presso un ante obbligato contrattualmente ad accettare detti strumenti per el emisor o Istitución contractualmente obligados a aceptar estas herramientas pagamento" de pago.

<sup>23</sup> ROTUNDO, Claudio "Los sistemas de pago para el comercio electrónico - 2/23/11/2000. [www.interlex.it/econom/sistem12.htm](http://www.interlex.it/econom/sistem12.htm)

<sup>24</sup> Art. 1º *microformasi "Immagi... compactada o digitalizada de un documento, que se encuentra grabada en un medio físico técnicamente idénea, que le sirve de soporte material portador, mediante un proceso informático, electrónico, electromagnético o que emplee alguna otra tecnología de efectos equivalentes, de modo que tal imagen se conserve y pueda ser vista y leída con la ayuda de equipos visores, pantallas de vídeo e métodos análogos; y pueda ser reproducida en copias impresas esencialmente iguales al documento original"* y



en el modo de documentos informáticos, los microduplicados y sus copias fieles<sup>25</sup>.

**1.1. En el Ámbito Internacional:** En las Naciones Unidas, la CNUDMI-UNCITRAL al pronunciarse en la Ley Modelo sobre E-Comercio (1996)<sup>26</sup>, sobre el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos expresa, *"no se negará efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que este en forma de mensajes de datos"* (Art. 5). Se agrega la misma aplicación al mensaje de datos en forma de remisión (Art. 5 bis). En cuanto a la admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos (Art. 9), no será de aplicación la regla que obstaculice la admisión como prueba de un mensaje de datos; por ser solo tal, o no haber sido presentado en su forma original, si es la mejor prueba que se presenta. Y toda información presentada en forma de mensaje de datos gozará de la debida fuerza probatoria (Art. 13). Al valorar un mensaje de datos, se habrá de tener presente la fiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado al mensaje, además el modo en la que se haya conservado la integridad de la información, la manera en la que se identifique su iniciador u otro factor pertinente.

Si se considera, al acto de la TEF comprendido en un documento electrónico<sup>27</sup>, nos situamos ante el asunto del denominado documento electrónico y su valor probatorio.

define microduplicado "reproducción exacta o copia del elemento original que contiene microformas, efectuada sobre un soporte material similar, en el mismo tamaño y formato; y con efectos equivalentes"

<sup>25</sup> Marco Legal de la Microforma Digital. Decreto Legislativo 681, art. 13.

<sup>26</sup> Art. 1° Comercio Electrónico en Gral., ámbito de aplicación "... Asimismo será de aplicación a todo tipo de información en forma de mensaje de datos utilizados en el contexto de actividades comerciales, interpretando de manera amplia. Abarcando cuestiones sueltas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, vgr: operaciones comerciales de suministro o intercambio de bienes o servicios, de banca etc." Res. Gral. de la Asamblea 51/162 de 16.12.1996. <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/ml-electsig-4.pdf>.

<sup>27</sup> "La fijación en un soporte electrónico (u óptico) de información, que queda registrada en la memoria auxiliar de la computadora, incluyendo en este concepto los medios técnicos necesarios para la recuperación de la información (hardware y software)." Concepto amplio de E. Malina Quiroga <http://www.dpi.bioetica.org/docdpl/analisis.htm>: "formado por el ordenador a través de sus propios órganos de salida, y es perceptible por el hombre, sin intervención de máquinas inductoras". OLMOG IASSO, M. Teresa "Derecho Informático. Valor Probatorio de los Documentos Electrónicos". 2009 [www.buenastareas.com/temas/obligaciones-segun-1820](http://www.buenastareas.com/temas/obligaciones-segun-1820) ;"la representación de datos, hechos o actos elaborados, generados, transferidos, comunicados y/o archívos a través de medios electrónicos, ópticos u analógicos" opina ESPINOZA CESPEDES, José R. en "Contratación Electrónica, Medidas de Seguridad y Derecho Informático. Art. 4." [www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2940/19.pdf](http://www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2940/19.pdf). Aunque Fernando Ruiz plantea que la mayoría de las TEF se realizan a través de documentos electrónicos en sentido estricto, tal como ocurre con las tarjetas magnéticas y las tarjetas inteligentes. Y diferencia el caso de los bolatos o tickets emitidos por los cajeros automáticos u terminales de punto de venta con-

En Italia, la primera norma que recoge el principio de la plena validez de los documentos informáticos es la *Ley 59 del 15/03/97* y el *Reglamento del Consejo de Ministros del 31/10/97*. Según este último, los documentos informáticos serán válidos y eficaces a todos los efectos legales si son acordes a sus exigencias (Art. 2). Además, los contratos realizados por medios telemáticos o informáticos mediante el uso de la firma digital son equiparados a la escrita en soporte papel (Art. 10.2), y serán válidas y eficaces a todos los efectos legales (Art. 11.1), según comenta Cuervo<sup>24</sup>. En cambio en España, es la *Ley 59/2003* que sigue los lineamientos de la Directiva 1999/93/CE, en pos de seguridad y validez en la emisión y recepción de comunicaciones y documentos por medios electrónicos, informáticos y telemáticos entre la Administración General del Estado, otras Administraciones y los ciudadanos, teniendo en cuenta la ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, del Procedimiento Administrativo Común, (1992) y del Real Decr. 283/96.

Es el Banco de España el que crea mediante la circular 8/88, el reglamento del Sistema Nacional de Compensación Electrónica, marcando un hito para la protección y seguridad necesaria en la identificación para el acceso a la información, al indicar que la información se cifrará, para que las entidades introduzcan un dato de autenticación con la información de cada comunicación, por lo que se le reconoce a este método el mismo valor que el que posee la firma en soporte papel.

DI Martino<sup>25</sup> cita a Isabel Hernando comentando que, si los mensajes EDI, —incluimos las TRF— se transmiten mediante medios auténticos como la firma digital, tendrán entre las partes contratantes el mismo valor probatorio que el acordado a un documento escrito firmado. El Código de Comercio español no exige, para que sea eficaz el contrato o la factura, la firma ni ningún otro signo de validez. Además, encontramos los que sostienen la "*Teoría Autónoma*", al referirse sobre los nuevos medios, que tienen naturaleza propia y diferente de las asignadas a los medios tradicionales y para aquellos que sostienen la "*Teoría Analógica*", expresan que, se equipara en lo esencial a los medios tradicionales, posición mantenida por la jurisprudencia y sector importante de la doctrina española. Los soportes magnéticos o electrónicos fueron equiparados al documento, lo que obli-

siderados documentos electrónicos en sentido amplio en "El Documento Electrónico frente al Derecho Civil y Financiero No. 016 - Nov. 1999". <http://www.sida-vedi.org/rdi-articulo.shtml?z=364>.

<sup>24</sup> CUERVO, José, "Firma Digital y Entidades de Certificación" [http://www.informatica-juridica.com/trabajos/firma\\_digital.asp](http://www.informatica-juridica.com/trabajos/firma_digital.asp).

<sup>25</sup> DI MARTINO ORTIZ, Rosa E. "II Congreso Mundial de Derecho Informático. El Notariado de tipo Latino en la contratación electrónica", Madrid, 2002. <http://www.lgd.org/congreso/ponencia.htm>

gó a superar la concepción del mismo como "un escrito en soporte papel" para alcanzar la idea de "la representación en cualquier soporte", pasándose, así, desde una tesis estricta a una amplia (tesis de la representación), mediante interpretación extensiva del término "instrumento" utilizado por el Art. 1215 CC español. Se cree que, es fuente de problemas de interpretación y aplicación, la naturaleza que se le atribuye a los instrumentos regulados, del criterio de valoración escogido, quedando sometidos, en cuanto a su fuerza probatoria, a la voluntad del juzgador"<sup>28</sup>. Es importante saber que, la información hallada en un soporte magnético o digital puede ser identificada con un medio capaz de certificar que un documento existía, creado o actualizado, en un instante de tiempo histórico determinado. Es de aplicación a nuestro interrogante, si consideramos a las TEF realizadas a través de Internet y enmarcadas dentro del documento electrónico, entonces el "sello de tiempo" (time stamping), responde a estas necesidades, en la no se cuestiona la integridad de los datos.<sup>29</sup>

En Estados Unidos son las leyes Federales Rules of Evidence y Best Evidence Rules, las que se refieren a la aplicación de los registros en las computadoras, alegando como prueba la acreditación de la correspondencia entre el denominado "print out" u otra expresión legible que refleja datos con precisión, siendo considerado un "original" ej., los datos existentes en la memoria. Y la Electronic Fund Transfers Act, (1978), señala desde lo probatorio que, cualquier acción que involucre al consumidor, será admisible como prueba, la documentación otorgada por la institución financiera sobre una TEF. Y al referirse a la responsabilidad del consumidor por una transferencia no autorizada, la carga de la prueba corresponde al banco<sup>30</sup>.

Se distingue, en México, los documentos digitales que tienen firma electrónica avanzada o sello digital, que hacen prueba plena, de aquellos que no lo poseen. Estos últimos se remiten al artículo 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles (2000)<sup>31</sup>. Y señalando para su valoración, la apreciación de la fiabilidad del método en que haya sido generada,

<sup>28</sup> GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, Manuel M. "Aproximación a los nuevos medios de prueba en el proceso civil." Universidad de Huelva 2001. <http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyCO1/A05.pdf>

<sup>29</sup> ALCAIDE DE LA FUENTE, A. (2008) *Relaciones comerciales por medios electrónicos*, Edición electrónica gratuita. [www.eumed.net/libros/2008b/556/](http://www.eumed.net/libros/2008b/556/)

<sup>30</sup> LEPORATI, Carlos Luis "El derecho ante el desafío de la informática." Parte I punto 2. La prueba. [www.monografias.com](http://www.monografias.com)

<sup>31</sup> "Art.210-A.-Se reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología... ulterior consulta. "Cuando la ley requiera que un documento sea conservado y presentado en forma original, ese requisito quedará satisfecho si se acredita que la información generada, comunicada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, se ha mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva y ésta puede ser accesible para su ulterior consulta."

comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y ser accesible para su ulterior consulta.<sup>24</sup>

El Código de Comercio en materia de firma electrónica, en cuanto a los efectos jurídicos, dice que *"no serán negados, en cuanto a su validez o fuerza obligatoria a cualquier tipo de información por la sola razón de que esté contenida en un mensaje de datos"* (Art. 90) expresando que se presumirá que, un mensaje de datos proviene del emisor si ha sido enviado por el propio emisor, usando medios de identificación, tales como claves o contraseñas del emisor o por alguna persona facultada para actuar en nombre de éste respecto a ese mensaje de datos o por un sistema de información programado por el emisor o en su nombre para que opere automáticamente. Y en el Código Federal de Procedimientos Civiles se reconoce como prueba la información contenida en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología, dando reglas de valoración para el juzgador. En la Ley Federal de Protección al Consumidor, la utilización de medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología en la instrumentación de las operaciones que celebren proveedores con consumidores, hay bases para la realización de dichas operaciones. El valor probatorio de estos documentos está unido al certificado de las empresas que realizan esta función y su fiabilidad.

La ley 527/1999, vigente en Colombia adopto lo recomendado por la UNCITRAL sobre comercio electrónico, banca en línea y el Principio de la Equivalencia Funcional. Y al referirse al valor probatorio, expresa *"los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria será según lo establecido en el Código de Procedimiento Civil"*. Y *"en toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original"* (Art. 10 *ibídem*). Agrega, que para valorar la fuerza probatoria de los mensajes de datos se tendrán en cuenta, reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos por ley para la apreciación de las pruebas, además, debe observarse *"la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente"* (Art. 11).

Las condiciones del servicio de TEP ofrecidas por entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, —vgr., bancos o entidades ad-

<sup>24</sup> OLMOS JASSO, M. Teresa *ob.cit.*

ministradoras de sistemas de pago de bajo valor—, están determinadas por las partes al celebrar el respectivo contrato, (autonomía de la voluntad -Art. 1602 C.C.) La prueba o el documento soporte de las transacciones realizadas dependerá de lo previsto en el acuerdo. En caso de conflicto entre las partes, por la prestación del servicio y respecto de la prueba en la realización de una transacción, no es competencia de la Superintendencia<sup>24</sup>. En consecuencia, las TEF surten sus efectos solo cuando la orden de transferencia ha sido aceptada por el respectivo sistema, cumpliendo con procedimientos y controles de riesgos definidos por la entidad encargada de procesarlas. Caso contrario, la TEF no surte efecto alguno. Es decir, tiene plena validez y eficacia probatoria, el soporte de la TEF (el mensaje de datos) constituyendo la prueba del cumplimiento efectivo de la respectiva operación<sup>25</sup>. Y los servicios financieros a través de Internet o utilizando la firma digital, se debe solicitar a la entidad de certificación, —Certicámara en este país— la emisión de certificados digitales de sus clientes y las respectivas claves privadas.<sup>26</sup>

En Chile el e-comercio es a través de redes "cerradas" vgr. Redbanc, etc., y no se admite el ingreso de terceros no autorizados o no habilitados.<sup>27</sup> Las operaciones por medio de Internet, son consideradas débiles en cuanto a los mecanismos de seguridad de datos, es morigerado por "SET", "Secure Electronic Transfer" o "Transacciones Electrónicas Seguras", sistema de certificación o validación de firmas electrónicas.<sup>28</sup>

En el estado de Perú, las firmas electrónicas, los certificados, los documentos y/o cualquier elemento o actividad análoga realizada por medios electrónicos, tienen la debida protección legal así como pleno valor probatorio y efecto legal, equiparándose con los elementos tradicionales, si se cumple con requisitos técnicos y jurídicos legales (Arts. 9,10 y 11 reglamento y mod.); las medidas técnicas de seguridad adecuadas para un entorno electrónico, óptico u análogo y creadas por entidades certificadoras reconocidas, siempre y cuando provenga de un *medio debidamente acreditado o reconocido*. Y aquellos medios no reconocidos, no pierden el valor y efecto legal asignado a los primeros, sino que, no tendrán el mis-

<sup>24</sup> TRANSFERENCIA ELECTRÓNICA DE FONDOS - TÍTULO VALOR ELECTRÓNICO - MENSAJE DE DATOS - ACCIÓN CAMBIARIA Concepto 2006033584-001 agosto de 2006. [www.supfinanciera.gov.co/.../Conceptos2006/2006033584.pdf](http://www.supfinanciera.gov.co/.../Conceptos2006/2006033584.pdf)

<sup>25</sup> una orden de transferencia que haya sido rechazada, se entiende inexistente y no surte efecto jurídico alguno.

<sup>26</sup> RINCÓN CARDENAS, Erick ob.cit.

<sup>27</sup> JIJENA LEIVA, Renato "El Comercio Electrónico o vía redes telemáticas". Asociación Iberoamericana de cámaras de comercio. Publicación "Derecho de Alta Tecnología" Número Especial. <http://www.aicn.org/aicn/Default.aspx?tabid=1689>

<sup>28</sup> RUIZ, Fernando: El Documento Electrónico frente al Derecho Civil y Financiero No. 016 - Nov. 1999 <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?z=364>

no valor asignado a la firma y el documento tradicional en papel. En el Marco Legal de la Microforma Digital -Decr. Leg. 681- las modalidades de documento informático, microformas, microduplicados y sus copias fieles utilizadas en la TEF, conservan para todos sus efectos legales su valor probatorio (Art. 13)<sup>40</sup>. En el proceso judicial, administrativo y/o extrajudicial se admite todo lo indicado en este párrafo con pleno valor probatorio y efecto legal, debiéndose adecuar los criterios de las normas procesales para su correcta admisión y valoración procesal. Si se suplanta la identidad del remitente, la solución es el intercambio de claves públicas mediante canales seguros. Una alternativa es, el uso de certificados de autenticidad emitidos por la autoridad que realiza la certificación digital, que de estar contemplado en la legislación le dará efecto legal y puede complementarse con la fe pública informática que le dará el valor probatorio. Este sistema adoptado en el Perú puede encuadrarse en la normatividad aplicable al valor probatorio del documento informático, incluyendo la asimilación de las principales funciones de la autoridad certificadora por el fedatario juramentado con especialización en informática- abogado con certificación de idoneidad técnica dado por el Colegio de Abogados de Lima, (Decr. Leg.681/Ley 28612)- o por el notario público apto mediante su certificado técnico en informática y derecho.<sup>41</sup>

1.2. En nuestro país. El sistema probatorio del Código Civil y el de Comercio, solo hacen alusión al documento escrito sobre papel como medio para fijar el contenido y en la firma como atribución de la autoría de tal acto; sea para su existencia o su prueba.<sup>42</sup> Pero la realidad nos demuestra que, las operaciones bancarias a través de cajeros automáticos, no pueden leer la firma del cliente, pero sí reconocer a su titular con la sola lectura de la banda magnética de la tarjeta que contiene la clave asignada al usuario. La falta de firma —incluida la TEF— en los documentos electrónicos no los excluye como elementos de prueba, más si requiere que sean admitidos o reconocidos por la persona a quien se le atribuye.<sup>43</sup> Su incorporación, al

<sup>40</sup> ESPINOZA CEPEDAS, José Francisco: ob. cit.

<sup>41</sup> NÚÑEZ PONCE, Julio "La Certificación electrónica, internet y la fe pública informática". Revista Peruana de Derecho de la Empresa "Derecho Informático y Teleinformática Jurídica" N° 51 <http://www.teleley.com/4nunez-5L.pdf>

<sup>42</sup> MONTENEGRO, Carlos D. "El negocio jurídico informatizado." <http://www.legalur.com.ar/docu2/infos.htm>

<sup>43</sup> AVILA PAZ DE ROBLEDO, Rosa A. IX Congreso Nac. Deho Procesal Garantista-*Por la real vigencia de los dichos y glosas constitucionales*. Tema La Prueba en el Proceso Civil. Sub-tema: Prueba Informática y documento electrónico. Derivaciones procedimentales. Ponencia Prueba Informática: Documento electrónico, documento digital y Firma digital- aspectos procesales en Argentina y MERCOSUR-2007 [http://www.educacion.org.ar/congreso-procesal/Rosa%20Avila%20Paz\\_%20ponencia%202007.doc](http://www.educacion.org.ar/congreso-procesal/Rosa%20Avila%20Paz_%20ponencia%202007.doc)

proceso judicial se realiza por vía de los medios de prueba innominados.<sup>44</sup> Con respecto a su valor probatorio, se debe señalar que la eficacia de su fuerza de convicción se supedita al sistema de la sana crítica racional, con auxilio de expertos, consultas científicas o técnicas, etc.

Si está contemplado de manera expresa, en el ámbito penal, la comprensión del término documento ampliándose, sin tener en cuenta el soporte utilizado para fijar, almacenar, archivar o transmitir toda representación de actos o hechos (Art.77 in fine C. Penal). Agrega la similitud del instrumento privado y certificado, al documento digital firmado digitalmente.

Sin embargo, en el tema planteado expresamos que, las funciones de autenticidad de autoría y de inalterabilidad del contenido de la declaración de voluntad son eficazmente cumplidas por los nuevos soportes de documentación de los negocios jurídicos, pero sería conveniente la creación legislativa porque, nada se ha dicho sobre TRE, ni si quiera se ha determinado su circuito y menoscabo su valor probatorio.

### III. Tecnologías y Empleo

El incremento de la tasa de desempleo ha sido desde siempre una de las mayores preocupaciones de los gobiernos. En nuestro país, la falta de oportunidades de trabajo es uno de los motivos por los que la población emigra al exterior<sup>45</sup>. En este mundo globalizado y con el avance de las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC) aparece el Teletrabajo como una respuesta al problema del desempleo y como una alternativa para la inclusión laboral, permitiendo a un gran sector de la sociedad trabajar en su país con empleadores de otros lugares del país y del mundo, evitando así la necesidad de emigrar en busca de ofertas laborales.

A continuación se mencionan diferentes nociones de teletrabajo y se analizará de qué manera este aporta a la inclusión laboral y la forma en que las TIC y el Estado pueden colaborar con este proceso.

#### 1. Definiciones de Teletrabajo

Varias son las definiciones que se han esbozado respecto al concepto de Teletrabajo: de acuerdo a la O.I.T.<sup>46</sup> se puede definir como "cual-

<sup>44</sup> Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, art. 378.

<sup>45</sup> BIANCOTTI, Ricardo S. y VERDUZCO Dolores en "Necesidad de legislar incentivos fiscales para el fomento de la inversión en Tecnologías de la Información y Comunicación Social (TICS) y en capacitación del Teletrabajo como alternativas para la inclusión laboral". TELEWORK 2010 Argentina. 15th. International ITA Workshop. Teletrabajo para el desarrollo sustentable 25 al 27 de agosto de 2010 - Buenos Aires - Argentina.

<sup>46</sup> Organización Internacional del Trabajo (OIT).

quier trabajo efectuado en un lugar donde, lejos de las oficinas o talleres centrales, el trabajador no mantiene un contacto personal con sus colegas, pero puede comunicarse con ellos a través de las nuevas tecnologías".

La Asociación Española de Teletrabajo lo ha determinado como "un modo de ejercer la actividad laboral desde cualquier lugar, utilizando las posibilidades que ofrecen las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC)".<sup>47</sup> Y Nilles ha expresado que "Teletrabajo significa sustituir los desplazamientos relacionados con el trabajo, mediante las telecomunicaciones".

Colombia en su Ley de Teletrabajo<sup>48</sup> dice que es, una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación - TIC para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo. El que puede revestir la forma *Autónoma*, que son aquellos que utilizan su propio domicilio o un lugar escogido para desarrollar su actividad profesional, puede ser una pequeña oficina, un local comercial. En este tipo se encuentran las personas que trabajan siempre fuera de la empresa y sólo acuden a la oficina en algunas ocasiones, la forma *Móvil*, son teletrabajadores que no tienen un lugar de trabajo establecido y cuyas herramientas primordiales para desarrollar sus actividades profesionales son las Tecnologías de la Información y la comunicación, en dispositivos móviles o en su caso los *Suplementarios*, que laboran dos o tres días a la semana en su casa y el resto del tiempo lo hacen en una oficina.

En Chile<sup>49</sup> existe el siguiente proyecto de ley: "se regirán por las normas especiales de este contrato, aquellas personas que en forma habitual presten servicios bajo subordinación de un empleador, recibiendo, tratando y enviando información, en su domicilio u otro lugar, fuera de la empresa, y cuya realización se lleve a cabo mediante conexión telefónica e informática, la mayor parte del tiempo de trabajo. Quedan excluidos, de este contrato, las personas que presten servicios, fuera de la empresa, en forma esporádica, mediante conexión telefónica e informática y las personas sujetas a subordinación de un empleador, que no efectúen este tipo de servicios en forma preferente. El no tener normatividad implica

<sup>47</sup> MOTTI, Gabriel, "La Gestión de Riesgos en el Teletrabajo", 5º Congreso de Gestión de Riesgos del Teletrabajo, Buenos Aires, Argentina. Cit. por BIANCROTTI, Ricardo S. y VERDUZZO, Dolores. Ob. Cit.

<sup>48</sup> Ley 1221 de 2008 en Colombia, por la cual se establecen normas para promover y regular el teletrabajo y se dictan otras disposiciones.

<sup>49</sup> Que propone agregar en el título II del libro primero del código del trabajo de Chile, el siguiente capítulo I nuevo: artículo 78.



la existencia de parasubordinación como *modus operandi* para evitar el cumplimiento de obligaciones patronales<sup>29</sup>.

En Argentina, un proyecto de Ley, define al teletrabajo a los efectos de la futura ley como "la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios en los términos de los Arts. 21, 22 de la Ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, en las que el contrato o relación de trabajo es realizado total o parcialmente en el domicilio del trabajador o en lugares distintos del establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de todo tipo de tecnología de la información y de las comunicaciones (Tic's)". Actualmente se está reformando el proyecto en el sentido que la empresa debe proveerle los distintos dispositivos que el empleado requiera para realizar su labor a distancia (que abarcaría notebooks, teléfonos, escritorios, etc.), dado que, en caso de no hacerlo, esto abriría la puerta a futuros reclamos ante eventuales demandas por el no cumplimiento de esta normativa; además "el trabajador deberá estar cubierto por una Aseguradora de Riesgos del Trabajo (ART), más allá de que la mayor parte de la carga horaria la desarrolle en su hogar y el nivel de concurrencia a la empresa sea mínimo"<sup>30</sup>.

En la Carrera de Relaciones del Trabajo de la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA han definido a esta nueva modalidad de contrato laboral afirmando: "El teletrabajo no es una profesión, sino una nueva forma de desarrollar una tarea. Requiere una reorganización cultural para su aplicación eficiente. Puede ejercerse en relación de dependencia, o autónoma/freelance, o por locación de servicios, u otra relación"<sup>31</sup>.

Toselli y Ulla han insinuado que el teletrabajo es un contrato de trabajo que "carece de un elemento esencial del esquema tradicional del contrato de trabajo que es la prestación de tareas en el establecimiento ajeno estando diluido el poder de control y dirección del principal. Existe una auto percepción por parte del trabajador de independencia funcional con autonomía de organización de su actividad en la pautaación de horarios con amplia libertad técnica"<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> SAAD DE BIANCIOTTI, Carla, en "Teletrabajo, su inserción en la legislación laboral argentina" en Anuario XII del C.J.J.S. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Bs. As. 2011; cita que en el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, se conformó en septiembre de 2003, una Comisión de Teletrabajo (Interdisciplinaria), la que elaboró el proyecto de ley; y que en nota del 9 de marzo de 2010, Viviana Díaz, Coordinadora del área de Teletrabajo del Ministerio, informó la intención de elevar un nuevo proyecto.

<sup>30</sup> MOTTA, Ob. Cit. Cit. por BIANCIOTTI, Ricardo S. y VERDUZCO, Dolores. Ob. Cit.

<sup>32</sup> TOSELLI, Carlos Alberto y ULLA Alicia Graciela, "La cuestión del Teletrabajo"; ponencia presentada en el 2001 en el Congreso Regional Americano en Perú, y publicada en el Semanario Jurídico N° 1365. Cit. por BIANCIOTTI, Ricardo S. y VERDUZCO, Dolores. Ob. Cit.

Desde nuestro punto de vista<sup>55</sup> el teletrabajo es una nueva modalidad contractual por la cual se puede ejercer la actividad laboral desde cualquier lugar, en relación de dependencia: Recibiendo y respondiendo a las necesidades del empleador mediante las telecomunicaciones; o de manera autónoma: Recibiendo y respondiendo a las necesidades del cliente mediante las telecomunicaciones. El Teletrabajo ofrece múltiples ventajas tanto para el trabajador como para el empleador o cliente y cumple un rol fundamental en los sectores sociales que han quedado afuera del mercado laboral, a los cuales debidamente capacitados, se puede lograr su inclusión laboral.

## **2. Ventajas y Desventajas del Teletrabajo. Su influencia en la creación de oportunidades de trabajo.**

El teletrabajo, como nueva modalidad laboral presenta varias ventajas y desventajas. Entre las primeras encontramos: la de permitir al trabajador y al empleador ahorrar ciertos costos (Traslados, transporte, correo, fax, papelería Re-cheques), posibilitar al empleado un mejor manejo de los horarios, potenciar las ocupaciones de alta calidad, fomentar la inclusión de discapacitados, beneficiar a la familia, (en el sentido que permite trabajar desde los hogares), sustentar el desarrollo de micro-empresarios y abrir posibilidades para desempleados, que estando capacitados no logran insertarse laboralmente porque en el lugar en el que viven, no hay ofertas de trabajo, lo que a nuestro entender constituye una de las ventajas más importantes, en tanto crea oportunidades de inclusión socio-laboral, combatiendo el desempleo. Pero para concretarlo el Estado debe tomar un rol activo en materia laboral, legislando incentivos fiscales a nivel Nacional y Regional sobre la materia. Finalmente, y en este contexto, el teletrabajo puede ser objeto de una estructura mínima, que en consecuencia, reduce las responsabilidades del empleador en el sentido que no tiene que responder por accidentes in itinere.

Sin embargo la figura presenta desventajas, a saber: El desempeño del teletrabajador es muy dependiente de la auto-disciplina, trabaja en aislamiento, lo que puede ocasionar la pérdida del sentido de pertenencia, se trabaja "a ciegas". Además se necesita dominio de tecnologías, conocimientos de conectividad. Estos detrimentos, en su mayoría pueden ser resueltos con intervención estatal. El Estado debe fomentar la inversión en nuevas TIC y en capacitación para que las tecnologías y educación pueda

<sup>55</sup> BIANCIOTTI, Ricardo S. y VERDUZCO Dolores; Ob. Cit.

ser una posibilidad para los habitantes, permitiendo así que el teletrabajo llegue a todos los rincones del país.

### 3. Las TIC y el Teletrabajo.

Las TIC tienen un alto impacto en el desarrollo de una sociedad ya que constituyen un factor dinamizador capaz de generar múltiples efectos en la economía y en el mercado laboral. Al respecto Katz afirmó: "... Existe una relación estructural entre el crecimiento económico, y la adopción de TIC, en la medida de que estas están destinadas a resolver los desafíos planteados por la creciente complejidad de los procesos productivos. En otras palabras las TIC constituyen una infraestructura imprescindible para el crecimiento de los sistemas económicos, sea cual fuere su nivel de desarrollo." Según el mismo autor las TIC juegan un papel de estímulo en la situación económica actual, la inversión en TIC por parte de un gobierno (esté o no en crisis) genera efectos diversos, los cuales pueden ser muy positivos para una economía en crisis, entre los efectos menciona: "Efectos de construcción" dentro de los que se encuentran los efectos directos es decir la producción generada en los sectores de la construcción, tecnología y telecomunicaciones como resultado de la instalación de nuevas redes de comunicación, los indirectos o sea el incremento en actividad de aquellos sectores económicos que sirven a las industrias arriba mencionadas, y los efectos inducidos que se refieren al impacto en el consumo de hogares.\* "Efectos de red", que en el caso de las comunicaciones son tres: primero el aceleramiento de la innovación que resulta en la creación de nuevos servicios de comunicaciones, con la consiguiente generación de nuevos empleos, segundo, el mejoramiento de la productividad como consecuencia de la introducción de procesos de negocio más eficientes facilitados estos por las redes de comunicaciones; y el tercero, la posibilidad de atraer empleo de otras regiones como resultado de la capacidad de procesamiento remoto de información. Estos tres efectos actúan de manera simultánea para crear fuentes de empleo"<sup>24</sup>.

Las TIC han generado una revolución que ha impactado en todos los estratos de la sociedad, modificando en tiempo y espacio el modo de comunicarnos y relacionarnos. Gracias a las nuevas tecnologías de la información y comunicación aparece el teletrabajo, como una forma de trabajar sin fronteras ni limitaciones geográficas.

<sup>24</sup> KATZ RAÚL, "El papel de las TICs en el desarrollo. Propuesta de América Latina a los retos económicos actuales", Colección Fundación Telefónica, Cuaderno 19, Ed. Ariel, Madrid 2009, págs. VII a XII.

Varias son las ventajas de esta nueva forma de trabajo, (antes enumeradas), es por ello que el Estado debe invertir en nuevas tecnologías para estar al alcance de estas nuevas modalidades que son beneficiosas no solo para la inclusión laboral de un amplio sector de la sociedad, sino también para el crecimiento económico y productivo del país.

El alto impacto que tienen las TIC en las relaciones humanas mas diversas, torna urgente la necesidad de crear incentivos fiscales en una normativa Nacional que a su vez regule todas estas nuevas formas de trabajar (teletrabajo), para darle un marco de mayor seguridad jurídica a las relaciones que se establezcan entre personas a través de estas nuevas tecnologías y medios de comunicación social.

#### 4. Necesidad de Incentivos Fiscales.

El Congreso Telework 2010 Argentina<sup>55</sup> en Legislación sobre teletrabajo se resaltó en la Mesa de Fundamentos, Perspectivas y Desafíos, los aspectos concretos que se deberían considerar para la Legislación, independientemente del país que se trate, concluyendo que: "Constituye un ejemplo ilustrativo la política fijada por un Estado Provincial (Gobierno de Córdoba - Rep. Argentina) el que desarrolla desde el año 2000 "Políticas activas para la Industria Informática y de Electrónica", consistentes en la Promoción de la producción industrial de: Producción y suministro de programas de informática, diseño, creación, suministro de programas y sistemas operativos, comunicación y procesamiento electrónico de datos (2001: Resol. 16/01 y Dec 2074/01; 2003: Ley 9121 que establece como Exenciones: Impuesto a los ingresos brutos, sellos, inmobiliario, por 10 años y subsidios por cinco años; 2007: Ley 9436: Exime el pago de ingresos brutos a la actividad de diseño, desarrollo y elaboración de software; 2009: Ley 9727: Ley de promoción industrial), esto ha traído aparejado que 49 empresas promovidas, que representan el 10% del total radicadas, entre las cuales se encuentran, Motorola (2001), Intel (2006), H.P. (2007), Indra (2008), etc.. Destacamos que mediante estos incentivos fiscales se aprovechan las Tecnologías de la Comunicación e Información como una alternativa productiva para la generación de ingresos y el mejoramiento de la calidad de vida de la población.

La inversión del Estado en TIC y en capacitación de la sociedad para el uso de las mismas, así como la regulación y el fomento del teletrabajo constituyen una excelente forma de crear oportunidades de inclusión socio-laboral de sectores desempleados de la sociedad. Advertimos la

<sup>55</sup> TELEWORK 2010 Argentina. 16th. International ITA Workshop. Teletrabajo para el desarrollo sustentable 25 al 27 de agosto de 2010 - Buenos Aires - Argentina.

necesidad de legislar incentivos fiscales a nivel nacional para fomentar la inversión en TIC y su capacitación como forma de inclusión laboral, generando puestos de trabajo para los sectores más vulnerables como discapacitados o mayores de 45 años; utilizando las Tecnologías de la Información y Comunicación como una alternativa productiva para la generación de ingresos y el mejoramiento de la calidad de vida de la población.

#### IV. Conclusión

Ante los nuevos escenarios de eficiencia obligada, las **Tecnologías de Información y Comunicación (TIC)**, se han convertido en una herramienta poderosa y casi insustituible en la gestión social y desarrollo económico de los países, quienes deben ejercer su rol de forma eficiente y coadyuvar en la creación de un nuevo marco regulatorio como elemento clave para fomentar la inversión y el empleo, el desarrollo de los mercados y el acceso de la ciudadanía a los nuevos servicios con calidad y precios justos.

La expresión "tecnologías de la información", designa a un conjunto de tecnologías, no exclusivamente a una en particular, que son pasibles de ser readequadas y reprogramadas por los usuarios y por el Estado. En segundo término, se utilizan en el espacio público material (en primer lugar el éter, los cables, las fibras ópticas) y lo ocupan bajo diversas formas de propiedad con sus respectivas restricciones o accesibilidad según quienes la detentan.

Por ello es importante comprender los aspectos legales y éticos relacionados con el uso de los medios electrónicos. Esto significa que, por ejemplo, los autores tienen derecho a controlar la forma en que sus obras originales son utilizadas por otros. O que, en materia de publicidad y para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y ejercer acciones judiciales contra quienes hayan utilizado un servicio en línea para vulnerar derechos de propiedad intelectual, puede dirigirse un requerimiento al operador de un mercado electrónico para que adopte medidas que faciliten la identificación de sus clientes vendedores.

El abordaje de la cuestión revela, inicial y esencialmente, una característica singularísima: el insuperable quiebre de la simetría entre lo fáctico y lo jurídico. El creciente, incesante y acelerado proceso de desarrollo y avance tecnológico no se compadece con el reflexivo y necesariamente más lento proceso de elaboración jurídica -dogmática y normativa-; por eso la dicotomía entre tecnología y derecho constituye un "prius" insoslayable y condicionante del análisis global del fenómeno. Ello conduce a auspiciar criterios interpretativos -aún cuando carezcan de anclaje nor-

mativo y positivista basados en el principio de "neutralidad informática", es decir pautas precisas y definidas, pero con suficiente amplitud que aprehendan e incorporen los cambios y mutaciones tecnológicas. Siempre en el marco de "standards" abiertos que abarquen los parámetros vertebrales cuya integración definitiva -por analogía, si cabe- se efectuará en cada caso y en ausencia de regulación expresa (vgt. en nuestra opinión la libertad de prensa, tal como está concebida en nuestro país, no es trasladable automáticamente a Internet). Por otro lado la mirada del hombre de derecho sobre estos temas supone reformular institutos jurídicos clásicos para ser trasvasados a otro ámbito (del "mundo real", por convencional distinción, al "virtual") y, así, decidir entre la tensión o conflicto que provocan garantías, derechos y valores en un escenario diferente<sup>28</sup>.

Aún cuando se piense que el devenir tecnológico carece de axiología, entendemos que las tecnologías no resultan inocuas al tejido social y la influencia positiva o negativa en ámbitos cotidianos resulta difícil de determinar, dado que aporta aspectos sumamente beneficiosos y otros que se prefieren evitar, como la brecha entre los que acceden y los que no, que resulta un elemento acrecentador de otras brechas preexistentes (clase, educación, oportunidades laborales).

Mientras que, para algunos, la superabundancia de información promueve la superficialidad y el desapego en las relaciones, para otros, Internet, facilita las interacciones sociales. "Por su expansión e intangibilidad, podemos perdernos en la red. Es responsabilidad del sujeto, de quien está en la red, lograr una conexión para fortalecer su encuentro con el otro. Que el usuario la use y no que sea al revés"<sup>29</sup>.

Es que entonces, propiciamos el avance "sustentable" de las tecnologías de la información y comunicación de forma tal que también pueda aplicarse aquí las pautas que en el año 1987 utilizará la Comisión Brundtland<sup>30</sup> para definir el desarrollo sostenible "Satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las del futuro para atender sus propias necesidades".

<sup>28</sup> GALDOS, Jorge Mario; *Correo Electrónico Privacidad y Datos*, Rev. Del Derecho & Daños 2001-3-157; <http://www.alpha-redi.com/~jgaldos.pdf>

<sup>29</sup> MENDICCOA, Gloria y otros., "Comunicación y nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs). Su impacto en las relaciones sociales para el fortalecimiento del capital social", proyecto realizado por docentes del Departamento de Humanidades y Ciencias Sociales de la UNLAM (Universidad Nacional de La Matanza), publicado en <http://www.edigital.com.ar>. - julio de 2011.

<sup>30</sup> El concepto de 'sostenibilidad' se definió por primera vez (1982) en el Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo UN (Comisión Brundtland), titulado: *Nuestro Futuro Común*, asociado a la idea de desarrollo sostenible.

**EL NOMBRE Y APELLIDO DE LAS PERSONAS FÍSICAS.  
SU REGULACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA COMISIÓN  
INTERNACIONAL DEL ESTADO CIVIL (CIEC).  
COMPATIBILIDAD CON EL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO\***

*Edgardo García Chitpe\*\*  
Adriana M. Zavatti de Rougier \*\*\**

**Resumen:** El incremento de las relaciones privadas internacionales como consecuencia en parte, de la frecuente movilidad de la población, presenta diversas dificultades a resolver por el Derecho Internacional Privado. Las cuestiones referentes a la identidad de las personas, vinculados especialmente a su/s nombre/s y apellido/s., son algunos de los problemas que surgen debido al particularismo en la reglamentación del nombre por parte de las legislaciones nacionales. El despliegue de la cooperación internacional en estos temas se presenta como un instrumento de significativo valor en orden a la satisfacción de los intereses del individuo, los intereses públicos y los intereses de los Estados, en la regulación del tema. Por ello surge la necesidad del estudio y análisis de la normativa sobre estas materias en el sistema jurídico argentino para contrastarla con las convenciones producidas por la Comisión Internacional de Estado Civil - CIEC.

**Sumario:** Introducción. I. El nombre. Naturaleza jurídica. I. Antecedentes en el Derecho Romano. 2. Concepciones actuales. II. El nombre de las personas físicas. Aspectos a considerar desde la óptica del derecho internacional privado. III. Labor de la Comisión Internacional del Estado Civil CIEC. 1. Convenio

El presente trabajo es parte del estudio que estamos realizando como integrantes del equipo de investigación del Proyecto que llevamos a cabo en el marco del Programa de Incentivos a los Docentes Investigadores, cuyo tema se refiere a "La cooperación internacional en materia de identidad personal y del estado civil, individual y familiar: análisis de compatibilidad de la normativa de la Comisión Internacional del Estado Civil -CIEC, con el sistema jurídico argentino y regional." Proyecto acreditado ante la SECYT de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC, Código 05/D486. Subvencionado. Sujeto al Programa de Incentivos a los Docentes Investigadores, años 2009-2010. Directora: Dra. Amalia Uriondo de Martinoli -Co-directora: Prof. Luis Cruz Pereyra.

\*\*Abogada. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Docente por concurso de la asignatura Derecho Romano, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Prosecretario de Posgrado, Facultad de Derecho y Cs. Sa. (UNC). Autor de publicaciones nacionales. Miembro de equipo de investigación. Docente Investig. Cat. IV. Miembro de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina.(ADRA)

\*\*\*Abogada y Escribana egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Docente por concurso de la asignatura de Derecho Internacional Privado, Fac. de Derecho y Cs. Sa. (UNC). Docente Investigadora Categoría V. Docente de Posgrado en la Fac. Debo y Cs. Sa. (UNC). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI). Miembro de la European Community Studies Association - sede Argentina (ECSA). Autora de publicaciones nacionales sobre temas de Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración. Asesora legal y técnica en la Secretaría de Integración Regional del Gobierno de la Provincia de Córdoba.

Nº 4 relativo a los cambios de apellidos y de nombres. 2. Convenio Nº 14 relativo a la inscripción de los nombres y apellidos en el Registro Civil. 3. Convenio Nº 18 relativo a la ley aplicable a los nombres y los apellidos. 4. Convenio Nº 21 relativo a la expedición de un certificado de diversidad de apellidos. 5. Convenio Nº 31 relativo al reconocimiento de apellidos. IV. El sistema jurídico argentino. 1. Ley 18.248. 2. Ley 26.413. V. Las soluciones en el Derecho Internacional Privado. 1) Ley 18.248. 2. Ley 26.413. V. Las soluciones en el Derecho Internacional Privado. 1) Derecho Internacional Privado de fuente convencional. 2. Derecho Internacional privado de fuente interna. VI. Conclusiones.

**Palabras clave:** Nombre y apellido - Regulación - Cooperación internacional - Seguridad jurídica.

## Introducción

Entre los derechos de la personalidad figura el de ostentar un nombre en la sociedad en que se vive, que le distinga de los demás. Se califica así al derecho al nombre —integrado por el prenombre y el apellido— en cuanto es estrictamente inherente a la persona que individualiza<sup>1</sup>; bien se ha dicho que hay una influencia directa o indirecta, y al mismo tiempo recíproca, entre el ser humano y su nombre<sup>2</sup>.

La Psicología considera que el nombre se incorpora a la vida del individuo y se internaliza en su ser formando parte de él, lo diferencia de los otros y forja su propia personalidad<sup>3</sup>. Socialmente, el nombre constituye para su titular un elemento esencial, tanto para su identificación como para su individualización, pero además cumple una función indicativa, en cuanto refiere el grupo familiar o social al que pertenece un ser humano.

A su vez, el nombre es expresión de una *realidad cultural* individual y colectiva. Cada estilo de nombre es parte y reflejo de un estilo cultural.<sup>4</sup> Desde esta perspectiva, el nombre plantea problemas típicos del Derecho Internacional Privado, los cuales deben ser solucionados de forma integral a los fines de proteger los valores en juego.

La Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC)<sup>5</sup>, considera a los nombres y apellidos, entre “los principales elementos que diferencian

<sup>1</sup> CANOVAS, Diego Espín: “Los derechos de la personalidad y su entorno familiar”, en X Congreso Internacional de Derecho de Familia— Ponencias de Profesores Invitados— Mendoza, 1990.

<sup>2</sup> CIJRO CALDANI, M. A.: “Reflexiones sobre el nombre de las personas físicas en el Derecho internacional privado”, Comunicación presentada en el XV Congreso ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Mar del Plata, 1999.

<sup>3</sup> RAYT, Carlos S.: El nombre — Un atributo de la personalidad. Ed. La Ley S.A., Bs. As., 1996, p. 14

<sup>4</sup> CIJRO CALDANI, M. A.: *Op. cit.*

<sup>5</sup> La CIEC es una organización intergubernamental que se encarga de cuestiones relativas a la condición de las personas, a la familia y a la nacionalidad, realiza estudios y trabajos con vistas a lograr una armonización de las disposiciones vigentes en la materia en los Estados miembros. Fue creada por el Protocolo de Berna de 1960, firmado por Bélgica, Francia, Luxemburgo, Países Bajos y Suiza. Tras la firma, el 26 de septiembre de 1962, de un Protocolo



a cada persona de otra", y dada la importancia del tema, fue incorporado entre los tópicos objeto de su labor.

En el presente trabajo, a los fines de respetar las normas editoriales de este Anuario en relación a la extensión de los mismos, circunscribimos esta labor a los Convenios de la CIEC que se ocupan de: *cambios de apellidos y de nombres, inscripción de los nombres y apellidos en los registros del estado civil, ley aplicable a los nombres y los apellidos, expedición de un certificado de diversidad de apellidos y reconocimiento de apellidos.*

## I. El Nombre. Naturaleza Jurídica

En la elaboración, aplicación e interpretación de las normas sobre el tema, se manifiesta la problemática de la naturaleza jurídica de la institución, y se advierte que la misma se encuentra fuertemente vinculada a la función que cumple el nombre.

### 1. Antecedentes en el Derecho Romano

El término "nomen" proviene del Latín, *nomen-inis* que significa nombre. Desde los primeros tiempos de la civilización fue el modo más llano de individualización de los sujetos, permitiendo así conocer a dicha sociedad en su profundidad, ya que al advertir como las personas eran nombradas se lograba también conocer la cultura y costumbres de un determinado entorno.

Lo hasta aquí planteado, trasladado al caso concreto de la sociedad romana, posibilita conocer que el derecho de usar "nombre" fue propio y único de los ciudadanos romanos, incluido este dentro de sus derechos públicos, y que rápidamente permite ubicar al "cives" en el seno de una familia y gens totalmente determinada. Por lo tanto no tenía solamente el significado primario de simple apelativo sino que va mucho más allá, pues hasta indica el marco de pertenencia tan caro a los primeros tiempos de aquella "civitas".

En un primer tiempo en la Roma originaria, las personas eran designadas por un solo nombre, así el caso de Rómulo, fundador de Roma, al que no se le conoce apellido. La particularidad del nombre en el ciudadano romano traduce también la verificación de la dignidad del mismo, como titular entonces del cúmulo de derechos públicos y privados<sup>6</sup>.

lo Adicional que permite la adhesión de otros países, pasaron a ser miembros de la CIEC: Turquía, Alemania, Italia, Grecia, Austria, Portugal, España, Reino Unido, Polonia, Croacia y Hungría. En la Asamblea realizada en Estrasburgo en el año 2006, el Reino de España presentó la invitación para que la República Argentina ingrese a la CIEC en calidad de país Observador como primer paso para su integración plena.

<sup>6</sup> MACKELDEY, R. *Elementos del Derecho Romano*. Editor Librería de Leccadio López. Madrid, 1996, p.81.

El nombre se estructuraba de la siguiente manera: en un primer lugar el "*praenomen*" que significaría el actual nombre de pila, es decir el nombre propio; el "*nomen*" que ocupa el segundo lugar y que hace directa referencia a la *gens*<sup>7</sup>, a la que pertenece el individuo, es decir al clan del que provenía dicha persona, coincidiendo con el apellido en nuestros días, y por último el "*cognomen*" que hacía directa referencia a la familia de pertenencia.

Este derecho a la trianomina, se traducía como el derecho al uso de los tres nombres, propio de los titulares del "*Status civitatis*" o sea el propio de los ciudadanos romanos conforme al derecho civil quirítario de la primera época.

Datos significativos que nos acerca la historiografía nos ilustra acerca de la existencia de un cuarto término posterior al *cognomen*, que individualizaría el "*origo*" que indicaba la procedencia del individuo haciendo directa y solamente referencia a la ciudad-origen del mismo.

La trascendencia cultural y política de la *gens* en la antigua Roma y particularmente en "el nombre" nos obliga a reproducir palabras de Fustel de Coulanges "(...) *Era natural que los miembros de una misma gens ostentasen igual nombre, y así se hizo. El uso de los nombres patronímicos procede de esta remota antigüedad y se relaciona visiblemente con la antigua religión. La unidad del nacimiento y del culto se confirma por la unidad del nombre. Cada gens transmitió de generación en generación el nombre del antepasado y lo perpetuó con el mismo cuidado que perpetuaba su culto. Lo que los romanos llamaban propiamente nomen era el nombre del antepasado, que todos los descendientes y todos los miembros de la gens tenían que ostentar. Llegó un día en que cada rama, adquiriendo independencia en cierto sentido, marcó su individualidad adoptando un sobrenombre (cognomen). Por otra parte, como cada persona había de distinguirse por una denominación particular, cada cual tuvo su agnomen, como Cayo o Quinto. Pero el verdadero nombre era el de la gens, este era el que oficialmente se llevaba, este el que era sagrado, este el que, remontándose hasta el primer antepasado conocido, debía durar tanto como la familia y sus dioses (...)*"<sup>8</sup>.

Todos los individuos y las cosas necesitaron históricamente ser identificados y es así que surgió entonces el nombre como una necesidad intrínseca del propio lenguaje.

De un apresurado recorrido desde Roma, generadora de rumbos, hasta los tiempos modernos, fueron apareciendo matices que le otorgaron al nombre una valía de trascendencia y la posibilidad de otorgarle distintas naturalezas. Para algunos el nombre es considerado como un derecho de pro-

<sup>7</sup> "... la gens no es otra cosa que una similitud de nombre..." Fustel de Coulanges Numa Dionisio, *La Ciudad Antigua*, Editorial Iberia S.A, Barcelona, 1952.

<sup>8</sup> FUSTEL DE COULANGES, Numa Dionisio, *La Ciudad Antigua*, Editorial Iberia S.A, Barcelona, 1952. p.136.

piedad, para otros un atributo de la personalidad, un derecho individual, una forma obligatoria de identificación de individuos, etc., pero la coincidencia radica esencialmente en comprender que la identidad personal no es ni más ni menos que el derecho a ser "igual a sí mismo y distinto a los demás".

Si ello es así entendido, la consecuencia respecto de este instituto lo hace totalmente necesario para la identidad personal.

## 2. Concepciones actuales

La concepción privatista considera que el nombre cumple una función individualizadora de la persona, que le permite "ejercer sus derechos civiles y políticos, cumplir sus obligaciones, dar a conocer sus múltiples creaciones y distinguir su personalidad de la de sus semejantes"<sup>10</sup>. Las normas que prohíben la *homonymia* o la imposición de nombres que perjudiquen al recién nacido, procuran proteger al individuo, favorecer su desarrollo y no atentar contra su dignidad.<sup>11</sup>

La concepción del nombre como una institución de policía (carácter público), se centra en una relación vertical entre individuo y Estado, cumpliendo una función de orden; así, el nombre tiene una función identificativa, y el Estado puede cerciorarse del cumplimiento por los particulares de sus obligaciones militares, impositivas, de escolarización, electorales, etc., y además, le permite satisfacer su misión de garante de la convivencia social. En virtud de ello, la libertad de elección del nombre, es sólo una facultad enmarcada en una obligación que les compete frente al Estado, y su incumplimiento trae aparejado la actuación sustitutiva estatal<sup>12</sup>. "Esta tendencia ubica al nombre en el terreno publicista del Derecho Administrativo, y en nuestro caso del Derecho Administrativo Internacional"<sup>13</sup>.

Frente a estas concepciones antagónicas, apareció una posición ecléctica que, basándose en los caracteres inmutabilidad, indisponibilidad, y obligatoriedad del nombre, y en la función de tutelar los intereses privados, considera al mismo, tanto como una institución de policía civil, como también un elemento de la personalidad, es decir una institución

<sup>10</sup> RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 814.

<sup>11</sup> LARA AGUADO, A.: El nombre en Derecho Internacional Privado. Ed. Comares, España. Año 1998, p. 18.

<sup>12</sup> Por ej. El art. 3.1 y 3.4 de la ley 18246, que prohíbe los nombres extravagantes, ridículos o contrarios a nuestras costumbres, como así también, los primeros nombres idénticos a los de los hermanos vivos.

<sup>13</sup> LARA AGUADO, A.: Ob. cit. p. 15.

<sup>14</sup> CIURO CALDANI, M.A.: Ob. cit. p. 2 — Del mismo autor "El nombre de las personas de existencia visible en el mundo jurídico en general y en el derecho internacional privado" — Revista del Colegio de Abogados de Rosario, tº 12, 2º época, noviembre de 1977, p. 117 ss.

jurídica *sui generis* integrada por un derecho privado y una obligación de carácter público.<sup>14</sup>

No obstante ello, actualmente dicha polémica ha quedado superada debido al fenómeno de la personalización del nombre, al acercarse a la persona y adquirir un valor psicológico, subjetivo para el individuo, que es el que protegen los convenios internacionales de derechos humanos.

El derecho al nombre así concebido, ha sido consagrado por las convenciones sobre derechos humanos, abordado por las legislaciones civiles y receptado jurisprudencialmente<sup>15</sup>.

A partir de la reforma constitucional de 1994, quedaron incorporados con igual jerarquía que nuestra Carta Magna, un conjunto de convenciones internacionales sobre derechos humanos que reconocen en general, como derecho de toda persona, el de tener y ostentar un nombre desde su nacimiento.<sup>16</sup>

## II. El nombre de las personas físicas. Aspectos a considerar desde la óptica del derecho internacional privado (D.I.Pr.)

El estudio del nombre de las personas físicas desde el ángulo visual del D.I.Pr resulta al presente, de mucho interés por la concurrencia de factores<sup>17</sup> que ponen de actualidad la materia.

La determinación de la competencia internacional, la cuestión del derecho aplicable y el reconocimiento de los actos y decisiones extranjeras configuran el núcleo alrededor del cual se estructura la solución de los casos jusprivatistas internacionales. Por ende, la respuesta del DIPr a las cuestiones que plantea el tema del nombre (su imposición, grafía, modificación, reconocimiento, etc), nos conduce al estudio de los siguientes temas:

<sup>14</sup> LARA AGUADO, A.: *Op cit.*, p.20.

<sup>15</sup> Vg. Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos (ONU 1966 — art. 24), Convención sobre los derechos del niño (ONU 1989— art. 8), Convención de toda forma de discriminación contra la mujer (ONU 1979— art. 16.1), Convención americana sobre derechos humanos (OEA 1989— art. 18). En el derecho comparado podemos citar el Cód. civil italiano de 1942, art. 6, ap. 1, el Cód. Civil de Portugal de 1966, art. 72; también nuestra ley 18248 y sus modific. Jurisprudencia argentina: CNCiv, sala I, 18/7/96— Cabre, Nicolasa; en otro caso, la sala G, de la CNCiv, el 22/4/96 sentenció: "... el principio de inmutabilidad reside en que la función individualizadora esde que permanece unido inseparablemente a la persona."

<sup>16</sup> Art. 75, inc. 22 C.N. Véase por ej.: Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966 (ONU), aprobado por ley nacional n° 23.313; Convención americana sobre Derechos Humanos, (San José de Costa Rica, 1969) Ley 23.054; Convención sobre toda forma de discriminación contra la mujer (ONU-1979) Ley 23.178; Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, Ley 23.049.

<sup>17</sup> FORNER y DELAYGUA, Joaquín-Juan: "Nombres y apellidos. Normativa interna e Internacional", p. 11, Ed. Bosch, Barcelona, 1984. El autor refiere fundamentalmente a la "irrigiosidad que suscita el nombre de las personas físicas en DIPr", y a un entramado notable de convenios de cooperación jurídica.

a) La determinación de la autoridad registral y judicial competente para intervenir en la materia.

b) La precisión de la ley que resultará en definitiva aplicable, en atención al diferente contenido de las legislaciones nacionales sobre el tema.

c) La eficacia internacional de las declaraciones y actos en general, a través de la cooperación y el auxilio jurisdiccional internacional<sup>19</sup>.

Las cuestiones de competencia internacional de autoridades y de eficacia internacional de los actos y decisiones, surgen como consecuencia de la conexión entre nombre y Registro Civil y la relativa indisponibilidad de la materia, que exige que tras la imposición, los cambios de nombres y apellidos tengan un reflejo registral y estén en la mayoría de los supuestos sujetos a autorización.<sup>19</sup>

En relación a la regulación del nombre, es preciso destacar que el debate doctrinal acerca de la *naturaleza jurídica del nombre*, se refleja en el D.I.Pr respecto de la selección de las normas —materiales, conflictuales o de policía— y en su caso de los criterios de elección que se han de adoptar para regular el mismo; en ese sentido, la cuestión "conflicto de leyes" obliga a estudiar cómo se combinan y articulan los criterios personalistas con otros de naturaleza territorialista, en virtud de que el nombre de las personas físicas está asociado a otras materias de derecho, como por ejemplo, las derivadas de las relaciones de familia.<sup>20</sup>

Además, la cuestión del nombre abarca tanto el problema de su determinación como también los planteos del idioma, la grafía y la fonética que han de utilizarse, y su tratamiento puede ser diversificado o incluido en un mismo antecedente<sup>21</sup> o tipo legal.

Adoptar alguna de las funciones básicas que se le asignan al nombre, supone optar a favor de un tipo de norma de Derecho Internacional Privado que incide en su regulación.<sup>22</sup>

El respeto de los intereses del titular del nombre y de su consideración como derecho de la personalidad, sólo será logrado con una normativa que recepte una mayor autodeterminación del individuo en cuanto a la elección del nombre, otorgando la más amplia libertad e imponiendo mínimas limitaciones basadas en la defensa de los intereses de las mismas

<sup>19</sup> Ver FERREYRA, M.A y ZAVATTI de ROUGIER, A.M.: "El nombre de las personas físicas y el Derecho Internacional Privado". Doctrina judicial. Ed. La Ley, 14 de junio de 2000. P.446.

<sup>20</sup> Ver FORNER y DELAYGUA, Joaquín-Juan: Ob. Cit., p. 17.

<sup>21</sup> FORNER y DELAYGUA, J. J.: Ob. cit. P. 28. Ver también FERREYRA, M.A. y ZAVATTI de ROUGIER, A.M.: Ob. Cit. P. 447.

<sup>22</sup> Ver CIURO CALDANI, M.A.: "Reflexiones sobre el nombre de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado". Comunicación presentada en el XV Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Mar del Plata 30/9 al 2/10 de 1993.

<sup>23</sup> Ver FERREYRA, M.A y ZAVATTI de ROUGIER, A.M.: "El nombre de las personas físicas y el Derecho Internacional Privado". Doctrina judicial. Ed. La Ley, 14 de junio de 2000.

personas; y en relación a la determinación de los apellidos, donde la mayor libertad supone la aceptación del régimen de atribución de la *lex causae*.

Conocer al nombre como una institución de policía, supone incrementar las restricciones a la libertad de los particulares y acrecentar la imperatividad de las normas estatales, ya sea a través de la imposición de normas materiales del foro sobre atribución de nombres y apellidos, sin considerar la extranjería del supuesto de hecho, y/o a través de la elaboración de normas de conflicto rígidas en cuanto a la selección de la ley aplicable a la determinación del nombre.

### III. Labor de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC)

En el seno de la CIEC se han negociado y firmado cinco convenios sobre el nombre: el Convenio de Estambul relativo a los cambios de apellidos y de nombres (Nº 4 del 4/9/56), Convenio de Berna relativo a la inscripción de los nombres y apellidos en los registros del estado civil (Nº 14 del 13/9/73), Convenio de Munich relativo a la ley aplicable a los nombres y los apellidos (Nº 19 del 5/9/00), Convenio de La Haya relativo a la expedición de un certificado de diversidad de apellidos (Nº 21 del 8/9/82) y Convenio de Antalya sobre el reconocimiento de apellidos (Nº 31 del 16/9/05).

Puede advertirse que cada uno de ellos tiene un ámbito de aplicación material específico por lo cual no es posible colisiones o conflictos entre los mismos.

Además la CIEC complementa esta labor con otros convenios de cooperación, de carácter técnico, tendientes a facilitar la circulación internacional de las actas y documentos del estado civil en general y su comprensión en el extranjero, en los que se establecen modelos internacionales uniformes, que son documentos plurilingües y documentos codificados. En todos los casos, estos documentos, que se expiden a los interesados o se transmiten automáticamente entre las autoridades, son aceptados en el extranjero sin traducción ni legalización. Podemos citar por ejemplo el Convenio Nº 16 sobre expedición de certificaciones plurilingües.<sup>22</sup>

#### I. Convenio Nº 4 relativo a los cambios de apellidos y de nombres<sup>23</sup>.

Este Convenio regula los cambios de apellidos y de nombres resultantes de una decisión de carácter administrativo o judicial, como así también, concierne a las resoluciones que anulan o revocan cambios de

<sup>22</sup> Suscrito en Viena, el 8 de septiembre de 1976, vigente en 17 Estados europeos.

<sup>23</sup> Convenio Nº 4 firmado en Estambul el 4 de septiembre de 1956, ratificado por Alemania, Austria, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal y Turquía.

apellidos o de nombres. Excluye expresamente a los cambios resultantes de una modificación del estado de las personas o de la rectificación de un error (Art. 1). Por este Convenio los Estados contratantes se obligan a no conceder cambios de apellidos o de nombres a los súbditos de otro Estado contratante, salvo en el caso de que fueren igualmente ciudadanos suyos (Art. 2).

Contiene normas sobre competencia en la esfera internacional para decretar cambios de nombres y apellidos. Dichas normas otorgan competencia exclusiva a las autoridades de la nacionalidad de la persona cuyo nombre pretende ser cambiado; excepcionalmente comprende también a los apátridas y refugiados que tengan su domicilio o residencia en su territorio.

La determinación de la competencia internacional incide en la determinación de las normas de D.I.Pr., atento que serán las reglas de D.I.Pr. sobre cambio de nombres y apellidos de las autoridades de la nacionalidad de los individuos, las que se apliquen.

También prevé la cooperación entre los Estados en orden a la eficacia extraterritorial de las decisiones definitivas recaídas en otro de tales Estados, atento que establece el carácter ejecutivo de pleno derecho en el territorio de los Estados contratantes, salvo el orden público internacional respectivo; las mismas deberán ser anotadas marginalmente en las actas del estado civil de las personas a las que concierne.

La eficacia de las resoluciones sobre cambio de nombre que afectan a personas que son igualmente nacionales del Estado donde pretenden surtir efectos, puede subordinarse a condiciones especiales de publicidad o a un derecho a la oposición de terceros (art. 5).

## 2. Convenio N° 14 relativo a la inscripción de los nombres y apellidos en el Registro Civil <sup>25</sup>

Tiene por objeto garantizar en todos los Estados contratantes la indicación uniforme de los nombres y apellidos de las personas físicas en los asientos registrales.

Se destaca la importancia de que exista coincidencia entre la registración realizada en el lugar dónde se encuentre la persona y en todas las inscripciones del Registro Civil que le afectan, por que ello sin duda facilitará tanto su identificación como su vida diaria.

El convenio establece que los nombres y apellidos que deben inscribirse en el Registro tendrán que ser la reproducción exacta de los nombres y apellidos que figuran en las actas o en los documentos preexistentes presentados para la extensión de una nueva acta. Esta reproducción se

<sup>25</sup> Suscripto en Berna el 13 de Septiembre de 1973, fue ratificado por Alemania, Austria, Grecia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos y Turquía.

hará por transcripción literal, que deberá incluir los acentos y demás signos diacríticos, cuando el acta o el documento anterior estén redactado en los mismos caracteres que los del idioma en el que debe practicarse la nueva inscripción (art. 2). Si las actas y caracteres presentados están escritos en caracteres distintos a los del idioma en que debe practicarse la inscripción (caracteres cirílicos, árabes, griegos, hebreos), se procederá por transliteración, aplicando las normas recomendadas por la Organización Internacional de Normalización (ISO) en el momento de la inscripción registral. En todo caso se prohíben las transposiciones fonéticas o las traducciones<sup>26</sup>.

El convenio no modifica las normas de fondo ni las normas de conflicto relativas a la determinación de los nombres y apellidos: su aplicación se sitúa en un momento posterior en el que opera dicha determinación.

En su momento resultó discutible que este convenio se aplicara a la totalidad de los documentos y a los problemas derivados de la aplicación de las normas ISO para la transliteración de los nombres en los pasaportes. La Asamblea general decidió que las normas del convenio se aplicaban no solo a los documentos del Registro Civil sino a todos los documentos, tales como los pasaportes.

El carácter técnico de las normas de este Convenio no es susceptible de producir cuestiones de orden público que merezcan su estudio. Si en cambio, merecerían la adecuación de normas de carácter administrativo y la producción de manuales de instrucciones detalladas a las autoridades de aplicación, ya sea de los Registros Civiles o del Registro General de las Personas e inclusive las legaciones consulares.

## **2. Convenio N° 19 relativo a la ley aplicable a los nombres y los apellidos<sup>27</sup>**

Este convenio no determina en una norma específica cuál es su ámbito de aplicación material; no obstante, su título anuncia que se refiere a los nombres y apellidos, y por ende a cualquier cuestión relativa a esta temática. La doctrina interpreta que el supuesto normativo comprende la

<sup>26</sup> CIEC. Informe elaborado por Messip, Jacques, Hondius Fries y Naet, Charlot. 1/4/2007. Editorial Kluwer Law Internacional, p. 20. [www.ciec.org](http://www.ciec.org)

<sup>27</sup> Convenio 19, firmado en Múnich el 5 de Setiembre de 1980, y ratificado por España, Italia, Países Bajos y Portugal. Según expresa A. LARA AGUADO, el CM se negoció para resolver las dificultades a que se enfrentan los encargados de RC cuando han de determinar el nombre y apellidos de una persona en los supuestos de tráfico externo y para posibilitar que aquélla pueda llevar el mismo nombre y apellido/a dondequiera que se encuentre. Regula los aspectos jurídico-conflictuales de la instrucción y no se extiende a los jurídicos materiales, debido a la dificultad de llegar a un acuerdo sobre este punto. Este CM es de vigencia indefinida y puede ser denunciado en cualquier momento después de un año a contar de la entrada en vigor para el Estado en cuestión.



atribución o cambio de nombre, y los apellidos; así también la determinación del nombre de todas las personas naturales sin excepción: hijos matrimoniales, no matrimoniales, adoptivos, casados, solteros, y los apellidos<sup>28</sup>.

Tiene como objetivo resolver los problemas derivados de la disparidad de las normas de D.I.Pr de los Estados en la materia; es decir, intenta armonizar las normas de conflicto de los diferentes sistemas jurídicos nacionales, a partir de la elección del estatuto personal.

En ese sentido, el art. 1º, inc. 1 somete la determinación del nombre y apellido de las personas físicas a la ley nacional. Ello demuestra que se privilegió el interés de los particulares, en consideración a que el nombre está estrechamente vinculado a la personalidad del individuo y que cumple una función psicológica compleja.

En el inc. 2 prescribe: *"En caso de cambio de nacionalidad, se aplicará la ley del Estado de la nueva nacionalidad"*. La norma contempla el conflicto móvil que ocurre cuando se verifica un cambio en la circunstancia empleada por la norma de conflicto como punto de conexión, ya sea por el transcurso del tiempo o también como consecuencia de un cambio de soberanía sobre el territorio.

Es importante subrayar el carácter autónomo de la norma de conflicto del art. 1: la determinación de los nombres o apellidos no dependerá de las normas de conflictos relativas a la filiación, a los efectos de la adopción o a los efectos del matrimonio. El Convenio recepta la tendencia actual mayoritaria de las normas de DIPr, de desvincular el nombre de las personas físicas de las instituciones jurídico-familiares<sup>29</sup>. La conformación de una conexión autónoma para el nombre anclada en el estatuto personal previene los conflictos que podrían derivarse de la regulación jurídico privada y juspublicista de la institución, ya que será irrelevante si en el nombre priman los aspectos públicos o privado, pues siempre será el mismo ordenamiento el que dará la respuesta, facilitando así la tarea del encargado del Registro Civil. Pero además, la configuración del nombre como categoría jurídica independiente beneficia a los particulares, al favorecer la previsibilidad del derecho aplicable a la determinación del nombre<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> LARA AGUADO, A: Ob cit., p. 166

<sup>29</sup> Ver, por ejemplo, el art. 10 EGBG (legislación de Alemania), el art. 38.1 de la Ley de DIPr de Suiza, art. 13 de la ley suíza de DIPr, la ley finlandesa de D.I.Pr sobre el nombre del 9/8/1983, entre otras.

<sup>30</sup> LARA AGUADO, A: Ob.cit. p. 158/159. La autora refiere además que "el informe explicativo del CM esgrime que la normación de la atribución del nombre y apellidos conforme a la ley reguladora de la institución familiar que la origina hubiera supuesto una gran dificultad, debido a la pluralidad de soluciones normativas en los distintos ordenamientos jurídicos. Hubiera resultado muy difícil abordar la labor de unificación de las normas de colisión en tales sectores, por la diversidad de intereses subyacentes a los mismos. El consenso sobre la regulación de una única institución era más viable."

Otra cuestión que se presenta respecto de la norma del art. 1º, inc. 1, es determinar o precisar si la remisión a la ley nacional del titular del nombre, permite la consulta tanto a las normas de derecho privado como a las normas de conflicto de la *lex causae*<sup>21</sup>.

El informe explicativo (*rapport explicatif*) del Convenio de Munich (CM), expresa que la norma no se limita a efectuar una remisión a la ley interna del Estado nacional, sino que se remite al ordenamiento nacional en bloque para regular el nombre de sus nacionales, incluidas sus reglas de conflicto. En consecuencia, "la ley interna de cada Estado no se aplica necesariamente a los nacionales de ese Estado, sino únicamente cuando las reglas de conflicto de ese Estado así lo establezcan"<sup>22</sup>.

Es decir que la regla del art. 1º, inc. 1, del CM, al designar la ley nacional, no se refiere sólo a la ley material aplicable, sino que designa a todo el ordenamiento nacional como ordenamiento competente para regular todas las cuestiones vinculadas al nombre de las personas físicas, incluidas las de D.I.Pr.<sup>23</sup>

Pero también se tuvo en cuenta la dificultad que puede suponer para la autoridad de Registro Civil la aplicación del derecho extranjero y en este sentido el Convenio prevé que cuando se ignore el derecho aplicable se aplicará el derecho interno, informando a la autoridad de que dependa el registro (art. 5). La inscripción así practicada podrá ser rectificadas mediante un procedimiento gratuito.

El Convenio permite que cualquier estado contratante se reserve el derecho de aplicar su ley interna cuando la persona tenga su residencia habitual en su territorio (art. 6.1).

La interpretación del art. 1º.1 del Convenio, como una norma de conflicto que (por su criterio de aplicabilidad *erga omnes*) deja en suspenso la norma autónoma, no viene desvirtuada, a pesar de su carácter excepcional y de su nula eficacia por el momento, por el art 6º. 1 del Convenio, al disponer que los Estados pueden reservarse la aplicación de su ley interna si la persona interesada tiene su residencia habitual en su territorio; es cierto que el art. 6º, a diferencia del 1º.1, se refiere específicamente a la ley interna, es decir con exclusión de las normas de conflicto; pero también es cierto que la posibilidad de reserva fue específicamente pensada para que se aplicase la ley domiciliar a los domiciliados en el territorio del Estado que hace la reserva, lo que conduce a lo mismo<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Ver LARA AGUADO, A: ob cit, p. 160.

<sup>22</sup> FORNER Y DELAYGUA, J.J.: ob cit, p. 46/47. El autor refiere que en este Convenio no hay una remisión expresa a la ley interna del Estado nacional, como lo hacen los Convenios de La Haya de DIPr., y sostiene que no se excluye el nombre.

<sup>23</sup> FORNER Y DELAYGUA, J.J.: ob cit., p. 46.

<sup>24</sup> FORNER Y DELAYGUA, J. J.: ob cit, p. 50.

Cabe señalar también que este Convenio se aplica por las autoridades de los estados ratificantes a la totalidad de los casos con independencia de si estos provienen de estados ratificantes o no ratificantes (art. 2). El art. 4 del Convenio mantiene la vigencia de la excepción de orden público.

#### 4. Convenio N° 21 relativo a la expedición de un certificado de diversidad de apellidos<sup>25</sup>

El certificado de diversidad de apellidos establecido en este Convenio procura facilitar la prueba de su identidad a las personas que, a consecuencia de las diferencias existentes entre las legislaciones de ciertos Estados, especialmente en lo referente a matrimonio, filiación o adopción, no son designados por un mismo apellido. Esto suele ocasionar dificultades de índole administrativa, fiscal o bancaria a las personas a las que se les asignan apellidos diferentes<sup>26</sup>.

Ante la imposibilidad de lograr la unificación de legislaciones (conflictuales o materiales) en materia de apellidos, la CIEC consideró que el medio más práctico de atenuar las dificultades en materia de apellidos, era crear un documento internacional llamado "certificado de diversidad de apellidos", que permitiera identificar a las personas provistas de varios apellidos.

Dicho certificado tiene como único objeto hacer constar que los diversos apellidos que en él figuran, designan, según legislaciones diferentes, a una misma persona. Establece expresamente que dicho certificado no podrá tener como efecto afectar a las disposiciones legales vigentes que rigen en materia de apellidos. Atribuye competencias concurrentes para expedirlo a las autoridades competentes del Estado contratante del que es nacional, o a las del Estado contratante por cuyas leyes se le atribuye, aunque sea nacional de otro Estado, un apellido diferente del que resulta del Estado que es nacional.

#### 5. Convenio N° 31 relativo al reconocimiento de apellidos<sup>27</sup>

Este es un instrumento técnico en el que se prevé el intercambio de información entre autoridades con el afán de organizar una coexistencia práctica de las legislaciones, y de alcanzar cierta armonización, la CIEC continuó con los trabajos sobre la cuestión de los apellidos, que desembo-

<sup>25</sup> Convenio N° 21, suscrito en La Haya, el 8 de septiembre de 1982, ratificado por España, Francia, Italia y Países Bajos.

<sup>26</sup> CIEC, Informe citado, p. 22

<sup>27</sup> Convenio N° 31, suscrito en Antalya el 16 de septiembre de 2006

caron en la elaboración de este convenio, que procura reducir el número de situaciones en las que una misma persona puede recibir apellidos diferentes por aplicación de las diferentes leyes a las que está sujeto. Por ello, la finalidad principal de este Convenio es el reconocimiento de apellidos de los cónyuges o de los hijos, cuando se cumplen determinadas condiciones.

El Convenio sienta normas de reconocimiento en los Estados contratantes, de la determinación de apellido realizada en otro Estado, cuando la persona afectada presente con dicho Estado determinados vínculos (nacionalidad, residencia habitual), que procede a definir.

Las situaciones contempladas por el convenio son: los efectos sobre el apellido del matrimonio, de su disolución o su anulación, cuando los cónyuges son de distinta nacionalidad; los efectos sobre el apellido del alta y la baja, en el registro de parejas de hecho; el apellido atribuido a un hijo que tenga varias nacionalidades; y el cambio de apellidos de una persona que tenga también varias nacionalidades.

Es para estos casos para los que el Convenio crea el intercambio automático de información, y prevé que la autoridad del segundo Estado tenga la obligación de enviar al encargado del Registro Civil del lugar de nacimiento un aviso de la atribución del apellido a la que se ha procedido a petición de los padres, con el fin de proceder a una rectificación de los registros. El aviso se elabora sobre un modelo uniforme codificado anexo al Convenio.<sup>28</sup>

En las situaciones aludidas, el riesgo de divergencia en los apellidos de una misma persona queda eliminado, puesto que la obligación de reconocimiento del apellido va unida a la obligación correlativa de no atribuir un apellido distinto y a no reconocer los apellidos que hubiera podido atribuir la ley de otro Estado.

#### IV. El Sistema Jurídico Argentino

##### 1) Ley 16.248

Hasta la sanción de la ley 16246<sup>29</sup>, en nuestro país no existía legislación orgánica sobre el tema. En esa época las cuestiones relativas al nombre se regían por la jurisprudencia, los usos y la costumbre; posteriormente

<sup>28</sup> Informe CIEC presentado en el IV Encuentro de Directores de Registro Civil, Identidad y Estadísticas vitales de Latinoamérica (CLARCEV), realizado en Acapulco, México, del 29 de julio al 3 de Agosto de 2007, p.6.

<sup>29</sup> B. O., 24 de junio de 1968

la regulación del nombre se encontraba dispersa en leyes y decretos que contemplaban diversos aspectos de la temática<sup>40</sup>.

Esta ley no contempla específicamente las situaciones problemáticas derivadas de las relaciones jurídicas internacionales, vinculadas al nombre de las personas físicas; existe consenso sobre la aplicación de las normas que regulan el estatuto personal. Sin embargo, la doctrina explica que "el art. 1 haría suponer que las soluciones de la ley se aplican a todas las personas por la sola razón de estar en territorio argentino y que el art. 3º impone restricciones no siempre de orden público internacional al derecho de elegir el nombre de pila". Agrega que "la idea básica de esta reglamentación parecería apuntar al sometimiento del nombre de origen de los nativos argentinos a las leyes de la república sobre la materia"<sup>41</sup>, es decir, recepta un criterio territorialista. M. J. Oyarzabal sostiene: "Como atributo de la personalidad, el nombre se relaciona con la ley personal nacional o domiciliaria del interesado. Solución generalmente aceptada por la doctrina y las legislaciones comparadas. Pero, además, el nombre es una institución de policía que toma aplicable la ley del registro (*lex auctoritas*). Territorialidad que se justifica por razones puramente técnicas o de policía y seguridad, pero que también se utiliza para proyectar en el régimen del nombre una determinada concepción, o incluso ideología, imperante en el sistema del registro"<sup>42</sup>.

Incluso se sostiene que el art. 7 confirmaría tal propósito, aunque se advierte que la adaptación contemplada es ajena a la cuestión del derecho aplicable al nombre, que podría ser un derecho extranjero. Esta norma sólo prevé que los extranjeros al solicitar la nacionalización argentina, podrán pedir a la autoridad que la acuerde, la adaptación gráfica y fonética al castellano de sus apellidos de difícil pronunciación. No obstante, se ha interpretado que "... ese derecho de adaptación corresponde no sólo a quien se nacionaliza, sino aún a quien conserva su nacionalidad original pero tiene domicilio en el país, lo que privilegia la conexión domiciliaria"<sup>43</sup>.

Entre las restricciones del art. 3, el inc. 2 se refiere a los nombres extranjeros, prohibiendo su inscripción en el Registro del Estado Civil nacional, excepto los castellanizados por el uso o cuando se tratare de los

<sup>40</sup> Ver MOISSET DE ESPANES, LUIS: "El nombre "Doña" y la denominación de los naturales de una región", en [www.academ.org.ar/doctrina/articulos/autnombbre](http://www.academ.org.ar/doctrina/articulos/autnombbre). Por ej. Decreto N° 11.609 del 13/10/ 1943, Decreto N° 410 del 7/1/ 1948.

<sup>41</sup> FERMÉ, R.: "El nombre de las personas físicas en el Derecho internacional privado". Relato presentado en el XI Congreso Argentino de Derecho Internacional, Mar del Plata, 30/9 — 2/10 de 1998. El autor incorpora en su relato la interpretación que realiza el Dr. M. A. Claro Caldani.

<sup>42</sup> OYARZABAL, M. J. A.: Ob. Cit. [www.ekidial.com](http://www.ekidial.com)

<sup>43</sup> BORDA G. A.: Tratado de Derecho Civil — Parte General. 11ª ed. Perrot. Bs.As 1996. n° 344. P.323, citado por R. FERMÉ en el Relato mencionado.

nombres de los padres del inscripto, si fueren de fácil pronunciación y no tuvieren traducción en el idioma nacional. Esta prohibición no se aplica al nombre de los hijos de los funcionarios o empleados extranjeros de las representaciones diplomáticas o consulares acreditados ante nuestro país, ni a los miembros de las misiones públicas o privadas que tengan residencia transitoria en el territorio argentino.

En relación a los cambios de nombres y apellidos<sup>44</sup> se considera que deben someterse a la ley que regula el estatuto personal, es decir, la ley del domicilio o la ley de la nacionalidad<sup>45</sup>; estimándose que la modificación o sustitución de nombres que una persona realiza voluntariamente, conforme a un derecho local, es de dudosa validez extraterritorial<sup>46</sup>.

En suma, "la ley domiciliaria rige la formación y composición del nombre de una persona. Y decide quién puede elegir el nombre individual o de pila, así como el número de nombres permitidos y cuáles se encuentran prohibidos, incluido el derecho de imponer nombres extranjeros o sin traducción al idioma nacional. También indica cuáles nombres funcionan como propios y cuáles como apellido, lo que puede tener importancia cuando los diversos ordenamientos jurídicos involucrados difieren respecto de los apellidos transmisibles. Finalmente indica los criterios conforme a los que se adquieren el o los apellidos, tanto de los hijos matrimoniales como extramatrimoniales, así como el orden de los mismos"<sup>47</sup>, cuestiones contempladas en el resto del articulado de la ley.

<sup>44</sup> Respecto al cambio de nombre, es preciso señalar la diferencia con la rectificación de partida; en el cambio de nombre se debate un asunto de fondo, relativo al atributo de la personalidad en tanto en la rectificación se persigue poner de acuerdo el verdadero nombre de las personas con las constancias que de ellas se registran en las partidas respectivas. (lo cual lo puede realizar en ciertos casos, entre nosotros, la autoridad administrativa -art. 15, ley 18.248— u optarse por la vía judicial prevista en el art. 18 de la ley)

<sup>45</sup> Coinciden con este criterio Goldschmidt, W., Aguilár Navarro, Quintín Alfonso, Miraja de la Muela, Fernández Arroyo, entre otros juristas.

<sup>46</sup> ALPONSIN, Q., citado por Ferrás, E. en el relato aludido supra. Por su parte OYARZABAL, M.J.A., sostiene: El cambio de nombre originado en una modificación del estado civil puede plantearse como cuestión previa la validez del matrimonio o de su disolución, de la adopción o del reconocimiento, de la adquisición de la nacionalidad o del cambio de sexo, las que deberán determinarse por el derecho aplicable al hecho jurídico respectivo según el derecho internacional privado del tribunal argentino. No obstante, cabría reconocer efectos sobre el nombre al matrimonio, a la adopción, etcétera, conforme al derecho internacional privado del domicilio de la persona, aunque sean nulos según el derecho internacional privado argentino. Se trata de aplicar excepcionalmente a la cuestión previa el derecho internacional privado de la ley extranjera reguladora de la cuestión principal, en el interés superior de la persona. Mas, juzgado válido el matrimonio o la adopción, la posibilidad de que la mujer utilice el apellido de casada o que el hijo reciba el apellido de los padres adoptivos se rige por la ley del domicilio, aun cuando el derecho aplicable al matrimonio o a la adopción no prevea ese efecto sobre el nombre del propositus.

<sup>47</sup> OYARZABAL, M. J. A.: Ob cit. [www.ekidat.com](http://www.ekidat.com)

En otro orden, la ley 18248 establece la competencia concurrente de los tribunales del lugar en que se encuentra la inscripción original que se pretendiere rectificar, modificar o cambiar, o el del domicilio del interesado (Art. 16). Esta norma, al decir de Boggiano, podría interpretarse como si fuese una norma de competencia territorial interna ya que además refiere a "jueces de primera instancia"; pero sería inconstitucional por invadir las competencias legislativas provinciales<sup>48</sup> sobre competencia territorial. Por ello y por su ubicación en una ley de fondo, se trataría de una norma de jurisdicción internacional. En el mismo sentido, Oyarzabal interpreta: "La competencia de los jueces argentinos para autorizar cambios de nombres por vía principal viene dada por el domicilio de la persona en jurisdicción argentina. Aunque no está claro si la norma de jurisdicción internacional resulta de la aplicación al caso del derecho argentino en virtud del artículo 6 del Código Civil (*forum causae*), o de la regla de reparto de la competencia interna del artículo 16 de la ley 18.248 de nombre de las personas. En este último caso, la jurisdicción argentina también se habilitará cuando el cambio, adición o supresión de un nombre o apellido se refiera a una inscripción de nacimiento argentina. Lo que a su vez conduce a admitir el foro de la nacionalidad argentina del interesado. Aquí la competencia de las autoridades argentinas concurrirá con la de las autoridades del país del domicilio extranjero del argentino. Pero si la persona está domiciliada en la Argentina, la jurisdicción de nuestros tribunales es exclusiva, sin que quepa reconocer decisiones extranjeras del país de la nacionalidad del individuo con fundamento en la bilateralización de la regla de competencia del artículo 16, ni ninguna otra que la invada."<sup>49</sup>

## 2) Ley 26.413:

La ley 26.413<sup>50</sup>, establece el nuevo régimen sobre el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, y en el Capítulo XIII, bajo el título "Documentos de extraña jurisdicción"<sup>51</sup>, se refiere a la *cooperación inter-*

<sup>48</sup> GOLDSCHMIDT, Werner: Derecho Internacional Privado — Derecho de la Tolerancia. Quinta edición. Ed. Depalma. Bs. As. 1985. Pág. 381

<sup>49</sup> OYARZABAL, M.I.A.: Ob. cit. www.eldial.com

<sup>50</sup> Ley 26413: Sanc. 10/9/08— Prom. 1/10/08— B.O. 6/10/08— Deroga al Decreto ley 3204/63

<sup>51</sup> Cap. XIII: Documentos de extraña jurisdicción. ARTICULO 73. — La extraña jurisdicción es la que ejerce el ámbito territorial de la dirección general ante la cual se pretende inscribir el documento.

ARTICULO 74. — Las inscripciones de documentos de extraña jurisdicción se asentarán en libros especiales que a tal efecto habilite la dirección general, consignando todos los datos que ellos contengan. No se registrará ningún documento que no se hallare debidamente legalizado por autoridad competente.

nacional en materia de inscripción de documentos extranjeros que acrediten los hechos y actos que dan origen, modifican o alteran el estado civil y capacidad de las personas, y establece los requisitos a cumplimentar. Por ejemplo, la inscripción de la partida de nacimiento extranjera que recepta un cambio de nombre autorizado por el tribunal extranjero.

Esta normativa sólo contempla aspectos formales; prevé la habilitación de libros especiales para inscribir dichos documentos y exige, además, que los mismos se hallen debidamente legalizados y traducidos por traductor público matriculado.<sup>52</sup>

## V. Las Soluciones en el Derecho Internacional Privado

### 1) Derecho internacional privado de fuente convencional

A diferencia de otros Estados<sup>53</sup>, nuestro país no ha ratificado ningún instrumento internacional específico relativo al nombre, ni a los problemas que de este tema se derivan en las relaciones privadas internacionales.

Ante la ausencia en nuestro ordenamiento jurídico de normas de Derecho internacional privado de fuente convencional, y la ubicación del tema del nombre dentro del estatuto personal, consideramos que deben aplicarse analógicamente las soluciones de los Tratados de Montevideo que someten al estado y la capacidad de las personas físicas el derecho domiciliario, conforme lo dispuesto en el art. 1 Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940.

### 2) Derecho internacional Privado de fuente interna

En el orden interno o autónomo, la Ley 18248 sobre el nombre de las personas naturales, y sus modificatorias, leyes nacionales 23.162, 23.264, 23.515 y 26.618, no contemplan las situaciones que se plantean en el ámbito internacional.

ARTICULO 75. — Las inscripciones asentadas en los libros de extraña jurisdicción, no podrán ser modificadas sin que previamente lo sean en su jurisdicción de origen.

ARTICULO 76. — Si el documento a inscribirse estuviera redactado en idioma extranjero, deberá ser acompañado de su correspondiente traducción al idioma nacional, lo que deberá ser hecho por traductor público debidamente matriculado.

<sup>52</sup> Obsérvese que no se hace mención a requisitos sustanciales, como lo contemplaba el Deco-ley 8204.

<sup>53</sup> Alemania, España, Francia, etc., ratificaron el Convenio de Estambul del 4/9/58, sobre cambios de apellidos y nombres; el Convenio de Múnich del 6/9/60, relativo a la ley aplicable a los nombres y apellidos, etc.



Como hemos expresado precedentemente, se admite la inclusión del derecho al nombre dentro del estatuto personal; en consecuencia consideramos que son de aplicación los arts. 6 y 7 del Código Civil argentino que determinan la ley del domicilio como aplicable al estado y capacidad de las personas físicas.<sup>54</sup>

En virtud de ello, ante la ausencia en nuestro ordenamiento jurídico de normas de Derecho Internacional privado de fuente convencional e interna en la especie, cabe extraer las soluciones de las normas que se ocupan del estado y capacidad de las personas, por tratarse el tema en estudio, de una cuestión inherente al ser humano; este criterio sostenido por la mayoría de la doctrina, ubica el tema del nombre en el denominado "estatuto personal"<sup>55</sup> y por ende, regido por su ley personal. Una posición minoritaria, toma en cuenta la influencia de las relaciones jurídicas-familiares subyacentes (v gr.: filiación, patria potestad, adopción, matrimonio) y adoptan criterios diferentes en cuanto al derecho aplicable al nombre<sup>56</sup>.

## VI. Conclusiones

Las corrientes migratorias de comienzo de siglo, la globalización económica y la internacionalización de las relaciones privadas humanas determinaron en el DIPr, la necesidad de adoptar nuevas respuestas jurídicas que atendieran los requerimientos de las sociedades multiculturales.

Frente al desarraigo que sufren las personas en la búsqueda de mejores condiciones de vida fuera de las fronteras de su país, su identidad personal, familiar y cultural expresada, entre otros datos, a través de su nombre debe ser reconocida por la sociedad en que se hospeda.

La respuesta jurídica que se proporcione a los problemas de D.I.Pr relativos al nombre, y que pueden afectar, sea a la determinación de la ley

<sup>54</sup> OYARZÁBAL, M. J. A. en su trabajo citado supra (23), expresa: Cuando la ley del domicilio es adoptada para regir el estatuto personal, como en el derecho internacional privado argentino (arts. 6 y 7, Cód. Civil; arts. 1, Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940), entonces la ley personal y la ley del registro generalmente coinciden al momento del nacimiento de la persona, ya que es común que el hijo nazca en el domicilio de los padres, que es por transitividad el del hijo (art. 90, Inc. 6, Cód. Civil).

<sup>55</sup> FERME, Eduardo L.: "El nombre de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado". Relato presentado en el XV Congreso Ordinario de la AADI y XI Congreso Argentino de Derecho Internacional, Mar del Plata, 1998. Ver también OYARZÁBAL, M. J. A.: "El nombre y la protección de la identidad. Cuestiones de Derecho Internacional Público y Privado", en [www.sldlal.com/uruguay/psu58](http://www.sldlal.com/uruguay/psu58). *Revista Prudentia* N° 58.

<sup>56</sup> Ver CNCiv, sala I, 18/7/96, "Cabré Nicolasa" -- También FERME, Eduardo: *Obra citada* p. 5. GOLDSCHMIDT, W.: *Derecho Internacional Privado — Derecho de la tolerancia*. Décima edición actualizada por Alicia M. Peruggini Zanetti. Ebeledo Perrot, Bs. As., 2009, p. 321.

aplicable a su atribución, sea a la eficacia extraterritorial de actos jurídicos extranjeros relativos al mismo, a su defensa en caso de usurpación o uso indebido del nombre de otro, al cambio de nombre como consecuencia del matrimonio, la adopción, el reconocimiento de hijos, la separación o el divorcio, etc., debe ser coherente con el sistema jurídico del foro, respetuosa de los derechos del ciudadano y satisfacer todos los intereses en presencia: a) el del individuo en obtener una mas amplia protección de su nombre; b) los intereses públicos, en que cada persona sea individualizada e identificada por el nombre que lleva y c) los del Estado, que necesita enfrentarse a las dificultades del creciente tráfico internacional, a través del control de sus nacionales y de los extranjeros.<sup>57</sup>

Los trabajos que viene realizando la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC) en materia de nombres y apellidos son instrumentos de inapreciable valor para la solución de dichas cuestiones.

Se advierte que el Derecho internacional privado argentino no contempla todos los problemas de carácter internacional que presenta la cuestión del nombre de las personas físicas, no obstante regula para las relaciones privadas internas algunos temas tratados en los convenios de la CIEC (imposición de nombres, cambio de nombre, adaptación de los nombres extranjeros al idioma nacional, reconocimiento de actos extranjeros vinculados al estado civil y capacidad de las personas, registro, etc).

En cuanto a la competencia internacional, consideramos que nuestro sistema es insuficiente en normas de competencia; por ello podría decirse que la unificación de la competencia de carácter administrativo que propone el Convenio N° 4, no sólo no afectaría el orden público sino que ejercería una suerte de ejemplaridad pedagógica en la cuestión.

En virtud de lo expuesto a lo largo de este trabajo, y atento al escenario internacional en que transita la vida humana, estimamos que es preciso contar con normas que superen los inconvenientes que puedan afectar la identidad cultural, familiar e individual de las personas. Advertimos que si bien nuestra legislación interna e internacional no contempla de manera específica e integral la problemática del nombre, no se contraponen con las disposiciones plasmadas en los Convenios aludidos en este estudio. Por ello, consideramos importante que nuestro país adhiera a dichos Convenios a los fines de garantizar la seguridad jurídica en temas tan fuertemente ligados a la personalidad de los seres humanos.

<sup>57</sup> LARA AGUADO, A.: Ob cit., p. 4.

## Bibliografía consultada

- BORDA G. A.: *Tratado de Derecho Civil - Parte General*. 11ª ed. Perrot. Bs.As., 1996.
- CANOVAS, DIEGO ESPÍN, *Los derechos de la personalidad y su entorno familiar*, en X Congreso Internacional de Derecho de Familia — Ponencias de Profesores Invitados — Mendoza, 1998.
- CIEC. Informe elaborado por Massip, Jaques, Hondius Peijs y Nisot, Chantal. 1/4/2007. Editorial Kluwer Law International. [www.cieci.org](http://www.cieci.org)
- CIEC. Informe presentado en el IV Encuentro de Directores de Registro Civil, Identidad y Estadísticas vitales de Latinoamérica (CLARCIBV), realizado en Acapulco, México, del 29 de julio al 3 de Agosto de 2007, en [www.cieci.org](http://www.cieci.org)
- CFRUD CALDANI, M. A., "Reflexiones sobre el nombre de las personas físicas en el Derecho Internacional privado". Comunicación presentada en el XV Congreso ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Mar del Plata, 1999.
- "El nombre de las personas de existencia visible en el mundo jurídico en general) y en el derecho internacional privado" — *Revista del Colegio de Abogados de Rosario*, n° 12, 2ª época, noviembre de 1977.
- FAYT, CARLOS S., *El nombre — (Un atributo de la personalidad)*. Ed. La Ley S.A. Bs. As. 1996.
- FERRER, EDUARDO L., "El nombre de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado". Relato presentado en el XV Congreso Ordinario de la AADI y XI Congreso Argentino de Derecho Internacional, Mar del Plata, 1999.
- FERRERÍA, M.A y ZAVATTI DE ROUGIER, A.M., "El nombre de las personas físicas y el Derecho Internacional Privado". *Doctrina judicial*. Ed. La Ley, 14 de junio de 2000.
- FORNER y DELATOGA, JOAQUÍN-JUAN, *Nombres y apellidos. Normativa interna e internacional*. Ed. Bosch. Barcelona, 1994.
- FUSTEL DE COULANGES, NUMA DOMENICO, *La Ciudad Antigua*. Editorial Iberia S.A. Barcelona, 1952.
- GOLDSCHMIDT, W., *Derecho Internacional Privado — Derecho de la tolerancia*. Décima edición actualizada por Alicia M. Ferruggini Zanetti. Ebeledo Perrot. Bs. As. 2009
- LLAMBÍAS, J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. 12ª ed.. Bs. As. Perrot, 1986.
- MACKELDEY, F., *Elementos del Derecho Romano*. Editor Librería de Leocadio López. Madrid, 1896.
- MOUSSET DE ESPANES, LAUS, *El nombre "Doria" y la denominación de los naturales de una región*, en [www.acadecr.org.ar/doctrina/articulos/artnombre](http://www.acadecr.org.ar/doctrina/articulos/artnombre)
- LARA AGUADO, ANGELES, *El nombre en Derecho Internacional Privado*. Ed. Comares. España. Año 1998.
- OYANZÁBAL, M. J. A., *El nombre y la protección de la identidad. Cuestiones de Derecho Internacional Público y Privado*, en [www.eldial.com/prudencia/pru58](http://www.eldial.com/prudencia/pru58) . *Revista Prudencia* N° 58-
- RIVERA, JULIO CÉSAR, *Instituciones de Derecho Civil*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986.





## EL MODERNO DERECHO DE DAÑOS Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Martín Juárez Ferrer\*

**Resumen:** El artículo intenta exponer los procesos de des-codificación y especialización normativa, y de constitucionalización del ordenamiento jurídico, y como estos procesos afectan al derecho privado, y en particular, al moderno derecho de daños. En esa línea, se intenta mostrar cómo algunos derechos y garantías constitucionales afectan específicamente a ciertas instituciones del derecho de daños, así como también como impacta la idea de igualdad real de oportunidades en este ámbito.

**Palabras clave:** Daños - Garantías - Constitución - Igualdad.

### I. Transformaciones en el Derecho Privado Moderno

Dentro de la larga historia de la evolución del Derecho, puede afirmarse que el S. XIX fue el siglo de la codificación. Este siglo estuvo marcado por dos hitos en la codificación, que son el Código Napoleón, dictado en 1804, y el BGB alemán de 1900. En ese mismo siglo, y en nuestro país, el Código Civil elaborado por Vélez Sársfield entró en vigencia en el año 1872, y años antes se había adaptado para la Nación el Código de Comercio redactado por Eduardo Acevedo y Dalmacio Vélez Sársfield para la Provincia de Buenos Aires.

También el S. XIX fue, para nuestro país, el siglo de la organización jurídico-constitucional. Luego de los intentos constitucionales unitarios de 1819 y 1826, en 1853 se dictó la Constitución que, con las reformas introducidas en 1860, producto de la incorporación de Buenos Aires (que dicho de sea de paso, hicieron *más federal* la Constitución), es prácticamente la que rigió hasta 1994, con excepción de los años 1949/1955, en los que rigió la Constitución de 1949.

---

\* Abogado (UNC). Magíster en Derecho y Argumentación (UNC). Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales. Becario Conicet (Post Grado Tipo II). Docente auxiliar de la cátedra "A" de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Mail: martinjuarezferrer@yahoo.com

Así como el S. XIX fue el siglo de la codificación puede decirse que la primera mitad del S. XX fue la era del constitucionalismo social, movimiento que empezó con la Constitución de Weimar en 1921, y que en Argentina tuvo su máxima consagración en la Constitución de 1949, derogada por un gobierno de facto en 1955. Algo de ello, aunque menguado y *programatizado*<sup>1</sup>, fue recogido en la (inconstitucional) reforma constitucional de 1957, que incorporó el art. 14 bis a la CN de 1853-60.

La segunda mitad del S. XX, y lo que ha transcurrido del S. XXI permiten observar tres procesos correlativos. Por una parte, una tendencia a una especialización legislativa cada vez mayor, que conduce al dictado de normas particulares para múltiples situaciones, que antes hubieran caído en la regulación de los códigos civiles o de comercio, y hoy tienen su propia ley y, correlativamente, un proceso de *descodificación*, esto es, del desgajamiento de los Códigos en múltiples leyes especiales. Por otra parte, una creciente tendencia a la *constitucionalización del ordenamiento jurídico*, que viene de la mano del *neconstitucionalismo*, y que importa la aplicación de la Constitución a áreas del derecho donde tradicionalmente se consideraba que ella no tenía nada para decir.

### L. A. Especialización legislativa y *descodificación*

Se observa en la actualidad una enorme proliferación normativa, que ha llevado a una situación de inflación normativa preocupante, que pone en duda aquel axioma del derecho que dice que el derecho se presume conocido por todos<sup>2</sup>. Esta inflación normativa tiene múltiples consecuencias: por una parte, ha hecho más difícil el estudio del derecho en grandes ramas, como el derecho civil, o el derecho penal, generando subespecialidades dentro de las tradicionales especialidades y; por otra parte, pone en crisis el concepto de *sistema jurídico*, ya que, asimilándolo a un rompecabezas, al hacerse cada vez más grande su tamaño y más pequeñas y complejas las piezas que lo componen, la unidad del mismo se hace borrosa, y algunas de estas ramas y sectores del ordenamiento jurídico re-

<sup>1</sup> Con el verbo *programatizar* designo a la tendencia a restringir la efectividad de derechos constitucionalizados a través de su consideración como *programáticos*, término que, en oposición a los llamados derechos operativos, hace referencia a derechos que necesitan para su vigencia de la reglamentación del legislador, a diferencia de los directamente operativos, que no requieren de reglamentación para ser exigibles y exigidos. La *programatización* de ciertos derechos, generalmente, derechos económicos y sociales, conduce a la no efectivización de los mismos, pese al mandato expreso del constituyente, dejando su eficacia librada a la absoluta discrecionalidad del legislador, y del gobierno de turno.

<sup>2</sup> Propio de un ideal racionalista sobre el Derecho, cuya efectiva vigencia ya era dudosa al momento de su recogimiento en el Código Civil.

claman su emancipación de los regímenes generales, su autonomía, y pretenden tener sus propios principios<sup>3</sup>. Esto provoca una suerte de *big bang* jurídico, ya que los micro sistemas normativos van dispersándose cada vez más, y alejándose y diferenciándose de aquellas ramas de las que surgieron, perdiendo conexión con ellas, y creando nuevas ramas de normas, y cada vez resulta más difícil aprehender y formular generalizaciones universales aún en un mismo *sistema jurídico*.

El ejemplo más cabal de este proceso de especialización es el sistema de defensa del consumidor. En este derecho del consumidor hay una ruptura con un principio basal del derecho de contratos moderno, cual es la paridad entre contratantes; se modifica el tradicional régimen de vicios ocultos; se establecen cláusulas prohibidas; se regula una categoría de daños (aun cuando es discutible su pertenencia al género *daños*) totalmente ajena a nuestro derecho, como los daños punitivos, provenientes del derecho norteamericano, y se intenta desjudicializar (y facilitar) el reclamo de incumplimientos y faltas contractuales. Por ello es que se habla que el derecho del consumidor es algo así como el *Código Civil del S. XXI*, y no sin razón, ya que en la actualidad este derecho se ha convertido en el derecho común, que rige y da respuestas a las situaciones entre particulares.

Junto con esta tendencia al surgimiento de nuevas especialidades jurídicas hay un correlativo fenómeno de vaciamiento de los Códigos, en los cuáles se había pretendido condensar toda la normativa jurídica. Los grandes códigos, como el Código Civil, el Código Penal o el Código de Comercio se ven actualizados, reformados, derogados en parte por leyes que dejan de lado la técnica codificadora, y que simplemente reclaman *formar parte del Código* en cuestión, al mismo tiempo que suelen apartarse drásticamente de los principios generales. Resulta hoy imposible, para conocer el derecho civil o el derecho penal argentino, remitirse a los respectivos Códigos. Hay numerosas normas que lo integran y que regulan aspectos de la vida que no habían sido tenidos en cuenta en las codificaciones, o bien que la realidad aconsejó su modificación. El caso del Código de Comercio

<sup>3</sup> Adolfo Alterini habla de un contra proceso de *recodificación* del derecho civil argentino, teniendo en mira, en particular, el Proyecto de Código Unificado de 1998. Dice Alterini que para la *reconstrucción* (...) es necesario aferrarse a los principios, pues mientras el Derecho no aporte soluciones puntuales para los problemas nuevos solo están disponibles las reglas fundantes del sistema y los categorías jurídicas fundamentales. Las cuestiones novedosas resultantes de los cambios de circunstancias pueden ser resueltas con el Código y no fuera de él, lo cual evita la superposición de ordenamientos, la especialización de la especialización y, en definitiva, la anarquía y la confusión. ALTERINI, Adolfo A. *El futuro de la codificación en Francia y en América Latina*. LL 2004-C, 1337. Por mi parte, creo que el proceso de *recodificación* de que habla Alterini nunca terminó de cuajar y, en definitiva, en el panorama del derecho civil argentino son ríditos los procesos de especialización y la *descodificación*, con las características y consecuencias que se exponen.

es paradigmático de este proceso de *descodificación*, habiendo quedado prácticamente derogado, y siendo sustituido en la actualidad por las leyes de concursos y quiebras, de sociedades comerciales, de seguros, de transporte multimodal, de navegación y aeronáutico, y otra gran cantidad de leyes. En menor medida, esta tendencia se observa también en el Código Civil, que si bien ha sido reformado numerosas veces siguiendo la técnica codificadora (en 1969 mediante la ley 17.711, y en 1985 con la ley de filiación N° 23.264 y en 1987 con la ley sobre divorcio vincular N° 23.515), ha sufrido otras reformas mediante leyes aun declaman formar parte del Código Civil, no se integran a su texto, erosionando así la codificación del derecho civil.

Así como el Código Civil ha sido parcialmente sustituido por el derecho del consumidor en su carácter de regulador de las relaciones entre particulares, el Código de Comercio, paralelamente, ha venido sufriendo un constante desgajamiento que lo dejó prácticamente vacío. Hoy las materias contenidas en el antiguo Código de Comercio se encuentran dispersas en múltiples leyes, entre ellas, las de Concursos y Quiebras, la de Sociedades Comerciales, la de Seguros.

Como resultado de estos procesos correlativos de *descodificación* y especialización normativa, y en el ámbito del derecho privado, han surgido una gran cantidad de normas especiales, normas que dan origen a sistemas jurídicos cerrados o semi-cerrados en los que el Código Civil, o el Código de Comercio solo funcionan como normas supletorias. Estos sistemas jurídicos cerrados tienen sus propios contratos, sus propios procedimientos, y sus propios sistemas (o micro sistemas) indemnizatorios.

*El Código comparte su vida con otros Códigos, con microsistemas jurídicos, y con subsistemas. El Código ha perdido centralidad, la que desplaza progresivamente. El Código es sustituido por la constitucionalización del Derecho Civil, y el orden codificado por el sistema de derecho civil, que abarca tanto a la norma codificada como a otras. La explosión del Código produjo un fraccionamiento del orden, similar al planetario. Se han creado microsistemas jurídicos, que al igual que los planetas giran con su propia autonomía, su vida es singular; el Código es como el sol, los ilumina, colabora en su vida, pero ya no puede incidir directamente sobre ellos<sup>4</sup>.*

Otro producto, quizás no deseado, pero permitido, de este proceso de dispersión y especialización legislativa, es que el derecho privado se ha convertido en una suerte de río revuelto, en el que ha habido atentos pescadores de privilegios y excepciones<sup>5</sup>. De esta manera, y en lo que a no-

<sup>4</sup> LORENZETTI, Ricardo L. *La Descodificación y Fractura del Derecho Civil*. LL 1994-D, 724.

<sup>5</sup> En este sentido, JUNYENT, Beartz, *Bases Constitucionales del derecho de daños*, Semanario Jurídico T. 94, p. 148, afirma que *detrás de esos microsistemas de responsabilidad civil alejados*



otros nos incumbe, han surgido numerosos micro - sistemas reparatorios (como los del Código Aeronáutico y de la Ley de Navegación, del Riesgo del Trabajo, etc.) en el marco de estas leyes especiales, que derogan algunas reglas del régimen general de responsabilidad civil del Código de Vélez. De igual manera, el legislador ha excluido totalmente del régimen general a las indemnizaciones por accidentes y enfermedades laborales, con el dictado de la Ley 24557 (LRT) en 1995, dejando un resquicio mínimo para el regreso al esquema del Código Civil en caso de dolo del empleador.

Los micro-sistemas reparatorios se han caracterizado por ser, en general, modificaciones *in peius* del sistema resarcitorio general, instrumentadas a través de la imposición de topes indemnizatorios, tarifaciones acotadas, exclusión de ciertos daños, trabas al acceso a la justicia (un ejemplo: las comisiones médicas de la LRT).

Aludiendo al fenómeno de la especialización del Código Civil, y a la fragmentación del derecho de daños, Carlos Ghersi exhibe una postura fuertemente crítica de los micro sistemas reparatorios, y opina que su objetivo es la precarización de la situación de reparabilidad y disponer sin restricciones de la libre circulación de bienes y servicios que eviten riesgos sobre la tasa de beneficio y la acumulación excesiva<sup>6</sup>. Hay que aclarar que Ghersi hace esta afirmación en un trabajo fuertemente crítico a las consecuencias jurídicas del neoliberalismo de la década del 90, y ciertamente desde aquí compartimos esta afirmación, particularmente aplicable a la normativa que en materia de sistemas resarcitorios se dictó en esta época.

Entonces, este fenómeno de la especialización normativa y descodificación tiene especial incidencia en el derecho de daños. El principio general de reparación de todos los daños, conocido como *reparación integral*, contenido en los arts. 1068, 1069, 1079 y 1109 del CC, que era el pilar del sistema de la responsabilidad civil del Código Civil ha sido modificado, restringido, o simplemente dejado de lado en muchos de estos micro sistemas reparatorios. A partir de estas modificaciones ha sucedido que muchas veces estos micro sistemas reparatorios dan lugar a indemnizaciones disminuidas, acotadas y, en ocasiones, meramente simbólicas. Ante la inquietud que generaban estas situaciones injustas se buscó en el concepto de *reparación integral* una barrera al avance de los micro sistemas reparatorios que desprotegían a las víctimas, y como un norte hacia

del estructurando en nuestro Código Civil, suelen encontrarse los intereses de centros de poder económico que procuran gastar una responsabilidad hecha a la medida de sus intereses, acotada, limitada, al margen de la que se aplica al resto de los ciudadanos.

<sup>6</sup> GHERSI, Carlos A. *La ley de defensa de los derechos del consumidor y la fragmentación del sistema de reparación de daños*. LL 1994-B, 841

el cuál debía tender la normativa indemnizatoria, que colocara a todas las ramas del derecho de daños bajo el paraguas de este principio.

### II. B. Constitucionalización del ordenamiento jurídico

Un tercer proceso es el de constitucionalización del ordenamiento jurídico. La constitucionalización del ordenamiento jurídico es una tendencia producto de la corriente ideológica jurídica llamada *neoconstitucionalismo*, de la que, al igual que el positivismo, resulta difícil dar una definición unívoca, pero que a grandes rasgos propugna la revalorización de la constitución, haciendo énfasis en su carácter normativo, y procurando acentuar su vigencia y sus efectos en todos los sectores del ordenamiento jurídico, incluyendo muchos aquellos en que se pensaba que la constitución no tenía para decir, como por ejemplo en todas las áreas del derecho privado.

Riccardo Guastini define a la constitucionalización como *el proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente "impregnado" por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico "constitucionalizado" se caracteriza por una constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales*<sup>1</sup>.

Hasta el surgimiento del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico (que en la Argentina toma vigor a partir de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos al orden constitucional en 1994), en general, y del derecho privado en particular, en el sistema jurídico argentino la Constitución Nacional nunca había tenido mucho para decir en el ámbito de las relaciones entre particulares. Se consideraba que el Código Civil era autosuficiente, y las excepcionales alusiones a la Constitución eran relativas al derecho de propiedad. En cierto modo, el Código Civil venía a ser algo así como la Constitución en el ámbito del derecho privado, mientras que esta última era la norma suprema en materia de derecho público.

Este rasgo de nuestra cultura jurídica (no solo argentina, sino en general de lo que conocemos como el derecho continental europeo) es explicado por Ricardo Lorenzetti mediante la *teoría de las esferas independientes*, que básicamente explica que para los juristas y operadores del derecho, no habían (o eran escasísimos) puntos de intersección entre la Constitución y el Código Civil, ya que eran las normas superiores de dos

<sup>1</sup> GUASTINI, Ricardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. En CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo (s)*. Trotta, Madrid, 2003, p. 48.

pirámides jurídicas prácticamente separadas, e independientes. Los presupuestos de esta teoría, según Lorenzetti, son los siguientes:

*En el derecho público hay una relación entre desiguales, porque el Estado es fuerte, está dotado de imperio, sus decisiones son inatacables; en cambio en el derecho privado hay dos sujetos en paridad, que tienen relaciones horizontales.*

*Lo propio del ámbito público es la ley, que es expresión del imperio del soberano; en el ámbito privado lo característico es el contrato, que revela la declaración de voluntad común.*

*En el ámbito público rige la justicia distributiva, para el reparto de honores y gravámenes, dando a cada uno lo que le corresponde, según situaciones objetivas como el mérito o el trabajo. En el derecho privado rige la justicia conmutativa, que regula el intercambio, y que busca la reciprocidad y la equivalencia<sup>8</sup>.*

Esta teoría de las esferas independientes ha sido dejada de lado en la actualidad. Como producto del neoconstitucionalismo, y de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional en 1994, se considera en la actualidad que la Constitución no solo es la ley suprema, sino que incluso tiene mucho para decir en el ámbito del derecho privado. El Congreso sigue gozando de la facultad de dictar el derecho privado, pero tiene como límite los lineamientos que la Constitución y los tratados con jerarquía constitucional le imponen.

En el ámbito del derecho privado, quizás la materia en la que ha tenido más impacto la constitucionalización es en el derecho de familia. La incorporación de la Convención para la eliminación de las Discriminación contra la Mujer, y la Convención sobre los Derechos del Niño hacen que las normas del Código Civil se han constantemente cotejadas, reinterpretadas y revalidadas o invalidadas a la luz de la Constitución. El impacto también es importante en materia de derecho de daños, que en su carácter de garante de otros derechos queda atado a la jerarquía de aquellos a los que contribuye a tutelar:

## II. El derecho de daños como garantía

El sistema de responsabilidad por daños es, respecto de otros derechos, un mecanismo de garantía. El derecho de daños funciona, en esto, de manera similar (aunque no idéntica) al derecho penal, ya que se activa cuando hay una violación de algún derecho subjetivo, interés legítimo o

<sup>8</sup> LORENZETTI, Ricardo L. *Fundamentos constitucionales del derecho de daños*. LL 2003-C, 1184

simple interés, y dicha violación produce un menoscabo en el aspecto patrimonial o personal del sujeto dañado.

El derecho de daños provee al sujeto que sufre un menoscabo en sus derechos o intereses un mecanismo de protección *ex post*, que se activa recién cuando el detrimento ya ha tenido lugar. Las reglas del derecho de daños buscan distribuir con justicia los resultados dañosos, poniendo en cabeza del responsable el restablecimiento de los derechos conculcados.

En este sentido, resulta posible asimilar el derecho de daños a los clásicos mecanismos de garantía como el hábeas corpus, que tutela violaciones presentes contra la libertad ambulatoria, o el hábeas data, que protege la veracidad y confidencialidad de los datos personales, puesto que el derecho de daños se dirige a la reparaciones de estados de cosas protegidos constitucionalmente, tales como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la salud, a la propiedad<sup>9</sup>.

Como garantía, el derecho de daños procura remediar o reparar lesiones de ciertos derechos constitucionales. Esto hace que, por carácter transitivo, en muchos ámbitos del derecho de daños haya áreas constitucionalizadas, por la índole de los derechos conculcados. Esto debe tenerse muy presente, por ejemplo, en el caso de daños en el ámbito del derecho de familia, y en particular, cuando el sujeto dañado es un niño, dada la especial protección de que goza la institución familiar y el niño en especial. Pero debe remarcararse que no solo en esta temática se ponen en juego derechos constitucionales, sino en general en todo suceso dañoso se comprometen derechos de índole constitucional<sup>10</sup>.

Por ello es que en muchas cuestiones de derechos de daños y en muchos reclamos de indemnizaciones hay cuestiones constitucionales en juego. Y por ello es que, aun prescindiendo de la existencia del derecho a la reparación integral, el legislador no tiene plena discrecionalidad para establecer sistemas reparatorios, sino que siempre debe tener en cuenta que el derecho de

<sup>9</sup> En este sentido, Germán Bidart Campos, en su *Manual de la Constitución Reformada* (Tomo II, Cap. 24.A) afirma que en un sentido amplio se puede afirmar que la totalidad del ordenamiento jurídico garantiza las libertades y los derechos; en un sentido más preciso hay garantía cuando el individuo tiene a su disposición la posibilidad de movilizar al estado para que lo proteja, sea impidiendo el ataque, sea restableciendo la situación anterior al ataque, sea procurando compensarle el daño sufrido, sea castigando al transgresor, etc.

<sup>10</sup> Al respecto dice Ricardo Lorenzetti que la expansión de los derechos subjetivos primarios tiene un impacto tremendo sobre este esquema básico del sistema de responsabilidad. La crisis del Estado argentino, y la ruptura de todo sistema asistencial y de seguridad social ha provocado que las demandas de los titulares de bienes primarios se encaminen por otras vías. Así, se reclamó trabajo, vivienda, educación, alimentación, servicios médicos, por la vía de la responsabilidad, sea contractual o extracontractual, sea por la vía preventiva o resarcitoria. Esta demanda social desabastecida provoca una ausencia en el sistema de la responsabilidad distinguiéndolo, sin duda alguna. Pero los jueces no pueden dejar de responder a estos requerimientos, generándose lo que Peyrano llamó "jurisprudencia de necesidad".

daños es garante, y es accesorio a ciertos derechos constitucionales, y sigue la suerte de los mismos. Esto implica que las indemnizaciones por violaciones a derechos constitucionales no pueden menoscabarlos, restringirlos, alterarlos o lesionarlos irrazonablemente, y que todo sistema resarcitorio debe ser razonable en relación al derecho que tutela (arg. art. 28 CN)

### III. Los derechos constitucionales y su realización a través del derecho de daños

El derecho de daños como garantía de derechos constitucionales, como dije arriba, permite la efectivización *ex post* de derechos constitucionales conculcados, a través de la reparación del daño causado, intentando volver las cosas al estado anterior al suceso dañoso. A continuación, daré algunos ejemplos en los que el derecho de daños garantiza la efectiva vigencia de los derechos constitucionales.

#### III. A. El derecho a la vida, a la salud y a la integridad personal

El derecho a la vida está consagrado en el art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica), que establece que *toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.* De manera similar lo recepta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que en su art. 6.1. dice que *el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.*

La tutela que el derecho de daños provee a la vida es, necesariamente, *ex post*. En rigor de verdad, la privación de la propia vida no es un daño resarcible en sí mismo, que pueda ser reclamado por los herederos de quien muere. La protección que el derecho de daños confiere a la vida se dirige, por una parte, a las consecuencias patrimoniales de la muerte de una persona en relación a sus familiares, o personas a su cargo, y por otra parte, a las aflicciones espirituales que la muerte ocasiona en sus herederos forzosos (art. 1078 CC, norma muy cuestionada en su constitucionalidad).

Aun cuando se trata de una cuestión en discusión en el derecho argentino, en la actualidad no resulta resarcible la pérdida de la vida humana *per se*. Para que la pérdida de la vida, injustamente causada, sea resarcible, tendrá que haber una afectación cierta y concreta en la faz espiritual o patrimonial, y no se reconocerá valor económico a la vida en sí misma. Esta cuestión suele discutirse cuando la persona que resulta privada de la vida

injustamente es jubilada, puesto que solo resulta resarcible, en tales casos, el daño moral causado por dicha muerte a sus herederos, y el daño emergente de los gastos de curación y sepelio en que puedan haber incurrido sus parientes, pero no hay lucro cesante, lo que motiva a juristas y a abogados a preguntarse a cuestionarse el valor económico de la vida *per se*, lo que actualmente, salvo aislados precedentes, ha obtenido una respuesta desfavorable de la jurisprudencia<sup>11</sup>.

El derecho a la salud ha sido reconocido ampliamente en el art 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que establece que *los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*.

El derecho de daños contribuye a la tutela de este derecho en una perspectiva casi siempre *ex post*, aún cuando excepcionalmente, y a través de mecanismos de tutela anticipada, tales como las medidas autosatisfactivas, pueda funcionar preventivamente, para evitar el agravamiento de estados de cosas ya causados por un suceso dañoso. La protección al derecho a la salud se traduce en el pago de los tratamientos médicos y hospitalarios necesarios para retrotraer la situación del sujeto dañado a como estaba antes del suceso dañoso, haciéndose cargo de todo tipo de gastos médicos, prótesis, intervenciones quirúrgicas, honorarios médicos, y tratamientos de rehabilitación física y psíquica.

Las afectaciones definitivas a la salud serán resarcibles en la medida en que afecten un derecho o interés patrimonial o espiritual, y al igual que en el caso del derecho a la vida, no es resarcible el hecho mismo de la pérdida de la salud, o de la enfermedad o de la minoración física o psíquica sino en la medida en que causa daños concretos y ciertos a los intereses patrimoniales o espirituales de una persona.

El derecho a la integridad personal ha sido reconocido en el art. 5.1 de la CADH, que dispone que *toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral*, y está comprendido dentro de la amplia definición de salud del art. 12 del PIDESC, y dentro del reconocimiento del

<sup>11</sup> Jorge Bustamante Alzina ha dicho, con justicia, que *la cesación de la vida por sí sola, no es fuente de resarcimiento para nadie, ni para quien se va de este mundo, ni para los que quedan en él*. La doctrina de que la vida humana no tiene valor económico *per se* ha sido sostenida reiteradas veces por la Corte Suprema (fallos *In re Fernández, Alba c/ Ballejos, Julio A.*, del 11.5.93, en LL 1993-E, 472; más recientemente *In re Sabat, Ciro A. c/ Provincia de Río Negro*, del 9.11.00), afirmando que *debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de [la] actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable* (CSJN, Aróstegui, Pablo M. c/ Omega ART, Fallos 331:570). En la postura que niega valor económico a la vida humana se encuentran Jorge Bustamante Alzina, José N. Taraborelli y Silvia N. Bianchi, Roberto H. Brebbia, Jorge A. Mayo, Hernán Daray, Gladys S. Álvarez y Tomás Rueda. En la posición contraria, Santos Cifuentes, Jorge H. Altarini, José L. Galmacini y Bernardo Kiper.

derecho a la vida (art. 6) y del derecho a la no injerencia en la vida privada (art. 17) que hace el PIDCP.

Respecto de este derecho a la integridad personal y su tutela por el derecho de daños caben hacer algunas precisiones. En primer lugar, debe aclararse que su reconocimiento en los tratados de derechos humanos referidos se hace con una clara perspectiva *ex ante*, como un límite a lo que el Estado puede hacer a una persona, en el ejercicio de su poder punitivo. Por cierto, la afectación de la integridad personal será resarcible en los términos mencionados respecto del derecho a la vida y del derecho a la salud, siempre *ex post*.

En segundo lugar, el derecho a la integridad personal juntamente con el derecho a la vida ha dado argumentos a quienes estiman que la sola lesión a la integridad física o psíquica da lugar a una indemnización, discusión que se mencionaba arriba. En respuesta a estas ideas, diré que la vida humana, y la integridad personal no tienen un valor económico, ni un valor resarcible ante su pérdida o afectación. Es el daño que se causa en estos derechos tutelados el que resulta resarcible, no la sola afectación. El derecho de daños procura resarcir, restablecer realidades que han sido afectadas negativamente y por ello podrá intentarse a través de él restaurar o indemnizar las consecuencias dañosas de un hecho determinado, pero no la simple lesión.

### III. B. El derecho de propiedad

Respecto del derecho de propiedad<sup>12</sup> es indudable su protección constitucional. La Constitución Nacional lo protege en múltiples disposiciones siendo la más importante la del art. 17, que establece que *la propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley*. Esta disposición debe leerse en concordancia con lo dispuesto por el art. 21.1 de la CADH, que dispone que *toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes*, pero establece

<sup>12</sup> Respecto de la protección constitucional de la propiedad, deben distinguirse dos derechos distintos, frecuentemente confundidos o asimilados. Por un parte, el derecho de propiedad, que es el contemplado por el art. 17 CN, que hace referencia a una situación en la que un individuo ya tiene un bien en su patrimonio, y se refiere al modo de ejercicio, protección y defensa de este derecho. Esta es el derecho al que hará referencia en este trabajo. Por otra parte, existe un derecho a la propiedad, establecido por el art. 23 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DAADDH, con jerarquía constitucional desde 1994), que dispone que *toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar*. Este derecho hace referencia al derecho que tienen todos los individuos a tener una propiedad privada, a fin de lograr la satisfacción de las *necesidades esenciales de una vida decorosa*. Este derecho, a mi parecer, se diferencia del anterior en que no presupone una situación en la que el sujeto ya tiene bienes en su patrimonio, y en que es exigible en contra del Estado en caso de estar insatisfecho, con el piso y el límite que implican las necesidades de una vida decorosa.

un claro límite a este derecho, cuando aclara que *la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social*.

El derecho de daños es garante del derecho de propiedad a través de una de las dos categorías excluyentes en que se dividen los daños resarcibles, que es la categoría de daño patrimonial. La protección del derecho de propiedad es justamente el propósito con que primigeniamente se estableció el sistema de la responsabilidad civil, que dio origen al moderno derecho de daños. Posteriormente, ya bien entrado el S. XIX, surge la categoría del daño moral, por oposición al daño patrimonial, que intenta conjurar los resultados desvaliosos para el espíritu que producen determinados eventos dañosos.

Entonces, siempre que se trate de daño patrimonial, habrá al menos un derecho constitucional en juego, el derecho de propiedad. El derecho constitucional de propiedad exige que nadie sea privado de su propiedad, y que las violaciones a este derecho sean reparadas. Siendo el derecho de daños el medio mediante el cual se intenta recomponer una situación patrimonial dañada por un suceso, se desprende lógicamente que el legislador deberá asegurar a través de sus reglas la adecuada protección de este derecho constitucional, y que toda reglamentación que altera, modifica, lesiona o restringe de modo irrazonable de este derecho deviene inconstitucional. Por lo tanto, el legislador no tiene *carta blanca* para regular el derecho de daños, o los micro sistemas reparatorios, sino que debe hacerlo asegurando una razonable protección del derecho de propiedad.

### III. C. Derecho a la intimidad

El derecho de daños también sirve como garantía del derecho constitucional a la intimidad. El derecho a la intimidad implica el resguardo del ámbito personal, de la vida privada de cada persona, de su correspondencia, de su domicilio, y de sus creencias y acciones. Si bien la conceptualización del derecho a la intimidad es posterior a la sanción de la Constitución de 1853-60, en esta ya se encontraban las bases de este derecho cuando en el art. 19 se establece como ámbito exento de la regulación legal las acciones privadas de los hombres que no afectan al orden y a la moral pública, y aquellas acciones que no perjudican a terceros<sup>13</sup>; y en el

<sup>13</sup> La extensión de este ámbito exento de la regulación legal es algo discutido en la doctrina y en la jurisprudencia. Algunos autores postulan la interpretación que menciono en el texto, mientras que otros entienden que el ámbito excluido de la regulación legal es menor, puesto que sólo comprende las acciones privadas que no afectan al orden o a la moral pública ni perjudican a terceros, es decir, las acciones que cumplen estas dos condiciones. La interpretación que sostengo en el texto se basa en que la coma que en el art. 19 separa la frase *de ningún modo ofenden al orden y a la moral pública* de la frase *ni perjudican a sus terceros* implica no dos condiciones, sino dos tipos de acciones excluidas.



art. 18, que establece la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados.

El art. 11 de la CADH también protege este derecho, cuando establece que: *1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.* De igual manera, y con un texto casi idéntico, el art. 17 del PIDCP contempla la protección del derecho a la intimidad.

La tutela que el derecho de daños provee a la intimidad y a la vida privada se traduce en el resarcimiento ante violaciones de estos derechos, violaciones que generalmente impactan en la esfera espiritual de la persona, dando lugar a resarcimientos por daño moral, pero que eventualmente pueden producir afectaciones patrimoniales. En estos casos, el derecho de daños sirve como garantía del derecho a la intimidad, y por lo tanto, como vehículo de protección de derechos constitucionales.

### III. D. Derechos laborales

La Constitución Nacional de 1953-60 ya tutelaba el derecho a trabajar y a ejercer industrias lícitas a todos los habitantes del país, así como también a los extranjeros (art. 14 y 20 CN). El art. 14 bis vino a reforzar esta protección, reconociendo la especial vulnerabilidad de la situación del trabajador en relación de dependencia, y haciendo de él un sujeto especialmente protegido, y asegurándole *condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada, descanso y vacaciones pagados, retribución justa, salario mínimo vital y móvil, igual remuneración por igual tarea, participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección, protección contra el despido arbitrario, organización sindical libre y democrática, y estabilidad al empleado público.*

Estos derechos laborales también han sido recogidos en el art. 7 del PIDESC, y en múltiples convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) suscritos por nuestro país, que si bien no tienen jerarquía constitucional, gozan de jerarquía supralegal, y por lo tanto, no pueden ser ignorados por el legislador, so pena de incurrir en inconstitucionalidad por violación de una norma jerárquicamente superior.

Algunas (pocas) de estas protecciones laborales funcionan plenamente en la actualidad, otras han sido reglamentadas y desdibujadas en su faz protectoria (como el salario mínimo vital y móvil, que es notablemente inferior a lo que las estadísticas oficiales indican que es necesario para llenar una canasta familiar mensual), y algunas otras directamente nunca

han sido puestas en práctica o ni siquiera reglamentadas, recurriendo a la conocida (y falaz) categoría de derechos programáticos.

Respecto de las condiciones dignas y equitativas de trabajo, jornada limitada, descansos y vacaciones, si bien no resultan fáciles de exigir judicialmente, su incumplimiento puede dar lugar a lo que se conoce como *despido indirecto*, que se configura cuando el empleador pone al trabajador en una situación de violación de sus derechos tal que puede darse por despedido y reclamar la indemnización por despido incausado. En relación a la protección por despido arbitrario, diré que solo dicha protección sólo excepcionalmente se traduce en la llamada *reinstalación* del trabajador en el que puesto del que fuera despedido sin causa. Otra cuestión relevante es la distinción entre despido incausado y despido arbitrario, distinción que no ha sido recogida en la ley de contrato de trabajo.

El principal modo de reparación que el ordenamiento jurídico laboral establece en protección de los trabajadores se da a través de indemnizaciones dinerarias, para lo cual se estableció un sistema de tarificación de indemnizaciones, que buscaba facilitar su cobro a los trabajadores. Este sistema de tarificación tiene en cuenta para la determinación de las indemnizaciones tanto la antigüedad del trabajador (en la empresa, no la antigüedad en la vida laboral) como su mejor remuneración durante el año previo al despido, y se indemniza al trabajador con un sueldo (equivalente al mejor sueldo) por año trabajado. También establece un piso indemnizatorio, equivalente a dos meses de sueldo, y un tope, equivalente a tres veces el salario promedio del convenio colectivo de trabajo por cada año de trabajo. Si bien más adelante abordaré el análisis del sistema indemnizatorio del ordenamiento laboral a la luz del derecho a la reparación integral, resulta importante destacar que además de dicho derecho, en el campo de las indemnizaciones a trabajadores hay muchas otras cuestiones constitucionales en juego, que marcan límites al legislador e imponen estándares mínimos de protección que no pueden ser vulnerados por las leyes que reglamentan estos derechos constitucionales.

### III. E. Derechos de la mujer, del niño y de la familia

Los derechos de la mujer y del niño, así como también de la familia en su conjunto, han sido notablemente fortalecidos en su jerarquía a partir de la reforma constitucional de 1994.

Respecto de la familia en su conjunto, recibe especial atención y protección en el art. 17 de la CADH, que dispone, entre otras cosas, que *la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, y debe ser protegida por la sociedad y el Estado*, el derecho a contraer matrimonio, para

el que se requiere el libre y pleno consentimiento de los contrayentes, que los Estados deben arbitrar los medios para garantizar la igualdad de derechos y de responsabilidades dentro del matrimonio, así como también la igualdad de derechos entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales (que en Argentina ya habían sido igualados en 1985 por la ley 23.264). También contempla especial protección para la familia en su conjunto el art. 10.1 del PIDESC, y de forma casi idéntica a la CADH lo hace el PIDCP en su artículo 23.

La mujer, y en particular su igualdad real con el hombre, han sido particularmente contemplados en la reforma de 1994. El art. 37 CN, 2º párr., propugna la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios, la que deberá garantizarse a través de acciones positivas. También se ordena al Congreso 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 (...), en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (art. 75 inc. 23 CN). También se otorga protección a la madre durante el embarazo y el periodo de lactancia.

La CADH, en su art. 1, prohíbe la discriminación en razón del sexo, al igual que los arts. 2.2 y 3 del PIDESC, y el 7.a.d., relativo a la igualdad de condiciones de trabajo de hombres y mujeres. El PIDESC también protege especialmente a las madres durante los periodos de embarazo y lactancia. El PIDCP también prohíbe la discriminación por razones de sexo en su art. 2.1 y en su art. 3. La Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979, tiene a partir de 1994 jerarquía constitucional, y en toda su normativa propugna la igualdad real entre varones y mujeres.

La Convención sobre los derechos del Niño, que también goza de jerarquía constitucional a partir de 1994, hace del niño un sujeto especialmente (constitucionalmente) protegido, y el principio del *interés superior del niño*, contenido en su art. 3.1 rige toda controversia o conflicto jurídico en los que hay niños involucrados.

La protección especial que han recibido la familia, la mujer y el niño, tutela de jerarquía constitucional, implica que en toda relación jurídica que involucra a estos sujetos la Constitución tiene algo para decir, imponiendo así un límite al legislador en la sanción de las leyes, a los jueces en la resolución de casos que los involucren, y en general en la práctica jurídica cotidiana. Por ende, para toda violación a estos derechos que se canalice mediante el derecho de daños deberá tenerse presente que las reglas deben estar a la altura de los elevados estándares de protección que les impone la Constitución respecto de estos sujetos.

#### IV. Igualdad y derecho de daños

La protección constitucional de la igualdad ha tenido una significativa evolución a partir de la reforma constitucional de 1994. Si bien la igualdad había sido tenido en cuenta por la Constitución Nacional de 1853-60, en el art. 16, cuando afirmó que *todos sus habitantes son iguales ante la ley* y abolió los títulos de nobleza, los fueros personales y las prerrogativas de sangre o de nacimiento, este derecho a la igualdad tenía una faz más bien *estática*. Esta concepción de igualdad se dirigía a eliminar los privilegios propios del derecho colonial, y a proscribir distinciones en la ley. Así fue interpretado también por la Corte Suprema, que acuñó para explicar esta disposición la frase *igualdad para los iguales, en iguales circunstancias*.

La reforma de 1994 vino a cambiar y a modernizar la concepción de igualdad, trocándola en un sentido *dinámico*. La igualdad requerida por la Constitución no es ya la igualdad formal, sino que se exige una igualdad real, una igualdad de oportunidades. Esta igualdad real requiere en muchas ocasiones la intervención estatal, a fin de intentar posicionar a quienes resultan menos favorecidos en un plano si no idéntico, al menos parecido, o competitivo, con aquellos más favorecidos por su propia condición, nacimiento, educación, riquezas. El estándar de igualdad exigido por la Constitución se vuelve así mucho más exigente, y no cumple el programa constitucional la mera evitación de desigualdades manifiestas, sino que deben tomarse acciones positivas tendientes a la igualación real. Esto ha sido consagrado en el art. 75 inc. 23 CN, y también, aunque referido específicamente a la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito electoral, en el art. 37 CN. También los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional dan especial protección a la igualdad real de oportunidades, y dos de los 10 tratados a los que el art. 75 inc. 22 confiere jerarquía constitucional se dirigen expresamente a logro de la igualdad real respecto de aquellas personas que han sido (y son) frecuentemente discriminadas por su pertenencia a determinada raza o grupo étnico o color de piel o nacionalidad, o por su condición de mujeres.

Uno bien podría preguntarse qué relación (si la hay) existe entre el derecho a la igualdad, y el derecho de daños. Lo cierto es que hay relaciones, y que el derecho de daños debe cumplir con el programa constitucional en materia de igualdad. El derecho de daños no debe beneficiar o perjudicar a personas que están en idénticas circunstancias, y debe procurar dar a cada uno lo suyo. Una determinada regla que restrinja los derechos indemnizatorios de un determinado grupo, sin que tenga una razonable reglamentación, será inconstitucional (*a fortiori* si hablamos de los grupos especialmente protegidos por la Constitución, tales como mujeres, niños,

ancianos, consumidores, casos en los que el escrutinio sobre el derecho de daños será más estricto).

Situaciones en las que el derecho de daños priva a algunos de lo que concede a otros, que puede parecer una hipótesis de laboratorio, se dan con absoluta frecuencia en la práctica. Estas desigualdades muchas veces provienen de concepciones jurídicas antiguas, que han sido consagradas por el Código Civil (como por ejemplo los límites a la legitimación activa para el reclamo de daño moral en caso de muerte, que deja afuera a la concubina del fallecido), y otras muchas tienen su fuente en los micro sistemas reparatorios que consagran reglas resarcitorias específicas que perjudican a las partes más débiles de dichos sistemas. Esto se ve particularmente en la normativa de riesgos del trabajo, que en muchas ocasiones contempla indemnizaciones que resultan muy inferiores a las que el trabajador accidentado percibiría de haber sido dañado fuera del ámbito laboral.

Desigualdades de parecido tipo se dan en razón de la especial protección que se confiere a quienes explotan determinados medios de transporte, o a sus aseguradores. En esta tónica se encuentran la elevada franquicia impuesta a los contratos de seguro de transporte público en colectivo que impide, finalmente, que la víctima cobre su indemnización, y también en los topes indemnizatorios que consagran la Ley de Navegación o el Código Aeronáutico. De esto hablaba Attilio Alterini cuando decía que hay en el derecho de daños una suerte de pifata, ya que dependiendo de donde esté parada la víctima (o en que medio de transporte viaje) será la medida de su indemnización.

Si pensamos que a la mujer que estaba casada con una persona que es embestida por un automóvil recibe una indemnización de \$ X, no resulta igualitario que si en tal caso no hubiera estado casada, sino simplemente unida, su reparación se reduzca a \$ X - Y (en donde Y equivale a la reparación por daño moral). Es claro que el daño es idéntico, y estar casado o simplemente convivir en situación conyugal debiera ser indistinto a estos fines, y que la consagración de una reparación menor en el segundo caso implica una clara desigualdad.

De igual manera, si en el caso la víctima del accidente no fuera atropellada por un automóvil, sino que muriera a causa de un accidente mientras viajaba en un colectivo, o en un avión, la diferencia en la causa del suceso dañoso no justifica la diferencia de tratamiento. Peor aún, si esta misma persona muriera a causa de la explosión de una maquinaria en una fábrica, o al caerse de un andamio, difícilmente podría justificarse una indemnización distinta. La situación es más grave (y aún constitucional) cuando se percibe que el micro sistema reparatorio del ámbito laboral provee en el caso una protección menor que el régimen general del derecho de daños.

## V. Límites a la realización de los derechos constitucionales

Ciertamente, la realización de los derechos constitucionales tiene un límite. Debemos reconocer que la simultánea exigencia de todos los derechos constitucionales garantizados en la Constitución y en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, por parte de un número relativamente elevado de personas, que fuera acogida por los tribunales del país, provocaría el colapso del presupuesto nacional, y finalmente, haría una asignación de recursos probablemente más ineficiente que la que actualmente existe. Acá tiene el Congreso un difícil desafío, que es tratar de dar cumplimiento al programa constitucional, diseñando políticas públicas que se orienten a la realización de los valores constitucionales.

Trato en este punto de realizar el ejercicio mental de Kantorowicz, quien invita a *preguntarse respecto de cada enunciado (...) que consecuencias nocivas experimentaría la vida social si en lugar de tal enunciado se adoptara el contrario*<sup>14</sup>. Considero que también debe quien afirma un punto de vista cuáles son las posibles consecuencias nocivas de la aplicación y de la puesta en práctica de tal punto de vista.

Estimo que los augurios catastróficos relacionados con la quiebra de todas las compañías de seguros, de todas las empresas que generan fuentes de trabajo y, finalmente, de todos aquellos que causan un daño a otro son exagerados, y solo son un intento falaz de eludir la verdadera (y necesaria) discusión sobre la justicia en el derecho de daños, y sobre las reales consecuencias de la constitucionalización del derecho privado. Este tipo de argumentos fatalistas sobre el futuro del derecho de daños tienden más a demorar y a ganar tiempo, manteniendo mientras tanto el *statu quo* del derecho de daños actual, que contiene múltiples injusticias, y priva de su justa indemnización constitucional a los más sujetos más débiles, y que por ende, más protección requieren.

Sin embargo, es cierto que el programa constitucional debe ser gradualmente realizado, y eventualmente, limitado. Pero las limitaciones no deben recaer exclusiva y abusivamente sobre los trabajadores, las concubinas, los pasajeros de transporte público, los acreedores quirografarios en las quiebras, que son los sujetos más débiles en las relaciones jurídicas en que se ven involucrados. Creo que el examen de razonabilidad que debe efectuarse sobre las restricciones que pesan especialmente sobre estos sujetos débiles debe ser especialmente escrupuloso, a la manera del escrutí-

<sup>14</sup> Luego continúa el ejercicio, requiriendo examinar luego todos los tratados, consentarios, monografías y repertorios de doctrinas y ver cuantas preguntas de ese tipo reciben respuesta y cuantas de ellas son siquiera formuladas.

nio estricto que la jurisprudencia norteamericana somete las normas que recurren a *categorías sospechosas*<sup>15</sup>.

La reglamentación del derecho de daños debe ser razonable, cuidando de no desnaturalizarlo, ni reducirlo a meras declamaciones, ni vaciarlo de contenido<sup>16</sup>. Las normas siempre deberán superar el estándar de razonabilidad en relación a los derechos constitucionales a los que el derecho de daños sirve como mecanismo de garantía, y el test deberá ser más estricto en los casos mencionados en el párrafo anterior.

#### Bibliografía

- ALBERDI, MARCELO Y GARGARELLA, ROBERTO, *El derecho a la igualdad*. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.
- ALTERINI, Atilio A., *El futuro de la codificación en Francia y en América Latina*. LL 2004-C, 1337
- ATIAS, CHRISTIAN, *La civilisation du Droit Constitutionnel*. Revue Française de Droit Constitutionnel, N° 7, 1991, p. 435
- BADENI, GREGORIO, *Tratado de Derecho Constitucional*. La Ley, Buenos Aires, 2006 (2ª Edición).
- BIDART CAMPOS, GEROMÁN J., *Manual de la Constitución Reformada*. Ediar, Buenos Aires, 2001.
- BREBBIA, ROBERTO H., *Transporte benévolo (teoría del riesgo. Neutralización de riesgos. Relación de causalidad. Valor económico de la vida humana)*. LL 1990-C, 523
- CARBONELL, MIGUEL, *Ne Constitucionalismo (s)*. Trutta, Madrid, 2003.
- GIERRI, CARLOS A., *La ley de defensa de los derechos del consumidor y la fragmentación del sistema de reparación de daños*. LL 1994-B, 641
- GROSMAN, LUCAS S., *Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*. Librería, Buenos Aires, 2008.
- GUASTINI, RICARDO, *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. En CARBONELL, Miguel (ed.), *Ne Constitucionalismo (s)*. Trutta, Madrid, 2003.
- IBARRNE, HÉCTOR P., *La cuantificación del daño moral*. Revista de Derecho de Daños N° 6 (1999), p. 185. Rubinzal Culsóni, Santa Fe.
- JUNYENT BAS, BEATRIZ M., *Bases constitucionales del derecho de daños*. Semanario Jurídico. T. 94, 2006-B, 145.

<sup>15</sup> En este sentido, Aida Kesselmajer de Carlucci, en su trabajo titulado *El derecho de daños en el marco del derecho constitucional*, publicado en la RAP N° 308, p. 180/181, se pregunta *¿siempre son constitucionales los sistemas indemnizatorios especiales?, ¿siempre es constitucional la ley de Riesgos del Trabajo?, ¿siempre es constitucional la ley del Ambiente? Obviamente, el problema no se presenta cuando la ley especial favorece a la víctima; la dificultad nace cuando la ley especial es menos favorable a la víctima que el sistema general*

<sup>16</sup> Por ejemplo, como cuando se afirma que una reparación plena es aquella que cubre todo lo que el régimen legal manda a pagar. Esto equivale a afirmar que derecho justo es todo aquel derecho que ha sido promulgado por el legislador. Se trata de una claudicación ética bajo la capa de un mal entendido positivismo.

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA R., *El derecho de daños en el marco del derecho constitucional*. RAP 309, p. 171.
- KIPER, BERNARDO G., *Valor de la vida humana. Aceptación de la teoría que consagra que tiene un valor económico en sí misma*. LL 1993-A, 70.
- LORENZETTI, RICARDO L., *Fundamento constitucional del derecho de daños*. LL 2003-C, 1184.
- LORENZETTI, RICARDO L., *La Descodificación y Fractura del Derecho Civil*. LL 1994-D, 724.
- Mayo, Jorge A., *El valor de la vida humana y otras cuestiones*. LL 1968-B, 64.
- MOLINARO, ALBERTO D., *La Inconstitucionalidad de los artículos 21 y 28 del Pacto de San José de Costa Rica*. LL 1986-B, 944.
- RIVERA, JULIO C., *El derecho privado constitucional*. En la Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 7, p. 27. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994.
- RUBEA, TOMÁS G., *El valor de la vida humana*. LL 1991, 833.
- TARABORELLI, JOSÉ N. y BIANCHI, SILVIA N., *Cuantificación de la indemnización por la pérdida de la vida humana*. LL 2006-A, 892.





## LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DE LA LEGÍTIMA HEREDITARIA DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

*Nora Lloveras* — *Fabían Faraoni* — *Marcelo Salomón* — *Valeria Durán* — *Constanza Eppstein* — *Daniel Arnaudo* — *Julia Rossi* — *Andrea Kowalenko* — *Edith Ramacciotti* — *Florencia Múoz* — *Laura Cantore* — *Romina Soccozza*

**Lloveras, Nora.** Profesora Titular de la cátedra "B" de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Adscripta a la cátedra de Derecho Constitucional. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora. Mail: [noravl@arnet.com.ar](mailto:noravl@arnet.com.ar)

**Faraoni, Fabían.** Profesor Asistente Interino de la cátedra "B" de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Investigador. Vocal de la Cámara de Familia de Segunda Nominación de la Ciudad de Córdoba. Mail: [faraonif@arnet.com.ar](mailto:faraonif@arnet.com.ar)

**Salomón, Marcelo.** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Docente de Derecho Constitucional. Docente de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Adscripto a la cátedra "B" de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Investigador. Juez de Conciliación Laboral de la ciudad de Villa María. Mail: [marcelojsalomono@arnet.com.ar](mailto:marcelojsalomono@arnet.com.ar)

**Durán, Valeria.** Adscripta a la cátedra "B" de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora. Mail: [valeriaduran@yahoo.com.ar](mailto:valeriaduran@yahoo.com.ar)

**Eppstein, Constanza.** Abogada UNC. Adscripta de la Cátedra "B" de Derecho Privado VI - Familia y Sucesiones. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora. Mail: [conpstein@gmail.com](mailto:conpstein@gmail.com)

**Arnaudo, Daniel.** Abogado. Adscripto de la cátedra "B" de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Investigador. Mail: [daniarnauado@hotmail.com](mailto:daniarnauado@hotmail.com)

**Rossi, Julia.** Profesora Ayudante de Primera Dedicación Simple, de la cátedra "B" de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Abogada especialista en Derecho de Familia. Universidad Nacional de Rosario. Mail: [juliarossi2003@yahoo.com.ar](mailto:juliarossi2003@yahoo.com.ar)

**Kowalenko, Andrea Silvana.** Abogada UBA. Adscripta a la Cátedra "B" de Derecho Privado VI - Familia y Sucesiones. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Adscripta a la Cátedra "B" de Sociología Jurídica. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora. Mail: [andreakowalenko@yahoo.com.ar](mailto:andreakowalenko@yahoo.com.ar)

**Ramacciotti, Edith Leticia.** Adscripta de la cátedra "B" de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Investigador. Prosecretaria del Juzgado de Familia de Segunda Nominación de la Ciudad de Córdoba. Mail: [romramacciotti@hotmail.com](mailto:romramacciotti@hotmail.com)

**Múoz, Florencia.** Abogada. Adscripta de la Cátedra "B" de Derecho Privado VI (Familia y Sucesiones) Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Mail: [carreoflor@hotmail.com](mailto:carreoflor@hotmail.com)

**Cantore, Laura.** Profesora Asistente por concurso en las cátedras de Introducción al Derecho y Filosofía del Derecho. Prof. en la cátedra opcional Géneros, Derechos y Familias. Adscripta en la Cátedra de Derecho Privado VI. Investigadora. Ayudante Fiscal. e-mail: [lauracantore@gmail.com](mailto:lauracantore@gmail.com)

**Soccozza, Romina.** Diplomada en Derechos Humanos con perspectiva de Género. Adscripta a la cátedra de Derecho Constitucional. Adscripta a la cátedra de Derecho Privado VI (Familia y Sucesiones) Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Profesora titular de Derecho Constitucional I y II en Ides Río Tercero. E-Mail: [romzysoccozza@gmail.com](mailto:romzysoccozza@gmail.com)

**Resumen:** En primer lugar se efectúa una descripción de la legítima hereditaria del cónyuge superviviente y de las diversas situaciones de concurrencia que pueden presentarse. A continuación, desde una mirada constitucional, se examina si el Código Civil al establecer la legítima concurrente del cónyuge superviviente observa el precepto de la "reglamentación razonable" de los derechos comprometidos: propiedad, igualdad, y el derecho a proyectar para después de la muerte los efectos patrimoniales, según el propio plan personal de vida. Se concluye suministrando los lineamientos a receptor por una futura regulación con mayor amplitud en el derecho a testar.

**Palabras Claves:** Constitución Nacional y legítima hereditaria del cónyuge superviviente.

## 1. El planteo de investigación

El deber de solidaridad esgrimido como fundamento axiológico del régimen sucesorio vigente, y la función social de la propiedad invocada para reglamentar el derecho de disponer del patrimonio, genera la disyuntiva en torno a la procedencia de la justificación de las limitaciones impuestas al causante para disponer por testamento de sus bienes en pos de garantizar la porción legítima de sus herederos forzosos, resultando —al menos en una primera apariencia— desagregado del mandato constitucional y del principio de razonabilidad que lo inspira.

En esa testura, y desde la mirada constitucional enunciada, nuestro trabajo de investigación se propone puntualmente examinar si el Código Civil al establecer la legítima hereditaria concurrente del cónyuge superviviente, observa el precepto constitucional de la "reglamentación razonable" de los valores comprometidos, en especial, el derecho de propiedad, el derecho de igualdad, y el derecho a proyectar para después de la muerte los efectos patrimoniales del plan personal de vida.

Ello orientado a determinar si una futura regulación debe receptor una mayor amplitud de la autonomía de la voluntad en relación al derecho a testar como modo de garantizar la potestad y libertad para disponer del propio patrimonio.

## 2. La legítima hereditaria en el derecho argentino vigente

La sucesión por causa de muerte puede ser legítima —también conocida como intestada o *ab intestato*—, o testamentaria —también llamada voluntaria—, distinción que tiene su base en el título que funda el llamamiento sucesorio.

Se tratará de una sucesión legítima cuando sea la ley la que ordena la transmisión sucesoria por causa de muerte, y se tratará de una sucesión

testamentaria, cuando sea la voluntad del causante la que ha diseñado el régimen de transmisión para su muerte<sup>1</sup>.

Entre la regulación de ambas esferas del derecho sucesorio, es decir entre la sucesión ab intestado y la sucesión testamentaria, el Codificador dedica de manera exclusiva el Título X ("De la porción legítima de los herederos forzosos", arts. 3591 al 3605 del Código Civil) a la regulación de la institución de la legítima hereditaria.

La legítima ha sido definida por la doctrina como "la parte del patrimonio del causante de la cual ciertos parientes próximos no pueden ser privados sin justa causa de desheredación, por actos a título gratuito"<sup>2</sup>.

De tal guisa, el causante sólo puede disponer de sus bienes hasta la concurrencia de la porción legítima (art. 3591 del Código Civil), la cual en modo alguno puede ser menguada.

La reglamentación contenida en el Código Civil en materia de sucesiones suministra una serie de principios generales que gobiernan la regulación de la sucesión intestada, los cuales no se encuentran así nominados en nuestro Código Civil pero surgen de los artículos 3545 al 3547 (Sección Primera, Libro IV, Título VIII), y el principio del título universal del llamado que resulta del juego armónico de algunas normas del mismo cuerpo legal. A continuación particularizamos esos principios.

**a) La sucesión legítima se delibera por órdenes hereditarios o "principio de jerarquía de los órdenes hereditarios"**

El reparto de los bienes hereditarios se organiza agrupando a los herederos en distintos órdenes de llamamiento, que pueden distinguirse según su naturaleza (descendientes, ascendientes, cónyuge y colaterales), y que gozan de preferencia unos respecto de otros según el esquema legal.

En la actual redacción del Código Civil los órdenes hereditarios previstos son los siguientes: 1) los descendientes, 2) los ascendientes, 3) el cónyuge superviviente, y 4) los colaterales, —sin perjuicio de la figura de la nueva viuda o el yerno viudo sin hijos—<sup>3</sup>.

En ese sentido el art. 3545 del Código Civil dispone que "Las sucesiones intestadas corresponden a los descendientes del difunto, a sus ascendientes, al cónyuge superviviente, y a los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusiva, en el orden y según las reglas establecidas en este

<sup>1</sup> Cfr. Fornieles, Salvador, *Estudios sobre Derecho Sucesorio*, Ed. Valerio Abeceda, Buenos Aires, 1926, pág. 6 y sgtes.

<sup>2</sup> Cfr. Borra, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil, Sucesiones*, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1967, pág. 102.

<sup>3</sup> Cfr. Lloveras, Nora; Orlandi, Olga; Faracal, Fabián, *El matrimonio civil argentino*, Análisis de la Ley 26618/2010, Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2010, pág. 238 y sgtes.

Código. No habiendo sucesores los bienes corresponden al Estado Nacional o Provincial<sup>4</sup>.

Siendo ello así, en el marco legislativo vigente se otorga preferencia en el llamamiento de un orden hereditario respecto de otros, con el siguiente alcance: 1) los descendientes gozan de preferencia respecto a los ascendientes y colaterales y concurren con el cónyuge; 2) a falta de descendientes, gozan de preferencia los ascendientes quienes concurren con el cónyuge, y excluyen a los colaterales; 3) a falta de descendientes y ascendientes, hereda el cónyuge, quien puede concurrir con la nuera viuda o el yerno viudo; 4) a falta de descendientes, ascendientes y cónyuge, efectivizan su llamamiento los colaterales hasta el cuarto grado, quienes no excluyen a nadie y también pueden concurrir con la nuera viuda o el yerno viudo (arts. 3545 y 3585 del Código Civil); 5) a falta de todos estos órdenes hereditarios los bienes pasan al Estado Nacional o Provincial (herencia vacante).

La inclusión del orden hereditario del cónyuge superviviente es excepcional, pues no se trata de un pariente y actualiza su vocación con los descendientes y los ascendientes en forma concurrente, que son legitimarios. Es decir, constituye un orden anómalo: concurre con descendientes o ascendientes, y excluye a los colaterales.

Sobre el particular la doctrina entiende que el cónyuge sobreviviente "... nunca carece de participación en el acervo, salvo el supuesto de concurrencia con descendientes a la porción ganancial del causante"<sup>4</sup>.

Otra situación excepcional la configura el llamamiento de la "nuera viuda sin hijos", incorporado por la reforma propiciada por el Decreto-Ley 17.711 del año 1968.

b) Dentro de cada orden hereditario se hereda según el grado de parentesco o "principio de proximidad de grado dentro de cada orden hereditario".

Cuando existen pluralidad de herederos pertenecientes a un idéntico orden hereditario, la preferencia se establece en virtud del grado de parentesco.

En este sentido el art. 3546 del Código Civil, establece que "El pariente más cercano en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación".

Ello significa que entre aquellos sujetos pertenecientes a un mismo orden hereditario tendrán preferencia, y consecuentemente excluirán

<sup>4</sup> Conf. Mafla, Jorge O. *Tratado de sucesiones*, T. I, 2ª edición, actualizada por Lidia Beatriz Hernández y Luis Alejandro Ugarte. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, pág. 658.

a los demás, quienes guarden un vínculo jurídico—parental más estrecho con el causante, es decir, aquellos más próximos en grado.

La excepción a dicha regla se encuentra receptada en la propia letra del art. 3546 del Código Civil al referirse al derecho de representación<sup>4</sup>.

El derecho de representación se encuentra definido en el art. 3549 del Código Civil como el derecho por el cual los hijos de un grado ulterior son colocados en el grado que ocupaba su padre o madre en la familia del difunto, a fin de suceder juntos en su lugar a la misma parte de la herencia a la cual el padre o la madre habrían sucedido.

La representación puede tener lugar por premorienza, renuncia, indignidad o desheredación del heredero representado, y el representante hereda por estirpe y no por cabeza.

**c) En el llamamiento intestado no se atiende al origen de los bienes que componen la herencia o "principio de indistinción del origen y naturaleza de los bienes".**

Se encuentra previsto en el art. 3547 del Código Civil a tenor del cual "En las sucesiones intestadas no se atiende al origen de los bienes que componen la herencia".

En virtud de tal principio el reparto de los bienes del causante entre los herederos se produce sin tomar en consideración la causa o el título de la adquisición<sup>5</sup>.

Ello por cuanto "el patrimonio hereditario, a la muerte del causante, forma una *unidad*, en la que no se distinguen categorías de bienes para asignarles determinados herederos o sucesores"<sup>6</sup>.

Este principio reconoce dos excepciones a la prohibición de distinguir el origen de los bienes en una sucesión: 1) el derecho hereditario del cónyuge sobreviviente, y 2) el derecho hereditario del adoptante en la adopción simple.

Respecto del derecho hereditario del cónyuge supérstite, cabe tener en cuenta el texto del art. 3576 del Código Civil, que establece que en las hipótesis de llamamiento concurrente entre el cónyuge sobreviviente y los descendientes del causante, aquél no tendrá parte alguna en la división de los bienes gananciales que corresponderían al cónyuge prefallcido.

<sup>4</sup> El derecho de representación se encuentra regulado en los Capítulos I y II ("Del derecho de representación y "Efectos de la representación", respectivamente), del Título VIII ("De las sucesiones intestadas) del Código Civil (arts. 3.549 a 3.564).

<sup>5</sup> Cfr. Azpilicueta, Jorge O., *Manual de Derecho Sucesorio*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, pág. 538.

<sup>6</sup> Cfr. Zanoni, Eduardo A., *Derecho Civil, Derecho de las Sucesiones*, 4ª ed., T. II, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, pág. 13.

En relación al derecho hereditario del adoptante en la sucesión del adoptado simple, el art. 333 del Código Civil excluye al adoptante de los bienes que el adoptado hubiera recibido a título gratuito de su familia de sangre.

d) El llamamiento universal o vocación al todo o "principio del título universal del llamado".

Este principio refleja que la vocación hereditaria existe en cabeza de cada llamado desde el momento mismo de la muerte del causante.

La vocación hereditaria del llamado en primer lugar y de los sucesibles en grados ulteriores coexiste simultáneamente desde la apertura de la sucesión, aunque sólo aquel posee un llamamiento actual a la herencia y los restantes un llamamiento eventual sujeto a la conducta que asuma el llamado en primer término.

Del marco conceptual descripto, se infiere claramente que la legítima torna imperativo el llamamiento legal para ciertos órdenes hereditarios sobre cierta porción de la herencia o parte de la herencia, limitando el poder de disposición patrimonial del causante a título gratuito.

### 2.1. Los fundamentos de la vocación sucesoria conyugal

La consideración de los cónyuges como herederos legitimarios constituye una innovación para la época de la sanción del Código de Vélez.

Ni la legislación Alfonsina (VII Partidas), ni el Proyecto de Código preparado por García Goyena para España —fuentes de Vélez Sársfield en la materia— consideraban al cónyuge supérstite, siquiera con vocación sucesoria.

La doctrina clásica sostiene que el fundamento de la vocación sucesoria entre cónyuges radica en la armonía que el legislador supone en el matrimonio, en la comunidad de ideas y de sentimientos en que se vive en la unión conyugal, donde la voluntades se unifican y confunden, teniendo por principal fundamento el amor, el afecto y la necesidad de cumplir con los deberes sociales hacia aquellos con los que estamos ligados por la sangre o por el cariño<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Cfr. Machado, José Olegario, *Comentarios del Código Civil Argentino*, T. IX, Ed. Félix Lajouvard, Buenos Aires, 1932, pág. 316 y 322. En igual sentido: Povina, Horacio L., *Sucesión de los cónyuges y de los parientes colaterales*, Ensayo teórico—práctico, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1973, pág. 166/167.

Otro sector entiende que el llamamiento del cónyuge supérstite se funda en el *"jus conjugii"*, por lo que la carencia de *"jus conjugii"* a la apertura de la sucesión es la que provoca la inexistencia de la vocación hereditaria<sup>10</sup>.

Asimismo, se manifiesta que el fundamento es el afecto presunto del causante, y que si en épocas históricas no se le ha reconocido derechos hereditarios al cónyuge no es porque se haya negado ese afecto sino que otras consideraciones, principalmente político-económicas, influyeron decisivamente para negarles estos derechos<sup>11</sup>.

El fundamento asignado a la vocación sucesoria conyugal torna indispensable que el afecto pueda presumirse a los fines que el cónyuge supérstite pueda concurrir a la sucesión del otro, pues un cónyuge no sucede al otro si el matrimonio ha sido disuelto por divorcio vincular, si los esposos se encuentran separados personalmente por culpa de ambos o con los efectos de la culpa de ambos, o si es cónyuge culpable de la separación personal, lo mismo que si se encuentran separados de hecho, o se ha contraído el matrimonio durante la última enfermedad del causante de la que fallece en el plazo fijado por la ley<sup>12</sup>.

Desde esta óptica, podemos aseverar que la vocación hereditaria del cónyuge sobreviviente es la regla en el derecho argentino vigente, dado que el cónyuge es heredero legitimario sin otro requisito que la prueba de su estado de familia<sup>13</sup>, y con las salvedades de las causales de exclusión de dicha vocación que se sustentan precisamente en la ausencia del sentimiento de armonía que supone el matrimonio y que el legislador argentino delinea en los arts. 3573 y sgtes. del Código Civil<sup>14</sup>.

### 3. La legítima hereditaria del cónyuge supérstite

El cónyuge supérstite integra el tercer orden hereditario, conforme lo exponemos más arriba.

<sup>10</sup> Cfr. Méndez Costa, María Josefa, *Régimen Legal del Matrimonio Civil. Ley 23.515*, Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1987, pág. 252.

<sup>11</sup> Cfr. D'Antonio, Daniel Hugo, *Régimen Legal del Matrimonio Civil. Ley 23.515*, comentario al art. 217 del Código Civil y el derogado art. 31 de la Ley 14.384, Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1987, pág. 151.

<sup>12</sup> Cfr. Pérez Lasala, José Luis, *Derecho de Sucesiones*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981, pág. 86 y sgtes.

<sup>13</sup> Lloveras, Nora; Assandri, Mónica, *Exclusión de la vocación hereditaria entre cónyuges*, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1989, pág. 18.

<sup>14</sup> Cfr. Méndez Costa, María Josefa, *La exclusión hereditaria conyugal*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1982, pág. 19.

<sup>15</sup> Lloveras, Nora; Assandri, Mónica, *Exclusión de la vocación hereditaria entre cónyuges*, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1989, pág. 18.

Su posicionamiento hereditario le permite excluir a los parientes colaterales, y concurrir siempre con los descendientes y ascendientes, y en su caso, con la nuera viuda o el yerno viudo de verificarse los requisitos de procedencia legal.

En virtud de ello, el cónyuge sobreviviente constituye un orden anómalo o atípico, en el sentido que su vocación se actualiza concurrentemente con los otros órdenes hereditarios que son excluyentes entre sí, y no es excluido por ninguno de ellos, ya sea que lo precedan o lo sigan.

El cónyuge supérstite además de un heredero legítimo del causante, en el sentido de ser llamado por la ley, es legitimario, pues tiene garantizado por la ley una parte en la sucesión de su cónyuge premuerto, del cual no puede ser privado o excluido sin justa causa.

Con la muerte del cónyuge se produce de pleno derecho la disolución del régimen patrimonial matrimonial que principió con el acto jurídico matrimonial, y en consecuencia será necesario para determinar la legítima: 1) calificar legalmente los bienes existentes a la disolución del régimen, esto es bienes propios y gananciales; 2) calificar las bajas generales, esto es deudas del causante, de la sociedad conyugal, cargas y deudas comunes; 3) prorratear las cargas y realizar la liquidación y división del régimen patrimonial matrimonial para luego determinar el haber líquido de bienes propios del cónyuge premuerto.

### **3.1. Las diversas situaciones que pueden presentarse**

Pueden presentarse diversas situaciones en relación a la sucesión del cónyuge supérstite, dado que su llamamiento puede ser único o concurrente con otros herederos forzosos y con la nuera viuda o el yerno viudo. Seguidamente analizamos estas alternativas.

#### **3.1.1. El llamamiento único del cónyuge supérstite**

Si a la muerte del causante le sobrevive su cónyuge, no existiendo descendientes ni ascendientes del mismo, será éste último el que de manera única, íntegra y excluyente actualizará su llamamiento "al todo" de la herencia, dejando de lado, si existieran, a los parientes colaterales del premuerto, pues el supérstite tiene una vocación sucesoria preferente a los colaterales de su cónyuge muerto y los excluye.

Así lo establece el art. 3572 del Código Civil: "Si no han quedado descendientes ni ascendientes los cónyuges se heredan recíprocamente, excluyendo a todos los parientes colaterales".

La porción de legítima de los cónyuges, cuando no existen descendientes ni ascendientes del difunto, será la mitad de los bienes de la



sucesión del cónyuge premuerto, aunque los bienes de la sucesión sean gananciales.

### 3.1.2. Los supuestos de concurrencia en el llamamiento del cónyuge supérstite

En el marco de una sucesión intestada podemos observar diferentes casos de concurrencia con el orden del cónyuge supérstite.

Puede acaecer que asistan a una misma sucesión herederos forzosos de distintos órdenes y con diferente legítima, en cuyo caso la solución va a diferir en función de quienes sean los legitimarios que conjuntamente concurren, debiéndose considerar que la porción legítima mayor absorberá a la porción legítima menor<sup>16</sup>.

Cuando el cónyuge supérstite se presenta a la sucesión junto a otros herederos forzosos hay que distinguir con quienes coincide.

#### 3.1.2.1. El llamamiento del cónyuge supérstite en concurrencia con descendientes

Cuando el llamado es en concurrencia del cónyuge supérstite y los descendientes, la legítima será de cuatro quintos (4/5); pues como ya se ha señalado la legítima mayor absorbe a la menor<sup>18</sup>.

El viudo o la viuda no tienen legítima sobre la parte de bienes gananciales que le hubiesen correspondido al prefallecido, por disolución de la sociedad conyugal, en caso de concurrencia con descendientes, conforme lo establece el artículo 3576 del Código Civil<sup>17</sup>, asignándosele sobre los bienes propios del causante la misma parte que a cada uno de los hijos (art. 3570 del Código Civil).

En este llamamiento concurrente, son excluidos los ascendientes del causante si existieren, es decir sólo concurren el cónyuge supérstite y los descendientes.

<sup>16</sup> Cf. Aspíri, Jorge O., *Derecho Sucesorio*, 4ª ed. act. y amp., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, págs.599/600.

<sup>17</sup> Sobre el particular indicamos que la legítima de los descendientes es de cuatro quintos (4/5) y la del cónyuge de un medio (1/2). Puede verse sobre el tema: Aspíri, Jorge O., *Derecho Sucesorio*, 4ª ed. act. y amp., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, pág. 600; y Orlandi, Olga, *La Legítima y sus modos de protección. Análisis doctrinario y jurisprudencial en la dinámico del proceso sucesorio*, Ed. Abelardo Perrot, Buenos Aires, 2009, pág.154.

<sup>18</sup> Recordamos que el art. 3576 del Código Civil expresa: "En todos los casos en que el viudo o viuda es llamado a la sucesión en concurrencia con descendientes, no tendrá el cónyuge sobreviviente parte alguna en la división de bienes gananciales que correspondieran al cónyuge prefallecido".

### 3.1.2.2. El llamamiento del cónyuge supérstite en concurrencia con ascendientes

El art. 3571 del Código Civil dispone que si a la muerte del causante han quedado ascendientes y cónyuge supérstite, éste último heredará la mitad de los bienes propios y también la mitad de la parte de gananciales que corresponda al fallecido. La otra mitad se dividirá en partes iguales entre los ascendientes.

En este supuesto, si concurren los ascendientes que tienen dos tercios de legítima ( $2/3$ ) con el cónyuge que tiene un medio ( $1/2$ ), la legítima será de dos tercios ( $2/3$ ) por ser la mayor.

### 3.1.2.3. El llamamiento del cónyuge supérstite en concurrencia con la nuera viuda o el yerno viudo

El art. 3576 bis del Código Civil establece que "la viuda que permaneciera en ese estado y no tuviera hijos, o que si los tuvo no sobreviven en el momento que se abrió la sucesión de los suegros, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que le hubieran correspondido a su esposo en dichas sucesiones. Este derecho no podrá ser invocado por la mujer en los casos de los arts. 3573, 3574 y 3575".

La norma introducida al Código Civil por la reforma de la Ley N° 17.711, abre un nuevo derecho sucesorio en favor de la viuda en las condiciones marcadas por la ley; es decir que a la muerte del suegro o de la suegra, la nuera debe ostentar el estado de familia de viudez y no debe tener descendencia.

De configurarse los requerimientos legales impuestos para actualizar la vocación sucesoria de este orden excepcional fincado en el parentesco por afinidad, el mismo puede concurrir a la sucesión con el cónyuge supérstite.

Respecto a la naturaleza jurídica de la figura incorporada en el art. 3576 bis del Código Civil se han expresado distintas opiniones, debiendo destacarse brevemente aquellas que consideran a la nuera viuda como una heredera legitimaria, y por ende una sucesora universal con vocación al todo, ante la falta de otro herederos; o bien que es una sucesora universal legitimaria no heredera, que no tiene derecho de acrecer en caso de que no concurren otros herederos<sup>16</sup>. Esta última posición fue la adoptada por el fallo Plenario de la Cámara Nacional Civil el 29/08/1983 en "Gorbea de Boncore".

<sup>16</sup> Azpil, Jorge O., *Derecho Sucesorio* 4ª ed. act. y amp., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, pág. 51.

Asimismo, destacamos que la primera de las tesis enunciadas es la adoptada por gran parte de la doctrina nacional<sup>29</sup>.

Por otra parte, el reconocimiento o extensión de este derecho para el yerno viudo sin hijos, reposa fundamentalmente en la reforma constitucional del año 1994 y la consiguiente incorporación de los Tratados de Derechos Humanos al texto constitucional mediante el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, lo que produjo un fuerte impacto en todo el derecho interno argentino, no siendo el art. 3576 bis del Código Civil ajeno a ello.

Los tratados enumerados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional —como así también los que con posterioridad se incorporen conforme lo establecido en el art. 75 inc. 24—, gozan de jerarquía constitucional, y por lo tanto son superiores a las leyes.

Entre dichos instrumentos, se encuentra la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la que interpretada de manera integral y sistemática, no solo exige la igualdad o no discriminación de la mujer, si no que establece un principio en general de igualdad entre el hombre y la mujer; lo que exige el mismo tratamiento para el hombre y la mujer en iguales situaciones<sup>30</sup>.

Además, resulta innegable que en la actualidad, los motivos que llevaron a incluir a la nuera viuda dentro del llamamiento hereditario han perdido vigencia (vrg. como ayuda material y moral a la mujer por parte de la familia de su marido, por haber guardado fidelidad a la memoria del difunto hijo, no contrayendo nuevas nupcias).

En virtud de los cambios tanto sociales como legislativos, la aplicación de dicho principio al tema que en este acápite nos ocupa, nos permite concluir que reconocer solamente el derecho sucesorio de la nuera viuda sin hijos, dejando de lado al yerno viudo sin hijos, resulta discriminatorio para el hombre sin ninguna razón jurídica que así lo justifique.

Es por ello, que compartimos la tesis que sostiene que el art. 3756 bis del Código Civil resulta inconstitucional<sup>31</sup>, por lesión al prin-

<sup>29</sup> Cfr. Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones II*, 6ª ed. act., Ed. Petrot, Buenos Aires, 1990, pág. 75 y agnes, pará. 871—1; Lloveras, Nora, *El derecho hereditario de la nuera viuda en la sucesión de los suegros*, Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927 - 1937 - 1961 - 1969), T. IV, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, págs. 2311 a 2338; Azpilicueta, Jorge, O., *Derecho Sucesorio*, 4ª ed. act. y Ampl., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pág. 562.

<sup>30</sup> Tavip, Gabriel, *El art. 3576 bis y su vigencia luego de la incorporación a la Constitución Nacional de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, IA 2001—IV—993, Clar Legal N° 0003/004585.

<sup>31</sup> En el año 2009 en la ciudad de Córdoba el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial de 2ª Nominación, declaró la inconstitucionalidad del 3576 bis del Código Civil, en los autos caratados "Moralet o Murales, Agustina— Declaratoria de herederos— Expte. N° 1261142/06", A.I. N° 206 del 30/04/2009.

principio de igualdad entre el hombre y la mujer, y por lo tanto corresponde reconocerle al yerno viudo sin hijos los mismos derechos que a la nuera viuda sin hijos<sup>22</sup>.

Finalmente, debemos destacar que con la sanción de la Ley N° 26.618 del año 2010, denominada "Matrimonio igualitario", la cuestión relativa al reconocimiento del derecho hereditario del yerno viudo debe resignificarse a la luz de la disposición interpretativa contenida en su art. 42, el que constituye una cláusula complementaria o de compatibilidad que deja claramente establecido que el matrimonio es para personas de diferente o del mismo sexo en iguales condiciones, con los mismos derechos y obligaciones, tanto para los esposos como para los integrantes de las familias que se conformen<sup>23</sup>.

En consecuencia, y al margen de la confrontación constitucional antes señalada, consideramos que la previsión interpretativa del art. 42 de la Ley N° 26.618 atrapa la hipótesis aquí consignada, y por ende no cabría la negativa del derecho hereditario del yerno viudo por la falta de su previsión en el art. 3576 bis del Código Civil, cuya lectura ahora debe efectuarse con la amplitud de reconocimiento de derechos y obligaciones permitida por la legislación matrimonial del año 2010.

#### 4. La visión constitucional del derecho de las sucesiones y la legítima hereditaria

Como norma constitucional secundaria, el Código Civil al organizar el derecho sucesorio buscó reglar un conjunto de derechos y obligaciones a la muerte del causante, concretamente el fenómeno de la transmisión.

Describiendo el sistema ideado por el Codificador —quien apartándose de todos los precedentes de su época impulsa un sistema sucesorio y testamentario de concepción propia—, debemos expresar que la

<sup>22</sup> Para un mayor abundamiento se recomienda la lectura de: Lloveras, Nora; Salomón, Marcelo. *El principio "pro homine" y su aplicación en el Derecho: el caso del yerno viudo sin hijos*, en *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Procesal*, Año VI, N° 6, diciembre 2010, Dir. Angelina Ferreyra de De la Rúa, Edt. Asociación Argentina de Derecho Procesal, Buenos Aires, 2011, pág. 91 a 99; Lloveras, Nora; Salomón, Marcelo, Nota a fallo: *El derecho sucesorio y el yerno viudo sin hijos: un fallo arraigado en los mandatos constitucionales*, *Semanario Jurídico Córdoba*, N° 1721, 27.08.2009, Año XXXII, T° 100—2009—B.

<sup>23</sup> Cfr. Lloveras, Nora; Orlandi, Olga; Farnori, Fabián, *El matrimonio civil argentino*, Análisis de la Ley 26618/2010, Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2010, pág. 258 y agtes; Lloveras, Nora; Salomón, Marcelo, *El yerno viudo sin hijos desde la Constitución Nacional y a la luz de la ley 26618*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 48, Abelardo Perrot, Buenos Aires Dir. Cecilia Groisman y Aída Kemelmajer de Carlucci, págs. 173 a 179.

legítima recae sobre una porción del patrimonio del causante que la ley adjudica a determinadas categorías de herederos, restringiendo, al excedente sobre ellas, las facultades de disposición de eficacia definitiva de su titular.

Asimismo, destacamos que el Código Civil no impone mayores restricciones a decisiones testamentarias sin contenido económico<sup>24</sup> pero, en cambio, si la decisión del causante es de contenido patrimonial sufrirá una fuerte restricción en el supuesto que a la muerte le suceden herederos legitimarios.

Desde una perspectiva de inserción y validez sistémica, el Código Civil al revestir el carácter de "norma reglamentaria" de valores y derechos constitucionalmente reconocidos se encuentra en subordinación axiológica y normativa respecto a la Ley Fundamental.

La subordinación normativa que emana de la Constitución Nacional impone analizar si el Parlamento al establecer el sistema testamentario patrimonial vigente, ha observado y respetado el mandato constitucional de "reglamentación razonable" de los valores y derechos constitucionales en juego.

#### 4.1. La reglamentación de los derechos constitucionales

La Constitución Nacional, es el conjunto de reglas jurídicas básicas para el funcionamiento de nuestra sociedad.

En su parte dogmática delimita los derechos personales de los habitantes (entre ellos los derechos emanados de las relaciones familiares); en tanto que en su parte orgánica estructura el funcionamiento del Estado, y lo hace bajo "el Principio de la Legalidad", tanto para los momentos de normalidad institucional como para los supuestos de emergencia.

El punto de contacto normativo entre derechos individuales y funcionamiento estatal es el artículo 19 de la Constitución Nacional cuando en su segunda parte establece "... Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe".

Este claro mandato constitucional contenido en el art. 19 de Carta Magna llamado por la doctrina "Principio de Clausura" (porque impone un cerrojo al desempeño estatal frente a los derechos individuales) es el núcleo central de la reglamentación de los derechos y garantías constitucionales<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Así la potestad no tiene regulación específica, por lo que se debe estar a lo reglado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, no atacar derechos de terceros, el orden público ni la moral.

<sup>25</sup> Cfr. Sampay, Arturo, *La filosofía del artículo 19 de la Constitución Nacional*, Ed. Cncp. Fac. Derecho, Bs. As., 1975; Ekmekdjian, Miguel A., *Tratado de Derecho Constitucional*, T I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, pag. 245 y ss.

La reglamentación de los derechos constitucionales se plantea como una necesidad social cuya finalidad es armonizar los derechos incluidos en la Constitución Nacional y hacerlos operativos entre sí.

Al reconocer la necesidad de reglamentar los derechos constitucionales, reflejamos la pacífica doctrina que sostiene que ningún derecho es absoluto, y que todos los derechos deben ser delimitados. Así, con una adecuada reglamentación, se reducirán —sin excluirlos totalmente— los conflictos entre derechos que preliminarmente aparecen como opuestos.

En consecuencia, reglamentar derechos importa delimitar el contenido y alcance de los mismos, potestad y facultad que recae de manera exclusiva en el Estado —según sus órganos— como garante de los derechos fundamentales.

Esa potestad reglamentaria está limitada por diversos factores: debe ser dictada por el órgano competente, debe ser razonable y no puede “alterar” o “suprimir” el derecho objeto de reglamentación. La legalidad y la racionalidad son las claves de la reglamentación de los derechos constitucionales.

En el Derecho Argentino, por decisión del Convencional Constituyente, es el Congreso quien está facultado a reglamentar los derechos constitucionales a través de su manifestación más genuina: las leyes<sup>26</sup>.

Subsidiariamente, y al solo efecto de aplicar y hacer operativa la normativa dictada por el Congreso, el Poder Ejecutivo, puede dictar decretos reglamentarios con base en la ley (art. 99 inc. 2 de la Constitución Nacional), como así también pueden reglamentar derechos otros estamentos institucionales<sup>27</sup>.

#### 4.2. El mandato constitucional y el principio de razonabilidad

Imponer la razonabilidad de la reglamentación legislativa importa establecer un valladar a la potestad reglamentaria del Estado, es decir limitar la potestad estatal para definir el alcance y contenido de los derechos constitucionales, a fin de conservar un “mínimo inderogable”, un “mínimo no negociable”, de derechos fundamentales.

La esencia de un derecho constitucional sujeto a reglamentación implica la imposibilidad para el legislador de “alterar”, “suprimir” o “destruir” la sustancia del derecho objeto de reglamentación.

<sup>26</sup> A título ilustrativo, observamos que el Código Civil, regula mayoritariamente las relaciones privadas entre las que se encuentran las relaciones de familia (art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional).

<sup>27</sup> Mencionamos vgr. Ministerio, Banco Central de la República Argentina, Administración Federal de Ingresos Públicos (siempre a partir de facultades delegadas y dentro del marco de la ley).

Si bien no existe una definición precisa de la significación esencial de un derecho, todos los sistemas constitucionales —el nuestro también a través del artículo 28— establecen pautas o criterios que lo determinan, en tanto afirma que los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución, no podrán ser "alterados" por las "leyes que reglamenten su ejercicio"<sup>28</sup>.

Del juego armónico de las normas constitucionales podemos decir que la Carta Magna impone a la potestad reglamentaria los siguientes límites: a) utilizar el medio adecuado al fin propuesto; b) no alterar la esencia del derecho objeto de reglamentación; c) inspirar la reglamentación en el valor justicia; d) recurrir a la limitación menos restrictiva.

En consecuencia, y en el plano práctico, el punto de partida para verificar la procedencia de la reglamentación, se asienta en identificar "el núcleo del derecho", su sustancia mínima inderogable, y desde allí, buscar la medida que, cumplimentando la finalidad pretendida por el legislador, sea menos restrictiva al derecho cuya reglamentación se intenta.

Por lo dicho, queda claro que las leyes reglamentarias —el sistema sucesorio forma parte de ellas— no pueden "alterar", "suprimir", "destruir" los principios derechos y garantías reconocidos en la Constitución.

La normativa que no es razonable deviene inconstitucional, pudiendo detectarse la inconstitucionalidad de una norma, o de una actuación Estatal, o de una omisión Estatal, ya bien desde su génesis o nacimiento o de un modo sobreviniente a su dictado o al hecho que lo motiva.

La inconstitucionalidad y la razonabilidad son la cara y contracara de la misma moneda: una norma es razonable, por lo tanto constitucional y, por otro lado, una norma es irrazonable y por ende, inconstitucional.

#### **4.3. Los valores constitucionales en juego: el derecho de propiedad, el derecho de igualdad, y el derecho a proyectar para después de la muerte los efectos patrimoniales del plan personal de vida**

Para poder indagar el grado de concordancia y armonía del sistema sucesorio testamentario argentino respecto del ideario de nuestra Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se

<sup>28</sup> Este artículo tiene su fuente en el artículo 20 de las "Bases" de Alberdi: "Las leyes reglan el uso de estas garantías de derecho público; pero el Congreso no podrá dar ley que con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja o adulete en su esencia". Véase: Alberdi, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, 3ª edic., La Cultura Argentina, Buenos Aires, 1923, pág. 121 y ss.

torna necesario previamente determinar el contenido y el valor jurídico de cada uno de los paradigmas constitucionales involucrados con la legítima hereditaria, ya que éstos son los axiomas o los pilares sobre los que se debe asentar la norma reglamentaria (Código Civil).

A nuestro modo de ver existen tres grandes paradigmas constitucionales vinculados a la reglamentación que significa la legítima hereditaria: a) el axioma de la libertad y su expansión en la autonomía personal; b) el derecho de propiedad y las modalidades de su ejercicio; c) la protección integral de la familia en los tiempos actuales.

Estos tres paradigmas constitucionales se encuentran yacentes y conectados bajo el diseño jurídico del "derecho constitucional a testar" (art. 20 de la Constitución Nacional) del que son titulares cada uno de los habitantes de nuestro país.

Abordar desde este ángulo de análisis implica consustanciarse con el mandato humanista contenido en nuestra Carta Magna y desde ese atalaya visualizar al sistema sucesorio argentino y en especial a uno de sus principales institutos como la legítima hereditaria.

Quizás uno de las mayores controversias en este debate gire en torno a la llamada autonomía personal y su vinculación con las imposiciones estatales contenidas en normas reglamentarias rígidas, las que acotan el margen de actuación jurídica de los individuos y por lo tanto su esfera de expansión autorreferencial.

Respecto al derecho de propiedad, hay consenso en considerarlo núcleo referencial de cualquier sistema constitucional, tanto en su plano axiológico como en su faz normativa, y en esa línea es de trascendencia determinar el contenido actual de la función social del patrimonio, ya que sus preceptos servirán como presupuestos reglamentarios de la legislación infraconstitucional.

Esa trascendencia se torna más relevante cuando su correlato legislativo la vincula con las relaciones familiares y la regulación de sus implicancias para después de la muerte.

En el contexto nacional, al cabo de los últimos cien años, se han producido mutaciones sociales, económicas y jurídicas que imponen repensar el contenido jurídico que en la actualidad pueda derivarse del llamado "interés familiar"; y, a su vez, corroborar si el mismo se torna compatible con los estándares establecidos en el derecho sucesorio y testamentario vigente.

En el Derecho de Familia como en el Derecho Sucesorio, al encontrarse afectados derechos personalísimos esenciales de los individuos, debe tenerse especial cuidado al momento de reglamentar categorías o distinciones ya que la mínima desviación discrecional podría derivar en una discriminación arbitraria y por lo tanto inconstitucional.



#### 4.4. La autonomía de la voluntad y la legítima hereditaria: la potestad de disponer del propio patrimonio

Constitucionalmente todos los habitantes de la Nación gozan del derecho a disponer de su propiedad y del derecho a testar, siendo la faz patrimonial del derecho a testar una manifestación más del ejercicio y disposición de la propiedad, en este caso buscando tener consecuencias jurídicas patrimoniales para después de la muerte del causante<sup>29</sup>.

La potestad y la libertad para disponer del propio patrimonio constituye —en el plano jurídico— la materialización de la autonomía personal como manifestación del proyecto de vida autorreferencial.

Desde este marco constitucional, el acto testamentario no puede ser visualizado de manera aislada y como una simple manifestación de la autonomía de la voluntad, sino que dicho acto debe anidarse y encuadrar en la coherencia axiológica y legislativa que vincule en un extremo al derecho testamentario (como ejercicio de la autonomía), y en el otro extremo la llamada función social del patrimonio, ya que éste tiene asignada —desde la textura constitucional— una importancia y un valor tanto como valor colectivo y social, cuanto como impulsor del desarrollo individual y social<sup>30</sup>.

En la búsqueda del delicado equilibrio que debe imperar en este "conflicto de valores" son oportunas las expresiones de Sagües cuando afirma que "no cabe confundir la genuina idea de función social de la propiedad con manipulaciones demagógicas o estatistas de tal concepto, que importan versiones pervertidas o desnaturalizadas de éste. No se satisfacen sinceros fines sociales, con la fácil repartija de bienes de otros..."<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Esto surge de la interpretación coordinada de los artículos 14 y 20 de la Constitución Nacional de donde se deriva la mayoría de los llamados derechos civiles. El reconocimiento claro y preciso del derecho a testar surge de la literalidad del art. 20, llamado "artículo de los extranjeros". Para profundizar el tema puede verse: Galli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, 2ª edic., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 72 y sgtes.; Gómez, Claudio Daniel, *Constitución de la Nación Argentina*, Ed. Medterránea, Córdoba, 2007, pág. 111 y sgtes.

<sup>30</sup> Para profundizar sobre la función social de la propiedad, consultar con provecho: Elmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, T. 2, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, pág. 174 y sgtes. Respecto al derecho de propiedad, la literatura constitucional nacional se ha visto acrecentada en los últimos tiempos por la lamentablemente célebre "crisis del corralito financiero" que ha generado profusa doctrina con nuevas reflexiones. Seleccionamos por su vinculación directa con el tema en análisis: Badeni, Gregorio, *Reflexiones sobre la propiedad privada*, La Ley, Buenos Aires, 2002—B, 898; Carriona, Walter R. *La propiedad privada como derecho humano básico*, LL, 2002—B, 1221; Bidart Campos, Germán. *La propiedad en el marco del constitucionalismo social*, LL—Suplemento de Derecho Constitucional—junio—2002.

<sup>31</sup> Caus. Sagües, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, T. 2, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, pág. 597.

### 5. Bases que debiera contemplar una futura regulación

Recapitulando lo hasta aquí desarrollado, examinamos que en el sistema vigente el cónyuge supérstite ostenta vocación sucesoria legítima en forma unilateral o en concurrencia con los descendientes o ascendientes del causante, sin dejar de considerar la posibilidad de concurrencia con la nuera viuda o el yerno viudo que gocen de la pertinente tipificación legal, variando su porción legítima en uno y otro caso.

Asimismo, analizamos que la Constitución Nacional acuerda a todos los habitantes la facultad de disponer de su propiedad y que ese derecho ejercitado para después de la muerte de su titular se materializa en el llamado "derecho a testar" con lo cual el Código Civil al reglamentarlo no puede cambiarlo y convertirlo en un derecho de disposición sólo reducido o menguado a una parta mínima del patrimonio de una persona, pues al hacerlo desconoce el contenido esencial del derecho que reglamenta.

Advertimos que el conflicto no es excluyente de la sucesión de los cónyuges, y resulta extensivo a la legítima hereditaria de los restantes órdenes hereditarios forzosos (descendientes y ascendientes), pero los objetivos de la investigación en esta instancia se circunscriben a dicho planteamiento, y por ello imponen sólo el examen de ese orden hereditario.

La investigación realizada nos permite colegir que la limitación legislativamente impuesta a la facultad testamentaria que se deriva de la porción legítima regulada a favor del cónyuge supérstite en su calidad de heredero forzoso, desvirtúa aquél "derecho a testar", cercenándolo en su esencia y tornándolo casi imperceptible, mayormente en aquellos supuestos de concurrencia con los descendientes y ascendientes.

Siendo ello así, observamos que en el punto indagado el sistema sucesorio argentino se aparta del mandato constitucional de proteger el "derecho a testar", inobservando de ese modo el "principio de razonabilidad" establecido en el artículo 28 de nuestra Carta Magna.

Los cambios culturales, sociales, económicos y jurídicos acontecidos requieren deliberar acerca de los fundamentos que justificaron y sustentaron la previsión de la legítima conyugal vigente, y fundamentalmente corroborar si los mismos devienen compatibles con el actual espectro de las relaciones familiares y el efectivo cumplimiento de los derechos humanos de cada uno de sus integrantes.

Para ello resulta trascendente, desde la óptica de nuestra Carta Magna y de los Derechos Humanitarios, que el Estado se erija en garante de un amplio espacio de libertad e intimidad personal y familiar para ejercer y fortalecer los derechos personales de cada integrante de una familia.

En este marco, consideramos que cada uno de los habitantes de nuestro país debe poder ejercer su decisión testamentaria con un ámbito de libertad y autonomía — tanto en el contenido patrimonial como en el personal— que le permita proyectarse hacia el futuro en personas, actos, o disposiciones económicas que hagan a su proyecto de vida autorreferencial sin sufrir por ello, injustificadas injerencias ni intromisiones por parte del Estado o terceros, aun siendo estos terceros familiares del testador o disponente.

Tampoco se trata de sostener una absoluta libertad testamentaria, sino de superar el vallado de las limitaciones impuestas por la ley para disponer del propio patrimonio para después de la muerte, de modo tal que a la par de garantizar los derechos de los sucesores se protejan también los derechos y garantías constitucionales que se asientan en cabeza del causante.

En este sentido, consideramos que a diferencia de la rigidez del sistema vigente, las bases de una futura regulación en relación a la legítima del cónyuge sobreviviente deberían estar determinadas por una serie de pautas que contemplen las circunstancias y avatares del vínculo matrimonial a los efectos de tasar su porción hereditaria.

Consignamos entre otras y sin pretender agotar el esquema de posibilidades: la edad y el estado de salud del cónyuge supérstite, la realidad patrimonial y las posibilidades económicas y laborales del cónyuge sobreviviente, la dependencia económica y la consecuente obligación alimentaria que el causante tenía en vida para con su cónyuge, el desmedro en el nivel de vida económico-social que puede experimentar el cónyuge supérstite, la eventual compensación de aportes en servicios o bienes que no pueden ser justipreciados en la liquidación y partición del régimen patrimonial matrimonial, las circunstanciales prestaciones previsionales de las que puede resultar privado el sobreviviente.

A modo de colofón, entendemos que para resolver el dilema se hace necesario determinar el diseño del contenido mínimo del derecho constitucional a testar, considerado como manifestación de la disposición del derecho de propiedad en su representación de la proyección del plan de vida de las personas para después de la muerte.

## **6. Conclusiones**

A modo de síntesis consignamos las siguientes conclusiones:

### **1. La legítima hereditaria en el derecho argentino vigente**

La legítima es la parte del patrimonio del causante de la cual ciertos parientes próximos no pueden ser privados sin justa causa de desheredación, por actos a título gratuito.

### **1.1. Los principios que informan a la sucesión intestada**

Los principios generales que gobiernan la regulación de la sucesión intestada son: a) El principio de jerarquía de los órdenes hereditarios; b) El principio de proximidad de grado dentro de cada orden hereditario; c) El principio de indistinción del origen y naturaleza de los bienes; y d) El principio del título universal del llamado.

### **2. Los fundamentos de la vocación sucesoria conyugal**

Existen diversos fundamentos doctrinarios; la armonía que el legislador supone en el matrimonio, el "jusconyugii", o el afecto presunto del causante.

### **3. La legítima hereditaria del cónyuge supérstite**

El cónyuge supérstite constituye un orden excepcional o anómalo, dado que puede concurrir con los descendientes, los ascendientes, y la nuera viuda o el yerno viudo, y no es excluido por ninguno de esos órdenes hereditarios.

#### **3.1. El llamamiento único del cónyuge supérstite**

Si a la muerte del causante le sobrevive su cónyuge, no existiendo descendientes ni ascendientes del mismo, será éste último el que de manera excluyente actualizará su llamamiento "al todo" de la herencia.

#### **3.2. El llamamiento del cónyuge supérstite en concurrencia con descendientes**

Cuando el llamamiento es en concurrencia del cónyuge supérstite y los descendientes, el viudo o la viuda no tienen legítima sobre la parte de bienes gananciales que le hubiesen correspondido al prefallecido por disolución de la sociedad conyugal, correspondiéndole sobre los bienes propios del causante la misma parte que a cada uno de los hijos.

#### **3.3. El llamamiento del cónyuge supérstite en concurrencia con ascendientes**

Si a la muerte del causante han quedado ascendientes y cónyuge supérstite, éste último heredará la mitad de los bienes propios y también la mitad de la parte de gananciales que corresponda al fallecido. La otra mitad se dividirá en partes iguales entre los ascendientes.

### **3.4. El llamamiento del cónyuge superviviente en concurrencia con la nueva viuda o el yerno viudo**

El art. 3576 bis del Código Civil implica un derecho sucesorio en favor de la nueva viuda y del yerno viudo —interpretado a la luz de la Ley N° 26.618—, y de configurarse los requerimientos legales impuestos para actualizar la vocación sucesoria de este orden hereditario puede concurrir a la sucesión con el cónyuge superviviente.

### **4. La visión constitucional del derecho de las sucesiones y la legítima hereditaria**

El Código Civil al revelar el carácter de "norma reglamentaria" de valores y derechos constitucionalmente reconocidos se encuentra en subordinación axiológica y normativa respecto a la Ley Fundamental.

### **5. La reglamentación de los derechos constitucionales**

El art. 19 de la Constitución Nacional llamado por la doctrina "Principio de Clausura" es el núcleo central de la reglamentación de los derechos y garantías constitucionales.

La reglamentación de los derechos constitucionales se plantea como una necesidad social cuya finalidad es armonizar los derechos incluidos en la Constitución Nacional y hacerlos operativos entre sí.

### **6. El mandato constitucional y el principio de razonabilidad**

La Constitución nacional impone a la potestad reglamentaria los siguientes límites: a) utilizar el medio adecuado al fin propuesto; b) no alterar la esencia del derecho objeto de reglamentación; c) inspirar la reglamentación en el valor justicia; d) recurrir a la limitación menos restrictiva.

### **7. Los valores constitucionales en juego: el derecho de propiedad, el derecho de igualdad, y el derecho a proyectar para después de la muerte los efectos patrimoniales del plan personal de vida**

Existen tres grandes paradigmas constitucionales vinculados a la reglamentación que significa la legítima hereditaria: a) el axioma de la libertad y su expansión en la autonomía personal; b) el derecho de propiedad y las modalidades de su ejercicio; c) la protección integral de la familia en los tiempos actuales.

Estos tres paradigmas constitucionales se encuentran yacentes y conectados bajo el diseño jurídico del "derecho constitucional a testar" (art. 20 de la Constitución Nacional) del que son titulares cada uno de los habitantes de nuestro país.

### **8. La autonomía de la voluntad y la legítima hereditaria: la potestad de disponer del propio patrimonio**

Cada uno de los habitantes de nuestro país debe poder ejercer su decisión testamentaria con un ámbito de libertad y autonomía —tanto en el contenido patrimonial como en el personal— que le permita proyectarse hacia el futuro en personas, actos, o disposiciones económicas que hagan a su proyecto de vida autorreferencial, sin sufrir injustificadas injerencias por parte del Estado o de familiares del testador.

### **9. Bases que debiera contemplar una futura regulación**

Las bases de una futura regulación en relación a la legítima del cónyuge sobreviviente debería estar determinada por una serie de pautas que contemplen las circunstancias y avatares del vínculo matrimonial a los efectos de tasar su porción hereditaria. Consignamos entre otras: la edad y el estado de salud del cónyuge supérstite, la realidad patrimonial y las posibilidades económicas y laborales del cónyuge sobreviviente, la dependencia económica y la consecuente obligación alimentaria que el causante tenía en vida para con su cónyuge, el desmedro en el nivel de vida económico-social que puede experimentar el cónyuge supérstite, la eventual compensación de aportes en servicios o bienes que no pueden ser justipreciados en la liquidación y partición del régimen patrimonial matrimonial, las circunstanciales prestaciones previsionales de las que puede resultar privado el sobreviviente.



## ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE SUCESIONES EN EL MERCOSUR

*Directora del Proyecto: Dra. Olga Oriandi\**

*Codirectora: Ab. María de los Angeles Bonzano\*\**

*Integrantes: Ab. Graciela Moreno\*\*\*; Ab. Gabriel E. Tavip\*\*\*\*; Ab. Claudia Lupoli\*\*\*\*\*; Ab. Susana Verplaetse; Ab. Sebastián Monjo; Ab. María Garrón; Ab. Belén Kalayan, Ab. Guadalupe Carrier; Ab. Mariangeli Argañaras; Ab. María José Jure\*\*\*\*\*.*

Resumen: un estudio comparativo del derecho sucesorio vigente en los países del MERCOSUR permite establecer similitudes y diferencias que influyen en el desarrollo del mercado. Es factible y necesario implementar un proceso de armonización en la materia teniendo en cuenta la evolución sociológica, económica y jurídica de la región lo que facilitaría el proceso de integración. La armonización debe comprender los aspectos jurídicos vinculados al patrimonio familiar y su transmisión por causa de muerte. La reformulación debe adecuarse al derecho patrimonial y empresarial moderno y a las nuevas realidades económicas y sociales.

**Palabras clave:** Sucesiones - Armonización - MERCOSUR.

### I. El planteo

Diversos países se han agrupado en bloques por motivos políticos, económicos, sociales y culturales, con el objeto de aunar esfuerzos, para así consolidar las regiones en la que están inmersos.

\* Oriandi, Olga. Profesora Adjunta de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Investigadora.

\*\* Bonzano, María de los Angeles. Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Vocal de la C. Familia de 1º Nom. Córdoba. Investigadora.

\*\*\* Moreno, Graciela Melena. Profesora Adjunta de la Cátedra de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Vocal de la Cámara de Familia de 2º Nom. Córdoba. Investigadora.

\*\*\*\* Tavip, Gabriel. Profesor Auxiliar de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Juez de Familia de 2º Nom. Córdoba. Investigador.

\*\*\*\*\* Lupoli, Claudia. Profesora Auxiliar de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora.

\*\*\*\*\* Abogados: Verplaetse, Susana; Monjo, Sebastián; Garrón, María; Kalayan, Belén; Carrier, Guadalupe; Argañaras, Mariangeli; Jure, María José. Adscriptos a la Cátedra de Derecho Privado VI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Investigadores.

Esta integración denota un proceso de formación de un sistema común, coherente, entre una pluralidad de países interdependientes y con cierto grado de interacción.

Argentina formó y forma parte de distintos procesos de integración. Entre otros, en la actualidad, compone el llamado Mercado Común del Sur- MERCOSUR, en el que se encuentran como *membros permanentes* Uruguay, Paraguay y Brasil y Argentina, y otros países como miembros asociados<sup>1</sup>.

Para el logro de los objetivos del MERCOSUR se deben "armonizar las legislaciones en las áreas pertinentes"<sup>2</sup>, lo que implica concordar los sistemas jurídicos involucrados conforme a un criterio teleológico orientado a la consecución de tales objetivos, conservando sus singularidades y diversidades reglamentarias.

Los procesos de integración en el MERCOSUR generan el aumento de la circulación de personas entre los países miembros, lo que influye en el desenvolvimiento de la actividad económica y jurídica.

Si bien los temas vinculados a la operatoria comercial tienen prioridad, hay temas conexos que influyen en la operativa comercial de la región, como los vinculados al patrimonio de las personas, y especialmente su destino después de la muerte (la sucesión *mortis causa*).

El objeto de esta investigación es abordar un aspecto del proceso de integración a fin de enunciar pautas que contribuyan a la armonización del derecho sucesorio de los países miembros del Mercosur.

Se parte de un análisis comparativo del derecho de sucesiones de los países miembros teniendo en cuenta las características de la evolución sociológica, económica y jurídica de la región en el siglo XXI.

Si bien desde el aspecto de desarrollo económico comunitario se observan vacilaciones y acciones político-económicas que según los expertos no han logrado la integración deseada, existen elementos comunes que facilitarían la armonización legislativa sucesoria que abordamos en este trabajo.

Los países miembros —pese a las diferencias que los identifican— tienen elementos comunes que facilitarían los procesos de armonización

<sup>1</sup> El Mercado Común del Sur (Mercosur), en portugués Mercado Comum do Sul (Mercosul), en guaraní *Nemby Nemña* es una unión subregional integrada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay y Venezuela en proceso de incorporación. Tiene como países asociados a Bolivia, Chile, Colombia, Perú, Ecuador y México. Fue creado el 26 de marzo de 1991 con la firma del Tratado de Asunción, estableciendo: La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre países, el establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común, la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados partes y la armonización de las legislaciones para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.

<sup>2</sup> Art. 1 — Tratado de Asunción



legislativa: transitan por procesos de gobierno democrático, la legislación emana de órganos legislativos con representación popular; los sistemas jurídicos receptan los principios del derecho humanitario y buscan el despeje en el desarrollo económico comercial.

## 2. La armonización como punta de integración

Es necesario y factible armonizar las legislaciones del MERCOSUR en materia de derecho sucesorio como medio de coadyuvar al logro del fortalecimiento del proceso de integración. La fundamentación de nuestra hipótesis se deriva del respectivo mandato legal contenido en el Tratado de Asunción.

La perspectiva de análisis desde el derecho constitucional<sup>3</sup>, como fuente primaria de desarrollo de las instituciones bajo examen, lleva a marcar dos ejes fundamentales en este proceso, que se derivan de la consagración de los derechos humanos: el *derecho a la propiedad privada y a la herencia* y la *tutela de los derechos humanos fundamentales* de los miembros de las diversas formas familiares y convivenciales.

Dado las características del proceso de integración en el MERCOSUR, los temas vinculados a la operatoria comercial tienen prioridad. Los procesos comerciales acarrear un aumento de la circulación de personas y bienes lo que influye en el desenvolvimiento de la actividad económica y jurídica. De allí la necesidad de armonizar —entre otros— los aspectos jurídicos vinculados al patrimonio familiar y especialmente su destino después de la muerte teniendo en cuenta los principios que emanan del derecho humanitario.

## 3. Similitudes y diferencias en la regulación sucesoria en el Mercosur

A continuación efectuamos una breve síntesis descriptiva de las similitudes y diferencias que advertimos en las leyes de los países integrantes del MERCOSUR.

Lo mencionado en el presente acápite no constituye un detalle pormenorizado de todas las diferencias y similitudes, sino que la enume-

<sup>3</sup> Uruguay: resulta importante señalar que el derecho sucesorio está incluido expresamente en la Constitución de la República Oriental del Uruguay que, en el art. 48, refiere: "el derecho sucesorio queda garantido dentro de los límites que establezca la ley. La línea recta ascendente y la descendente tendrán un tratamiento preferencial en las leyes impositivas". Brasil: el art. 5 de la Constitución Federativa Brasileña "garantiza el derecho a la herencia" y además, mediante una norma de derecho internacional privado prescribe que "la sucesión de los bienes de extranjeros situados en el País será regulada por la ley brasileña en beneficio del cónyuge o de los hijos brasileños siempre que no les sea más favorable la ley personal del 'decujus'."

ración se centra en los grandes temas del derecho sucesorio que se consideraran relevantes para el objetivo propuesto.

### 3.1. Los sistemas sucesorios (sucesión en la persona o en los bienes)

La distinción entre la sucesión en la persona y la sucesión en los bienes busca dilucidar un interrogante que se presenta frente a la muerte del causante.

Básicamente, es saber si a la muerte del causante se produce la extinción de las relaciones jurídicas de las que aquel era titular, lo que impondría la necesidad de iniciar un proceso liquidatorio del patrimonio del *de cuius*; o si por el contrario se entiende que dichas relaciones jurídicas se mantienen subsistentes, operándose su continuidad en la persona de los sucesores, asumiendo estos la titularidad de las mismas, más allá de otros efectos<sup>4</sup>.

En este lineamiento dos son las direcciones: a) la masa del patrimonio pasa en conjunto a una o más personas llamadas herederos, que continúan la personalidad del causante; o, b) a la muerte del sujeto el patrimonio configura un activo con un pasivo —en su caso—, que debe ser liquidado, y del cual el heredero recibe los bienes relictos una vez que ha operado la liquidación de las cargas<sup>5</sup>.

Uno y otro sistema hunden sus raíces en antecedentes que datan de épocas del derecho romano y del derecho germánico, respectivamente.

En relación a los países miembros del Mercosur observamos:

a) **Argentina.** El ordenamiento jurídico argentino recepta el sistema de la *sucesión en la persona* proveniente del sistema romano. No obstante, a partir de la ley 17.711, se estatuye como regla la aceptación con beneficio de inventario<sup>6</sup>, presumida por la ley<sup>7</sup> y que importa limitar la responsabilidad del heredero, limitación que no es propia del sistema; la aceptación pura y simple se ha tornado en excepcional.

<sup>4</sup> Entre otros efectos, la extensión de la responsabilidad de los herederos respecto a las deudas del causante.

<sup>5</sup> Cf. ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de las Sucesiones*. T. 1., 4ª edic., Astrea. Buenos Aires, 1997, p. 14 y ss., par. 11 y 13. Define el autor la sucesión en la persona, sostenida por la teoría del patrimonio, como la masa del patrimonio que pasa en conjunto a una o más personas llamadas herederos, reputándose al heredero continuador de la personalidad del causante; y distingue este sistema de sucesión en la persona, de la sucesión en los bienes, a la muerte del sujeto su patrimonio recibe la consideración de un activo con un pasivo constituido por obligaciones que pesan como cargas a liquidar, no entrando el heredero en la posición jurídica del causante, sino recibiendo los bienes relictos una vez liquidadas las cargas.

<sup>6</sup> Como consecuencia de ello tampoco opera —como regla— otra de las consecuencias del sistema de sucesión en la persona, esto es la "confusión de patrimonios" prevista en el art. 3342 del CCiv.

<sup>7</sup> Art. 3363 CCiv: Toda aceptación de herencia se presume efectuada bajo beneficio de inventario, cualquiera sea el tiempo en que se haga. La realización de actos prohibidos en este Código al heredero beneficiario importará la pérdida del beneficio.

b) **Brasil.** Adopta el sistema de sucesión en los bienes, definiendo que el heredero no responde por cargos superiores a las fuerzas de la herencia<sup>9</sup>.

Si bien el heredero no responde por obligaciones superiores al caudal de la herencia le incumbe la prueba del exceso, salvo que hubiese inventario que excuse demostrar el valor de los bienes heredados. (art. 1792 CCiv.).

c) **Paraguay.** En el derecho paraguayo el heredero continúa la persona del causante, y es deudor y acreedor en todo lo que el causante era acreedor y/o deudor, adquiriendo dicha titularidad desde la muerte del causante con la opción de poder renunciar<sup>9</sup>.

d) **Uruguay.** El sistema sucesorio uruguayo adopta el sistema de sucesión en la persona, siendo el heredero continuador de la persona del causante, no obstante lo cual, la doctrina uruguaya afirma que el ordenamiento jurídico "suaviza" esta consecuencia organizando entre otros institutos, la aceptación bajo beneficio de inventario que permite al heredero evitar la referida confusión de los patrimonios y limitar su responsabilidad por las deudas hereditarias a las fuerzas de ésta (art. 1078 CCiv.)<sup>10</sup>.

**En síntesis:** los sistemas sucesorios de Argentina, Uruguay y Paraguay adoptan predominantemente el sistema de sucesión en la persona, siendo el heredero continuador de la persona del causante, atenuando el sistema de responsabilidad del heredero con el beneficio de inventario. Brasil adopta el sistema de sucesión en los bienes por lo que el heredero no responde por cargos superiores a las fuerzas de la herencia ya que se mantienen separados los patrimonios del autor de la sucesión y sus herederos.

Respecto de los derechos y obligaciones de los herederos, todas las legislaciones del MERCOSUR le otorgan al heredero el derecho a aceptar o repudiar la herencia<sup>11</sup>, pudiendo manifestarse de manera expresa o tácita.

<sup>9</sup> QUISBERT, Ermo, *Apuntes de Derecho de Sucesiones*, ADEQ, 2007, p. 16. Publicado en [www.ermoquisbert.tripod.com](http://www.ermoquisbert.tripod.com)

<sup>9</sup> Art. 2450. CCiv. Paraguay: El heredero adquiere la herencia desde la muerte del causante, bajo reserva de su facultad de renunciarla. Esta facultad deberá ser ejercida dentro de los ciento cincuenta días contados desde la fecha del fallecimiento real o presuntivo del causante. Si el heredero fijare domicilio en el extranjero, el plazo será de doscientos cuarenta días. El heredero que ha aceptado la herencia está sujeto a todas las obligaciones que le impone la calidad de tal, y transmite a sus sucesores universales la herencia que ha recibido, con los derechos y las obligaciones derivados de su aceptación.

<sup>10</sup> CAROZZI BALDE, Erna, *Manual de Derecho Sucesorio*, Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, T. I, p. 13

<sup>11</sup> El Código Civil Argentino lo regula en el art. 3319. El Código Civil de Brasil lo estipula en los arts. 1804 a 1813. El Código Civil Paraguayo lo prevé en los arts. 2450, 2452, 2463. El Código Civil Uruguayo lo aborda en los arts. 1051, 1062, 1063.

Se prevé también la aceptación forzosa — como sanción — cuando el heredero sustrajere u ocultare cosas de la herencia.

A su vez, en Argentina y Paraguay<sup>12</sup> toda aceptación se presume bajo beneficio de inventario<sup>13</sup> mientras que en Uruguay la aceptación bajo beneficio de inventario exige que el heredero que así lo desee, deba manifestarlo por escrito ante el juez competente del lugar donde se verificó la sucesión<sup>14</sup>.

En Brasil el interesado en que el heredero declare si acepta, o no, la herencia podrá, veinte días después de abierta la sucesión, requerir al juez un plazo razonable, no mayor de treinta días, para que el heredero se pronuncie, bajo pena de tener por aceptada la herencia. (art. 1807 CCiv.).

### 3.2. Los derechos y obligaciones de los herederos en el MERCOSUR

#### a) Argentina

- **Poseción hereditaria:** la investidura de la calidad de heredero es de pleno derecho para los ascendientes, descendientes y cónyuge (art. 3410 CCiv.). Los demás herederos deben solicitarla a juez (art. 3413 CCiv.).

- **Derecho a deducir la acción de petición de herencia:** a reclamar la calidad de heredero y entrega de los bienes que componen el acervo sucesorio de quien los detenta, invocando también derechos sucesorios (art. 3423 CCiv.)<sup>15</sup>.

- **Derecho a ejercer las acciones posesorias y ceder derechos hereditarios** (art. 3421 y conc. del C.Civ.).

- **Obligaciones de los herederos:** junto con los derechos, se transmiten también al heredero las obligaciones del causante (art. 3431 CCiv.), las que debe afrontar dentro del monto de los bienes recibidos<sup>16</sup>, salvo que haya aceptado la herencia en forma pura y simple en cuyo caso responde incluso con sus propios bienes.

- **Período de indivisión:** División de créditos y deudas de pleno derecho y comunidad de derechos. Se debe pagar deudas, cobrar créditos, entregar legados, administrar y rendir cuentas (arts. 3449, 3450, 3451, 3474 3475 y conc. del CCiv.).

<sup>12</sup> La persona llamada a suceder puede aceptar o repudiar la herencia. Esta aceptación y repudiación son irrevocables y surten efectos desde la muerte del causante (art. 2452 C.Civ.). La facultad de renunciar debe ser ejercida dentro de los cinco cincuenta días desde el fallecimiento real o presunto del causante (art. 2450 C.Civ.)

<sup>13</sup> Art. 3363 Código Civil Argentino y art. 2468 Código Civil Paraguayo.

<sup>14</sup> Art. 1079 Código Civil Uruguayo.

<sup>15</sup> Art.3423 CCiv.: La acción de petición de herencia se da contra un pariente del grado más remoto que ha entrado en posesión de ella por ausencia o inacción de los parientes más próximos; o bien, contra un pariente del mismo grado, que refusa reconocerle la calidad de heredero o que pretende ser también llamado a la sucesión en concurrencia con él.

<sup>16</sup> Como consecuencia del carácter beneficiario que se presume respecto de la aceptación.

- **Principio de división forzosa** (art. 3451 CCiv.) salvo los casos de indivisión impuestos por ley<sup>77</sup>.

#### b) Brasil

- **Llamamiento a la herencia:** se transmite, en primer término, a los herederos legítimos y testamentarios (art. 1784 CCiv.); La competencia: la define el último domicilio del causante (art. 1785 CCiv.) La herencia se difiere como un todo unitario, aunque sean varios los herederos. (art. 1791 CCiv.)

- **Derecho a deducir la acción de petición de herencia:** el heredero puede demandar el reconocimiento de su derecho sucesorio, para obtener la restitución de la herencia, o parte de ella, contra quien, en la calidad de heredero, o aún sin título, posea la herencia. (art. 1824 CCiv.).

- **Obligación de inventariar para liquidar:** en el plazo de treinta días, a contar desde la apertura de la sucesión, se presentará inventario del patrimonio hereditario, ante el juez competente en el lugar de la sucesión para fines de liquidación y, cuando fuese el caso, de partición de la herencia. Art. 1796 CCiv.

#### - Administración de La herencia. Supuestas.

Se distingue hasta el nombramiento del albacea (art. 1797 CCiv.) y desde la firma del compromiso hasta la homologación de la partición en donde la administración será ejercida por el inventariante. (art. 1991 CCiv.).

- **Pago de deudas:** la herencia responde por el pago de las deudas del causante; pero, realizada la partición, sólo responden los herederos, cada cual en proporción de la parte que en la herencia le correspondiese. (art. 1997 CCiv.)

- **Colación:** los descendientes que concurren a la sucesión del ascendiente común son obligados, a igualar las legítimas; deben colacionar el valor de las donaciones que recibieran de él en vida (art. 2002 CCiv.)

- **Principio de división forzosa:** el heredero puede siempre requerir la partición, aunque el testador lo prohíba; tienen igual facultad los cesionarios y acreedores. (art. 2013 CCiv.)

- **Partición por ascendientes:** puede el testador indicar los bienes y valores que deben componer las porciones hereditarias siempre que se correspondan con las cuotas establecidas por ley. (art. 2014 CCiv.).

#### c) Paraguay

- **Apertura y transmisión de la herencia:** a partir del fallecimiento se fija el derecho de los herederos sobre los bienes dejados por el causante.

- **Derecho a aceptar o repudiar la herencia:** El heredero que ha aceptado la herencia está sujeto a todas las obligaciones que le impone la calidad de tal y transmite a sus sucesores universales la herencia que ha

<sup>77</sup> Arts. 51, 52 y 53 ley 14394. 8 (Argentina).

recibido, con los derechos y obligaciones derivados de su aceptación (arts. 2450, 2452, 2463 CCiv). Si la aceptación fuera pura y simple, el aceptante quedará obligado al pago de las deudas y cargas, tanto con el activo sucesorio, como con el suyo propio; pero sólo deberá satisfacer los legados hasta la concurrencia del valor recibido (art. 2459 CCiv.)

- **Deber de mantención y alimentación:** se prevé una obligación a cargo del heredero respecto de los miembros de la familia del causante a quienes aquel atendía, y que habitaban con él al momento de su muerte. El heredero debe mantenerlos en las mismas condiciones durante un mes a partir de la apertura de la sucesión y concederles por este tiempo el uso de la habitación y de los enseres. Todo ello, salvo disposición contraria del testador, en cuyo caso se aplicarán las disposiciones de los legados. (art. 2460 CCiv.)

- **Concurso del causante y de la herencia** Si el causante falleciera en estado de concurso judicial no se producirá la confusión de patrimonios, ni la responsabilidad ilimitada del aceptante. (art. 2461 CCiv.)

- **Presunción de aceptación con beneficio de inventario**- Efectos (art. 2468 CCiv.) 1º) separa el patrimonio del causante de los bienes del heredero; 2º) el heredero conservará contra la sucesión los derechos que tuvo contra aquél; 3º) el heredero sólo responderá por las deudas y cargas con los bienes que hubiera recibido; 4º) el heredero deberá satisfacer a la masa lo que adeudare al causante.

- **Facultades de los herederos en el período de indivisión** (art. 2519 CCiv.) a) disponer de sus derechos hereditarios, pero no de parte alguna de un bien hereditario determinado; b) adoptar las medidas conservatorias de los derechos sucesorios, y deducir las acciones correlativas, por el todo, sin el concurso de los otros coherederos; c) demandar la petición de herencia y ejercer las acciones reales y posesorias que competan a la sucesión, sin perjuicio de la intervención de los demás coherederos, si lo exigiere el demandado para que la sentencia que se dicte causa cosa juzgada a su respecto; y d) exigir que se consigne judicialmente en cuenta común lo debido a la masa, y no permitiéndolo la naturaleza de la prestación, que se nombre depositario judicial. El pago debe efectuarse a todos los coherederos conjuntamente. Para disponer de bienes indivisos individualizados, será necesario el acuerdo unánime de los partícipes.

- **Acresedores de los herederos:** no podrán ejercer sus acciones sobre los bienes de la sucesión (art. 2520 CCiv.).

- **Antes de la partición:** los herederos están facultados para enajenar bienes, con autorización judicial la que será otorgada cuando sea necesario para el pago de deudas y cargas de la sucesión (art. 2522 CCiv.).

- **Indivisión impuesta por el testador:** la indivisión también puede ser dispuesta por el testador quien podrá ordenar que la misma se mantenga

por un plazo no mayor de diez años. También puede ser acordada por los herederos. (art. 3526 CCiv.)

- **Derecho de preferencia entre los coherederos respecto de las porciones indivisas**, en igualdad de circunstancias, siempre que hayan comunicado por escrito su decisión al coheredero (art. 2526 CCiv.)

#### 4) Uruguay

- **Apertura de la sucesión.** A la muerte del causante. La persona llamada a suceder puede aceptar o repudiar la herencia.

- **Aceptación:** los efectos de la aceptación y repudiación se retrotraen siempre al día en que se abrió la sucesión (art. 1051 CCiv.). Es expresa es, cuando se toma el título de heredero (arts. 1062 CCiv.), es decir, cuando lo hace en escritura pública o privada, obligándose como tal o en un acto de tramitación judicial (art. 1063 CCiv.). Es tácita, cuando el heredero ejecuta un acto que supone necesariamente su intención de aceptar y que no hubiera tenido derecho de ejecutar, sino en su calidad de heredero (art. 1062 CCiv.). Forzosa: el heredero ha sustraído u ocultado maliciosamente cualesquiera efectos de la herencia, por lo que quedará en la calidad de heredero puro y simple, sin perjuicio de otras penas que por el delito correspondan (art. 1067 CCiv.).

La herencia puede ser aceptada, pura y simplemente o bajo beneficio de inventario (art. 1061 CCiv.). En el art. 1092 CCiv. regula los efectos del beneficio de inventario: 1º que el heredero no queda obligado sino hasta donde alcanzan los bienes hereditarios; 2º que conserva íntegras todas las acciones que tenía contra los bienes del difunto (artículo 1547 CCiv.). El heredero que omite de mala fe hacer mención de cualquiera parte de los bienes, pierde la opción de aceptación bajo beneficio de inventario (art. 1069 CCiv.).

- **Poseción hereditaria:** la propiedad y la posesión de la herencia pasa de pleno derecho al heredero con la obligación de pagar las deudas y cargas de la sucesión (art. 1039 CCiv.).

- **Acción de petición de herencia:** se concede al heredero, legítimo o no. Tiene lugar cuando el derecho del heredero en cuanto tal ha sido agredido o desconocido, y en principio lo será contra quien se encuentre en posesión de toda o parte de la herencia alegando su propia calidad de heredero.

- **Acciones posesorias:** puede el heredero ejercer las acciones posesorias previstas en el art. 660 CCiv. en la medida que hubiera podido deducirlas el causante (art. 660 CCiv.), y serán aquellas que tengan por objeto conservar o recuperar la posesión de los bienes raíces o derechos reales constituidos sobre ellos, así como la llamada denuncia de obra nueva.

- **Pago de deudas y cargas de la sucesión:** los bienes del deudor constituyen la garantía de sus acreedores (2372 CCiv.), y en la medida en la que por el solo hecho de la muerte del causante sus herederos deben

pagar la deudas hereditarias, habiendo a su vez adquirido la propiedad y posesión de la herencia, los acreedores podrán hacer efectivos sus créditos contra todos y cada uno de los herederos, en proporción a sus cuotas hereditarias. (art. 1168 CCiv.).

**Partición:** la herencia como universalidad jurídica, comprende todos los derechos reales y personales de que gozaba el causante. En lo referido a los créditos divisibles, no integran la masa indivisa, ya que del art. 1380 CCiv. surge la división de pleno derecho de los créditos y las deudas hereditarias. Se dispone que cuando en la obligación divisible son varios los acreedores o deudores por título de sucesión, no pueden exigir la deuda ni están obligados a pagarla sino por la parte que les corresponde como representantes del acreedor y deudor.

### 3.3. Responsabilidad del heredero por las deudas del causante

En Argentina, Paraguay y Uruguay, el tipo de responsabilidad por deudas depende de la forma de aceptación de la herencia, si lo fue pura y simple o bajo beneficio de inventario.

Las legislaciones se dirigen hacia el mismo rumbo: la aceptación bajo beneficio de inventario que limita la responsabilidad al patrimonio del causante.

Por otra parte, si la aceptación de la herencia es pura y simple el heredero queda obligado no sólo con los bienes hereditarios sino también con los suyos propios.

En conclusión, la responsabilidad del heredero por las deudas de la sucesión se limita por la presunción o posibilidad de aceptación beneficiaria. No obstante ello se regulan situaciones en que puede haber confusión de los patrimonios y la asunción de las deudas y cargas hereditarias con los bienes del heredero.

En Brasil al adoptar el sistema de sucesión en lo bienes, los patrimonios del causante y del heredero no se confunden. La herencia responde por el pago de las deudas del causante; pero, realizada la partición, sólo responden los herederos, cada cual en proporción de la parte que en la herencia le correspondiese. (art. 1.997 CCiv.) Cuando fuese requerido en el inventario, antes de la partición, el pago de deudas *que consten en documentos* revestidos de formalidades legales, y hubiese impugnación, el juez mandará reservar en poder del inventariador, bienes suficientes para la solución del débito, sobre los cuales venga a recaer oportunamente la ejecución.

En síntesis, las legislaciones del MERCOSUR tienden a limitar la responsabilidad del heredero a los bienes dejados por el causante y, sólo excepcionalmente, responden con bienes propios. Se observa ciertas fa-



lencias e imprecisiones legislativas en torno al tema de responsabilidad por deudas lo que es necesario armonizar prioritariamente en un proceso de integración de características económicas.

### 3.4. Los tipos de sucesiones en el MERCOSUR (intestada, testamentaria y contractual)

En todas las legislaciones de los países que integran el MERCOSUR la sucesión puede deferirse por voluntad del causante (sucesión testamentaria) o por voluntad de la ley (sucesión legítima o "ab intestato").

El legislador Uruguayo, a diferencia del resto de los países estudiados, le otorga preeminencia a la voluntad del causante pero restringiendo la voluntad testamentaria respecto de lo que nomina asignaciones forzosas, regulando, subsidiariamente, un sistema de sucesión intestada.

En ninguna de las legislaciones estudiadas se recepta en forma clara la sucesión contractual<sup>18</sup>, es decir, aquella que tiene origen en el acuerdo de voluntades por el cual una persona se obliga a transmitir a otra, a su fallecimiento, parte de su patrimonio, o la totalidad de este. Sólo se observan en forma restringida y excepcional la posibilidad de realización de algunos acuerdos.

La admisión de pactos sucesorios es una tendencia en los códigos modernos que tienen en cuenta la evolución de la sociedad, de la familia, los cambios económicos y permite plasmar la autonomía de la voluntad del causante<sup>19</sup>. Desde una perspectiva positiva aprueban acordar la transmisión de bienes sin conflictos y sobre todo facilitan la transmisión de la empresa familiar coadyuvando a su conservación, lo que adquiere relevancia en los procesos de integración<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> En el CCiv. argentino: arts. 1175, 348, 1449, 3311, 3312; no obstante la prohibición genérica se permite la partición por ascendiente (3514 a 3538), adelanto de herencia (1805), transmisión de bienes a los legitimados (3804) y otros supuestos discutidos.

<sup>19</sup> MAFFIA, Jorge O., *Tratado de las sucesiones*, actualizada por Lidia Beatriz Hernández y Luis Alejandro Ugarte, t. I y t. II, Buenos Aires, 2ª ed. Abeledo Perrot, 2010. Pá. 17 y ss. BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil - Sucesiones*, 9ª edic. oct. Delfina M. Borda, t. I y t. 2, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, ps. 7 y ss. ZANNOVI, Eduardo A., *Manual de Derecho de las Sucesiones*, 4ª ed. ampliada y actualizada, Ed. Astrea, Bs. As. 1999. Pá. 14 y ss.

<sup>20</sup> Ley 726/2006 del 23/07/ 2006 que presenta la reforma de sucesiones y donaciones ha modificado más de docecientos artículos del Código Civil Francés. GINISFY, Jean-Claude, "La reforma del Derecho de sucesiones en Francia" [http://www.ajnotario.es/egest/noticia.php?id=1921&seccion\\_ver=0](http://www.ajnotario.es/egest/noticia.php?id=1921&seccion_ver=0). Número de revista: 26, BELLUSCIO, Augusto C.: "La reforma del derecho sucesorio en Francia". LL 2002 - A- 1359.

Después de la reforma de 2006, los nuevos apartados segundo a octavo del artículo 768 del Código establecen el régimen jurídico para el "patto di famiglia" que se define como el contrato mediante el cual el empresario transfiere, en todo o en parte, su patrimonio empresarial (azienda) o mediante el cual el titular de participaciones societarias transfiere, en todo o en parte, la propia cuota a uno o más descendientes; siempre con respeto a las

Nuestra propuesta: la normativa del Mercosur debiera receptor mayor libertad del individuo para anticipar de manera eficaz la regulación de su propia sucesión. Esta meta podría lograrse mediante: la recepción de pactos sucesorios, la flexibilización de las normas de la donación-partición o regímenes de donaciones graduales o residuales. También podría simplificarse y acelerarse la regulación de sucesiones mediante la creación del *mandato post mortem* que modifica la gestión de la indivisión y de la partición.

### 3.5. Los órdenes hereditarios en el MERCOSUR

- **Órdenes hereditarios:** resultan herederos en todas las legislaciones los descendientes, ascendientes, y los colaterales. Se legisla de diversas maneras los derechos sucesorios del cónyuge o conviviente, dependiendo en algunos casos del régimen de bienes en el matrimonio.

- **Jerarquía de órdenes**

- **Prioridad del orden de los descendientes:** en las legislaciones analizadas el primer orden hereditario es el de los descendientes habiéndose suprimido cualquier diferencia entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, reconociendo al derecho de representación en esta línea.

- **La concurrencia de los descendientes con el cónyuge**

En Argentina el primer orden concurre con el cónyuge superviviente en relación a los bienes propios del causante, ya que el cónyuge lo hará por una parte igual a la del resto de los hijos (art. 3570 CCiv.), mientras que, en

---

normas sobre empresa familiar y a los distintos tipos de sociedad (artículo 766-bis). MARTINEZ MARTINEZ, María, "Admisión de Pactos de Familia en Derecho Italiano después de la reforma del código civil" en 2006. Legge 14 febbraio 2006, n. 55 recante "Modifiche al codice civile in materia di patto di famiglia". (GU N.50 DEL 1-3-2006). Navarra. Fuero Nuevo (Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la compilación del derecho civil foral de Navarra) en los arts. 172 a 183 se permite que se otorguen pactos sucesorios tanto a título universal como particular. Derecho vasco: Ley 3/1992 de derecho civil foral del País para Vizcaya, arts. 74 a 83 y en los arts. 179 a 188. En ambos supuestos, caben los pactos sucesorios tanto a título universal como a título particular. En el derecho aragonés los pactos sucesorios se recogen en el Título II, de la Ley 1/1993, en los arts. 62 a 89. En Baleares en los arts. 72 a 77 de la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares aprobada por Decreto Legislativo 78/1990, de 6 de septiembre. En Galicia la ley regula los pactos sucesorios en los arts. 209 a 227. Distinguiendo los pactos sucesorios de mejora y los de apartación. Nuevo Código Civil de Aragón. Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (BOA de 29 de marzo de 2011). Ley CATALUÑA 10/2006, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. BOB. La sucesión contractual y las donaciones por causa de muerte. CAPÍTULO I. Los pactos sucesorios [www.paraprofesionales.com](http://www.paraprofesionales.com). Madrid, 2 de septiembre de 2008. Año 5, Núm. 1279 Director: José Guilló Sánchez-Galiano. [http://www.fustel.com/v2/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_fustel-1048639](http://www.fustel.com/v2/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_fustel-1048639)

los bienes gananciales que en la división de ellos correspondieren al causante, el cónyuge supérstite no tendrá derecho alguno (art. 3576 CCiv.).

En forma similar, en Paraguay los descendientes concurren con el cónyuge supérstite, y por los bienes propios lo hace por una parte igual al que corresponda a cada uno de los hijos del autor que concurren con él (art. 2586 CCiv.), pero es desplazado de la vocación sobre los gananciales<sup>21</sup>.

En Brasil los descendientes concurren con el cónyuge sobreviviente. La forma de heredar depende si se ha casado con el fallecido en el régimen de comunión universal, o en el de la separación obligatoria de bienes; o si en el régimen de comunión parcial el autor de la herencia no hubiere dejado bienes particulares (art. 1829 del CCiv.)<sup>22</sup>. La concurrencia del cónyuge supérstite con los descendientes del causante dependerá por lo tanto, del régimen de bienes del matrimonio.

En Uruguay los descendientes concurren con el marido o la mujer sobreviviente, pero el cónyuge no es heredero sino que concurre como "porcionero"<sup>23</sup>, por lo que su concurrencia conjuntamente con el primer orden hereditario, es a título de legatario<sup>24</sup>.

#### - El orden de los ascendientes

El segundo orden hereditario es el de los ascendientes

En Argentina los ascendientes concurren con el/la cónyuge supérstite cuando no existen descendientes. En tal caso, tanto en relación a los bienes propios del causante como respecto de los gananciales adjudicados a éste en la división, el/la cónyuge sobreviviente hereda la mitad de ellos en tanto la mitad restante corresponde a los ascendientes que concurren a la sucesión (art. 3571 CCiv.).

En Brasil los ascendientes concurren con el cónyuge supérstite, sin importar cual sea el régimen de bienes del matrimonio.

En Paraguay los ascendientes concurren con el cónyuge, pero se produce una discriminación ya que los ascendientes matrimoniales lo

<sup>21</sup> El art. 2586 expresa que "El cónyuge que concurre con ascendiente o descendientes, no tendrá parte a título de herencia en los bienes gananciales que hubieren correspondido al causante".

<sup>22</sup> Art. 1.829. La sucesión legítima se difiere en el siguiente orden: I— a los descendientes, en concurrencia con el cónyuge supérstite, salvo al estuviese casado con el causante en el régimen de la comunión universal, o en el de la separación obligatoria de bienes (art.1640 párrafo único); o si, en el régimen de la comunión parcial, el autor de la herencia no hubiese dejado bienes particulares; II— a los ascendientes, en concurrencia con el cónyuge; III— el cónyuge supérstite; IV— a los colaterales.

<sup>23</sup> RIVERO, Mabel, *Lecciones de derecho sucesorio*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005, 2ª edic., p. 64.

<sup>24</sup> CAROZZI Falda, Ema, *Manual de Derecho Sucesorio*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, T. I, p. 321.

desplazan de su vocación sobre los gananciales y no así los extramatrimoniales<sup>25</sup>.

En Uruguay (art. 1026 CCiv.)<sup>26</sup> se determina que a falta de posteridad legítima o natural del difunto lo sucederán sus ascendientes de grado más próximo, sean legítimos o naturales, cuando ha mediado reconocimiento anterior al fallecimiento del causante y su cónyuge.

**- La sucesión del cónyuge solo**

En Argentina, Brasil, Paraguay si no han sobrevivido al causante descendientes ni ascendientes el cónyuge supérstite lo hereda con exclusividad, excluyendo a los parientes colaterales (art. 3572 CCiv. Argentino<sup>27</sup>, Art. 1839 C.Civ. Brasil, art.2586 CCiv. ).

**- La sucesión de parientes afines:** sucesión de la viuda en la sucesión de los suegros. Es receptado en Paraguay (Art.2589 CCiv.) y en Argentina (art. 3576 bis CCiv.)

**- El orden de los colaterales**

En Argentina, Brasil, Paraguay en caso de no concurrir ni descendientes, ni ascendientes ni cónyuge supérstite, lo harán los parientes colaterales (art. 3585 CCiv. argentino, art. 1839 C.Civ. brasilero, art. 2592 CCiv. Paraguay).

En Uruguay la ley llama en tercer orden a los hermanos legítimos o naturales juntamente con los hijos adoptivos (art. 1027 CCiv.)<sup>28</sup>. En el tercer orden hereditario concurren integrando dos clases, la de los hermanos por un lado y la de los hijos adoptivos por otro. Todos ellos son no forzosos y si concurren ambas clases le corresponderá la mitad de la herencia a cada una de ellas.

<sup>25</sup> El art. 2586 expresa que "El cónyuge que concursa con ascendiente o descendientes, no tendrá parte a título de herencia en los bienes gananciales que hubieren correspondido al causante".

<sup>26</sup> El art. 1026 del CC dice: A falta de posteridad legítima o natural del difunto lo sucederán sus ascendientes de grado más próximo, sean legítimos o naturales, cuando ha mediado reconocimiento anterior al fallecimiento del causante y su cónyuge. La herencia se dividirá en dos partes, una para los ascendientes y una para el cónyuge. Cuando sólo hubiese una de las dos clases llamadas a concurrir por este artículo, ésta llevará toda la herencia.

<sup>27</sup> La recientemente sancionada ley 28.618 incorpora a la regulación contenida en el Código Civil una nueva forma familiar: el matrimonio entre personas del mismo sexo. La ley nacional N° 28.618 fue sancionada el 18/07/2010, promulgada el 21/07/2010 y publicada en el B.O. el 22/07/2010

<sup>28</sup> El art. 1027 del CC preceptúa: "A falta de los llamados por el artículo anterior, sucederán al difunto sus hermanos legítimos o naturales y sus hijos adoptivos; la herencia se dividirá en dos partes: una para los hermanos y otra para los hijos adoptivos y si falta una de estas clases, la otra se llevará toda la herencia. Entre los hermanos de que habla este artículo, se comprenderán aun los que sólo lo sean por parte de padre o por parte de madre, pero la porción del hermano paterno o materno será la mitad de la porción del hermano carnal".

En Uruguay a falta de los ordenes citados precedentemente, la ley determina que concurre el padre o madre adoptante y las colaterales legítimos o naturales del difunto fuera del segundo grado con ciertas reglas que enumera en el art. 1028 CCiv.<sup>29</sup>

### 3.5.1. Los órdenes hereditarios y otras formas familiares

#### a) Argentina

La ley 26.618 recientemente sancionada incorpora a la regulación contenida en el Código Civil una nueva forma familiar: el matrimonio entre personas del mismo sexo. Por consiguiente, son aplicables las normas sucesorias de cónyuge a los matrimonios constituidos por personas del mismo sexo. Aún no han sido legisladas las uniones convivenciales<sup>30</sup>.

#### b) Paraguay

El Código Civil Paraguayo reconoce derecho hereditario a quienes han conformado una unión de hecho heterosexual, estable y pública. Debe tener ambos la edad mínima para contraer matrimonio<sup>31</sup> —de acuerdo a lo establecido en la ley 1 del año 1992— cuando se estipula que "al fallecimiento de uno de los concubinos, el superviviente es llamado a la sucesión del causante como heredero"<sup>32</sup>.

#### c) Uruguay

Desde 2008 se regulan las uniones convivenciales. (Ley 18.246 Uniones Concubinarias del 10/01/2008) y está en tratamiento legislativo una ley que apunta a la regulación de matrimonios homosexuales.

Se establece que disuelto el concubinato por fallecimiento de uno de sus integrantes, el concubino sobreviviente tendrá los derechos sucesorio-

<sup>29</sup> El art. 1028 del CC refiere que "A falta de descendientes, ascendientes y hermanos, de cónyuge sobreviviente y de hijos adoptivos, son llamados a la sucesión, el padre o madre adoptante y las colaterales legítimas o naturales del difunto fuera del segundo grado (artículo 1021), según las reglas siguientes: 1°. El adoptante excluirá a los colaterales de que habla éste artículo; 2°. El colateral o los colaterales de grado más próximo, excluirán siempre a los otros; 3°. Los derechos de sucesión de los colaterales no se extenderán más allá del cuarto grado, sin perjuicio del derecho de representación; 4°. Los colaterales de simple conjunción, esto es, los que sólo son parientes del difunto por parte de padre o por madre, gozarán de los mismos derechos que los colaterales de doble conjunción, esto es, los que a la vez son parientes del difunto por parte de padre y por parte de madre.

<sup>30</sup> Ley nacional N° 26.618 fue sancionada el 15/07/2010, promulgada el 21/07/2010 y publicada en el B.O. el 22/07/2010. Comfr. LLOVERAS, Nora; ORLANDI, Olga; FARAONI, Fabián. *El matrimonio civil argentino*, Análisis de la ley 26618/2010, Enfoque Jurídico, Córdoba, 2010.

<sup>31</sup> Cfr. Art. 83 de la ley 1/92.

<sup>32</sup> Cfr. FANGRAZZO, Miguel Ángel: "Código Civil Paraguayo comentado", Libro Quinto, Intercontinental, Asunción, 1996, 165

rios que el artículo 1026 CCiv. consagra para el cónyuge. Existiendo cónyuge superviviente, concurrirá con el concubino, integrando la misma parte, y en proporción a los años de convivencia. Asimismo, si se tratare de una persona mayor de sesenta años de edad sin medios propios suficientes para asegurar su vivienda, que haya convivido en concubinato al menos durante los últimos diez años en forma ininterrumpida, tendrá derecho real de uso y habitación previsto en los artículos 881.1 al 881.3 del CCiv., siempre y cuando dicho bien fuera propio del causante o común de la unión concubinaria. Los derechos reales de habitación y de uso se imputarán a la porción disponible, en el supuesto de que ésta no fuera suficiente, por el remanente a las legítimas de los descendientes comunes del causante y el concubino superviviente. Estos derechos no afectarán las legítimas de otros herederos forzosos, ni las asignaciones forzosas de otros beneficiarios.

#### d) Brasil

La Constitución Federal de 1988 (par. 3º, art. 226 ) reconoce la unión estable entre el hombre y la mujer como entidad familiar, debiendo la ley facilitar su conversión en matrimonio.

Brasil regula las uniones estables y las diferencia del concubinato<sup>28</sup>.

La conviviente o el conviviente o (concubina y concubino) participará de la sucesión del otro, en cuanto los bienes adquiridos onerosamente en la vigencia de la unión estable, en la siguiente forma: a) si concurre con hijos comunes, tendrá derecho a una cuota equivalente a la que por ley le fuera atribuida al hijo; b) si concurre con descendientes sólo del autor de la herencia, le corresponderá la mitad de lo que le cabría a cada uno de ellos; c) si concurre con otros parientes sucesibles, tendrá derecho a un tercio de la herencia; d) no habiendo parientes sucesibles, tendrá derecho a la totalidad de la herencia (art. 1790 CCiv.). Se ha planteado la inconstitucionalidad de esta norma.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Ley 8971/1994 (unión, alimentos, derecho sucesorio del conviviente). Ley nº 9278 de 1996 y en el Código Civil del año 2002

<sup>29</sup> IBDPAM. Ano 2010 . Nº 163 . 10/08/10. *Tribunal Julgador: TJRS. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO. A Constituição da República não equiparou a união estável ao casamento. Atento à distinção constitucional, o Código Civil dispensou tratamento diverso ao casamento e à união estável. Segundo o Código Civil, o companheiro não é herdeiro necessário. Aliás, nem todo cónyuge sobrevivente é herdeiro. O direito sucessório do companheiro está disciplinado no art. 1790 do CC, cujo inciso III não é inconstitucional. Trata-se de regra criada pelo legislador ordinário no exercício do poder constitucional de disciplina das relações jurídicas patrimoniais decorrentes de união estável. Eventual antinomia com o art. 1725 do Código Civil não leva a sua inconstitucionalidade, devendo ser solvida à luz dos critérios de interpretação do conjunto das normas que regulam a união estável. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADO IMPROCEDENTE, POR MAIORIA. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: ÓRGÃO ESPECIAL Nº*

En síntesis: Se determinan los órdenes sucesorios en torno a los vínculos familiares. Es en este aspecto donde se observan diferencias que surgen del reconocimiento jurídico diverso de las formas familiares.

A futuro será necesario debatir a cerca de la incorporación de derechos sucesorios a los integrantes de las diversas formas familiares socialmente reconocidas.

La recepción legislativa de diversas formas familiares trae aparejado la reflexión de si debe otorgar derechos sucesorios a sus integrantes y con qué alcance se acepta la autonomía personal.

### 3.6. La tutela imperativa a los legitimarios. (Legítima, alimentos postmórtem, la vivienda familiar)

Todos los sistemas jurídicos del Mercosur aceptan la legítima con distinto tipo de regulación, varían la forma de cálculo, las cuotas de legítima y medios de protección<sup>35</sup>.

70029330374: COMARCA DE PORTO ALEGRE & CÁMARA CÍVEL, PROPONENTEL. S. D., U. L. S. E OUTROS INTERESSADOS.

<sup>35</sup> ARGENTINA: LEGÍTIMA. Derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. Límite al poder de disposición del causante (donaciones y disposiciones testamentarias) (art. 3591). *Cuota de legítima*: Descendientes: 4/5; Ascendientes: 2/3; Cónyuge: 1/2; Para algunos: nuera viuda (3576 bis). En caso de concurrencia: la mayor (arts. 3592 a 3596). *Sistema de protección*: Intangibilidad: prohibición de imponer gravámenes o condiciones (art. 3598) y de renuncia anticipada (art. 3599); Acción de complemento/ reducción (arts. 3600 y 3601); Derecho de opción en el legado de usufructo (art. 3603); Preterición: (art. 3715); Colación: igualdad de los legitimarios (arts. 3476 y ss) (Excep.: art. 3604); Cálculo: Masa hereditaria neta + donaciones inoficiosas (art. 3602)

PARAGUAY— LEGÍTIMA. Derecho de sucesión limitado a determinada parte de la herencia. Límite al poder de disposición del causante (donaciones y disposiciones testamentarias) (art. 2597 y ss). *Cuota de legítima*: Descendiente: 4/5; Ascendiente: 2/3 (art. 2598); Cónyuge cuando no existen ascendientes y descend.: 1/2. En caso de concurrencia: la mayor (art. 2599). Adoptantes adoptados 1/2 (art. 2509). Concubinos (art. 91 L. 1/92). *Sistema de protección*: Acción de reducción (art. 2606); Derecho de opción en el legado de usufructo, derecho de uso o habitación o renta vitalicia (art. 2604); Colación ( arts. 2544 a 2562); Cálculo: Masa hereditaria líquida + donaciones inoficiosas (arts. 2601, 2602 y 2603)

URUGUAY. ASIGNACIONES FORZOSAS. Alimentos: porción conyugal y legítimas (art. 870). LEGÍTIMA. La parte de los bienes que la ley asigna a los legitimarios o herederos forzosos (art. 884). Cuota variable según N° de descendientes: 1 hijo: 1/2, 2 hijos: 1/3; tres o más hijos: 3/4. Ascendientes: 1/2. (arts. 885 a 887). Intangibilidad: prohibición de imponer gravámenes, condiciones o sustituciones (art. 884) y de renuncia o transacción (art. 888) *Sistema de protección*: Acción de reducción (art. 890); Derecho opción en el legado de usufructo o renta vitalicia (art. 890). Cálculo: Caudal relicto (previo a las deducciones de alimentos y porción conyugal (arts. 871 a 878) menos las donaciones, menos las deudas (legítima rigurosa: art. 889)

BRASIL. LEGÍTIMA. Derecho de ciertos herederos a la mitad de los bienes de la herencia (art. 1846). Límite al poder de disposición del causante por testamento (art. 1857). Herederos necesarios: ascendientes, descendientes y cónyuge (art. 1843). Concurrencia (1828/36/37). (compañeros: art. 1796). Puede dejar parte disponible o un legado sin que se

Argentina y Paraguay tienen las cuotas de legítima más altas. En Uruguay varía según el número de legitimarios.

Todos los sistemas estructuran sistemas de protección a la intangibilidad de la legítima y a la igualdad de los legitimarios.

Brasil y Uruguay regulan los alimentos postmórtem receptando así una tutela en base a estándares subjetivos.

Todos protegen de alguna manera la vivienda familiar<sup>36</sup>.

#### 4. La armonización en el Derecho Sucesorio. Conclusiones

##### 4.1. La armonización como medio de integración

El resultado de la investigación nos lleva a afirmar que es necesario y factible armonizar las legislaciones del MERCOSUR en materia de derecho sucesorio como medio de coadyuvar al logro del fortalecimiento del proceso de integración. La fundamentación se deriva del respectivo mandato legal contenido en el Tratado de Asunción.

La "armonización" aparece como la más comprensiva de las identidades culturales y se vincula al proceso de modificación de la ley para alcanzar un resultado similar en diferentes jurisdicciones, aunque manteniendo su carácter nacional. Hemos arribado a nuestras conclusiones teniendo en cuenta el grado de desarrollo del proceso de integración, las necesidades del momento y la naturaleza de las normas de sucesiones.

---

pierda el derecho a la legítima (art. 1849. No puede el testador, salvo justa causa declarada en testamento, establecer cláusulas restrictivas sobre los bienes de la legítima (art. 1848). Sistema de protección: Reducción (arts. 1966 a 1968); Colación (arts. 2002 a 2013). Cálculo: Bienes existentes a la apertura de la sucesión del causante, menos gastos funerarios, más los bienes colacionables (art. 1847)

36 ARGENTINA.— Alimentos: caducan por muerte del alimentante o el alimentado. (arts. 374 y correlativos). No regula, salvo los impuestos en testamento, con límite en la porción disponible

Protección de la vivienda familiar: Derecho real de habitación del cónyuge superviviente (art. 3573 bis) Indivisiones y bien de familia (arts. 34 a 60 y 51 a 56 de la ley 14.394)

PARAGUAY: Alimentos: Los alimentos caducan con la muerte del prestador (art. 233)

Protección de la vivienda familiar: Bien de familia (arts. 2072 a 2082 y modific. ley 1/82). Sobre inmuebles y muebles del hogar. Se reconoce a familias no fundadas en el matrimonio. Subsiste después de la muerte salvo algunas limitaciones (2078 es.)

URUGUAY: Asignación de alimentos postmórtem (arts. 871 a 873). Porción conyugal: cuando carece de lo esencial para una congrua subsistencia. (arts. 874 a 878) (1/4 o como un hijo más).

Protección de la vivienda: Derecho real de habitación vitalicia y gratuita del cónyuge superviviente (legatario legal) (arts. 881 a 889). Bien de familia (ley 15597)

BRASIL. Alimentos postmórtem: transmisión de las obligaciones alimentarias del causante a los herederos (art. 1700). Protección de la vivienda: Derecho real de habitación del cónyuge superviviente, sin perjuicio de su participación en la herencia (art. 1831). Bien de familia (arts. 1711 a 1722).



#### **4.2. La armonización desde la perspectiva constitucional**

Los mínimos supranacionales inesquivables a tener en cuenta que sirven de base en las pautas de armonización del derecho sucesorio en el Mercosur son el derecho a la propiedad privada y la tutela de los derechos humanos fundamentales.

#### **4.3. La finalidad de la regulación sucesoria**

El criterio teleológico que enmarca la regulación sucesoria en todos los países miembros del Mercosur se orienta claramente a la tutela familiar.

Las normas de un sistema jurídico de sucesiones apuntan a lograr la seguridad jurídica en la transmisión por causa de muerte y a la tutela del *interés familiar* en consideración a que la familia constituye el núcleo básico de la sociedad y el medio de realización personal de sus miembros. De allí surge, en el actual estado de legislación en materia de sucesiones, la necesidad de contemplar diversas formas de familia y la tutela de los sujetos vulnerables.

#### **4.4. Los órdenes sucesorios y el reconocimiento jurídico de diversas formas de familias.**

A futuro será necesario ir reconociendo derechos sucesorios a los integrantes de las diversas formas familiares socialmente reconocidas

La recepción legislativa de diversas formas familiares tras plantea la reflexión de si se otorgan derechos sucesorios a sus integrantes y con qué alcance se determina la autonomía personal.

#### **4.5. Restricciones a la autonomía de la voluntad, tutela de los sujetos vulnerables y seguridad en el tráfico jurídico.**

La autonomía de la voluntad en un sistema sucesorio debe armonizarse con la necesaria protección de la familia y la seguridad del tráfico jurídico.

La recepción legislativa de una mayor autonomía de la voluntad con resguardo del interés familiar es impuesta por los cambios sociales, económicos y jurídicos.

El derecho sucesorio debe receptar la tendencia a la privacidad y autonomía en el orden familiar que desdibuja los límites del orden público, sin que por ello deba renunciar al diseño de instituciones que promuevan y garanticen valores de solidaridad, equidad y protección a los sujetos vulnerables.

La tendencia apunta a la consideración de parámetros subjetivos que conlleven a tener en cuenta las nuevas formas familiares y convivenciales y la tutela de sujetos vulnerables, con fundamento en el derecho humanitario. Esta es la senda en donde resultan justificadas las restricciones a la autonomía en materia sucesoria en el Mercosur.

Los sistemas sucesorios requieren —de mínima— la flexibilización de sus actuales restricciones forzosa sobre la base de patrones fijos y estáticos (vínculos parentales), estableciendo “estándares jurídicos” que apunten a la protección del heredero necesitado y contemplando la tutela de los nuevos grupos familiares y convivenciales.

#### **4.8. Implementación de normas y medios técnicos que faciliten la seguridad en el tráfico comercial de la empresa familiar**

La regulación de la transmisión sucesoria, la indivisión hereditaria y postcomunitaria debe adecuarse al derecho patrimonial y empresarial marcado por las nuevas realidades económicas y sociales.

En este sentido observamos que deben simplificarse las reglas de indivisión hereditaria y otorgar mayor libertad para anticipar la regulación de su propia sucesión admitiendo instrumentos como: los pactos sucesorios, el mandato post mortem y la flexibilización de las normas de la donación-partición.

Dada la importancia socioeconómica de la empresa familiar y los conflictos que se suscitan en la sucesión, el protocolo familiar podría constituirse en un medio técnico preventivo para constituir y gestionar exitosamente la empresa familiar en el Mercosur y superar los conflictos que pueden surgir motivados por las restricciones impuestas en los regímenes sucesorios.

La admisión de pactos sucesorios —que es una tendencia en los códigos modernos— tienen en cuenta la evolución de la sociedad, de la familia, los cambios económicos y permite plasmar la autonomía de la voluntad del causante. Desde una perspectiva positiva aprueban acordar la transmisión de bienes sin conflictos y sobre todo facilitan la transmisión de la empresa familiar coadyuvando a su conservación.

Las tendencias en materia de derecho sucesorio marcan que el ejercicio de la libertad está inserto en los sistemas jurídicos con fundamento en principios de rango constitucional.

El derecho sucesorio en el Mercosur deberá asumir el desafío de la libertad del hombre en un mundo transitorio y cambiante inserto en procesos de integración, en donde los lazos afectivos y los proyectos de vida no responden a un solo modelo sino que se basan en la tolerancia y el pluralismo y concordar los sistemas jurídicos involucrados conforme a un criterio

teleológico orientado a la consecución de tales objetivos, conservando sus singularidades y diversidades reglamentarias.

#### Bibliografía.

FERNANDEZ ARROYO, DIEGO P., *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Ed. Zavalía, Argentina, 2008.

DREYZEN DE KLOR, ADRIANA, *El Mercosur. Generador de una nueva fuente de Derecho Internacional privado*, Zavalía, Buenos Aires, 1997. *Temas de derecho de la integración. Derecho Internacional Privado*, Advocatus, Córdoba, 1998.

TRATADO DE ASUNCIÓN, "Mercado Común entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay", edición conjunta del Banco Interamericano de Desarrollo y la Fundación Banco de Boston, Buenos Aires, 1991.

ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de estudios constitucionales. Madrid, 1993. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Centro de estudios constitucionales. Madrid, 1989. Traducción de Miguel Atienza e Isabel Espajo. Edición original de 1978.

QUEVEDOS ESCAMEZ, A., *Legislación sobre matrimonios, divorcio y sucesiones*. Tomo I: África del norte y América latina. Atelier Editorial. 1ª Edición. 01/11/2006

[www.mercosur.int/](http://www.mercosur.int/); [www.mertramer.org/](http://www.mertramer.org/)

#### Argentina

FERRER, FRANCISCO A. M. Y MEDINA, GRACIELA, *Código Civil Comentado, Sucesiones, T. I y II*, Rubinzal Culzoni, 2003.

ZANONNI, EDUARDO A., *Derecho de las Sucesiones, Tomos I y II*, Astrea, 1997

AZAR, JORGE O., *Nociones de derecho sucesorio*, 4ª Edic. Hamurabi, Buenos Aires, 2003.

BELLUSCO, AUGUSTO C., *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires. Depalma. t. I, II y III. 1982. *Vocación sucesoria. Sus fuentes en la reforma del Código Civil*. Buenos Aires. Depalma. 1975.

BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil, Sucesiones*. 9ª ed. T. I y II. Buenos Aires, La Ley, 2008.

CAFFERATA, JOSÉ I., *Legítima y sucesión intestada*. Buenos Aires. Astrea. 1982.

CÓRDORA, MARCOS M., *Derechos del heredero. La posesión hereditaria*. Bs. As. La Ley. 1998.

GOLLENA COPELLO, HÉCTOR B., *Tratado del Derecho de Sucesión, Tomo II; Las Formas de Suceder*; Ed. La Ley; Buenos Aires; 2007.

MAFFÍA, JORGE O., *Tratado de las sucesiones*, actualizada por Lidia Beatriz Hernández y Luis Alejandro Ugarte, t. I y t. II, Buenos Aires, 2ª. ed. Abeledo Perrot, 2010.

LLOVERAS, NORA; ORLANDI, OLGA; PARSONI, FABIAN, *El matrimonio civil argentino, Análisis de la ley 26.618/2010*, Enfoque Jurídico, Córdoba, 2010.

ORLANDI, OLGA, *La Legítima y sus Modos de Protección — Análisis Doctrinario y jurisprudencial en la Dinámica del Proceso Sucesorio*. Colección derecho de familia y sucesiones. Ed. Abeledo Perrot. 2008.

On Line: <http://www.elderecho.com.ar>; [www.laleyonline.com.ar/](http://www.laleyonline.com.ar/)

**Uruguay**

RIVERO, MABEL, *Lecciones de Derecho Sucesorio*. 1ª. Ed. FCU, 2001.

CAHOZZI FAILDE, EMILIA, *Manual de Derecho Sucesorio*. Tomo I. 1ª. Ed. FCU, 2004.

On line - [www.laleyonline.com.uy/](http://www.laleyonline.com.uy/)

**Paraguay**

MARTINEZ, ELADIO W., *Derecho Sucesorio en la legislación paraguaya*. 3ª Ed. La Ley Paraguaya, Asunción, Paraguay, 2001.

PANGRAZIO, MIGUEL A., *Código Civil Paraguayo Comentado*, Ed. Intercontinental, Paraguay, 2002.

KÖHM GALLARDO, MARCOS A., *La legítima hereditaria*, Ed. Intercontinental.

On line: [www.laleyonline.com.py/](http://www.laleyonline.com.py/)

**Brasil**

DINIZ, MARIA HELENA, *Código Civil Anotado*, 8ª edición, São Paulo: Saraiva, 2002.

FRANCIA, GENIVAL DE VELOSO, *Forense*, 6ª edición, Rio de Janeiro-RJ: Guanabara Koogan SA, 2001.

WAMBIER, LUIZ RODRIGUES DE ALMEIDA, FLÁVIO HENATO CORREIA; TALAMINI, EDUARDO, *Curso Avançado de Procedimento Civil*, Vol. 1: *Teoria Geral do Processo e conhecimento do processo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, 6ª Ed.

GONÇALVES, CARLOS ROBERTO, *Derecho Civil: Ley de Sucesión*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, MARIA HELENA, *Curso de Direitos Civis de Brasil* Vol. 8, São Paulo: Saraiva, 2004.

SWENSSON, WALTER C., et al., *Public Records Act anotado*, São Paulo: Editora Jurez de Oliveira, 2003.

LIBBOA, ROBERTO SENTISE, *Manual de los derechos civiles básicos*, São Paulo: Editora Jurez de Oliveira, 2000.

PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA, *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. VI., São Paulo: Forense, 2004.

QUISBERT, ERMO, *Apuntes de Derecho de Sucesiones*, AD8Q, 2007. p. 15. Publicado en [www.ermoquisbert.ripod.com](http://www.ermoquisbert.ripod.com)

O NOVO CÓDIGO CIVIL — LIVRO IV — DO DIREITO DE FAMÍLIA, Coordenação Geral: Heloisa Maria Dalmo Leite — Coordenação Acadêmica: Augusto Dourado — Maria da Conceição Lopes de Souza Sanna.

Autores: Andréa Rodrigues Amin — Angela Maria Silveira dos Santos — Bianca Mota de Moraes — Daniela Paris Tavares — Galvão Augusto Coelho Bordallo — Heloisa Maria Dalmo Leite — Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel — Leônidas Filippone Partilha Junior — Lucía Maria Teixeira Ferreira — Lucía Mathé Gilchoe — Maria Beatriz P. F. Câmara — Maria Luiza De Lamare São Paulo — Nelcy Pereira Lassa — Patrícia Silveira Tavares — Regina Gharoni — Roberta da Silva Dumas Rego — Virgílio Panagiotis Swerdlid — Copyright. 2002 by Elso Var.

Online: [www.lbdllm.org.br/](http://www.lbdllm.org.br/)

## PARA UNA INVESTIGACIÓN INTERDISCIPLINARIA: EL ABUSO DEL PROCESO CONCURSAL\*

Efraín Hugo Richard\*\*

**Resumen:** Al concursarse sociedades comerciales, asesores y administradores omiten la aplicación de principios generales del derecho público y privado, y específicamente las normas societarias para afrontar crisis económicas patrimoniales.

**Palabras clave:** Concurso de Sociedades - Crisis Societarias - Abuso del Proceso Concursal.

El proceso concursal, como forma de afrontar las crisis económico sociales de un patrimonio, ofrece un panorama que permite una invitación al trabajo interdisciplinario, que aquí formalizamos.

Hacemos plé y agradecemos las referencias formalizadas en su notable informe por el jurista y camarista Edgar Baracat, específicamente en relación a nuestra posición que destaca como una corriente doctrinaria diferente de la tradicional "concurralista" — que a su vez tiene muchos y diferentes matices—. Ello puede verse en el libro del "XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal - Para repensar el proceso, revisemos los principios - En homenaje a los doctores Rolando Arazi y Jorge E. Vázquez Rossi - Ponencias Generales", Santa Fe junio de 2011, en su trabajo *Mutaciones en los principios concursales. Universalidad, unicidad, atraktividad y paralización. Impugnaciones extraconcurrales de resoluciones concursales. El derecho concursal postcrisis global*, obrante a pág. 387. Nuestra comunicación *El abuso del proceso concursal* fue entregada el mismo día de su exposición e incorporada a la página electrónica del Congreso y de esta Academia.

A su vez las diferencias —en cuyo desarrollo se ayuda a construir o reconstruir el sistema—, pueden verse en las respetuosas y cordiales po-

---

\*Abordamos "El Abuso del Proceso Concursal", como panelista en el XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal "Para repensar el proceso, revisemos los principios", formalizado en Santa Fe el 9 de junio de 2011, y luego lo expusimos en reunión de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba el 28 de junio de 2011.

\*\*Agradeceremos los aportes y críticas a [ehrichard@purl.com.ar](mailto:ehrichard@purl.com.ar), apuntando que justificativos de esta comunicación pueden consultarse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba [www.acadernc.org.ar](http://www.acadernc.org.ar)

lémicas que sostenemos con distinguidos juristas amigos, incorporadas también a la página de esta Academia.

### I. Nuestra posición

Nuestras referencias al uso abusivo del proceso concursal, lo es en relación a los concursos de sociedades comerciales, por cuanto advertimos que se marginan las normas imperativas de su propio sistema de organización. Elegida por la autonomía de la voluntad esa estructura organizativa personificada, elaborado libremente su estatuto dentro del amplio espectro del tipo, dotada patrimonialmente del capital que los socios consideraron conveniente, la sociedad comporta un extraordinario instrumento para la actividad productiva, que no puede ser abusada ni usada abusivamente para generar daño a terceros<sup>1</sup>. Preconizábamos una tesis, ahora avalada por la Corte Suprema, que la ley societaria contiene normas imperativas para solucionar las crisis económico-patrimoniales, además de bajo coste de transacción y que evitan la saturación del sistema judicial.

No hay ley de concursos que pueda solucionar el problema de las crisis societarias —normalmente así organizada la gran empresa— si no se atiende la cuestión por aplicación de las previsiones de la legislación societaria específica.

Nos separamos así de alguna doctrina concursalista que intenta independizar las normas de la Ley de Concursos y Quiebras del resto del sistema jurídico, apoyándose sólo en aspectos procesales —que suelen dilatar los tiempos preclusivos de aquella ley—, generando un uso desviado de la técnica societaria.

Así, esta es una invitación al trabajo interdisciplinario de los investigadores del derecho privado patrimonial negocial junto a los concursalis-

<sup>1</sup> Nto. *Inoponibilidad de la personalidad jurídica; imputabilidad y responsabilidad* en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Cukroni, Santa Fe 2009, n° 2009 - 3 pág. 191 a 246. Sobre un aspecto similar económico pero tratado desde las universidades aunque lo autorizamos desde un ángulo inverso; el uso de los criterios académicos por los aprovechados, se ha dicho "el sector financiero corrompió a la academia y muchos docentes apoyaron la desregulación de los mercados... los centros educativos dieron forma al sistema de valores de Wall Street, creando una plataforma de legitimidad para determinadas conductas. Contra esa corriente, antes del estallido de la crisis, Thunderbird empezó a promover una especie de juramento hipocrático entre sus alumnos a través del cual éstos se comprometen a usar sus conocimientos para crear valor y no para destruir... Hay una cultura de libre mercado en la que está bien que ganes todo el dinero que puedas... Sanquet eres que una lección a aprender por las escuelas es dar más voz a la diversidad: *Aquellos que han sido más escépticos con las prácticas financieras no se han dejado oír lo suficiente, no han hecho de la cautela una bandera más clara. ¿Pero quién se atreve en una fiesta a pagar la música y llevarse el carrito de las bebidas?* FERNÁNDEZ, David *Wall Street con respaldo Académico* del El País, Madrid, en La Voz del Interior; Temas pág. 4 F del diario La Voz del Interior del domingo 5 de junio de 2011.

tas, rescatando la aplicación de los principios generales del derecho, tanto los contenidos en el derecho público como en el privado.

## II. El abuso del derecho

La problemática sustancial del abuso de derecho impone recordar la posición del Dr. Luis Moliseet de Esparés. Su aplicación al derecho procesal lo señala el salteño Roberto G. LOUTAYF RANEA en *PROSCRIPCIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO EN EL PROCESO CIVIL*.

1. No ingresaremos en algunos "ABUSOS MARGINALES PARA ACCEDER AL PROCESO CONCURSAL", que hemos destacado en aquella comunicación, como el concurso —o quiebra propia— de "consumidores". Discrepamos que el proceso concursal deba ser usado para atender esas crisis<sup>2</sup>, e intentar después de un año liberar integralmente el salario afectado. Desde los tratados internacionales que protegen la vivienda y el salario, y el abuso en el otorgamiento de crédito<sup>3</sup> que absorbe la totalidad del salario, se advierten tendencias que tienen a desmoralizar al acreedor que peticione la quiebra de esos deudores, imponiéndoles las costas ante la insuficiencia de activo para satisfacer las costas del juicio, mientras alguna jurisprudencia racionaliza la cuestión considerando que el salario debe considerarse como bien y aplicarse al pago de las costas generadas. También se alzan voces en torno a las modalidades de la rehabilitación<sup>4</sup>.

Nuestra visión implica una inmediata solución precautoria, devolviendo al deudor el goce de su salario, sin perjuicio de mantener afectada una parte del mismo a la atención de sus pasivos.

<sup>2</sup> Nro. *CONCURSO DEL CONSUMIDOR: BIEN JURÍDICO TUTELABLE* con Mónica VONSARD, comunicación a las IV Jornadas Interdisciplinarias de Derecho Concursal del Centro de la República (Córdoba 16/17 de junio de 2009) publicado en Ensayos de Derecho Empresario n.º 5 pág. 287.

<sup>3</sup> CHIAVASSA, Eduardo N. y RICHARD, Eirúin H. *Responsabilidad por abuso crediticio*, en libros de ponencias del I Congreso Argentino e Iberoamericano de Derecho Bancario y V Congreso de Aspectos Legales de las Entidades Financieras, Buenos Aires 2007 Editado por el Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora "Dr. Angel M. Mazzetti" y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, tomo II pág. 655.

<sup>4</sup> Ante la inexistencia de activo se imputaron las costas al peticionante de la quiebra en jurisdicción de Rosario, en las causas: "Bello, Adalberto s/ petición de quiebra" por la Sala IV de la Cámara Civil y Comercial de la Ciudad de Rosario el 16 de agosto de 2005, y en la causa "Pelaez, Ricardo s/ quiebra" en agosto 2007. Reaccionando la Juez Paola Sanzó en la causal "Servidio, Marta s/ quiebra", el 17 de octubre de 2008 se opuso al levantamiento del embargo sobre el salario de la fallida mientras no se satisficieran las costas. GARCIA, Silvana en "Extinción de las obligaciones por la quiebra", Edit. Astrea, Buenos Aires 2010

Este tema es una invitación a meditar a los especialistas en la integración de los tratados internacionales a nuestro derecho constitucional y a los señores jueces.

2. También para meditar con procesalistas y con la judicatura, apuntamos que resulta tradicional considerar abusiva la petición de quiebra por un acreedor como supuesta forma de cobro individual<sup>5</sup>. De ello se está reaccionando con equilibrio: entender que esa petición es en beneficio de todos los posibles acreedores, evitando que en cesación de pagos un deudor siga contaminando el mercado e imponer que la crisis sea asumida tempestivamente, atendiendo a que si bien el acreedor no puede pedir sino la quiebra, el deudor puede pedir la conversión de la misma en concurso preventivo. Y en cuanto al uso abusivo se elimina descartando la posibilidad que el depósito en pago o embargo pueda ser dispuesto por el acreedor peticionante, declarando la incompetencia del tribunal.

#### V. Revista rápida de abusos del proceso concursal en caso de crisis de sociedades.

Centremos ahora la visión en aspectos abusivos en conductas vinculadas al concursal de sociedades —aunque en algunos supuestos pueden generalizarse—:

##### 1. CAMBIO DE DOMICILIO SOCIAL (*forum shopping*)

1.1. La elección del fuero, que ya ha sido bautizada por su reite-ración como *forum shopping* para concursar preventivamente<sup>6</sup>, como forma de elegir jurisdicción con antecedentes jurisprudenciales adecuados al plan de insolvencia concebido —como veremos más adelante— apuntando a la opinión de un penalista con trasvases, desaparición de libros, stockeo, intervención de sociedades constituidas en el extranjero, extrañas intervenciones de terceros, etc. En la planificación del concurso, alejándose de las soluciones específicas societarias que son ignoradas, algunas sociedades —ya muchas— buscan alejarse de sus acreedores, con mejores escenarios para presentar propuestas predatorias. Se trata de cambiar de domicilio social sin justificación “justificada”. La interpretación

<sup>5</sup> Nro. NO HAY QUE FOMENTAR EL INCUMPLIMIENTO (*sobre la petición de quiebra por acreedor*), en *Doctrina Societaria y Concursal*, n° 280 marzo 2011, Buenos Aires, Ed. Errepar Año XXIV, tomo XXIII, pág. 300, y la jurisprudencia y doctrina allí citados.

<sup>6</sup> MOBO, Carlos E. *Forum shopping = nullidad*, en *El Derecho diario* del 25 de noviembre de 2010, ED 240, año XLVIII, donde hace referencia a nro. artículo *ABUSOS EN EL PROCESO CONCURSAL*, ya referido, La Ley 24 de diciembre de 2008, pág. 1 y ss, y señala muchos de otros ensayos nuestros conforme la “predica” que cordialmente nos atribuye.



de la ley debe hacerse en pos de evitar la burla a los acreedores a través de la fijación de un domicilio que les dificulte el acceso a la jurisdicción en tutela de sus créditos, pero no limitando innecesariamente la libertad empresarial de la sociedad para fijar su sede donde le sea funcional. La cuestión es importante y hay más de un fallo sobre ese aspecto como el de la CSJN, 27/10/1988, in re "San Nicolás Refrescos S.A. s/ pedido de quiebra por Lucro, Hilario Federico", Tº 311, pág. 2178, aunque en los más recientes se vislumbra que la cuestión pasa más por el abuso.

Desde antiguo la Corte había puesto el acento en la existencia de fraude y/o abuso en los cambios de domicilio. En esa línea se inscriben las conclusiones del fallo "Curi" - CSJN, 8/4/2004, ED-209-534, JA-2004-III-101-. Se dijo allí que toda vez que la concursada cambió su domicilio social de la Provincia de Santiago del Estero a la jurisdicción de la Capital Federal inmediatamente antes de iniciarse su concurso preventivo, corresponde que éste proceso tramite en la jurisdicción provincial, dado que no puede tenerse por válido el cambio de domicilio social cuando con ello se altera el sentido mismo de la legislación, creando un domicilio legal que no se corresponde con la realidad de la actividad económico comercial de la sociedad en concurso. Este precedente parece el más acertado en tanto más allá de la conceptualización del domicilio como ficción, pone foco en los fines del cambio de domicilio, en la tutela de la buena fe y, en definitiva en la conjura del abuso y del fraude. Es claro entonces que, como cualquier otro derecho, la modificación del domicilio social debe realizarse en el contexto de un ejercicio regular de tal facultad y no puede hacerse un análisis puramente mecanicista sino que debe indagarse en la realidad económica de la sociedad mudada y si existe justificación en base a ella para la mudanza. Sobre el abuso de derecho en la mudanza del domicilio social<sup>7</sup>.

De esta manera puede inferirse como principios que dimanar de la jurisprudencia de la Corte que: a) en principio debe estarse al domicilio inscripto para fijar la competencia concursal de la sociedad; b) si el domicilio social se muda durante el trámite del concurso preventivo dicho evento no es hábil para modificar la competencia en una quiebra ulterior; c) si el trámite de modificación del domicilio no ha concluido se considera subsistente el domicilio originario; d) aún el cambio de domicilio finiquitado puede ser ignorado si el mismo no se condice con la realidad económico-empresarial de la sociedad. Es abusivo tal proceder.

1.2. En forma similar, es abuso no declarar la quiebra de una sociedad constituida en el extranjero, bajo un régimen que le impide realizar negocios en el país de constitución, y que la realiza integralmente en nuestro país y particularmente constituye actividad ilícita. Así el caso Compañía

<sup>7</sup> SCJ, Mix., Sala I, 23/10/2002, in re "Prinze", ED-202-156; LLGran Cuyo 2003 (febrero)-88.

General de Negocios, donde la Corte<sup>4</sup>, después de muchos años de trámite mandó recibir la petición y tramitarla. Creemos que la aplicación oficiosa —como autoriza la norma— del art. 19 LSA hubiera sido mucho más efectiva y hubiera ordenado la actividad similar que se practica en nuestro país en forma pública y notoria (indirect doing business con la banca off shore). En *QUIEBRA EN EL PAÍS DE SOCIEDAD "EXTRANJERA"*, nos hemos referido a una petición de quiebra dispuesta abrir por la Corte, implicando el reconocimiento de actividad ilícita, además de la cesación de pagos.

El art. 19 LSA implica una sanción semejante a considerar irregular a la sociedad, pues genera responsabilidad de administradores<sup>5</sup>, representantes y socios. Pero con una gran ventaja: asegura que la sociedad no siga infringiendo el sistema jurídico, en un tema que afecta el orden público interno, sin por ello afectar los derechos a la cuota de liquidación de la sociedad de los socios que acrediten buena fe, o sea ser ajenos a la actividad contraria al sistema jurídico.

De esta forma ninguna sociedad constituida en el extranjero podrá prevalerse de la no inscripción en el país, violando las normas de orden público interno de publicidad, para evitar fácilmente ser citados a juicio, por lo engorroso o por la presunción —por el hipergarantismo con que está montado el sistema jurídico— de que se llegará muy tarde y todos serán insolventes o se habrán insolventado. Como decía Calamandrei no es justicia la que llega tarde, como lo hace siempre la guardia en la "ópera bufa" cuando el "héroe" escapa después de una larga aria.

La declaración sobre la actividad ilícita tendrá un efecto contaminante en el caso.

La Corte da por acreditado que la actividad ilícita se desarrollaba en la sede de un banco argentino: el Banco General de Negocios S.A. Conforme a ello corresponderá aplicar a éste —al margen de su situación falencial— la norma del art. 19 LSA a cualquier evento, tanto sobre responsabilidad de socios y administradores, como de un eventual destino de los activos en caso de existir sobrante en la liquidación. Se sumaría a ello una clara aplicabilidad de la norma del art. 54 ter LSA al Banco General de

<sup>4</sup> *Compañía General de Negocios SAIFE s/ pedido de quiebra por Milhanovich, Ricardo L.* (24/02/2009) revocando el fallo de la Sala "C" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial confirmatorio del rechazo del pedido de quiebra formulado contra una sociedad constituida en la República Oriental del Uruguay. Habían recurrido el peticionario de la quiebra y la Fiscal General por arbitrariedad al que se sumó la señora Procuradora Fiscal.

<sup>5</sup> *QUIEBRA EN EL PAÍS DE SOCIEDAD "EXTRANJERA"* (un fallo de la Corte basado en el indirect doing business) en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Ezequiel, n° 258 mayo 2009, págs. 523 y ss.

<sup>6</sup> Nro. Acción individual de responsabilidad de acreedores contra administradores societarios, un libro colectivo del Instituto Argentino de Derecho Comercial, Ed. Legía, Buenos Aires 2009, págs. 387 y ss.

Negocios S.A. por haber generado esa sociedad a efectos de violar la ley argentina, aún dentro de la estrecha inteligencia fijada por la Corte a través de adherir al criterio del Procurador General en el llamado caso Palomeque. Los efectos de aplicar ambas normas son congruentes e integrables.

Operar en insolvencia también comporta una actividad ilícita que genera responsabilidad<sup>11</sup>. Y esto es para un análisis interdisciplinario entre concursualistas y societaristas.

## 2. LA FALTA DE TEMPESTIVIDAD EN LA PRESENTACIÓN EN CONCURSO

Es un abuso abrir concursos sin que la deudora se encuentre en estado de cesación de pagos, pero también lo es operar en cesación de pagos.

Correlativo con el abuso de no tramitar las quiebras a petición de acreedor, se genera daño al mercado con la falta tempestiva a la cesación de pagos de sociedades que siguen operando dañosamente en el mercado —sin asumir las previsiones imperativas de la ley de sociedades ni preentándose en concurso—, bajo la argumentación que no existe plazo para hacerlo. Esto es coherente con el incumplimiento de normas societarias imperativas, de cuyo incumplimiento nace responsabilidad de los administradores y de los socios que hubieren colaborado con el incumplimiento, por ejemplo ratificando la presentación en concurso. Moro —en el artículo ya citado— recuerda nuestro ensayo *JABUSOS EN EL PROCESO CONCURSAL?*, pergeñado no hace tres años en la Universidad Nacional del Litoral y enviado por Ricardo Prono a publicar en La Ley 24 de diciembre de 2006, pág. 1 y ss. Allí apuntamos que no es necesario que el actuar del sujeto sea doloso, ni tan siquiera culposo, como muy bien lo expresaba en un voto el doctor Cichero —y como ha subrayado Moisset de Espanés reiterando que uno de los supuestos de *abuso del derecho es su ejercicio en contradicción con los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlo*—. Llegado regularmente a esas medidas societarias o concursales, se atiende la conservación de la empresa<sup>12</sup>, a la eliminación de la cesación de pagos, pero en ningún caso puede usarse el concurso y el argumento de esa conservación para enriquecer a los socios. Este es un tema para los especialistas en “análisis económico del derecho y derecho económico.

<sup>11</sup> Nto. *RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS POR OPERAR EN INSOLVENCIA* en “Daño a la persona y al patrimonio” AAVV, Director Carlos A. Ghersi, Ed. Nova Testis, Buenos Aires 2011, tomo II pág. 365.

<sup>12</sup> Nto. “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia”, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010, 4ª parte *Bases sustanciales para la conservación de la empresa*, pág. 560 y ss.

Se dirá que la presentación tardía no trae ninguna sanción la ley concursal, pero devienen acciones de responsabilidad societarias múltiples, haya acuerdo homologado o no. Operar en cesación de pagos es claramente un acto doloso conforme artículos 931 y concordantes del Código Civil. Operar a sabiendas de la dificultad de cumplimiento de la obligación que se contrae, es doloso y causa de nulidad del contrato, y en el presupuesto concursal cae dentro de la acción de responsabilidad del artículo 173 LCQ, y en el concurso preventivo en las normas de los arts. 59 y 274 LSA conforme el tipo societario.

La doctrina concursalista sostiene que se han eliminado los plazos para presentarse en concurso, que no existe ninguna norma al respecto, que es libre para los administradores societarios, hacerlo o no hacerlo. Si bien no hay plazo perentorio, los administradores societarios, en su deber de diligencia de buenos hombres de negocios, deben afrontar la crisis tempestivamente. Así hace algún tiempo, en la quiebra de Transportes Perpen se extendió la responsabilidad a todos los administradores por no haberse presentado a concurso y haber omitido las vías de liquidación de la ley de sociedades. Dos argumentos para imponerles sanciones responsabilizatorias.

### 3. DESAPARICIÓN DE DOCUMENTACIÓN CONTABLE, SO PRETEXTO QUE ES UNA CARGA CUANDO EN LAS SOCIEDADES ES UNA OBLIGACIÓN.

Es abusiva la reiterada costumbre de no presentar los libros, en la idea que es una carga que hoy no representa sanción alguna, so pretexto de robo, extravío, incendio o inundación, impidiendo información a Síndico y Juez del concurso y a los acreedores que se legitimen en el mismo. Profesores en las Ciencias Económicas como FUSHIMI y EIMER se han referido a la Carencia de Contabilidad en Concursos Preventivos, sosteniendo que la insolvencia —exceptuando el caso fortuito o la fuerza mayor— no es un fenómeno que se desencadena abruptamente. Lejos de ello, la mayoría de los casos se tratan de procesos relativamente prolongados que puede ser advertidos y prevenidos e incluso subsanados de manera tempestiva.

Apuntan esos autores que una corriente pragmática y cuasi romántica que justifica el no llevar libros y registraciones, se basa en decir que el empresario o el hombre de negocios, más cuando entra en cesación de pagos, está y debe estar absorbido en la gestión del negocio (venta, producción) y que no resulta razonable exigirle que se ocupe de estas tareas administrativas. Esto es una falacia. La actividad empresarial es actividad racional y, si bien pueden existir elementos de azar (tal el concepto de "riesgo empresarial") en la toma de decisiones, ese azar siempre debe ser calculado y con el riesgo acotado para minimizar las pérdidas.

Lo más grave es la desaparición, robo, incendio u otro evento que afecta —dentro o fuera de la sede social— a los libros sociales poco antes de la presentación en concurso haciendo sospechar de un plan, no precisamente del negocio social. Escuchamos comentarios que nos informan sobre robo de los libros que estaban depositados en un auto de propiedad del contador que quedó con las llaves puestas cerca de una villa miseria y otros casos parecidos que nos nutren en el folclore de supuestos que llevan al mismo sospechoso resultado.

Llevar libros de comercio es una carga para los comerciantes, pero una obligación para los administradores de una sociedad comercial.

#### 4. EL ABUSO DEL CONCURSO A TRAVÉS DEL PLAN DE INSOLVENCIA

A partir de la opinión de Carlos PALACIO LAJE<sup>13</sup>: "se introducen como defraudación distintas modalidades de acción por las cuales el agente logra un resultado en la empresa (afectan el normal desenvolvimiento o disminuyen parte del activo), constituyendo un subgrupo de delitos de intención", subrayando que la persona jurídica "subsiste intacta como entidad ideal, pero compromete el desenvolvimiento de su actividad", constituyendo una "garantía brindada al derecho creditorio", resultando que el legislador se refiere a "infracciones a deberes ya confirmados jurídicamente, en el ámbito extra penal", refiere a las sociedades que se generan sin capital suficiente, "con capitales de humo"... "los vencimientos del pasivo se van postergando y se obtiene refinanciamiento, mediante la exhibición de un "gran patrimonio", aunque total o parcialmente impago. Con este ardid se obtiene también crédito por parte de los proveedores comerciales que aumentan el pseudo patrimonio o el stock de mercadería", con una descripción que se corresponde a los Informes Generales que los Síndicos que formalizan en la mayoría de los Concursos Preventivos (no Quiebra) de Sociedades que han venido operando en insolvencia, lo que califica como "ardid", cometido a través de un plan, que consiste en tornar a la empresa incapaz de cumplir sus deudas, frustrando las expectativas de los patrimonios de los acreedores. La existencia de una tercera empresa a quien se ha transvasado total o parcialmente el contenido de la empresa originaria, puede descubrir la modalidad típica de los hechos punibles que analizamos", refiriéndose a la figura del art. 174 6° CP. que tipifica un delito penado con 2 a 6 años que determina en su primera parte "el que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación

<sup>13</sup> PALACIO LAJE, Carlos *Delitos de vaciamiento de empresas*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba 2002, 153 páginas.

comercial, industrial, agropecuaria, minera, o destinada a la prestación de servicios, como afectación al patrimonio como prenda común.

Se está tramitando en estos momentos en la Capital Federal un concurso donde el centro de la cuestión es una hipoteca constituida hace casi 10 años a favor de una sociedad off shore, y luego cedida a dos personas físicas que resultaron ser el yerno y la nueva del presidente de la sociedad concursada. La Fiscal de Cámara descubrió los vínculos y el juez de primera instancia los excluyó del concurso, tema que se encuentra en apelación.

Se trata sin duda de lo que Carlos Palacio Laje llama el "plan de insolvencia".

Toda una veta no analizada por los jueces ni por la doctrina comercialista e impone un trabajo en común con los penalistas.

## 5. LA CONFISCATORIEDAD DE LA PROPUESTA.

Es abusiva la presentación de propuestas de quitas y esperas que no se corresponden a ninguna práctica del mercado frente al incumplimiento<sup>14</sup>, y constituyen actos ilegales. Ante estos escenarios, el Dr. Francisco Junyent Bas alertaba, "el abuso del derecho demuestra que el deudor al formular su propuesta puede desviar la finalidad del concurso preventivo, reorganizando su empresa a costo de que los acreedores vean afectado su derecho de propiedad en forma sustancial" (conf. "Análisis de mérito, las facultades homologatorias y el abuso del derecho"; La Ley, 2007-F, pág. 654). El punto implica un análisis sobre la inconstitucionalidad<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> "Resulta una propuesta abusiva aquella que generará finalmente una quita superior al 90% del capital adeudado, desnaturalizando el proceso concursal y agrediendo el derecho de propiedad; máxime, cuando no se encuentra acreditado que la empresa sea socialmente útil para el mantenimiento de fuentes de trabajo o producción....La abusividad de la propuesta (art. 52, inc. 4 de la LCQ) debe valorarse de manera previa a cualquier otro análisis vinculado con el acuerdo, la norma es enfática en cuanto a esto, el juez no podrá homologar un acuerdo abusivo o en fraude a la ley, sin excepciones". Cámara de Necochea, 12 de marzo de 2009 en lo Civil y Comercial, en autos "FRECHERO, Osvaldo Saúl y BENITEZ, Margarita Berta s/Concurso preventivo s/ incidente de impugnación al Acuerdo" Oscar Alfredo Capalbo, Humberto Armando Garate y Fabián Marcelo Lotza, encontrándose escuchado el Doctor Capalbo.

<sup>15</sup> En libro colectivo del "VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia", Santa Fe 2006: Tomo I MORALIZACIÓN DE LOS PROCESOS CONCURSALES, Tema: CONCURSOS CON PROPUESTAS IRRITAS, nra. Comunicación VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA IRITA DE QUITA Y ESPERA con el Profesor Dr. José Luis PALAZZO Tomo I pág. 715, Subtema: Constitucionalidad de la propuesta. Nra. SOBRE LA NOVACIÓN POR ACUERDOS CONCURSALES (y algo sobre responsabilidad de administradores), donde el editor señala que "El maestro condobés responde rápidamente la nota de E. Daniel Truffat (IMPROCEDENCIA DE ACCIONES EXTRACONCURSALES DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS DIRECTORES DE CONCURSADAS POR LAS QUITAS HOMOLOGADAS), publicado en el número anterior, generando un respetuoso contrapunto que

Bajo la apariencia de cumplimiento de pasos formales y declamatorias expresiones sobre la conservación de la empresa se ha permitido en la República Argentina, la transferencia de fondos de propiedad de los acreedores, a favor de los socios de la sociedad en cesación de pagos. De socios que, supuestamente en connivencia con los administradores sociales —cuando no eran ellos mismos—, no adoptaron las medidas que la legislación societaria prevé. ¿Las propuestas de quita de más de 35% son legales, confiscatorias o simplemente abusivas? Se eliminó la norma que fijaba como tope el 40%, ahora se podría ofrecer pagar cualquier porcentaje, ahora es más fácil plantear recursos de inconstitucionalidad por afectación del derecho de propiedad sin atacar norma alguna. Recuérdese que con la Resolución 125 hablaron todos los abogados del país sobre que nuestra CSJN sostendría que más del 35% como carga tributaria o por honorarios era confiscatorio. Sin duda en relaciones particulares, honorarios de abogados; opinable si lo es en beneficio del estado, según las circunstancias. Pero aquí no es en beneficio del estado, es en beneficio de los socios, toda quita que se genere a los acreedores mejora la estructura patrimonial de la sociedad. No solo dejan de ser corrientes las obligaciones sino que desaparecen del Pasivo. Tanto que la AFIP le ha determinado como ganancia, y a los 4 años de haber quedado firme la homologación del acuerdo, hay que pagar el impuesto a las ganancias. Tanto que ahora el propio concursado al que le homologan el acuerdo predatorio, genera algún problema para diferir el plazo.

Y una pregunta de aspecto procesal: atendiendo a esa confiscatoriedad que afecta a los acreedores que no aceptaron la propuesta y los que aún están en trámite de admisión; ¿Debe o puede el juez expedirse sobre la constitucionalidad o no de la propuesta?

Todo un aspecto interdisciplinario a ser abordado por los constitucionalistas y por los especialistas en derecho procesal constitucional.

## 6. LA FALTA DE INTEGRACIÓN DE LA PROPUESTA CON LOS TRES ELEMENTOS QUE REQUIERE LA LAYE<sup>16</sup>.

Es abusiva la presentación de propuestas no debidamente integradas. Ello trae la falta de transparencia en que suelen transcurrir los proce-

se agrega a las varias anteriores, excluyendo del efecto de la novación concursal las acciones de responsabilidad extraconcursales. Publicado en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Eriparu, n° 282, mayo 2011, año XXIV, tomo XXIII, pág. 445.

<sup>16</sup> Nto. *Integración de propuesta en concurso societario (sobre la empresa, lo concursal y lo societario*, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas*, Nueva Serie, Año 2, N° 3, Editorial Dunkan, Corrientes 2008, pág. 137 a 160, editado en Buenos Aires noviembre 2008.

sos de aprobación de la propuesta de acuerdo —normalmente no integrada y por tanto improponible<sup>17</sup>— para la obtención de las mayorías necesarias para aprobar acuerdos que hemos calificado como confiscatorios<sup>18</sup>, pues se alejan del esfuerzo compartido.

Un tema fundamental es determinar sobre si la propuesta incorporada a la causa es imputable a la deudora cuando esta es una sociedad, o sea que órgano debe formularla —a nuestro entender el de gobierno ante la posibilidad que los socios puedan ver comprometida su participación a través del sistema del art. 48 LCQ—.

Otro aspecto es el contener plazos inciertos, como que se fije un plazo a partir de que quede firme la homologación del acuerdo, lo que lo tornaría ilegal —así lo declaró el Juez Mendocina Dr. Arcaná—.

Se integra además con un programa o régimen de administración y disposición durante el plazo de cumplimiento del acuerdo, previsto en el art. Art. 45...4º párrafo "El deudor deberá acompañar, asimismo, como parte integrante de la propuesta, un régimen de administración y de limitaciones a actos de disposición aplicables a la etapa de cumplimiento". Subrayamos la expresión "parte integrante de la propuesta". En el mismo sentido, en *El "régimen de administración" en la propuesta de acuerdo: ¿plan de empresa?* Lidia Vaiser *Visión de la propuesta de concordato* preclaramente se refiere al "plan de empresa" ¿Qué alcance debe otorgarse al régimen de administración? No pueden existir dudas acerca de que el estándar jurídico del buen hombre de negocios obliga a los dirigentes sociales a planificar las políticas empresarias. Un buen ejercicio de la planificación y del control permite detectar a tiempo las dificultades, corregir el rumbo y, si es posible, adoptar los remedios necesarios. Las funciones gerenciales implican tres aspectos básicos de la dirección empresarial: Planificación, control y coordinación. Ninguna empresa o dirigente puede prescindir del planeamiento. Según quiera verse, tales temperamentos podían ser considerados un "plan de empresa," dicho en el sentido que la doctrina le acuerda, y ya sea en estado protelco o acabado. Lo que no parece admitir duda es que el cumplimiento de los estándares de conducta de los dirigentes sociales constituye una exigencia insoslayable, también en el marco de un proceso concursal<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Nto. "Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señero)" en jurisprudencia anotada de RDCO n° 234, Enero Febrero 2009, Ed. Abeledo Perrot, pag. 79.

<sup>18</sup> Nto. LAS LIQUIDACIONES SOCIETARIAS, LA CONCURSAL Y EL ARGUMENTO DEL RESULTADO DE ESTA ÚLTIMA PARA HOMOLOGAR UNA PROPUESTA ABUSIVA, en Zeus Córdoba, n° 383, Año VIII, 18 de agosto de 2009, tomo 15 pág. 189, Doctrina, y en Editorial Zeus, 10 de agosto de 2009, año XXXVI, Revista n° 15, tomo 110, pág. 785. Doctrina.



¿Que es integrar? Conforme el Diccionario de la Real Academia: "Dicho de las partes: integrar un todo. Completar un todo con las partes que faltaban. Hacer que algo pase a formar parte de un todo". El todo es la propuesta que se integra por varias partes. De no estar integrado, el todo no existe, la propuesta esta insuficientemente formulada y debe ser integrada, o rechazada como tal.

Y por último, la integración de la propuesta con la constitución del Comité de Acreedores de control. Así el juez deberá constatar "la conformación de un comité de acreedores que actuará como controlador del acuerdo... La integración del comité deberá estar conformada por acreedores que representen la mayoría del capital"<sup>18</sup>.

Heredia acepta la posibilidad de no cumplimiento del requisito. Nos permitimos discrepar. Si el régimen de administración y la exposición del comité controlador aceptado por acreedores qurografarios que representen la mayoría de capital *integra* la propuesta, la falta de ellos hace aparecer como no presentada la propuesta en forma. No dudamos de la conveniencia —y así lo sugerimos— de una rápida respuesta judicial intimando a la integración —como se señala en el último párrafo—, particularmente para imponer el diálogo necesario entre deudora concursada y acreedores. Ante el privatismo del sistema, debe incentivarse la idea del legislador de imponer que sea la propia concursada la que aporte al expediente el fruto de esas tratativas generadas por la conformación y aprobación del comité por los acreedores.

<sup>18</sup> La integración debe ser inmediata a la presentación de la propuesta incompleta y no debe dilatar el trámite del proceso, y la sanción por incumplimiento debe ser clara para frenar el abuso omisivo. La cuestión de la integración de la propuesta se encuentra ratificada por otra norma: "Controlador. Comité de acreedores. Art. 260. El comité provisorio de acreedores en el concurso es un órgano de información y consejo. El comité definitivo es el controlador necesario en la etapa del cumplimiento del acuerdo preventivo, y en la liquidación en la quiebra. Sus integrantes son elegidos por los acreedores por mayoría de capital, y el comité debe ser integrado por un número mínimo de 3 (tres acreedores). La propuesta de acuerdo preventivo debe incluir la conformación y constitución del comité definitivo de acreedores. El comité constituido para controlar el cumplimiento del acuerdo mantiene sus funciones en caso de declaración de quiebra como consecuencia de incumplimiento del acuerdo... Debe informar de su gestión a los acreedores con la periodicidad que se indique en el acuerdo, la que no deberá ser inferior a 4 (cuatro) meses... *Comité de asesores profesionales.* El comité de acreedores podrá contratar profesionales abogados, contadores, auditores, evaluadores, estimadores, tasadores y cualquier otro que considere conveniente, para que lo asista en su tarea con cargo a los gastos del concurso. La remuneración de dichos profesionales será fijada por el juez al momento de homologación del acuerdo...". El énfasis que se recoge desde el Capítulo II Funcionarios y empleados de los concursos. Sección I, Designación y Funciones, cuando en la "Función" que contiene el art. 251 además del síndico y el coadministrador incorpora "los controladores del cumplimiento del acuerdo preventivo", que —como ya hemos visto— su designación se integra en la propuesta de acuerdo, debiendo contener la conformidad de la mayoría de capital de acreedores, lo que comporta un verdadero "tanto" de la voluntad de los acreedores de aceptar la propuesta que allí se les presentará. Conformidad con la designación de los controladores que no debe entenderse como conformidad con la propuesta, que deberán expresar los acreedores en forma separada e individualizada.

Adviértase que este diálogo que se impone entre los administradores de la sociedad deudora y los acreedores mayoritarios en cuanto legitimados a expresar opinión sobre la propuesta se corresponde como una suerte de "tanteo" de la propuesta que podría ser aceptada. La falta del régimen como plan de cumplimiento también afecta la decisión de los acreedores legitimados para expresar aprobación o rechazo a la propuesta.

La reciente ley 26.684 que ha modificado la conformación de los comités de acreedores ha enfatizado que su integración conforma la propuesta de acuerdo.

### 7. INTERVENCIÓN PARA GENERAR LA MAYORÍA DE TERCEROS NO LEGITIMADOS<sup>20</sup>.

Es abusivo el uso de la cesión y subrogación con intervención de terceros para alcanzar la mayoría, eventualmente con renuncia a derechos reales o privilegios, y la tramitación de "exclusiones de voto" bajo distintos argumentos. La legitimación de quiénes pueden expresar voluntad en torno al acuerdo, en orden a los procesos de "exclusión de voto" que se intentan, han sido cuestionados por Julio Otaegui en cuanto atenten a uno de los principios procesales señalados por los ponentes "3. Economía y celeridad procesal en los concursos".

Sobre el punto se expresa en su magistral ponencia Ricardo Proño: *LA MODIFICACIÓN INTEMPESTIVA DE LA BASE DE CÁLCULO PARA LA VOTACIÓN. La modificación intempestiva de la base de cómputo del pasivo suele provocar situaciones imprevisibles al no dar tiempo suficiente para la debida negociación del acuerdo que es la finalidad del denominado período de exclusividad, lo que nos lleva a referir a la oportunidad procesal para alterar el pasivo con derecho a voto, ya fijado judicialmente<sup>21</sup>, pudlen-*

<sup>20</sup> El tema lo tratamos nuevamente en el número de junio de 2011 en la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Buenos Aires Ed. Abeledo Perrot. Nro. *Voto o aceptación de propuestas concursales irritas. Legitimación e interés contrario* en libro colectivo del Instituto Argentino de Derecho Comercial "El voto en las sociedades y los concursos", Ed. Legis 2007, pág. 205.

<sup>21</sup> El tema se vincula con las exclusiones del cómputo de las mayorías dispuestas en el artículo 45 tercer párrafo de la LCQ. Tienen dicho sobre ello Juan Carlos Palermo, Juan Carlos Palermo (h) y Tomás Araya, en "El artículo 45 LCQ (exclusión de voto) y el abuso del derecho" (libro de Ponencias del VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, tomo I, Rosario, 2006, págs. 579 y ss.), que "el interés del acreedor" constituye una referencia necesaria para observar situaciones de ejercicio disfuncional o abusivo del derecho de crédito. Coincidimos con ello en tanto se tenga presente que, además de ser un precepto taxativo, de interpretación restrictiva, deberán probarse en el caso los presupuestos referidos en el párrafo II de este artículo. Sin olvidar que, respecto del deudor, una pauta esencial para inferir o no el abuso será analizar la razonabilidad y

do constituir una manobra abusiva que el juez deberá evitar en uso de sus facultades. h) ¿Qué dicen los autores y la jurisprudencia?

Considerando al tema singularmente importante, Mosso<sup>22</sup> defendió con firmeza la tesis de que la renuncia a los privilegios por parte de los acreedores privilegiados, incluidos los laborales, debe ser admitida "sólo hasta tres días antes de la resolución de categorización, a efectos de que el crédito se encuadre correctamente en alguna de las categorías creadas o, si fuere necesario, ellas se crearen al efecto"; pues el deudor tiene que tener en el período de exclusividad una nómina de acreedores concreta e inmodificable ya que dicho lapso debe ser todo de quien proponga el acuerdo. Afirmando también<sup>23</sup> que ninguna renuncia al privilegio es neutra, por el contrario, repercutirá finalmente en pro o en contra del acuerdo, dando o negando la conformidad. En los fundamentos de un fallo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza<sup>24</sup>, leemos los siguientes conceptos expresados por la Dra. Aída Kernelmajer de Carlucci: La fijación de categorías es definitiva; no sólo se fijan categorías sino que se determinan los acreedores comprendidos en ellas. La L.C. -continúa la brillante jurista- recepta una concatenación temporal de las distintas secuelas del proceso; ese esquema temporal tiende a la construcción de una sólida estructura que otorgue seguridad al procedimiento y garantías a todas las partes involucradas. ... Coinciden con lo manifestado Edgardo Truffat, Lidia Vaizer<sup>25</sup> y Bautista Kiyumdjian al fundar

equidad de la propuesta de acuerdo ofrecida, pues los fraudes y abusos en la existencia, alcance y privilegio de los créditos deben resolverse, como principio, en el proceso de verificación, y si un crédito es real, verdadero, impedir su voto o poder de decisión debe ser algo excepcionalísimo, pues significaría negarle un derecho íntimo y sustancial a su calidad de acreedor.

<sup>22</sup> MOSSO, Guillermo G, *Renuncia a los privilegios en el concurso y su relación con el período de exclusividad*, su Ponencia en: Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, III Congreso Argentino de Derecho Concursal y I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia (Dir: Eduardo M. Favre Dubois, h, Salvador Darío Bergel, Ricardo Augusto Miasen tomo I, ed. Ad-Hoc, Bs.As, 1997, págs. 491 y sigtes). Estas ideas de Guillermo Mosso están expuestas extensamente en el fallo que dictara como juez de Mendoza (In re: Chyc Cahiza Hnos y Cía SA), registrado en L.L-1998-E, págs. 438 a 451.- En ponencia presentada en el mismo Congreso (op cit, pág. 507), invocando el párrafo 4º del art. 43 LCQ, Patricia Ferrer sostuvo la posición contraria, diciendo que los acreedores privilegiados pueden renunciar a la preferencia, aun después de dictada la resolución de categorización que establece el art. 42 de la LCQ

<sup>23</sup> MOSSO, Guillermo, *Categorías mínimas, renuncia a los privilegios y posibilidad del acuerdo*, E.D, 178-896.

<sup>24</sup> Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala I, In re Artes Gráficas Melita S.A p/Conc. Pron s/Cas, 2005/07/01

<sup>25</sup> Lidia VAISER es autora de diversos trabajos sobre el tema: *Categorización de acreedores (Algunos conflictos que se suscitan durante el período de exclusividad)*, L.L-1998-C, pág. 1262/66; *Renuncia del privilegio laboral: oportunismos y oportunismos*, nota a un fallo del juez Mosso, L.L-1996-E, pág. 436. *La categorización de acreedores y el crédito laboral*, E.D-169-1294.

una criteriosa ponencia<sup>26</sup>, en la que expresan que a los fines del cómputo de las mayorías para la aprobación del acuerdo deben considerarse los créditos que se incorporen al pasivo antes de la oportunidad que establece el art. 41 o, —como máximo— antes de la ocasión de ser dictada la resolución que marca el art. 42, esto en tanto el juez no disponga un plazo suplementario al efecto. Rómulo Mario Acosta<sup>27</sup> sostiene que la renuncia de los acreedores privilegiados no puede superar el plazo del art. 41.B. 4. **LA EXCLUSIÓN DE VOTO.** Una delicada cuestión en el trámite del proceso preventivo es la determinación del conjunto de actores habilitados para expedirse sobre la propuesta de acuerdo.

Hasta aquí la transcripción, pero es evidente que no se tiene en cuenta —como elemento ratificatorio de la imposibilidad de intervenir— que los contratos entre partes son válidos entre ellos, pero no pueden perjudicar a terceros, o sea no pueden ser usados para configurar la mayoría del acuerdo.

Por otra parte, como hemos sostenido como Carlos A. Moro<sup>28</sup> el tercero no sólo no está legitimado sustancialmente, sino tampoco procesalmente, pues no se le ha verificado ni declarado admisible —así lo declaró la Corte de la Provincia de Entre Ríos—.

Justamente el perjuicio a terceros es lo que desterró 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. —como refiere la Corte en el caso Arcángel Maggio—. No es tercero el deudor en el caso de la cesión o subrogación, por el anticipo que se le da, pero si son terceros los acreedores convocados a un concurso<sup>29</sup>.

Esta información es una invitación a un trabajo interdisciplinario a los señores civilistas. Lo hemos convocado ya al Dr. Ramón Daniel Pizarro.

<sup>26</sup> TRUFFAT, Edgardo D; VAISER, Lidia; KUYUMDJIAN, Bautista; “*Tardíos, Reusantes y Disidentes*”, Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, III Congreso Argentino de Derecho Concursal, I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Bs.As, Ad-Hoc ed., t. I, pág. 333.

<sup>27</sup> ACOSTA, Rómulo M, *Categorización de acreedores y acreedores que renunciaron a sus privilegios, en el esquema de la ley 24.522*, ob. cit. en nota anterior, pág. 503.

<sup>28</sup> En artículo titulado **LA PROPUESTA CONCORDATARIA LA VOTAN LOS ACREEDORES CONCURRENTES QUE SE INSINUARON ... NADIE MAS**.

<sup>29</sup> Una amplia explicación en torno a la santidad de terceros en el concurso puede verse en mo. El efecto de los contratos respecto de terceros y la cesión de créditos en concursos, en libro colectivo “*Liber Amicorum. En homenaje al Prof. Dr. Luis Molinset de Espanés*”, tomo I pág. 515 y ss., Ed. Advocatus Córdoba 2010.

**7. EL ABUSO DE JUSTIFICAR HOMOLOGACION DE ACUERDOS CONFISCATORIOS POR LA IMPOSIBLE MENOR CUOTA DE LIQUIDACIÓN EN CASO DE SOCIEDAD.**

El argumento —de imposible uso para el caso de sociedades comerciales por las previsiones sobre el capital social— para justificar quitas confiscatorias que en la liquidación se obtendría menos (the best interest of creditors)<sup>36</sup>, cae por el sistema previsto para proteger el capital social y ante su pérdida impone la liquidación, que permitiría el pago del 100% a los acreedores, y de continuarse se genera la responsabilidad de administradores y de los socios que lo hayan tolerado.

**8. LA QUITA IMPORTA UN EMPOBRECIMIENTO DE ACREEDORES Y UN ENRIQUECIMIENTO DE LOS SOCIOS DE LA CONCURSADA<sup>37</sup>.**

La generación por esos medios de un enriquecimiento para los socios con empobrecimiento de los acreedores, o sea que se traslada la solución de la crisis a los acreedores, tanto que las quitas son tratadas por la legislación impositiva como ganancia, sólo diliriéndose el pago a 4 años de que quedare firme la homologación del acuerdo. Claro que en el APE de Multicanal, a los cuatro meses de la homologación los accionistas decidieron en asamblea general distribuirse más de mil doscientos millones de pesos pagando el 35% de impuesto a las ganancias.

Todo un tema para los especialistas en derecho tributario.

**VI. Abuso del proceso concursal contra normas imperativas del sistema societario de organización de la deuda**

Pero más grave aún es el abuso por sociedades comerciales del uso del sistema concursal, sin haber intentando sus administradores las soluciones que marcan normas imperativas de la propia ley, importa un grave abuso de derecho en perjuicio de los acreedores sociales. Obviamente que

<sup>36</sup> ¿PODRÍA LA LIQUIDACIÓN DE UNA SOCIEDAD SER PEOR QUE UN ACUERDO CONCURSAL PREDATORIO PARA JUSTIFICAR SU HOMOLOGACIÓN?

Publicado en Anuario XII del CIJS, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba - Córdoba 2011 - Edición Homenaje a los 25 años del CIJS (1995 - 2010), pág. 397.

<sup>37</sup> No. *SOBRE LA CONSERVACION DE LA EMPRESA (en torno a aspectos patrimoniales)* publicado en "Derecho Económico Empresarial - Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría, Coordinadores Diana Farhi y Marcelo Gebhardt, Ed. La Ley, Buenos Aires 2011, tomo II pág. 1394.

si la pérdida del capital social no ha generado la insolvencia de la sociedad no podrá justificarse la apertura de un procedimiento judicial concursal.

1. Claro que ello podría ser afrontado por el Acuerdo Preventivo Extrajudicial (APE) que autoriza la presentación frente a "dificultades económicas o financieras de carácter general" (art 69 LCQ). Pero esto también permite nuestra crítica, porque también constituye una causal de disolución la "imposibilidad sobrevenida de cumplimiento del objeto social" generada por esa crisis, y la solución también pasa por la patrimonialización de la sociedad, pues se trata de imposibilidad por la situación patrimonial. Y en tal caso el aumento de capital por los propios socios, terceros o con la capitalización del pasivo a que hemos hecho referencia.

Sin embargo administradores y socios suelen optar por mejorar la situación patrimonial sin aportar ni arriesgar nada: a través de la disminución del pasivo por la quita que se intenta imponer en el APE, generando el negocio que ha ponderado Truffat. Claro que de ello puede resultar responsabilidad para socios y administradores.

Esta situación se ha materializado recientemente en dos APES, el terminado de Multicanal y el concurso en trámite de Transportadora Gas del Norte. Ello a través la primera de repartir a cuatro meses de homologado el acuerdo más de un millón doscientos mil pesos —previo pago a la AFIP del 35%— por ganancias que, obviamente, no correspondían al giro normal del negocio. Y a su vez en el trámite del APE de la segunda la ANSES ha denunciado la existencia de ganancias por casi trescientos millones de pesos que invalidan la pretensión de lograr una quita compulsiva de los acreedores a través de un negocio de mayorías (acuerdo).

Recuérdese que en el APE se pueden excluir dos principios procesales explicitados por los ponentes: 1. Universalidad patrimonial y unicidad procesal, y 2. Concursalidad o colectividad de acreedores. El fuero de atracción.

2. Las causales de disolución de sociedades son estrictas en cuanto a la pérdida del capital, imponiendo su reintegro o aumento, y particularmente en el análisis de la "imposibilidad sobrevenida" de cumplir la actividad societaria o el objeto social. La pérdida de rentabilidad trae como consecuencia esa imposibilidad, antes o después de advertirse la pérdida del capital social. Ya hicimos referencia a la legislación de Colombia del 27.12.2006 en su capítulo II sobre "requisitos de inicio del proceso de reorganización" que en su art. 10 ap. 1 impone para su admisibilidad "No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla".

La previsión de capitalización de pasivos es tema previsto en esa legislación como forma de paliar dificultades, y también en las formas de acuerdos concursales.

Y los administradores sociales, como buenos hombres de negocios, con diligencia y lealtad, deben afrontar esas vicisitudes, convocando a los socios con claras opciones.

Son los socios los que deben formalizar nuevos aportes o aceptar la liquidación de la sociedad, liquidación privada que aunque no satisfaga a la totalidad de los acreedores quirografarios puede ser aceptada por su corrección, evitando mayores gastos y no generando la apertura de un proceso de quiebra liquidatorio.

Paradójicamente, los administradores societarios en vez de adoptar esas medidas presentan tardíamente en concurso a la sociedad, y la reunión de los socios es al sólo efecto de ratificar esa presentación. Nada se cumplió de ese proceso "privado" de afrontar la crisis de la empresa.

Hoy se impone educar a los socios y a los acreedores sociales para que compartan los destinos de la empresa, para asegurar la continuidad de la empresa. Esa norma está en la ley de concurso, pero particularmente está sencillísima al alcance de todos en la ley de sociedades: la capitalización del pasivo, sin los costos impositivos de la quita y espera,

La reorganización de una sociedad en crisis tiene claras soluciones en la ley específica con bajo coste de transacción y sin responsabilidad para administradores. Ellas son las causales de disolución por pérdida del capital social o por la imposibilidad (sobreviniente o no) de cumplir con el objeto social por causas patrimoniales (art. 94 incs. 4 y 5 LSC), soslayando la liquidación sin reintegrar ni aumentar el capital social —incluso ofreciendo capitalizar el pasivo— (art. 96 LSC), asumiendo responsabilidad administradores y algunos socios en caso de continuar así el giro social (art. 99 LSC), generando sin duda daño a los acreedores.

Son otros abusos entender que la homologación de un acuerdo genera un efecto novatorio extendido<sup>29</sup>, extinguiendo las acciones de responsabilidad contra administradores y socios. Obviamente que no pueden promoverse contra ellos las acciones de responsabilidad previstas por la ley 24.522 cuando existe declaración de quiebra, pero no se extinguen las acciones de responsabilidad que pudieran caber —de base subjetiva— por aplicación del sistema general de responsabilidad por daño causado derivados del Código Civil o de la Ley de Sociedades.

<sup>29</sup> Nota *SOBRE LA NOVACIÓN POR ACUERDOS CONCURSALES* (y algo sobre responsabilidad de administradores), donde el editor señala que "El maestro cordobés responde rápidamente la nota de E. Daniel Truffat (*IMPROCEDENCIA DE ACCIONES EXTRA CONCURSALES DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS DIRECTORES DE CONCURSADAS POR LAS QUITAS HOMOLOGADAS*), publicado en el número anterior, generando un respetuoso contrapunto que se agrega a las varias anteriores, excluyendo del efecto de la novación concursal las acciones de responsabilidad extraconcursoales. Publicado en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepa; n° 282, mayo 2011, año XXIV, tomo XXIII, pág. 445.

Dentro de esa responsabilidad derivada de operar cuando se ha generado una causal de disolución, específicamente la pérdida del capital social, es abusivo pensar que la "declaración" de existencia de esa causal debe devenir de una resolución judicial, cuando es una declaración de verdad que resulta de la confección o aprobación del balance. Sí podría corresponder una resolución judicial cuando se ha ocultado esa verdad confeccionando un balance falso o irreal, o sea que no media la aprobación de un balance donde se constata esa pérdida. Claro que en este supuesto, la responsabilidad no sería por culpa, sino por dolo, con la extensión correspondiente.

En realidad, consideramos que todos estos "abusos" responden al "plan de insolvencia" trazado, a fin de ocultar que se ha operado en cesación de pagos transmitiendo el problema a los acreedores, aprobando a cualquier costo un "acuerdo" predatorio y soslayando la responsabilidad de administradores y algunos socios. La contracara de actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios que debe planificar, no asumiendo nunca responsabilidad por los riesgos empresarios, pero sí por no cumplir normas imperativas de las leyes.

3. Un *obiter dictum* de la corte para dirimir la cuestión<sup>33</sup>. En las crisis de sociedades, como sostenemos y tan bien ha glosado Baracat, el concurso sigue siendo innecesario, pero puede plantearse como último recurso, al decir de la Corte en el *obiter dictum* de Comercial del Plata. En **DESJUDICIALIZACIÓN DE LOS CONCURSOS: UN "OBITER DICTUM" DE LA CORTE**<sup>34</sup> apuntábamos que en fallo del 20 de octubre de 2009 la Suprema Corte de Justicia acogió planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de "Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/ concurso preventivo", basado en la afectación del debido proceso y del derecho de propiedad, ordenando que vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto. El fallo —a través del voto de la mayoría— resulta, en torno a la propuesta de acuerdo abusiva, una concordancia con el precedente "Arcángel Maggio S.A."<sup>35</sup>. No ingresaremos en esta oportunidad en los aspectos centrales del fallo en torno a la arbitrariedad, la obstaculización del voto, la afectación del derecho al debido proceso, lo predatorio de la propuesta

<sup>33</sup> Nto. *Reorganización societaria o concursal ante la crisis* (un *obiter dictum* de la Corte) en libro colectivo del Instituto Argentino de Derecho Comercial "Reestructuración y Reorganización Empresarial en las Sociedades y Concursos", Ed. Legis, Buenos Aires 2010, pág. 3 a 78.

<sup>34</sup> Publicado en Zeus Córdoba n° 376, año VIII, 23 de febrero de 2010, tomo 18, pág. 88/90, y en Editorial Zeus Revista n° 11, tomo 113, Rosario 13 de julio de 2010, pág. 581.

<sup>35</sup> 4. Lo que se apunta. Gabriela Boquín y Ricardo Augusto Nissen en **UN EJEMPLAR FALLO EN MATERIA DE TRANSPARENCIA DE LOS PROCESOS CONCURSALES**, en "El Cronista Comercial" del 21 de octubre de 2009.



y la afectación del derecho de propiedad o a la sustracción de uno de los principales activos a través de no ejercer una suscripción preferente sobre una controlada, que resultan claramente expresados en el voto mayoritario y en la ampliación de la Dra. Highton, que podemos resumir en la transcripción de dos líneas: se afectaba "al debido proceso y al ejercicio abusivo del derecho con grave afectación de la propiedad"<sup>34</sup>. Centramos nuestra atención en un "obiter dictum" expresado contundentemente en un párrafo del voto mayoritario. Nos parece realmente iluminada la afirmación: "El proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores". El calificar al concurso como "última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos"; reconoce directamente que existen otros remedios para afrontar la crisis en forma preventiva. Sin duda la posibilidad de las soluciones negociadas extrajudicialmente. Pero atiende, a nuestro entender, fundamentalmente a los recursos societarios para afrontar la crisis que registra imperativamente la ley societaria específica. Así lo venimos sosteniendo desde hace muchos años, por lo que el concurso aparece —cuando no se ha intentado previamente aquél— como abusivo<sup>35</sup>, y enraizado por la posibilidad de un negocio como señala un calificado autor<sup>36</sup>. No debe

<sup>34</sup> Como parangón de los comentarios a la Res. 125/2008 que impuso retenciones a la exportación de soja, sosteniéndose como límite de lo no confiscatorio el tanto, pese a ser una cuestión de derecho público, no advertimos la razón por la que no se aplica la misma jurisprudencia citada a impedir la confiscación de los créditos de los acreedores que no votaron, que lo hicieron negativamente o que no pudieron votar por el trámite

a que estaban sometidos. Sobre el punto puede verse en los libros del "VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia", Santa Fe 2006, Tema: CONCURSOS CON PROPUESTAS ÍRRITAS: VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA que presentamos con el Profesor Dr. José Luis PALAZZO, Tomo I pág. 715, bajo el Sub tema: Constitucionalidad de la propuesta

<sup>35</sup> Nto. "Insolvencia societaria", Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007, y nuestra comunicación al V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Montepulciano Italia septiembre 2009: LA CRISIS DE LA ORGANIZACIÓN SOCIETARIA y los precedentes allí indicados, que puede verse en la referida página electrónica.

<sup>36</sup> TRUJAT, E. Daniel EL DERECHO CONCURSAL EN LOS TIEMPOS DE LA "GRAN CONTRACCIÓN" (en comunicación al Congreso citado en la nota anterior), apuntando: "Hace años que con la colaboración de queridos amigos, venimos señalando que —al menos en el derecho argentino— "anplam nuevos vientos". Y, de modo muy notable, ello ocurre en el ámbito societario y concursal. — Este escenario novedoso ... nos impone: pensar el derecho. Pensar en clave colectiva en pos de articular soluciones... La "concurralidad" en tanto técnica jurídica es, básicamente, una regla de reparto de pérdidas frente al fenómeno insidioso de la cesación de pagos. Su norte es evitar la propagación de tal fenómeno —dado que la imposibilidad de cumplimiento de un sujeto cualesquiera, bien puede desencadenar en cadena otras imposibilidades y así al trinarlo... Liberado a las solas fuerzas del mercado, la impotencia patrimonial de un cierto sujeto irrogaría, una guerra de todos contra todos, la eventual satisfacción del más fuerte, la absoluta falta de atención de los derechos de los más débiles y la directa desaparición del baldado... Pero además, y el tema toma otro cariz en vía preventiva, cuando se está

olvidarse que una quita implica un empobrecimiento de los acreedores —como señala la Corte— y un enriquecimiento para el patrimonio social, y por ende de los accionistas —particularmente los de control—.

El derecho societario contiene un verdadero sistema preconcursal y resulta paradójico que en los concursos de sociedades —en los que el informe general del síndico suele dar cuenta que llevan varios años operando en cesación de pagos—, no se advierta que los administradores han gestado un plan para afrontar la crisis y sometido a los socios para eliminar causales de disolución —pérdida del capital social y/o imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social—<sup>29</sup>.

Afrontar las causales de disolución, importan una verdadera preconcursabilidad privada, prevista en la legislación societaria.

Ante la afirmación de la Corte, el centro de la cuestión sería la omisión de la "preconcursabilidad societaria", o sea el uso de las técnicas concursales o preconcursales sin intentar las previsiones que marca el derecho específico de la organización societaria, a fin de beneficiarse con quitas y esperas impuestas por las mayorías logradas —con diversas "técnicas" como la relatada en el voto de la mayoría—.

Rescatando la cuestión y transfiriendo decididamente el sistema de preconcursabilidad a la legislación societaria, se ha sostenido que "Después de todo lo que se ha indicado, parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima —o limitada o comanditaria por acciones— debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente"<sup>30</sup>.

Esto claramente esta tipificando situaciones abusivas que autorizarían acciones individuales de responsabilidad, antes de presentarse en

---

frente a un sujeto recuperable... cuando está en juego la preservación de fuentes de trabajo.... Este (o sus propietarios) no podrán, o —al menos— no deberán, "hacer negocio" de tal contribución colectiva, pero sí recibirán de tal acuerdo con la provisión de condiciones mínimas para superar el mal momento (o, al menos, lo recibirá la empresa, si la solución consistiere entre otras medidas en el cambio de titulares): Un concurso rehabilitatorio que no contemple un "sacrificio compartido" sería un abuso.

<sup>29</sup> "EL PLAN DE EMPRESA (o como asunto crisis tempestiva y extrajudicialmente)" en libro colectivo "Homenaje al Dr. Osvaldo I. Maffía" 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 Ploseck - Ramón Vicente Nicastro.

<sup>30</sup> BELTRAN SANCHEZ, Emilio La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución, en BOLAS ALFONSO, Juan (dir.) "La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital", Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 133, especialmente a pág. 154 parágrafo "5. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad".

concurso, después de presentarse en concurso —con acuerdo homologado o no— o en quiebra en tanto y en cuanto se den los supuestos indicados, tan claramente por el profesor Miguel C. Araya en la conferencia precedente.

4. Finalizando. Se plantea así, como un objetivo de una reforma de la legislación concursal, la transferencia del 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 en ello su capital de riesgo. Esta es la idea que desenvuelve en proyección de reforma de la legislación falencial Lorenzo STANGHELLINI<sup>41</sup>. 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 derecho, que no tuvieron en cuenta cuanto contrataron sin la información de esa situación o antes que se produjera esa situación. En función de ello los acreedores deberían organizarse en categorías, con intereses uniformes, para intervenir en la vida de la sociedad.

Las crisis deben ser asumidas tempestivamente en el caso de sociedades a través de las previsiones específicas de la ley de organización, con bajo coste de transacción e impositivos, minimizando daños, y evitando que los administradores asuman responsabilidad.

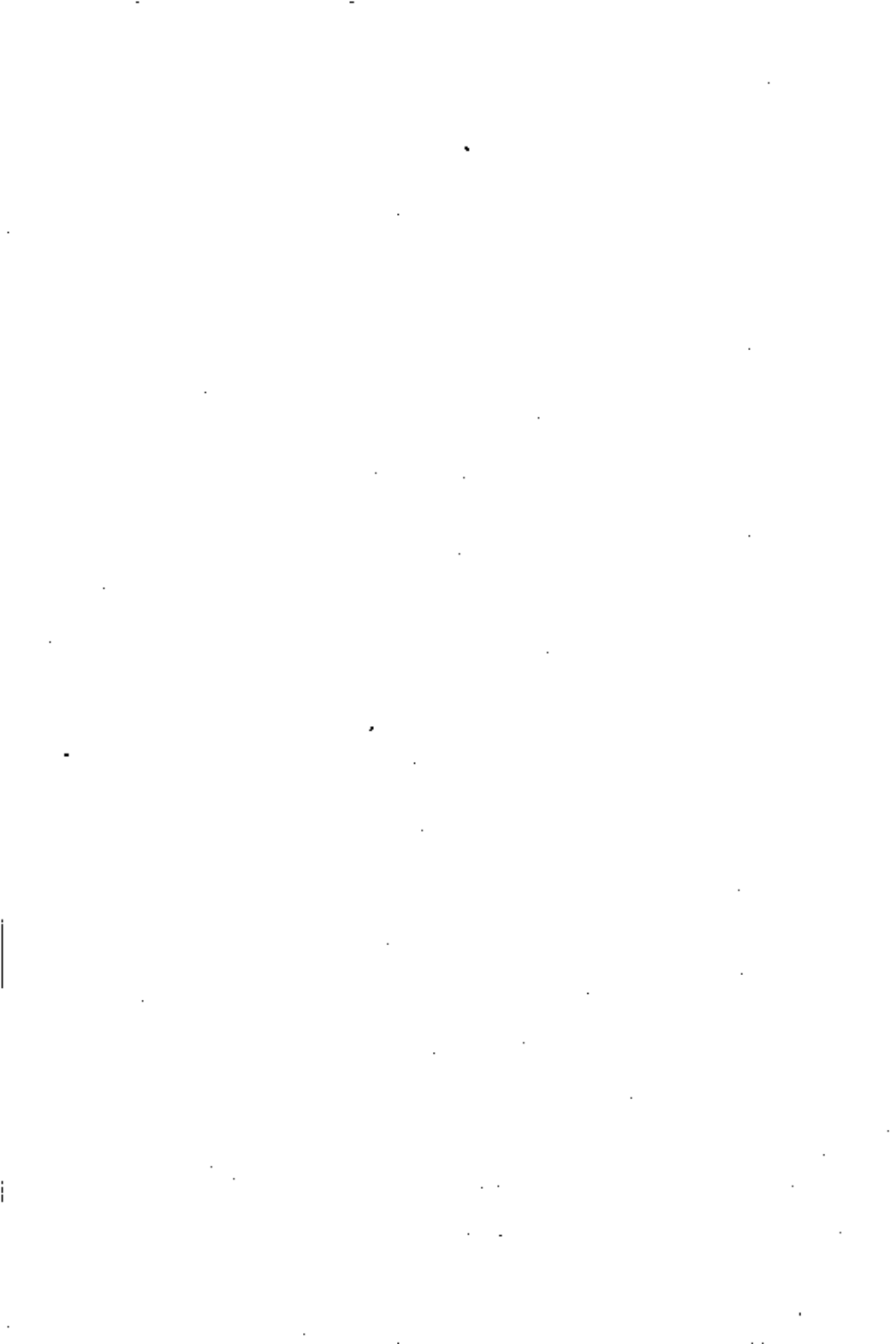
No pretendemos que piensen como nosotros y particularmente en los temas que dejamos de resalto, pero si pretendemos haber introducido nuevos aspectos de análisis que, aún en la disidencia, son los que permiten construir el derecho, restituir los repartos y acercarnos en aspectos aparentemente enfrentados, asegurando la conservación de la empresa, del empleo por sendas firmes, sin intentar entretener a los trabajadores con empresas inviables, sin centrarse en la responsabilidad —social y jurídica— de administradores y socios de las sociedades comerciales en crisis<sup>42</sup>.

Hay otros caminos de solución en el sistema jurídico positivo, y aún en la discrepancia, vale la pena recorrerlos de buena fe, con renunciamiento a prácticas abusivas, en beneficio de la República y de la convivencia, pues la marginación de cualquier tipo —la económica es una—, genera violencia e inseguridad física y jurídica. A ello invitamos.

Córdoba, 4 de julio de 2011

<sup>41</sup> *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi* en Rivista delle Società anno 49° 2004 settembre-ottobre fascicolo 5°, Editore Giuffrè Milano, pág. 1041 y ss. específicamente pág. 1055.

<sup>42</sup> Para comprender nuestra posición sistémico constructivista, sugerimos la lectura de "Perspectiva del Derecho de la Insolvencia", citado, como así también integrar nuestro sintético pensamiento con trabajos específicos donde aparece mejor fundamentación en [www.acedero.org.ar](http://www.acedero.org.ar). En el primer capítulo de dicho libro sugerimos una relectura de la ley de concursos, en orden a la crisis de sociedades.



## COMPATIBILIDAD DE LA NORMATIVA DE LA COMISIÓN INTERNACIONAL DEL ESTADO CIVIL - CIEC- CON EL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO

*Anaella Uribe de Martino\**  
*Luis Cruz Pereyra\*\**

**Resumen:** Las relaciones transnacionales de los particulares, impulsadas en gran medida por los movimientos migratorios entre los países, ponen en primer plano las dificultades que suscitan los temas de la identidad personal, del estado civil individual y familiar. En la sociedad globalizada del siglo XXI, la seguridad jurídica registral adquiere un protagonismo esencial. De allí, que se realice el análisis de la normativa sobre estas materias en el sistema jurídico argentino, para contrastarla con las convenciones producidas por la Comisión Internacional de Estado Civil, pues constituye la organización intergubernamental más idónea para atender y dar respuesta a esta problemática.

**Palabras Claves:** Relaciones transnacionales - Estado civil - Cooperación internacional - Seguridad jurídica registral.

El presente trabajo es parte del resultado del proyecto de investigación que llevamos a cabo en el marco del Programa de Incentivos a los Docentes Investigadores, cuyo tema se refiere a *"La cooperación internacional en materia de identidad personal y del estado civil, individual y familiar: análisis de compatibilidad de la normativa de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), con el sistema jurídico argentino y regional"*.

\*Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesora Titular, Cátedra "B", Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Par Evaluadora de Proyectos de Investigación. Docente-Investigadora Categoría I, Secretaria de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesora de Posgrado en Universidades nacionales y extranjeras. Autora de libros, capítulos y artículos publicados en el país y en el extranjero. Miembro de Asociaciones de Derecho Internacional. e-mail: [uribe@derecho.unc.edu.ar](mailto:uribe@derecho.unc.edu.ar)

\*\* Profesor de Derecho Internacional Privado; Titular Facultad de Derecho (UNCa); Profesor Adjunto, Cátedra "B", Facultad de Derecho y Ca. Sociales (UNC); Profesor Titular Facultad de Derecho (UCES, Sede San Francisco). Profesor de Posgrado. Par Evaluador de Proyectos de Investigación. Docente-Investigador: Categoría II. Autor de numerosas publicaciones sobre su especialidad. Secretario de BCSA-Argentina. Secretario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional- AADI. - e-mail: [lcp@polinectis.com.ar](mailto:lcp@polinectis.com.ar)

<sup>1</sup> Proyecto acreditado ante la SECYT de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC, Código 06/D488. Subsidiado. Sujeto al Programa de Incentivos a los Docentes Investigadores, años 2009-2010.

La CIBC es una organización intergubernamental formada por 16 Estados miembros<sup>2</sup>, que se encarga de cuestiones relativas a la condición de las personas, a la familia y a la nacionalidad, realiza estudios y trabajos con vistas a lograr una armonización de las disposiciones vigentes en la materia en los Estados miembros. Tiene como objetivo "coadyuvar a la creación de normas jurídicas que permitan a los particulares desarrollar su vida en un contexto plenamente transfronterizo sin experimentar por ello merma alguna de sus derechos"<sup>3</sup>. El art. 1 de su Reglamento<sup>4</sup> le reconoce como fines la cooperación internacional en cuestiones de orden civil y administrativo relacionadas con el estado civil de las personas y el intercambio de información entre los registros civiles. Se procura establecer unos modelos uniformes de certificados de los hechos que constan en tales registros, para facilitar a los individuos sus relaciones personales transnacionales y el acceso a dichos registros. De ese modo, se evitarían los perjuicios que podría acarrear un cruce de fronteras cuando los datos esenciales de la identidad personal, apellidos y sexo, reflejados en el registro civil de origen, no consten o se inscriban de un modo diferente en el país de destino de la persona.

Cabe apuntar que el mismo espíritu de cooperación internacional se traduce en numerosos instrumentos internacionales de alcance multilateral y bilateral. La República Argentina se encuentra vinculada a distintos países por los tratados producidos en el ámbito de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, la Conferencia Especializada de la Organización de los Estados Americanos (CIDIP), los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, los instrumentos de cooperación internacional emanados del MERCOSUR y numerosos tratados bilaterales.

La CIEC coincide en la búsqueda de soluciones a las situaciones conflictivas que plantean las relaciones transnacionales de las personas, con una especificidad muy superior a la de los restantes foros de codificación, puesto que limita su accionar a las materias relativas al estado civil y la capacidad de las personas, la familia y la nacionalidad. Ha producido 32 convenios internacionales y 9 recomendaciones con el fin de favorecer la armonización del Derecho de las Personas y de organizar la convivencia pacífica de los sistemas jurídicos de los distintos países que la componen.

<sup>2</sup> La CIBC se crea por el Protocolo de Berna de 1960, firmado por Bélgica, Francia, Luxemburgo, Países Bajos y Suiza. Tras la firma, el 26 de setiembre de 1962, de un Protocolo Adicional que permite la adhesión de otros países, pasaron a ser miembros de la CIBC: Turquía, Alemania, Italia, Grecia, Austria, Portugal, España, Reino Unido, Polonia, Croacia y Hungría.

<sup>3</sup> MORALES LIMONES, PILAR BRANCO, *Convenios y recomendaciones de la Comisión Internacional de Estado Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, p. 8.

<sup>4</sup> El Reglamento ha sido aprobado el 5 de septiembre de 1963, texto revisado en Aotras en 2001.

Los convenios, por lo general, están abiertos a la firma no sólo de los Estados miembros de la CIEC sino también de los Estados miembros del Consejo de Europa y de la Unión Europea<sup>3</sup>.

Conforme al art. 2 del Reglamento, todo Estado parte del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>4</sup> o del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>5</sup>, puede llegar a ser miembro de la Comisión. Además de la condición de Estado Miembro, el Reglamento prevé la de Observador, que permite tener contactos con otros países<sup>6</sup> y organizaciones internacionales<sup>7</sup>. En la Asamblea realizada en Estrasburgo en el año 2008, el Reino de España presentó la invitación para que la República Argentina ingrese a la CIEC en calidad de país Observador como primer paso para su integración plena.

De allí, que el proyecto de investigación versa sobre la compatibilidad de la normativa de esta organización con el sistema jurídico argentino, lo cual ha requerido la compulsa de las normas vigentes en el orden internacional en materia de identidad personal, estado civil, individual y familiar y de las soluciones previstas en el derecho interno sobre las materias concernidas. Ello supuso la revisión de los tratados internacionales que vinculan a nuestro país y la delimitación del ámbito de aplicación de cada instrumento, a fin de indagar si las temáticas reguladas por los convenios de la CIEC son compatibles con los principios de orden público internacional argentino y regional. Esto llevó a enmarcar el estudio dentro de los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En el presente trabajo, por razones de extensión, sólo nos referiremos a tres convenios relativos a la determinación de la filiación materna de hijos naturales, legitimación de los hijos no matrimoniales y al reconocimiento voluntario de los hijos nacidos fuera del matrimonio.

<sup>3</sup> El Consejo Federal Suizo es el depositario de los Convenios celebrados en el seno de la CIEC. Notifica a los Estados miembros y a los no miembros que se hayan adherido a un convenio, todas las firmas, ratificaciones, adhesiones, declaraciones y reservas y todas las entradas en vigor o denuncias que se produzcan con relación a éste. También suministra esta información a la Secretaría General de la CIEC y remite una copia de cada convenio al Secretario General de las Naciones Unidas a efecto de su registro y publicación (art. 102 de la Carta de las Naciones Unidas).

<sup>4</sup> Hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

<sup>5</sup> Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

<sup>6</sup> A la fecha, son siete los Estados que tienen la condición de Observadores: Chipre, Eslovenia, Federación Rusa, Lituania, Moldavia, la Santa Sede y Suecia.

<sup>7</sup> La CIEC ha celebrado acuerdos de cooperación con el Consejo de Europa, la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y la Unión Europea. El Reglamento prevé que la CIEC "favorecerá las relaciones con las organizaciones relacionadas con las materias de su competencia" y que podrá "establecer colaboración con terceros Estados con objeto de fomentar la cooperación entre éstos y los Estados Miembros".

## I. Características de los Convenios y Recomendaciones de la CIEC

### 1. Pluralidad metodológica

Algunos de los convenios tienden a lograr la unificación de las normas de conflicto en materia de derecho de las personas y del derecho de familia. Otros, en cambio, producen soluciones materiales unificadas. A su vez, es muy común advertir que muchos de ellos utilizan al mismo tiempo el método material y conflictual.

La unificación de normas de conflicto se ha utilizado en tres textos. Dos se refieren a los hijos no matrimoniales, uno trata de su legitimación y el otro del reconocimiento voluntario. El tercero se refiere a la ley aplicable a los nombres y apellidos. También en el convenio relativo al matrimonio se encuentra una norma de conflicto. Se trata de materias en las que no resultaba de utilidad la búsqueda de soluciones materialmente uniformes.

La uniformidad de las soluciones materiales es también una aspiración que inspira los trabajos de la Comisión. Sin embargo, no se ha dejado de tener en cuenta que es muy fuerte la resistencia de los distintos Derechos nacionales a las soluciones consagradas en los convenios en materia de derechos de las personas y, en particular, de derecho de la familia. En estas áreas la unificación material de soluciones sólo puede trabajar en escasos aspectos.

### 2. Sustancialidad de las recomendaciones

La armonización de soluciones materiales es perseguida a través de recomendaciones, que -por ser más flexibles- permiten definir objetivos más ambiciosos y generales que podrían inspirar la evolución de las legislaciones nacionales. Abordan temas relativos al derecho matrimonial, identificación de los refugiados, publicidad de los registros y de las actas del estado civil, la armonización de los extractos de dichas actas, lucha contra el fraude documental en materia de estado civil, entre otros.

Las recomendaciones se esfuerzan en definir lo que -en opinión de la CIEC- sería deseable en materia de estado civil y derecho de las personas e invitan a los distintos países miembros a respetar los principios por ellas enunciados. No producen la necesidad de analizar cuestiones de orden público de manera inmediata, por cuanto por su misma naturaleza, deberán ser incorporadas por el legislador nacional o internacional al sistema jurídico positivo y recién, en esa oportunidad, habrá que expedirse respecto de la compatibilidad de la solución con el sistema nacional.

### 3. Carácter de los convenios

Quando se examina el ámbito de aplicación de los convenios internacionales, se distingue entre los que sólo se aplican a casos provenientes de países ratificantes (*inter partes*) o que se aplican a todos los casos re-



gulados, con independencia de si proviene o no de país ratificante (*erga omnes*). En estos supuestos, la norma del tratado internacional sustituye toda norma del ordenamiento interno si la hubiera. Esto significa que los preceptos de este tipo de convenios, constituyen para los Estados que lo ratificaron, verdaderas normas materiales unificadas internacionalmente, que desplazarán las normas de conflicto del Derecho nacional.

Desde esta perspectiva, cabe señalar que muchas de las disposiciones de los convenios CIEC se aplican a casos provenientes de Estados contratantes y no contratantes. En tanto que otras sólo se aplican a casos o relaciones jurídicas provenientes de países vinculados por las convenciones.

Si bien corresponde que cada una de estas cuestiones sea analizada con relación a los convenios y recomendaciones producidos por la CIEC, de modo general, puede advertirse que estos textos plantean la cooperación entre autoridades que no se agota en la mera suministración de informes sino que va mucho más allá. La cooperación que proponen algunos de los instrumentos implica el otorgamiento de competencia a determinadas autoridades para intervenir en actos emanados de autoridades extranjeras.

De examinarse la labor de la CIEC con categorías tradicionales de la cooperación internacional en el Derecho internacional privado (DIPr.), se diría que pese a que aparentemente la función de tales convenios concluye en la cooperación de primer grado, un análisis detenido de su contenido nos lleva a la consideración de efectos de una cooperación de segundo y tercer grado.

Así veremos que algunas convenciones presuponen no solamente la confianza de los Estados en sus autoridades sino también una perfecta reciprocidad. Por ello es que han sido concebidas para ser ratificadas sólo por Estados pertenecientes al Consejo de Europa y/o a la CIEC.

## II. Compatibilidad entre los Convenios y el Sistema Jurídico Argentino

El organismo ha elaborado convenios referidos a tres materias: a) estado civil, nacionalidad, nombre y apellidos; b) cuestiones específicas del Registro Civil; y c) documentación básica del Derecho del estado civil vigente en los Estados miembros.

Entre las convenciones más utilizadas figura la que regula la expedición de certificaciones plurilingües de actas de estado civil<sup>20</sup>, pues supone una extraordinaria facilidad para su circulación entre los países perte-

<sup>20</sup> Convenio N° 16, firmado en Viena el 8 de septiembre de 1976 y fue ratificado por Austria, España, Francia, Bélgica, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Suiza y Turquía. Adhesión posterior de Alemania, Eslovenia, Croacia, Moldavia y Polonia. Sucesión de Estados declarada por Bosnia Herzegovina, Serbia, Macedonia y Montenegro.

necientes a la CIEC debido a la diversidad de lenguas de los integrantes de la organización.

El primer grupo comprende los convenios que afectan al estado civil de las personas, para facilitar la celebración de matrimonios en el extranjero<sup>11</sup>, por medio de dispensa de legalizaciones y la expedición del certificado de capacidad matrimonial<sup>12</sup>, que agiliza trámites previos al matrimonio entre individuos de distinta nacionalidad y residencia. Otros buscan la eficacia del reconocimiento de la filiación no matrimonial y la legitimación por el matrimonio, cuyos contenidos serán seguidamente analizados.

La filiación es uno de los núcleos alrededor de los cuales se estructura la reforma del derecho de familia que culmina con la equiparación de todos los hijos. Este movimiento innovador ha sido universal, aunque obedeció a factores sociológicos e ideológicos propios de cada país. El Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española la conceptualiza en los siguientes términos: "la procedencia de los hijos respecto de los padres". A medida que la opinión de los juristas ha ido evolucionando se han dado diversas concepciones acerca del concepto de filiación, principalmente en las doctrinas europeas (francesa, italiana y española) que la definen como, "el vínculo jurídico que existe entre el padre o la madre y el hijo"; también como "relación existente entre el nacido y el progenitor en virtud de la cual el primero se dice hijo del segundo"; otra definición sería "aquél estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducida de la relación natural de procreación que la liga con un tercero". A diferencia de las corrientes doctrinarias europeas, la argentina no se encarga de definir la filiación, sino que se adentra en explicar sus distintas especies legales.

Podemos afirmar que la filiación en sentido propio, es el vínculo natural entre una persona y sus progenitores por el hecho de la procreación y jurídicamente entraña la relación entre el hijo y sus padres o entre el hijo con su padre o con la madre<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Convenio N° 7, firmado en París el 10 de septiembre de 1964. Fue ratificado por Alemania, Bélgica, Francia, Grecia, Países Bajos y Turquía. Adhesión posterior de Luxemburgo y España.

<sup>12</sup> Convenio N° 28, firmado en Múnich el 5 de septiembre de 1990. Ratificado por Austria, Alemania, Bélgica, Francia, Grecia, Luxemburgo, Portugal, Suiza y Turquía.

<sup>13</sup> La realidad biológica actual en ciertos supuestos de procreación médicamente asistida, multiplica las posibilidades de vínculos naturales, incluyendo en la relación a terceros (damas o portadores), situaciones que plantean problemas: ¿cómo se establece la filiación del niño concebido por donación de gametos (ovucito o espermia) o de un embrión?. El tema no se encuentra regulado por los derechos de muchos países.

### A. La constitucionalización del Derecho de Familia. Tratados sobre Derechos Humanos

Los tratados relativos a los derechos humanos, que desde 1994 pasaron a formar parte de nuestra norma fundamental (art.75 Inc.22), inciden ciertamente en la protección de la familia y del niño. Entre los instrumentos que hacen referenciá a la filiación es posible mencionar a los siguientes:

• **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>14</sup>**

Conforme al art. 24.2 "Todo niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre".

• **Convención Americana de Derechos Humanos<sup>15</sup>**

El art. 17.5 establece "...la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo".

• **Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>16</sup>**

Según el art. 16.1 "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: d) los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materia relacionada con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial".

• **Convención sobre los Derechos del Niño<sup>17</sup>**

El art. 7.1 dispone "el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir

<sup>14</sup> Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 9. Aprobado por Ley 23.217, del 17/04/86. Depósito del instrumento de ratificación: 04/08/86.

<sup>15</sup> Suscripta en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos. Entró en vigor el 18 de julio de 1978. Aprobada mediante la Ley 23.054 (Adla. XLIV-B, 1280), del 1 de marzo de 1984.

<sup>16</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 34/180, del 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor, 3 de setiembre de 1981, de conformidad con el art. 27 (1). Aprobada por Ley 23.179 del 8 de mayo de 1985.

<sup>17</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Aprobada por Ley 23.849, (B.O. del 22/11/90).

una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos<sup>18</sup>.

### 1. Determinación de la filiación materna de hijos naturales

Todo niño tiene derecho a que se determine su filiación biológica y se establezca su filiación jurídica. Este principio de la veracidad biológica se impone por encima de los intereses de los progenitores<sup>19</sup>. Los actos jurídicos familiares son actos voluntarios lícitos que tienen "por fin inmediato el emplazamiento en el estado de familia o la regulación de las facultades emergentes de los derechos subjetivos familiares"<sup>20</sup>. La aplicación de la regla "*mater semper certa est*" admitida por la mayoría de los Estados miembros de la CIEC, explica que el Convenio N° 6 *relativo a la determinación de la filiación materna de hijos naturales*<sup>21</sup> tenga como objetivo lograr la armonización de las reglas referentes a la determinación de la filiación materna de hijos naturales.

En este examen consideramos conveniente transcribir el contenido de cada artículo para que sirva de hilo conductor al comentario y sistematización de la correspondiente normativa argentina.

*Art. 1: "Cuando una persona es designada en la inscripción de nacimiento de un hijo no matrimonial como madre de éste, la filiación materna quedará determinada por tal designación."*

La primera parte de la disposición concuerda con el art. 242 del Código Civil, cuyo texto fue ordenado por ley 24.540 "Régimen de identificación para recién nacidos"<sup>22</sup>, disponiendo que "La maternidad quedará establecida, aun sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo y la ficha de identificación del recién nacido. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso, o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido". Esto significa que la filiación materna, tanto matrimonial como la extramatrimonial, queda establecida por el parto, sin necesidad de que opere el reconocimiento de la madre.

<sup>18</sup> FANZOLATO, EDUARDO IGNACIO, *Derecho de Familia, T. I, Advocatus, Córdoba, 2007*, p. 95.

<sup>19</sup> DIAZ DE GUIJARRO, ENRIQUE, "Concepto y Naturaleza del Acto Jurídico Familiar", *Jurisprudencia Argentina*, 1968-VI-17.

<sup>20</sup> Convenio N° 6 firmado en Bruselas el 12 de septiembre de 1982, fue ratificado por Alemania, España, Grecia, Luxemburgo, Países Bajos, Suiza, Turquía.

<sup>21</sup> Régimen de identificación de los recién nacidos, B.O. 22/09/1995.

La ley 24.864<sup>22</sup> -modifica la ley 24.540- dispone que en caso de internación de mujer embarazada soltera que carece de documento de identidad y/o de representante legal, la autoridad médico asistencial deberá inmediatamente ponerlo en conocimiento del Asesor de Menores competente (art.7). Asimismo, prevé el nacimiento en tránsito hacia un establecimiento médico-asistencial, supuesto en que el médico u obstétrica interviniente deberá resguardar el vínculo materno-filial para la posterior identificación dactiloscópica que será realizada por personal idóneo del establecimiento de arriba o, en el caso de no mediar asistencia profesional, los testigos del parto deben firmar la ficha identificatoria en el establecimiento de destino (art. 15, segundo párrafo).

La Ley 26.413<sup>23</sup> exige la inscripción en los libros de nacimientos de todos los que ocurran en el territorio de la Nación. Dicha inscripción deberá registrarse ante el oficial público que corresponda al lugar de nacimiento. (art. 27, inc. a).

El artículo siguiente, fija el plazo máximo de cuarenta días corridos para efectuar la inscripción de los nacimientos con intervención de los progenitores. Vencido dicho plazo, se inscribirá de oficio dentro del plazo máximo de veinte días corridos. Hasta el término máximo de un año, después del nacimiento ocurrido fuera de establecimientos médico-asistenciales sin intervención de profesional médico, la Dirección General podrá por disposición o resolución fundada, admitir la inscripción cuando existan causas justificadas fehacientemente y con intervención obligada del Ministerio Público.

Vencidos los plazos antes indicados, la inscripción sólo podrá efectuarse por resolución judicial para cuyo dictado los jueces deberán cumplimentar los recaudos establecidos en el art. 29.

La Ley 23.511, Banco de Datos Genéticos<sup>24</sup> en su art. 4º dispone que "Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia. La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente..."

<sup>22</sup> Régimen sobre identificación para recién nacidos. Ley 24.694. Modificación de los Artículos 3º, 7º y 15 de la Ley Nº 24.540. Sancionada: Noviembre 5 de 1997. B.O. 28/11/1997.

<sup>23</sup> Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. La ley crea un régimen uniforme relativo al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, cuya organización encomienda a los gobiernos locales, publicada en B.O. 01/10/2008.

<sup>24</sup> Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG), B.O. 10/07/87.

*En la segunda parte, el art. 1 dispone: "Sin embargo, esta filiación podrá ser impugnada".*

De acuerdo al Código Civil, podrá impugnarse la filiación materna por "no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo" (art. 261).

Se encuentran legitimados para iniciar la acción de impugnación de la maternidad, el marido o sus herederos, el hijo y todo tercero que invoque un interés legítimo, en todo tiempo. En cuanto a la mujer, "podrá ejercer la acción cuando alegue sustitución o incertidumbre acerca de la identidad del hijo" (art. 262).

Estos artículos, consagrados a la impugnación de la maternidad, rigen tanto para los hijos nacidos dentro como fuera del matrimonio. Asimismo, podrá ser impugnado el reconocimiento que hagan los padres de los hijos extramatrimoniales, ya sea por los propios hijos o por los que tengan interés en hacerlo. (art. 263).

El precepto consagra un plazo de caducidad para hacer uso de esta facultad cuando la acción sea ejercida por los terceros interesados, puesto que tienen dos años desde que conocieron el acto de reconocimiento. En cuanto al hijo, no hay plazo alguno; puede impugnarlo en cualquier tiempo.

El derecho de impugnar la filiación no se extingue por prescripción ni por renuncia expresa o tácita, pero los derechos patrimoniales ya adquiridos están sujetos a prescripción (art. 251).

*Art. 2: "Cuando la madre no ha sido designada en la inscripción de nacimiento, tendrá aquélla la facultad de hacer una declaración de reconocimiento ante la autoridad competente de cada uno de los Estado Contratantes".*

De acuerdo al Código Civil, cuando no hubiere tenido lugar la inscripción prevista en el art. 242 el reconocimiento del hijo resultará de manifestaciones expresas de la voluntad de reconocimiento según lo establece el art. 248 en los siguientes apartados:

1. "De la declaración formulada ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente". Es la forma más frecuente de reconocimiento efectuada por los progenitores conjunta o separadamente.

2. De una declaración realizada en Instrumento público —vgr. escritura pública, acta notarial, acta judicial—. El plazo para su inscripción figura en el art. 43 de la Ley 26.413 según el cual, los jueces y escribanos ante quienes se declaren reconocimientos tienen la obligación de remitir dichos documentos a la Dirección General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas dentro del término de diez días hábiles para que se proceda a su inscripción.

La declaración también puede ser realizada en Instrumento privado debidamente reconocido, sin perjuicio que a esta forma de reconoci-

miento le resulte aplicable el régimen general de reconocimiento de firma previsto en los arts. 1031 a 1033 del Código Civil.

3. "De las disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectuara en forma incidental".

En el primer párrafo del art. 250 se prohíbe "declarar el nombre de la persona con quien se tuvo el hijo, a menos que esa persona lo haya reconocido ya o lo haga en ese acto".

#### • Reconocimiento de menor adulta

En caso del reconocimiento de una mujer de 16 años<sup>26</sup>, es decir, menor adulta<sup>26</sup>, no precisará la autorización de sus padres para reconocer hijos, según lo dispone el art. 286 del Código Civil. Sin embargo, para llevar a cabo dicha acción declarativa se deberán observar los requisitos que establece el art. 44 de la citada Ley 26.413, según el cual "el oficial público deberá comunicar el acta de reconocimiento a los organismos competentes creados por la Ley 26.061 sobre Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes<sup>27</sup>".

#### • Reconocimiento tácito

Conforme al art. 919 del Código Civil, cabe la posibilidad de estimar que hay reconocimiento tácito por parte de la progenitora extramatrimonial, si se entiende que el silencio de la mujer notificada equivale a una manifestación positiva de voluntad en los casos en que haya una obligación de explicarse por las relaciones de familia.

#### • Reconocimiento por poderes especiales

El art. 1881 del Código Civil exige poderes especiales para el reconocimiento de hijos naturales (inc. 6).

#### • Posesión de estado

La posesión de estado debidamente acreditada en juicio tendrá el mismo valor que el reconocimiento expreso, siempre que no fuere desvirtuado por prueba en contrario sobre el nexo biológico. (CCiv., art. 256).

<sup>26</sup> La ley 26.449 (B.O. 15/01/09) modificó el inc. 5 del art. 168 de los impedimentos para contraer matrimonio, fijando la edad de dieciocho años para ambos contrayentes.

<sup>27</sup> La ley 26.670 (B.O. 22/12/09) modifica el art. 126, otorga a los jóvenes a partir de los dieciocho años plenos derechos en materia civil y comercial. Cambia las edades del art. 127, considera menores imputábles los que no tuvieren la edad de catorce años cumplidos, y adultos los que fueran de esta edad hasta los dieciocho años cumplidos.

<sup>28</sup> B.O. 26/10/05.

### • Irrevocabilidad del reconocimiento

En general, los actos familiares no pueden sujetarse a términos ni condiciones debido a la imperatividad de los efectos atribuidos al acto por el orden público familiar. Por ello, el reconocimiento efectuado es irrevocable, no puede sujetarse a modalidades que alteren sus consecuencias legales, ni requiere aceptación del hijo (CCiv., art. 249).

### • Forma de registrar el reconocimiento

El Capítulo VIII de la ley 26.413 exige que todo reconocimiento se registre en un acta, en un libro especial, con los requisitos prescritos en el artículo 36 (enumera los datos del recién nacido, del padre y de la madre que deberá contener la inscripción) consignándose notas de referencia en la misma y en el acta de nacimiento. Se podrá inscribir el reconocimiento en el lugar donde el/la reconociente se encontraren (art. 41). Si el nacimiento no estuviera registrado, el oficial público comunicará el reconocimiento dentro de los diez (10) días hábiles a la dirección general, a los efectos de la inscripción de oficio o del artículo 81 si correspondiera (art. 42). El art. 81 contempla el supuesto de la inscripción del nacimiento fuera de término y de la confección del acta respectiva.

Se ha visto que el art. 249 del Código Civil establece que el reconocimiento puede resultar de una declaración, realizada en instrumento público, por consiguiente, el art. 43 de esta ley dispone que los instrumentos públicos que contengan reconocimientos de hijos, se remitirán a la dirección general, dentro del término de diez (10) días hábiles para su inscripción.

El art. 45 prohíbe la inscripción de reconocimientos sucesivos de una misma persona, por presuntos progenitores de un mismo sexo.

Cuando en más de un registro civil se han labrado actas de reconocimiento de una misma persona, por presuntos progenitores de un mismo sexo en los libros de nacimiento donde se encuentre registrado el menor, se inscribirá solamente el primer reconocimiento, dándose intervención a la autoridad judicial competente y haciéndose saber a las partes interesadas la resolución adoptada (art. 45).

Finalmente, el art. 46 dispone que no podrá otorgarse constancia de los reconocimientos en forma aislada, salvo pedido de autoridad competente. Se otorgará constancia de reconocimiento correlacionada con el acta del nacimiento si fuera solicitada por quien acredite interés legítimo.

*Art. 3: "Cuando la madre ha sido designada en la inscripción de nacimiento y justifica que, no obstante, es necesario una declaración de reconocimiento para satisfacer las exigencias de la ley de un Estado no contratante, aquélla tendrá la facultad de hacer tal declaración entre la autoridad competente de cada uno de los Estados contratantes."*



En Argentina, la filiación materna quedará determinada por la inscripción y, a falta de ésta, la madre tendrá la facultad de hacer una declaración ante oficial del Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas, ya sea en la oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente (CCiv., art. 248.1). Por lo tanto, la legislación interna no prevé exactamente la hipótesis contemplada en el artículo tercero. Sin embargo, no se observan obstáculos para que la madre pueda llevar a cabo ambos actos si así lo exige la ley de un Estado no contratante, facultad que debería ser incorporada a nuestra normativa a los efectos de adherir a este Convenio.

*Art. 4: "Las disposiciones de los artículos 2 y 3 no prejuzgarán la validez del reconocimiento."*

En nuestra legislación no está prevista una disposición como la precedente, no obstante, al referirse el Título Sexto del Libro Segundo, Sección Segunda, de nuestro Código Civil a "la nulidad de los actos jurídicos" (arts. 1037 a 1058 bis) y tipificado el reconocimiento como un acto jurídico, serán de aplicación las causales de nulidad que le son propias. Estas son: incapacidad por falta de discernimiento; vicios de la voluntad (error, dolo y violencia); vicios de forma; por incompatibilidad entre el estado de que gozaba el reconocido y aquél en que pretende empujarlo el reconocimiento; por imposibilidad de que el reconociente sea el padre o la madre, y por no tener el mandatario poder especial.

*Los artículos 5 a 10 contienen las disposiciones generales en virtud de las cuales los Estados pueden adherir al presente Convenio, establecer reservas o denunciarlo en todo tiempo.*

## **2. Legitimación de los hijos no matrimoniales**

Como ha sido expresado, tres convenios elaborados en el seno de la CIEC tienen por objeto dictar normas de conflicto uniformes. Dos de ellos se refieren a los hijos no matrimoniales, uno trata de su legitimación —Convenio N° 12 sobre la legitimación por matrimonio<sup>28</sup>—, y el otro del reconocimiento voluntario —Convenio N° 18 relativo al "Reconocimiento voluntario de los hijos nacidos fuera del matrimonio"<sup>29</sup>—, y el tercero, el Convenio N° 19 relativo a la "Ley aplicable a los nombres y los apellidos"<sup>30</sup>. También en el convenio relativo al matrimonio se encuentra una norma de conflicto —Convenio N° 7 "Tendiente a facilitar la celebración del matrimo-

<sup>28</sup> Firmado en Roma el 10 de septiembre de 1970. Ratificado por Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Grecia, Luxemburgo y Países Bajos, Suiza y Turquía.

<sup>29</sup> Múnich, 05/09/1960. Ese convenio sólo ha sido ratificado por Francia y Turquía.

<sup>30</sup> Múnich, 05/09/1960. Ratificado por España, Italia, Países Bajos y Portugal.

nio en el extranjero<sup>20</sup>—. Se trata de materias en las que no resultaba de utilidad la búsqueda de soluciones materialmente uniformes.

El Convenio N° 12 sobre la legitimación por matrimonio sólo se aplica a la legitimación por subsiguiente matrimonio y no a la que se declara por decisión administrativa o judicial. Contiene normas de fondo pero también disposiciones formales de carácter técnico.

El art. 1 dispone que *"La legitimación será válida en cada uno de los Estados contratantes desde el momento en que se haya formalizado de conformidad con las disposiciones del Derecho interno de la ley nacional del padre o de la madre"*.

El precepto, tal como lo expresa el Preámbulo del mismo Convenio, tiene el claro objetivo de favorecer la legitimación de los hijos no matrimoniales. Por ello basta con que la legitimación se formalice según la ley de alguno de los dos progenitores para que tenga validez.

Su objeto principal es uniformar las normas de conflicto en materia de legitimación, disponiendo que el encargado de Registro Civil del lugar de celebración del matrimonio, deberá dirigir una comunicación de la celebración al encargado del Registro Civil del lugar de nacimiento de los hijos para que este último haga constar la legitimación en sus asientos.

El art. 2 dispone que los Estados pueden reservarse el derecho a no reconocer la legitimación si:

- el niño no ha nacido de las personas que lo han legitimado,
- el matrimonio es nulo o inexistente,
- el hijo es adulterino con respecto, al menos, uno de sus progenitores, que resulte ser nacional del Estado en el que se invoca la legitimación.

El art. 3 precisa que los Estados que no han formulado alguna de estas reservas, no podrán denegar validez a una legitimación ni siquiera por razones de orden público internacional. Nos parece prudente mantener dicha cláusula en el supuesto que los Estados no se reservaron el derecho a no reconocer la legitimación. Consideramos que la Intervención de la excepción deberá tener en cuenta el interés superior del niño, que debe inspirar la aplicación de todos los artículos del Convenio.

Conforme al art. 5 las normas tienen aplicación universal, esto es, se aplican con independencia de la nacionalidad, domicilio, residencia del padre, de la madre, del hijo, y sea cual fuere el lugar de nacimiento de éste o el lugar de celebración del matrimonio de los progenitores. Estas dispo-

<sup>20</sup> París, 10/09/1964. Fue ratificado por Alemania, Bélgica, Francia, Grecia, Países Bajos y Turquía. Adhesión posterior de Luxemburgo y España). Contiene una norma de conflicto importante en su art. 4, que dispone que las publicaciones previas de los matrimonios celebrados en la forma local en el territorio de uno de los Estados contratantes se registrarán exclusivamente por la ley interna de este Estado.

siones son aplicables incluso si la ley que debe ser aplicada no es la de un Estado contratante. Se trata de una ley uniforme de DIPr.

En lo que respecta a las normas formales, de orden técnico, el art.6 prevé la inscripción de pleno derecho en el Registro Civil de las legitimaciones formalizadas y el envío de las comunicaciones de inscripción correspondientes, según un formulario multilingüe cuyo modelo obra como Anexo al Convenio, cuando el niño haya nacido en el territorio de otro Estado contratante (art.7). Precisa, además, que los extractos de la partida de nacimiento del hijo legitimado deberán extenderse como los de un hijo matrimonial, sin hacer constar en ellos la legitimación ( art. 8).

Si bien puede afirmarse que por el número de ratificaciones que ha tenido, es uno de los más exitosos de los instrumentos elaborados por la CIEC, consideramos que su aplicación tenderá a disminuir en atención a la tendencia de los Estados a suprimir toda distinción entre filiación legítima e ilegítima.

El Código Civil argentino clasificaba, en cuatro categorías, a los hijos nacidos fuera del matrimonio: *naturales*<sup>22</sup>, *adulterinos*<sup>23</sup>, *incestuosos*<sup>24</sup> y *sacrílegos*<sup>25</sup>, y establecía importantes diferencias entre ellos. La ley 2393 del año 1888, dispuso la derogación de todas las disposiciones de este Código, relativas a hijos sacrílegos y la consiguiente supresión de los impedimentos por razón de orden sagrada o voto de castidad (art.112).

Según el derogado art.342, los hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos no tenían por las leyes, padre o madre ni parientes algunos por parte de padre o madre. No tenían derecho a hacer investigaciones judiciales sobre la maternidad o paternidad.

La situación injusta que hacía recaer en los hijos la inconducta paterna, perduró hasta la sanción de la ley 14.967<sup>26</sup> que suprimió las desigualdades entre los distintos tipos de hijos extramatrimoniales e igualó a los hijos ilegítimos, ubicando a nuestro país entre aquellos que no estable-

<sup>22</sup> Hijo de padres que al tiempo de la concepción pudieron casarse (art. 311 y 324). sólo a estos hijos la ley les reconocía ciertos derechos, como el de accionar por reconocimiento de la filiación; gozar de patria potestad aunque atenuada; ser alimentados hasta los 18 años y poseer vocación hereditaria disminuida.

<sup>23</sup> Hijos procedentes de la unión de dos personas que al momento de la concepción no podían contraer matrimonio, porque una de ellas o ambas estaban ya casadas (art. 330).

<sup>24</sup> Hijos nacidos de padres que tenían impedimento matrimonial de parentesco (art. 339).

<sup>25</sup> Hijos engendrados por padre clérigo de órdenes mayores o los habidos por persona, padre o madre, ligada por voto solemne de castidad en orden religiosa aprobada por la Iglesia Católica (art.340).

<sup>26</sup> Conforme a la denominada ley de hijos extramatrimoniales del año 1984 (Adla, XIV-A, 165): 1) se suprimieron las categorías de hijos nacidos fuera del matrimonio, así como también toda discriminación pública u oficial entre los hijos legítimos y los extramatrimoniales. 2) se concedió acción de filiación a todos los hijos extramatrimoniales. 3) se elevó la porción hereditaria, otorgándoles un derecho igual a la mitad de la de los hijos legítimos.

cían diferencias entre los hijos nacidos fuera del matrimonio<sup>37</sup>. Pero la ley 14.367, no equiparó a los hijos matrimoniales con los extramatrimoniales, mantuvo importantes diferencias entre ellos<sup>38</sup>. Esta ley fue derogada por la ley 23.264<sup>39</sup> que consagró la plena igualdad de derecho por filiación.

La legislación argentina actual, no reconoce la noción de legitimidad de los hijos y resulta contrario a los principios de orden público internacional. Las normas que se referían a las nociones de legitimidad o ilegitimidad de los hijos han sido derogadas en el Código Civil por la citada ley 23.264. En su reemplazo, se utilizan los conceptos de hijos matrimoniales y extramatrimoniales. El principio general viene dado por el art. 240<sup>40</sup>, en el que se reconocen tres clases de filiación: matrimonial; extramatrimonial; y adoptiva plena.

No obstante lo dispuesto en la norma, existen diferencias en la filiación matrimonial y extramatrimonial en cuanto a los siguientes aspectos: a) Determinación de la paternidad y maternidad. b) Determinación de la filiación. c) Acciones de impugnación de estado. d) Acciones de filiación contenidas en el título II, sección II, libro I, cap. II a IX. Ellas hacen sin duda a la razonabilidad de la reforma, pero de ninguna manera importan una divergencia discriminatoria, sino el reconocimiento legal de una situación fáctico-jurídico diferente.

Hay que remarcar, que al igual que en el sistema español, la igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de su filiación, se refiere al contenido o efectos de la relación paterno-filial y no a su determinación<sup>41</sup>.

Como hemos dicho, las normas de legitimación han sido derogadas en el Derecho interno argentino, por lo tanto, no procede inscribirlas en los registros, ni se prevé los documentos que la prueban y quién los expide,

<sup>37</sup> Entre ellos: México (1928), Alemania (1969), Francia (1972), Bolivia (1972), Irlanda (1970), Italia (1975), Suiza (1976), Austria (1917), Suecia (1978), España (1961), Cuba (1975), Costa Rica (1976), Colombia (1962), Noruega (1918).

<sup>38</sup> Salvo para los efectos de la legitimación, art. 311 del Cód. Civil (Adla, XXXVIII-B, 1779), donde se mantenía la distinción entre hijos matrimoniales y adulterinos. CONF. ZANNONI, EDUARDO, *Derecho de familia*, p. 490, núm. 963, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1968; BELLUSCIO, AUGUSTO, *Derecho de familia*, t. II, p. 217, núm. 486, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978; BORDA, GUILLERMO, *Derecho de familia*, t. II, núm. 758, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1967. MEDINA, GRACIELA, "Filiación extramatrimonial (igualdad total con la filiación matrimonial)": LA LEY 1987-C, 713.

<sup>39</sup> B.O. 23/09/85

<sup>40</sup> Texto según Ley 23.264: "La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código."

<sup>41</sup> LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHEZ REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, *Derecho de familia*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, p. 604.

tampoco produce efecto alguno sobre la filiación, el nombre y la nacionalidad.

Si bien la legitimación por subsiguiente matrimonio no tiene regulación positiva en el sistema jurídico nacional de fuente interna, está receptada en convenciones ratificadas por Argentina, como veremos más adelante, y considerando que las reglas propuestas en el Convenio N° 12 bajo comentario, son compatibles con el ordenamiento jurídico de la República, nada obstaría al reconocimiento e inscripción en los registros civiles locales de una legitimación realizada en país extranjero, atendiendo siempre al principio del *favor filii*. No obstante, nos parece prudente mantener la excepción de orden público internacional no sólo en los supuestos en los que un Estado puede reservarse el derecho a rechazar la validez del reconocimiento, en particular cuando éste no sea conforme a la ley nacional del autor del reconocimiento del hijo, sino también en el supuesto que los Estados no se reservaron el derecho a no reconocer la legitimación. Por otra parte, el art. 14 del Código Civil argentino en sus dos primeros incisos permite desplazar soluciones contrarias al Derecho Público o al espíritu de la legislación del mencionado cuerpo legal.

El art. 2° de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas<sup>42</sup>, prescribió la igualdad de todos ante la ley, sin discriminación alguna, por razón de raza, color, sexo, religión, nacimiento; filiación<sup>43</sup> La ratificación por la República Argentina de tratados de derechos humanos y la posterior equiparación de algunos de ellos con la Constitución Nacional, obstaría a la introducción por esta vía de diferencias entre distintas categorías de "hijos", puesto que al aprobar el Pacto de San José de Costa Rica, mediante la Ley 23.054, se acepta la no diferenciación entre los hijos legítimos y los extramatrimoniales. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia<sup>44</sup> interpretaron que dicha ley no era operativa y que por lo

<sup>42</sup> Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.

<sup>43</sup> En igual sentido: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966 y la Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa, aprobado en Roma en 1950. En igual sentido se expide el Consejo de Europa en 1975 y la O. N. U. en el año internacional del niño (1980). La Carta de los Derechos de la Familia de la Santa Sede del 22 de octubre de 1983 planteaba que "Todos los niños nacidos dentro o fuera del matrimonio gozan del mismo derecho a la protección social para su desarrollo personal e integral".

<sup>44</sup> MEDINA, GRACIELA, Ob. cit., nota 38, cita a: MENDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, "Potencia presentada en las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil", San Juan, 1984 y en el Primer Congreso de Derecho de Familia de la Universidad de Belgrano, BUENOS AIRES, SEPTIEMBRE DE 1983; En contra ASPERI, JORGE OSVALDO, "La Convención Americana de los Derechos Humanos y la situación de los hijos extramatrimoniales", *Rev. LA LEY*, t. 1984-C, p. 1100.

tanto era necesario adecuar la legislación interna al compromiso internacional asumido.

A partir de la entrada en vigencia de la ley 23.264, la República Argentina cumple con el Pacto de San José de Costa Rica y se enrola en la línea de los países del mundo, que han destruido en estos últimos años toda discriminación entre los derechos de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales<sup>45</sup>.

### 3. Reconocimiento voluntario de hijos no matrimoniales.

El Convenio N° 18 *relativo al reconocimiento voluntario de los hijos nacidos fuera del matrimonio*<sup>46</sup>, sigue el mismo esquema del Convenio sobre legitimación.

El objeto principal es facilitar los reconocimientos mediante una norma uniforme de conflicto, que dispone que la autoridad que hubiere recibido o inscripto el reconocimiento deberá ponerlo en conocimiento del encargado de registro civil del lugar de nacimiento a efectos de su inscripción marginal.

En el título I contiene normas de conflicto y en el título II normas de orden técnico.

El art. 1 establece que los requisitos de fondo del reconocimiento, así como los requisitos relativos a la capacidad se regirán por las "disposiciones internas" de la ley nacional, o de la ley de la residencia habitual que tenga el autor del reconocimiento al momento de dicho acto.

Esta previsión de conexiones personales alternativas prefiguran la intención, con miras a favorecer la determinación de la filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio, de admitir la validez, de fondo y de forma, de un reconocimiento, desde el momento en que se reúnen las condiciones exigidas por uno de esos sistemas jurídicos. El precepto excluye la posibilidad del reenvío, cuando dispone que se regirán por las disposiciones internas.

También en este caso el Convenio especifica los supuestos en los que un Estado puede reservarse el derecho a rechazar la validez del reconocimiento, en particular cuando éste no sea conforme a la ley nacional del autor del reconocimiento del hijo (art. 4). Al igual que en el Convenio de

<sup>45</sup> Hay diferencias entre las diversas legislaciones nacionales, como por ejemplo, en muchos países se ha llegado a conseguir una equiparación plena y perfecta de los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales (Guatemala, Bolivia, México, Nicaragua, Hungría, entre otros). Otros países han proclamado el principio fundamental que los padres tienen deberes para con sus hijos habidos tanto dentro como fuera del matrimonio (Uruguay, Costa Rica, Italia, Rumanía, Albania, entre otros).

<sup>46</sup> Firmado en Múnich el 5/09/1990. Vigente en Alemania, Bélgica, Francia, Grecia, Luxemburgo, Portugal y Turquía.

legitimación, se expresa que fuera de los casos en que los Estados hicieron esta reserva, no podrá denegarse el reconocimiento ni siquiera invocando el orden público. Al respecto, y según lo expresado precedentemente, consideramos que la intervención del orden público deberá tener en cuenta el interés superior del niño, que debe inspirar la aplicación de todas las disposiciones del texto.

El artículo 9 contiene una norma material uniforme, al disponer que el Convenio se aplica a los nacionales de todos los Estado, aun cuando no sean contratantes<sup>27</sup>.

En cuanto a las cuestiones de orden técnico, el Convenio prevé el envío de una comunicación de inscripción a los Encargados de Registro Civil que han extendido la partida de nacimiento del hijo (arts. 10 a 16).

Cabe aclarar que el reconocimiento de un hijo extramatrimonial es un acto jurídico familiar por el cual una persona declara que otra es hijo suyo y que la inscripción no agrega eficacia al reconocimiento. Sin embargo, en la práctica, la filiación extramatrimonial se acredita mediante las partidas emitidas por el registro de estado civil y capacidad de las personas.

Como ha sido expresado, a partir de la sanción de la ley 23.264, culmina el proceso evolutivo relacionado con la posición jurídica de los hijos nacidos fuera del matrimonio, consagrándose la plena igualdad.

En el Derecho argentino vigente está previsto el *reconocimiento de hijos* extramatrimoniales por parte de la madre o del padre y los niños susceptibles de ser reconocidos son todos, ya que la distinción entre hijos naturales, adulterinos, incestuosos y sacrilegos fue derogada por la Ley 23.264 (artículos 248 y siguientes). El reconocimiento del hijo extramatrimonial, según el art. 248 del Código Civil puede resultar de: 1) la declaración formulada ante el oficial del registro de estado civil y capacidad de las personas, en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente; 2) una declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido; 3) las disposiciones contenidas en los actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectuara en forma incidental. Estas formas de reconocimiento rigen para ambos progenitores.

Al comentar el Convenio N° 6 relativo a la determinación de la filiación materna de hijos naturales, hicimos referencia a las disposiciones del Código Civil sobre el reconocimiento materno, a lo cual nos remitimos. Por otra parte, la paternidad extramatrimonial queda determinada

<sup>27</sup> A la fecha, este Convenio sólo ha sido ratificado por Francia y Turquía.

legalmente, según el art. 247 del Código Civil<sup>89</sup>, por el reconocimiento del padre o por la sentencia que declare la filiación.

Respecto al reconocimiento paterno, las disposiciones legales vigentes exigen tener como mínimo 14 años de edad cumplidos —menores adultos—, (CCiv, art. 238<sup>90</sup>), y en caso de reconocimiento efectuado por un menor, el oficial público deberá comunicar el acta de reconocimiento a los órganos competentes creados por la ley 26.061<sup>91</sup> (art. 44, ley 26.413<sup>92</sup>). No se necesita el consentimiento de la madre y/o del hijo.

El reconocimiento puede resultar de la declaración realizada ante el oficial del Registro Civil, en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente (CCiv, art. 248); no puede constar en el acta de matrimonio de los padres, pero puede ser hecha en una libreta de familia donde se asentará el nacimiento de los hijos del matrimonio (art. 26, Ley 26.413). También puede estar contenido en una decisión judicial (art. 7E, Ley 26.413). El art. 247 del Código Civil, por su parte, establece que la paternidad puede ser reconocida por sentencias en juicio de filiación.

Por nuestra parte, sostenemos que el no reconocimiento de un hijo propio aunque sea concebido fuera del matrimonio es un hecho moral y jurídicamente reprobable del cual surge la obligación de resarcir el daño causado al hijo, como es claro en los arts. 1068, 1075 y 1109 del Código Civil.

Debemos mencionar también, el Convenio N° 5 sobre la "Competencia de los funcionarios calificados para autorizar el reconocimiento de hijos no matrimoniales"<sup>93</sup> que dispone que los Estados contratantes deben reconocer tanto los reconocimientos cuyo efecto es establecer un vínculo jurídico de filiación, como aquellos cuyo efecto es puramente alimenticio, incluso cuando su legislación prevea un solo tipo de reconocimiento.

Este Convenio ha perdido importancia por los cambios de legislación de los países que han abandonado el sistema de reconocimientos sin filiación.

<sup>89</sup> Capítulo 5: Determinación de la paternidad extramatrimonial. Art. 247: "La paternidad extramatrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre o por la sentencia en juicio de filiación que la declare".

<sup>90</sup> Art. 238: "El menor adulto no precisará la autorización de sus padres para estar en juicio, cuando sea demandado criminalmente, ni para reconocer hijos ni para testar".

<sup>91</sup> B.O. 26/10/06.

<sup>92</sup> "El oficial público deberá comunicar el acta de reconocimiento a los organismos competentes creados por la Ley 26.061 sobre Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes".

<sup>93</sup> Roma, 14/09/1961. Ratificado sólo por Francia y Turquía.



Respecto a nuestro Derecho positivo vigente, si bien se han borrado completamente las diferencias entre las distintas categorías de hijos extramatrimoniales que contemplaba el Código Civil (adulterinos, naturales, sacrilegos e incestuosos), subsisten aunque no estén expresamente contempladas en la ley, diferencias entre los hijos extramatrimoniales reconocidos y los no reconocidos. No cabe duda, que no existen más que una categoría de hijos, *los nacidos fuera del matrimonio*, sin embargo aquellos hijos cuya filiación no ha sido reconocida por ninguno de sus progenitores ni declarada judicialmente, carecen de estado de filiación y no gozan de los mismos derechos que los matrimoniales, porque si bien tienen padres en un sentido biológico, no poseen un padre legal, y como consecuencia de ello, no tienen los beneficios de la patria potestad, carecen de un hogar y de derechos sucesorios que sí los tienen los no matrimoniales reconocidos. En consecuencia, continúan siendo discriminados, sino de una manera formal, sí en la realidad de la vida y sólo les queda el derecho de reclamar el reconocimiento forzoso o declaración judicial de su filiación. Pero esta diferenciación no proviene de una discriminación legal sino del acto jurídico del reconocimiento.

Otra distinción, ya no para los hijos extramatrimoniales, sino para los padres, viene dada por el hecho de la convivencia; el padre extramatrimonial que no tiene la guarda del hijo, no tiene el ejercicio de la patria potestad (CCiv., art. 264, inc. 5°). Pero esta desigualdad no es discriminatoria de su origen sino que está vinculada al hecho de la convivencia y es igual que en el supuesto de separación de hecho o nulidad del matrimonio (CCiv., art. 264, inc. 2°).

Se diferencian también los padres extramatrimoniales, que hubieran reconocido voluntariamente a su hijo, de los que no los hubiesen hecho, ya que los primeros tienen el usufructo de los bienes de sus hijos y los segundos no (CCiv., art. 287); distinción que implica una sanción al no reconocimiento. Es importante destacar que las diferencias aludidas no implican una discriminación en la concepción, sino en circunstancias de hecho como el reconocimiento o la convivencia.

### III. Las soluciones en el derecho internacional privado

#### a) Derecho internacional privado de fuente convencional

Los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940 contienen normas específicas sobre la materia que resultan aplicables, respecto al primero, a los casos conectados con Bolivia, Perú, Colombia, Paraguay y Uruguay; y con relación al segundo, a los supuestos vinculados con Paraguay y Uruguay.

Ambos tratados contemplan la filiación legítima como la ilegítima (legitimación por subsiguiente matrimonio) y establecen que ambas se rigen por la ley aplicable a la celebración del matrimonio (art. 16, T. de 1889 y art. 20, T. de 1940), mientras que las cuestiones sobre legitimidad de la filiación ajenas a la validez o nulidad del matrimonio, se regulan por la ley del domicilio conyugal en el momento del nacimiento del hijo (art. 17, T. de 1889 y art. 21, T. de 1940). Los derechos y obligaciones concernientes a la filiación ilegítima se rigen por el derecho del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos (art. 18 del T. de 1889 y art. 22 del T. de 1940)<sup>55</sup>. Cabe advertir que en el DIPr. de fuente convencional, subsiste la diferenciación entre la filiación legítima y la ilegítima, se determina la ley aplicable a la legitimación por subsiguiente matrimonio y a los derechos y obligaciones concernientes.

#### b) Derecho Internacional Privado de fuente interna

El Código Civil no contiene normas de DIPr. sobre filiación, por ello, se recurre por analogía (art. 16 del Código Civil) a las normas contenidas en el Título 6 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, que reitera los textos de su antecesor de 1889 sobre filiación matrimonial, legitimación y filiación extramatrimonial, debiendo siempre aplicarse el derecho más favorable al reconocimiento de la filiación.

#### IV. Conclusiones

En función del análisis realizado, se observa la existencia de compatibilidad entre los Convenios N° 6 relativo a la determinación de la filiación materna de hijos no matrimoniales, el N° 18 sobre el reconocimiento voluntario de los hijos nacidos fuera del matrimonio y la legislación argentina en la materia.

Por otra parte, si bien las normas sobre legitimación han sido derogadas en el Derecho interno argentino, se mantienen en los dos Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo por lo que consideramos que las reglas propuestas en el Convenio N° 12 sobre la legitimación por subsiguiente matrimonio son compatibles con el sistema jurídico nacio-

<sup>55</sup> Art. 16 Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889; Artículo 20 Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940: "La ley que rige la celebración del matrimonio determina la filiación legítima y la legitimación por subsiguiente matrimonio".

Art. 17 Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889; Artículo 20 Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940: "Las cuestiones sobre legitimidad de la filiación ajenas a la validez del matrimonio, se rigen por la ley del domicilio conyugal en el momento del nacimiento del hijo".

Art. 18 Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889; Artículo 22 Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940: "Los derechos y obligaciones concernientes a la filiación ilegítima, se rigen por la ley del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos".

nal. La ley 23.264 establece el principio de la igualdad jurídica de todas las filiaciones, cualquiera fuera su origen y consagra el derecho a ser reconocido por sus padres a todos los niños, sin distinción, como un derecho absoluto, y por ende oponible *erga omnes*.

Por ello, la adhesión de nuestro país a estos convenios de la CIEC, requeriría mínimo esfuerzo legislativo y brindaría la posibilidad de uniformar normas en una materia tan importante a los derechos humanos y, en especial, de los niños. Así lo explicita la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes cuando expresa que: "Esta Ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio superior del niño..."

El orden jurídico de cada Estado no constituye un compartimento estanco sino que es parte integrante de un Orden Jurídico Universal, entre cuyas normas se encuentra la que prescribe la igualdad de los seres humanos, se prohíbe todo tipo de discriminación, inclusive, la filiatoria. Día a día se acentúa la existencia de una Comunidad de Naciones con propósitos comunes y normas jurídicas, que tienen el carácter de supranacionales.

El DIPr. es la respuesta jurídica e institucional (es el sistema jurídico orgánicamente entendido) que hace posible la vida jurídico-privada internacional. Y si nuestra disciplina está condicionada por el contexto que implica el Sistema de Estados, también lo está, por la presencia de relaciones transnacionales. Por ello, debemos contribuir a la formación de una conciencia valorativa del esfuerzo de la comunidad internacional en la construcción progresiva de un orden jurídico basado en una concepción de la naturaleza humana que afirma y expresa, por un lado, la unidad y universalidad del género humano y sus posibilidades de perfeccionamiento y realización, y por otro, descubre y realiza la dimensión histórica y social del hombre, mostrando las particularidades de cada cultura y la pluralidad de culturas.

#### Bibliografía

AZPIER, JOSE OSVALDO, "La Convención Americana de los Derechos Humanos y la situación de los hijos extramatrimoniales", *Rev. LA LEY*, t. 1964-C.

BELLUSCIO, AUGUSTO CÉSAR, *Manual de Derecho de Familia*, Tomo 2, 7ª edición actualizada y ampliada, Ed. Arca de Alfredo y Ricardo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, primera quincena de marzo de 2002.

- BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho Internacional Privado*, 4ª Edición actualizada, Abeledo Perrot, B. A., 2000.
- BERNALDO DE QUIROS, MANUEL PEÑA, "Necesidades de la Reforma del Código Civil Español en materia de filiación", en "Estudios de derecho civil", Ed., Universidad, Buenos Aires, 1980.
- BORDA, GUILLERMO, *Tratado de Derecho Civil: Parte General*, Buenos Aires, Argentina, 1999.
- BOSSERT, GUSTAVO A. - ZANNONI, EDUARDO A., "Régimen legal de filiación y patria potestad - Ley 23.264", Ed. Astrea, Cap. Fed., Noviembre de 1992.
- BOSSERT, GUSTAVO A., ZANNONI, EDUARDO A., *Manual de Derecho de Familia*, 5ª edición actualizada y ampliada 2ª reimposición, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, segunda quincena de febrero de 2000.
- DÍAZ DE GUIJARRO, ENRIQUE, "Concepto y naturaleza del acto jurídico familiar", *Jurisprudencia Argentina*, 1966-VI-17.
- FANZOLATTO, EDUARDO IGNACIO, *Derecho de Familia. T. I*, Advocatus, Córdoba, 2007.
- FARONI, FARIÁN EDUARDO -DIRECTOR- RAMACCIOTTI, EDITH LELIA - Coordinadora- *Derecho de Familia Visión Jurisprudencial*, Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba junio de 2008.
- GEL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS - FAMA, MARÍA VICTORIA - HERRERA, MARUSA, *Derecho Constitucional de Familia- Tomos I y II*, Ed. Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Capital Federal.
- GONZALEZ CAMPOS, J., FERNANDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS, CALVO CARAVACA, A. y Otros, *Derecho Internacional Privado- Parte Especial*, 6ª Edición revisada, Ed. Euzkora, Madrid, 1995.
- HERRERA CAMPOS, RAMÓN, "La filiación no matrimonial tras la reforma del Código Civil del 13 de mayo de 1982", en *Rev. de Derecho Privado*, t. XLVII, enero-diciembre 1983, p. 5.
- KIMELMAJER DE CASLUCCI, AIDA, PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. - Coordinadores- *Nuevos Perfiles del Derecho de Familia*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 31 de Agosto de 2006.
- LACRIZ BERENJO, JOSÉ LUIS Y SANCHEZ REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, *Derecho de familia*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982.
- LLAMERAS, JORGE JOAQUÍN, *Tratado de Derecho Civil: Parte General*, Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot, 2003. ISBN 950-20-1515-0.
- LLOVERAS, NOBA, *La Filiación en la Argentina en el Mercosur Costa Rica y el Perú*, Ed. Universidad, Ciudad de Buenos Aires, junio de 2007.
- LLOVERAS, NOBA, SALOMÓN, MARCELO, *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Ed. Universidad, Ciudad de Buenos Aires, marzo de 2009.
- MEDINA, GRACIELA, "Filiación extramatrimonial (igualdad total con la filiación matrimonial)", *LA LEY* 1987-C, 713.
- MEDINA, GRACIELA, "Responsabilidad civil por la falta o nulidad del reconocimiento del hijo", *Semanario de Jurisprudencia Argentina*, B.A., 19 de Agosto de 1996.
- MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, D'ANTONIO DANIEL HUGO, *Derecho de Familia, Tomo III*, pág. 9-178, Ed. Rubinzal - Culzoni Editores, Sta. Fe 1996.
- MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Visión jurisprudencial de la filiación*, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, Sta. Fe 1987.
- MÉNDEZ COSTA MARÍA JOSEFA, D'ANTONIO DANIEL HUGO, *Derecho de Familia, Tomo III*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 23 de Mayo de 2001.
- MORALES LIMONES, PILAR BLANCO, *Convenios y recomendaciones de la Comisión Internacional de Estado Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid.

**SECCIÓN V**  
**DERECHO LABORAL**



## EL MOBING Y LAS PIEZAS DE UN ROMPECABEZAS

*Maria del Carmen Pflia*

**Resumen:** El mobbing no es un fenómeno nuevo. Entre los años 60 y 70 la Organización Mundial de la Salud elaboró manuales de diagnóstico, ante el aumento creciente del estrés y la violencia en las relaciones laborales, evaluando que se trata de una problemática grave. En Argentina, ha habido referencias a mobbing laboral, empleando luego el término acoso laboral y constatándose falta de legislación específica que proteja a quienes sufren de estrés en el trabajo. Hay efectos en cuanto a la semántica del vocablo y reflexiones sobre su etimología en varios idiomas. Se constatan problemas genuinos en cuanto a su indeterminación lingüística y semántica e ingreso al ámbito de las definiciones, así como a los orígenes del término. Existe clara relación entre el mobbing y otros fenómenos psicosociales, del mismo modo que es observable su impacto en el mundo jurídico. La reconstrucción de este fenómeno es posible desde un abordaje interdisciplinario.

**Palabras Claves:** Argentina - Mobbing - Acoso laboral - Acoso moral - Estrés - Violencia - Definición - Redefinición - Etimología - Sociología - Psicología - Fenómenos psicosociales - Teasing - Bullying - Harcèlement - Derecho - Interdisciplinario.

### Introducción

Con un título gigante y en letras negras, se leía en un magazine reciente: **CUANDO EL TRABAJO MATA**. Seguidamente y en letra cursiva el título siguiente decía: *Mobbing laboral o acoso moral*. Y como comentario introductorio: "En los últimos ocho meses, 25 trabajadores de France Télécom se suicidaron y otros 13 intentaron hacerlo. Los motivos, según los sindicatos franceses serían las presiones, los traslados en áreas laborales o el maltrato psicológico que habrían sufrido. Si en un país desarrollado como Francia sucede esto, ¿qué podría pasar en nuestro país? ¿Las leyes del trabajo locales protegen a los trabajadores que sufren estrés laboral?"

Dentro del texto se resalta un título **RECURSOS HUMANOS** y allí se expone que el mobbing no es un fenómeno nuevo. Entre los años 60 y 70, fue abordado por la Organización Mundial del Trabajo (OIT), que elaboró manuales de diagnóstico frente al creciente aumento del estrés y la violencia en las relaciones laborales.

A ojo de buen cubero, no escapa que se trata de una problemática grave, tanto que como el título denuncia, mata.

La primera constatación es que una revista de difusión masiva, antigua tradición argentina y cuyos destinatarios son especialmente mujeres, ha utilizado una denominación en idioma inglés al referirse a *Mobbing*, luego le ha agregado el adjetivo *laboral* y a continuación, en sinonimia, ha empleado el término *acoso moral*.

La revista formula preguntas que direccionan un espacio donde aparentemente el fenómeno transcurre, que es el ámbito del trabajo. Se cuestiona sobre lo que podría pasar en Argentina, como si ello no hubiera ocurrido aún. En un segundo interrogante plantea si existe legislación laboral que proteja a los trabajadores y ahora usa una nueva expresión: que sufren *estrés laboral*.

Un observador inquieto podría indagar en este panorama sobre si la voz *mobbing* va sólo dirigida al espacio laboral; si cuando se habla de acoso, éste sólo puede ser moral y también cabe para este curioso la pregunta respecto a si el estrés pudiera ser sólo un patrimonio del ámbito del trabajo.

La preguntas aparecen ligeras, incoherentes tal vez, o quizás pueda el investigador descubrir conexiones, cabidales, contenidos, alcances, límites, contradicciones, advertencias, conocimientos y es posible que, con mucho optimismo, clarificar de qué se habla cuando se habla de *mobbing*.

### I. Glosario y etimología en varios idiomas

Hacer hincapié en el lenguaje conlleva en forma inexorable a poner sobre el tablero que la palabra que en Argentina hoy se utiliza, fue importada de diversos contextos y resulta conveniente no perder este aspecto de vista. Esto porque da cuentas de que el signo lingüístico ha sido referido de modos diferentes.

**ACOSO:** m. Acción y efecto de acosar. // 2. Taurin. Acosamiento a caballo en campo abierto, de una res vacuna, generalmente como preliminar de un derribo y tienda. (Dic. RAE)

**ACOSAR:** (Del cast. ant. *cosso*, carrera.) tr. Perseguir sin darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona. // 2. Hacer correr al caballo. // 3. fig. Perseguir, apremiar, importunar a una persona con molestias o requerimientos. (Dic. RAE)

**ACOSAR:** 'perseguir, irritar, agotar': a- prefijo usado para formar verbos... + el español antiguo *cosso* 'carrera, curso' (latín *cursum*, 'carrera, curso; véanse *curso*, *correr*) + -ar, terminación de infinitivo... ('Breve Dic. Etimológ. de la Lengua Española', G. Gómez de Silva, Edic. FCE, México, 1998)



**HARCÈLEMENT:** n. m. 1632; de harceler. Action de harceler (en actes ou en paroles); Guerre de harcèlement: guérilla. Tir de harcèlement; Harcèlement sexuel (de la part d'un supérieur hiérarchique). "La versión moderne du droit de cuissage, que la loi reconnaît sous la rubrique 'harcèlement sexuel, est le délit le moins puri de France" (Le Nouvel Observateur, 1968).- Harcèlement moral: conduite abusive (humiliations, menaces...) exercée de manière insidieuse et répétée pour une personne sur une autre, pour la destabiliser (au travail, dans le couple...). (Dic. Le Nouveau Petit Robert, Paris, 2003)

**HARCELER:** v.tr. - 1493. var. pop. De herceler, de herser, au fig. "tourmenter". Soumettre sans répit à des petites attaques répétées, à des rapides assauts incessants = tarabuster; fam. Asticoter. Harceler l'ennemi par d'incessantes escarmouches. Harceler une lièvre jusqu'à l'épuisement → poursuivre. Ses créanciers ne cessent de le harceler → presser, talonner. Être harcelé des soucis → hanter, obséder. (Dic. Le Nouveau Petit Robert, Paris, 2003)

**HERSER:** v.tr. XVI<sup>e</sup>; hercier, ercier v. 1175; ...; de herse. Soumettre à l'action de la herse. Herser une terre, un guéret → ameublir; écroûter, émoultter; labourer. "En mars il hersa ses blés, en avril ses avoines (Zola). - Des champs hersés. (Dic. Le Nouveau Petit Robert, Paris, 2003)

**HERSE:** n.f. XIV<sup>e</sup>; hercs fin XII<sup>e</sup>; lat. hirpex, icis. Instrument à pointes fixées à un bati qu'un attelage ou un tracteur traîne ou roule sur une terre labourée pour briser les mottes, enfouir les semences... Ancienn. Grille armée par le bas des fortes pointes, et que suspendue par une chaîne à l'entrée d'un château fort, d'une forteresse, pouvait être à volonté abaissée pour en défendre l'accès → sarrasine. "On vivait en paix depuis si longtemps que la herse ne s'abaissait plus" (Flaubert). (Dic. Le Nouveau Petit Robert, Paris, 2003).

**HARAS:** n.m. -1280; haraz XII<sup>e</sup>; peut être ancien scandinave hær "qui a le poil gris". Lieu, établissement destiné à la reproduction de l'espèce chevaline, à l'amélioration des races de chevaux par la sélection des étalons... (Dic. Le Nouveau Petit Robert, Paris, 2003)

**HARASSER:** v.tr. -1527. a. fr. harace "poursuite"; de hare "cri pour exciter les chiens", interj. d'origine francique. Accabler de fatigue. Exténuer, fatiguer. Être harassé de travail... (Dic. Le Nouveau Petit Robert, Paris, 2003)

• **HARAS:** n. Breeding station for horses. [F. old French haraz, etym. duh.; now usu. treated as Pench]. (The concise Oxford dictionary)

**HARASS:** v.t. Vex by repeated attacks; trouble, worry. Hence -MENT n. [f. French harasser, perhaps f. old French harer set a dog on]. (The concise Oxford dictionary)

**MOB:** n. The lower orders; rabble, tumultuous crowd; promiscuous assemblage of persons; law (imposed, enforced, by); swell, class of stylishly dressed pickpocket. Hence b'ish a., OC'RACY n. (earlier mobile vulgus, l. = excitable crowd (MOBILE)). (The concise Oxford dictionary)

**MOB:** vt. & i. (Of mob) attack, molest; assemble in a mob [from the precedent word]. (The concise Oxford dictionary)

## 2. Un problema terminológico y su indeterminación

Henry Miller advertía desde antaño que, *el lenguaje comienza allí donde la comunicación está en peligro*. Algo de esto se avizora en lo que va explicitado hasta ahora. Delimitar el ámbito de la expresión no aparece como una tarea sencilla. No al menos si se toma en serio el lenguaje. Lenguaje natural como se viera, que es vago, ambiguo y de textura abierta, sujeto a la manipulación o ideología. Expuesto a la indeterminación y a la ceremonia de la confusión. Pero sin caer en un optimismo ingenuo, es posible avizorar herramientas cuando el emprendimiento busca luz y claridad.

Puede ser saludable a esta altura recordar que un primer paso para la comprensión del fenómeno, es intentar definirlo. Sin embargo, es fuerte advertencia teórica y lógica que la tarea de definir no es un fenómeno unívoco.

A esta altura vale tener presente que definir una palabra es indicar su significado y que el repertorio más grande de definiciones que existe, lo provee el diccionario.

Se conoce que hay definiciones nominales o reales, pero conviene precisar que en este contexto sólo se utilizará una *definición de palabras o símbolos en general*. Y que vale tener en cuenta que la acción de definir consiste en designar toda actividad humana dirigida a transmitir un criterio de uso de una palabra, cualquier sea la intención con que se la transmite.

Quienes se han avocado al estudio de las definiciones, establecen que la relación que hay entre una palabra y lo que significa puede ser vista al menos, desde dos puntos de vista:

1.- Uno es lo que la palabra significa en los pensamientos, sentimientos imágenes que su uso evoca en la mente de uno. Señalan que esto no es adecuado, que la utilización de la palabra *acoso* puede evocar en cada uno el más diverso conjunto de representaciones mentales, actitudes, sentimientos y pensamientos de distinto orden según el escucha.

Hay sin embargo un aspecto en el cual la palabra tiene para todos el mismo significado, en la medida en que se usa para hablar del fenómeno ya identificado. El único estado mental que parece estar siempre presente en tal ocasión, es simplemente el de *entender lo que la palabra significa*. Esta última frase contiene la palabra significado de modo que no puede ser usada con el fin de decirnos qué es el significado.

2.- Otro punto de vista es que lo que la palabra significa es su tendencia a producir en los que la oyen cierto tipo de conducta, o al menos una tendencia a seguir esa conducta (teoría conductista del significado). Esto difícilmente será suficiente: diferentes personas al oír una palabra pueden comportarse de muchas formas diferentes y en muchos casos de ninguna manera en absoluto.

Es posible formular el interrogante sobre si tiene entonces la palabra un significado diferente para cada una de ellas? Puede pues haber una reacción distinta ante la palabra *acoso* o *estrés*, pero, ¿significamos la misma cosa con esa palabra?

La Teoría conductista más compleja explica que: las palabras normalmente no se usan de una manera aislada, sino en oraciones y contextos aún más amplios en los cuales la conducta de aquel que entiende la oración es suficientemente constante.

3.- Una explicación del significado mucho más satisfactoria parece ser que las palabras se refieren a las cosas del mundo (teoría referencial del significado) para determinar lo que significa una palabra, buscar qué cosas son aquellas a las que nos referimos al usarla. No obstante se observa que tampoco esto es suficiente. Hay muchas palabras que no se refieren a nada de ninguna manera y el ejemplo es cómo puede la palabra *unicornio* referirse a los unicornios cuando no hay unicornios a los que referirse.

Se concluye que en vez de decir que las palabras tienen referencia, sería preferible decir que cada palabra funciona como una herramienta que se usa para hacer algo o realizar alguna tarea en la comunicación. A la pregunta sobre cuándo sabemos qué función cumple, es posible responder: cuando sabemos la regla para usarla, esto es cuando conocemos la regla que nos dice en qué condiciones ha de usarse una palabra.

Es zona farragosa la que nos hace capaces de determinar cuándo la palabra es aplicable a una situación dada y cuándo no. Cuando hacemos explícita la regla que determina en qué condiciones ha de usar (aplicar a una situación) una palabra o frase, estamos *definiendo* la palabra o frase. Cuando hacemos esto, estamos usando *otras palabras* y esas otras palabras deben ser equivalentes en significado a la palabra que estamos definiendo, de modo que la frase definitoria pueda ser sustituida por la palabra definida sin que cambie el significado de la oración en que

aparezca. Este, en todo caso, es el sentido más usual, aceptado y normal de la palabra *definición*.

Es interesante observar que también es posible definir a) por medio de palabras equivalentes o definición por sinonimia, b) dando *denotación* de una palabra y c) dando una *definición ostensiva*.

Esta explicitación teórica permite en primer término y frente a una elección *definitoria*, estar advertido sobre el tipo utilizado y en segundo término, respecto a la utilidad, alcances, límites que derivan del mismo y si se logra el propósito de definir con precisión la palabra.

Es posible que una definición sea *lógicamente satisfactoria* (es decir, que las expresiones sean realmente intercambiables porque tengan el mismo significado), pero no *psicológicamente satisfactoria* (esto es, puede no comportar ningún significado para el oyente porque no conoce los significados de las palabras de la definición). Hay veces que al definir una palabra, se trata de una cuyo significado no está familiarizado nuestro oyente, y puede entender la definición que damos, sólo si está familiarizado con los significados de la palabra de la definición.

A menudo no hay una palabra en el lenguaje cuyo significado sea equivalente a la palabra por definir, porque los *sinónimos exactos* son raros.

Otro problema que se verifica, es que puede no haber un grupo de palabras en el lenguaje que sea equivalente en significado a la palabra por definir. También aparece que no es posible encontrar equivalentes de algunas palabras porque son muy abstractas, y se trata de palabras de tan amplio significado que no podemos encontrar categorías más amplias en las que situarlas, y el problema de definir estas palabras acompaña hasta el fin.

### 2.1. Características *definitorias*

Una enorme ayuda para clarificar los significados de nuestras palabras es meditar cuidadosamente que características de una cosa consideramos como *definitorias*.

Una característica *definitoria* de una cosa (no sólo de un objeto físico, sino también una cualidad, una relación, etc.) es una característica en ausencia de la cual la palabra no sería aplicable a la cosa.

Ser *trilátero* es una característica *definitoria* de triángulo, pero tener tres centímetros de lado o dos de altura no define.

El pago de un precio cierto en la compraventa es una característica *definitoria* ya que si este supuesto no se da, no estamos frente al aludido contrato. En cambio el valor de la cosa, si es mucho o poco, no define la existencia de este contrato.

Es factible hacer una prueba para determinar si una característica dada es definitoria de ésta para todos los casos y es la siguiente: ¿se aplicaría la misma palabra aún si la cosa careciese de esa característica?, si la respuesta es no, la característica es definitoria, si la respuesta es sí, se trata meramente de una característica accesoria.

Finalmente se dice que la palabra designa la suma de características que una cosa ha de tener para que se le aplique. Cuando tratamos de formular la definición de una palabra de uso común, o de valorar una definición propuesta por otra persona, hay reglas que es menester tener en cuenta y que suscintamente pueden enunciarse del siguiente modo: a) La definición no ha de ser demasiado amplia; b) La definición de una palabra no ha de ser demasiado estrecha y c) Incluso si la definición de una palabra no es demasiado estrecha ni demasiado amplia puede ser insatisfactoria; d) Una definición debe ser adecuada a los casos posibles tanto como a los casos reales; e) La definición debe indicar los atributos esenciales de la especie, o debe indicar la connotación convencional del término que se quiere definir; f) La definición no debe ser circular; g) La definición no debe formularse en un lenguaje ambiguo, oscuro o figurado; h) La definición no debe ser negativa cuando puede ser afirmativa.

## 2.2. Cambios de las características definitorias

Otro aspecto a resaltar es el que los teóricos denominan cambios de las características definitorias, entendiendo por tal la tendencia a que las características accesorias universalmente presentes acaben convirtiéndose en definitorias. Esto no significa que una característica sea a la vez definitoria y accesoria; sólo quiere decir que la designación de la palabra a veces se desplaza gradualmente a lo largo de la historia del lenguaje, de manera que la palabra no designe las mismas características en todas las épocas.

También hay que subrayar la importancia de la distinción entre características definitorias y accesorias ya que muchos casos, cuando atribuímos una característica a una cosa, no especificamos si consideramos si es definitoria o no la característica que estamos mencionando. Sin embargo es de suma importancia que lo hagamos, porque, que el enunciado se discuta, y de qué forma, depende por completo de que clase de característica se trate.

Establecer una característica definitoria es enunciar una parte del significado (definición) de un término, pero enunciar una característica accesoria es establecer un hecho, no sobre el término mismo (pues la característica accesoria no es parte del significado) sino sobre la cosa nombrada por el término.

Dar una definición satisfactoria es una tarea difícil y con recovecos. Es fácil estipular una definición para una palabra, pero esto es de poco interés, a menos que estemos en posición de hacer que los demás usuarios del lenguaje sigan nuestra estipulación; de lo contrario no estaremos haciendo otra cosa que añadir un nuevo significado a una palabra que ya tenía otro, y causaremos más confusión que la que podríamos evitar.

Lo difícil de comunicar por medio de palabras, es el significado que ya tiene exactamente una palabra en el lenguaje. A menudo es menos difícil en el caso de los términos técnicos, cuyo significado fue estipulado originalmente de manera precisa por un innovador del campo, y luego fue adoptado por los demás.

La tarea es más difícil en el caso de las palabras más familiares y coloquiales de nuestro lenguaje. Intentar definir la expresión *acoso laboral*, o *acoso moral*, de forma que la definición que se ofrezca tenga exactamente el mismo significado que las palabras por definir, es una tarea asombrosamente difícil.

Toda la exposición cumplida hasta aquí, lo ha sido con herramientas metodológicas provistas por la lógica y la teoría del lenguaje. La pregunta es si quien utiliza la expresión que nos convoca o su sinonimia ha tomado el peso del uso empleado?

Como el artículo que diera pie a esta análisis, impactante por su dramatismo, concitó la atención del lector en el mundo del trabajo e incluso aludió a la legislación laboral y se preguntó sobre nuestro país, es posible afirmar que en los últimos años, cualquier página cibernética muestra información jurisprudencial que alude espaciosamente a esta temática. Más aún, las librerías hoy están plagadas de obras gruesas que refieren el sujeto en análisis.

Como una hipótesis de trabajo podría sostenerse que estamos frente a una moda. Que como tal, irrumpió en el mundo del trabajo, dio como resultado consecuencias indemnizatorias enormes, disímiles, distorsionadas algunas, otras atendibles y ecuanímes, pero indudablemente creó un fenómeno impredecible.

### 3. Observaciones verificables en el mundo del trabajo

Estudioso del tema ha escrito que "Mobbing", "Tossing" y/o "Bullying" son nuevos anglicismos (*harcelement* para los franceses) en nuestra lengua que nos parecen tan horribles e innecesarios como los comportamientos socio-laborales que designan. Grosso modo agrega el autor, cabe traducirlos como "acoso moral" "hostigamiento psicológico", asedio o intimidación que sufre una persona (víctima) por la acción de otra u otras (acosadores o agresores), sean sus compañeros de trabajo ("mobbing"), sean los propios empresarios ("bossing").

Explica que es uno de los elementos de un fenómeno más amplio: la violencia en el lugar de trabajo. Que el concepto de violencia, va más allá de la mera agresión física e incluye otras conductas susceptibles de violentar e intimidar al que las sufre y que la violencia en el lugar de trabajo, incluiría además de las agresiones físicas, las conductas verbales o físicas amenazantes, intimidatorias, abusivas o acosantes.

Mientras que la violencia física en el trabajo resulta relativamente fácil de detectar en la mayor parte de los casos, al llevar asociados signos externos evidentes, no ocurre lo mismo con la violencia psicológica, cuyas consecuencias pueden en muchos casos negarse o deformarse. Por lo tanto, en el mundo del trabajo la violencia se manifiesta como un abuso de poder para doblegar la voluntad del otro mediante el empleo de la fuerza física, psicológica, económica y política.

El creciente aumento del sector servicios, junto con las nuevas formas fórmulas organizativas supone que los trabajadores estén sometidos a continuas y cada vez más complejas relaciones interpersonales. Esta interacción entre individuos como consecuencia del trabajo no sólo se produce entre el personal de la organización a la que pertenecen, sino que además deben relacionarse con los usuarios de los servicios que prestan a sus empresas.

Trigiani asevera que el acoso moral en el trabajo o "Mobbing" se está mostrando como uno de los más graves problemas de las relaciones laborales en la actualidad.

Alude a un comunicado de prensa de la O.I.T, efectuado sobre la base del informe *Violence at work*, preparado por Duncan Chappell y Vittorio Di Martino donde se consigna que Francia, Argentina, Rumania, Canadá e Inglaterra han señalado las tasas más elevadas de agresiones y acoso sexual en el lugar de trabajo.

En Argentina, según este estudio, el 6% de los hombres y el 11% de las mujeres son víctimas de estos episodios de abusos.

Últimos estudios realizados sobre el tema señalan que las trabas e intrigas sistemáticas de una o varias personas contra otra, generan unos costes por caso de "mobbing" de hasta 50.000,- euros al año. Que el 3% de los trabajadores se encuentran afectados, según una encuesta, por el "mobbing". Esto supone, por ejemplo en una empresa con 300 trabajadores, un gasto anual de hasta 400.000,- euros en pérdida de horas de trabajo, absentismo laboral, rescisión de contratos y búsqueda y formación de nuevos trabajadores. El 20 % de los suicidios en Alemania tiene su origen en el "mobbing" en el trabajo y aproximadamente el 70-80 % de los accidentes laborales son ocasionados por un mal ambiente en la empresa. Se calcula de que, por ejemplo, sólo en España supone un gasto de 90 millones de euros por bajas o invalidez profesional.

#### 4. Algo sobre los orígenes del término

El concepto de acoso grupal o *mobbing* (del verbo inglés *to mob*, acosar u hostigar) fue introducido en las ciencias sociales por el etólogo Konrad Lorenz, como extrapolación de sus observaciones en diversas especies de animales en libertad.

En su libro *On aggression*, este autor dedica un capítulo entero al estudio del comportamiento de las ratas y de los baduinos, en el que encuentra sorprendentes similitudes respecto del humano.

Como resultando de dichos estudios, formula la siguiente definición etológica: "Mobbing es el ataque de una coalición de miembros débiles de una misma especie contra un individuo distinto por alguna diferencia, defecto o rasgo significativo".

Es observable que hay varios puntos de vista sobre los que se estudia el tema en cuestión y esto permite verificar la existencia de diferentes definiciones según los distintos expertos en la materia.

- M<sup>a</sup> France Hibrigoyen, psiquiatra que ha acuñado y generalizado el término de acoso moral en el trabajo lo define como: "Toda conducta abusiva (gesto, palabra, comportamiento, actividad...) que atente, por su repetición o sistematización a la dignidad, a la integridad física o psíquica de una persona, poniendo en peligro el empleo de esta, o degradando el clima de trabajo".

- La U.E., definió oficialmente el acoso moral en el trabajo, el 14 de mayo de 2001, como "comportamiento negativo entre compañeros o entre superiores o inferiores jerárquicos, a causa del cual el afectado es objeto de acoso y ataque sistemático durante mucho tiempo, de modo directo o indirecto, por parte de una o más personas, con el objetivo y/o efecto de hacerle el vacío".

- Heinz Leymann (profesor de la Universidad de Estocolmo), llamado "el padre del mobbing", establece para sus estudios estadísticos, una definición estricta: Hay mobbing cuando una o varias de las 45 actitudes hostiles se repiten al menos una vez a la semana durante al menos 6 meses.

Lorenz aparece como el primero en efectuar un estudio en profundidad del "comportamiento acosador" en las organizaciones humanas -y centrándose específicamente en el campo de las relaciones laborales- aplicó en 1990 el término *mobbing* al ámbito de la psicología laboral en el marco del congreso sobre higiene y seguridad en el trabajo de Hamburgo, y más adelante, a través de su obra *mobbing, la persecución en el trabajo*.

Según las pautas introducidas por aquél, Trigiani sostiene que el *mobbing* se fundamenta en el que una persona o grupo de personas ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente -al menos una vez por semana- y durante un tiempo prolongado -por lo me-



**nos seis meses- sobre una persona en el lugar de trabajo, con a finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo.**

### 5. Relación entre mobbing y otros fenómenos psicosociales.

Hay que tener en cuenta que los fenómenos psicosociales se alimentan fécilmente entre sí. Por ejemplo, los casos de estrés grave pueden dar lugar al desarrollo adicional de una adicción o al abuso físico o psicológico de otros trabajadores, o simplemente pueden llevar al trabajador a quemarse profesionalmente.

En la práctica nos vamos a encontrar con situaciones muy difíciles de calificar, debido a su similitud con otros fenómenos psicosociales así como a la propia subjetividad que conllevan. No obstante, hay dos elementos que nos van a permitir acercarnos a la valoración del problema de forma más acertada.

Por un lado, la intencionalidad de dañar a la víctima, es decir debe existir un propósito claro de perjudicar psíquica y socialmente a la persona que sufre el acoso, mientras que por otro los ataques del hostigador deben estar focalizados hacia una o varias personas, no debiéndose, por tanto, considerar acoso la puesta en práctica de comportamientos de naturaleza acosante pero dirigidos al conjunto de los trabajadores de forma indiscriminada, ya que en este supuesto nos encontraríamos ante un problema distinto en el que el acosador no presenta una fijación por dañar a una o varias personas en concreto, sino que su *modus operandi* consiste en crear un clima laboral sustentado en una situación tensa en el conjunto de la empresa, departamento, etc., que afecte a todos los trabajadores en el marco de una *estrategia de maltrato empresarial generalizado*.

Un amplio análisis del mobbing, advierte de inmediato sobre la conveniencia de estudiar, aunque sea someramente, otros fenómenos que aunque distintos del anterior pueden llevarnos a confusión dado que pueden formar parte o interactúan con los procesos de mobbing: estrés, *burnout* y acoso sexual.

En un estudio más profundo surge de inmediato la conveniente necesidad de aclarar estos conceptos, ya que mientras el estrés es una consecuencia, es decir una reacción del organismo ante unas condiciones de trabajo adversas, el acoso es un acto, un comportamiento cuyo ejercicio produce consecuencias sobre la persona muy próximas al estrés.

Algunos autores lo califican como subespecies de estrés y lo mismo sucede con el *burnout*.

## 6. Su impacto en el mundo jurídico

Un reconocido jurista argentino a quien se le encomendó un estudio del tema escribió:

*"Cuando recibí la invitación a participar de este encuentro, amén de un rápido repaso de nuestra bibliografía nacional acerca del mobbing particularmente centrada en sus aspectos jurídicos y un inmediato viaje interior a los datos que mi memoria almacenaba sobre el punto, pasé de la idea al acto arrojándome, trascurión, a la insondable vastedad que proporciona un "buscador" de Internet (en el momento actual de información globalizada, lo que no está en la Web probablemente no esté (en el sentido de "existir" o, si se lo quiere, de "ocurrir") en el mundo).*

*En aquel instante, Google repertoriaba algo más de 800 mil resultados sobre dicho vocablo; pocos días después superaba el millón y, en mi última compulsión —una semana antes de mi disertación.— esa marca había experimentado un descenso insignificante.*

*Demás está decir que, salvada hecha de relevar unos pocos de esos datos al solo título de curiosidad, la formidable magnitud de ese conjunto informativo me desistió de todo intento de recorrerlo pormenorizadamente; e, incluso, de satisfacer cualquier afán personal de clasificar sus materiales. Pero no de advertir lo que, por obvio, mal puede dejar de resaltarse: la generalizada preocupación que la ocurrencia del mobbing suscita en el mundo del trabajo. Y esto así cualquiera sea la perspectiva desde la que se lo trate".*

Recordando que es vieja advertencia de los comparatistas que el Derecho Comparado no es una comparación de normas extranjeras sino una evaluación de experiencias no nacionales y en base a este presupuesto, de las constataciones generales hechas por Roberto Izquierdo sobre el tema en análisis, el jurista rescata tres desde la visión comparatista:

- \* La diversidad de orígenes donde aparece expresada esta preocupación: por lo pronto, los científicos, a partir de los estudios que desde la psicología social y la sociología abordaron este fenómeno, para trasladarse luego a otros campos disciplinarios donde las relaciones laborales (entendidas en su sentido amplio) ocupan un lugar destacado; y luego los gremiales, judiciales y legislativos, a los que se suman los mediáticos que divulgan este problema y coadyuvan a la percepción pública de sus contornos.

- \* La preocupación por un acuerdo conceptual sobre sus alcances en el sentido de: i) localizarlo en el lugar de trabajo, ii) contextos idiomáticos mediante (*mobbing* en su original inglés y demás sociedades que, sin hablarlo lo adoptan, o *harcèlement moral* en el área francesa siempre celosa de su lengua), de vertirlo bajo términos equiparables al nuestro de "acoso", en sentido tanto vertical (por lo común en su dirección des-

cidente, del empleador o su representante sobre el trabajador o trabajadora, pero sin descartar el cambio de roles en la infrecuente dirección ascendente) como horizontal (entre trabajadores, o por la acción de un tercero sobre alguno de ellos), iii) afectante de la salud física o psíquica de la víctima, iiij) y de considerar que por su propia naturaleza revela un comportamiento reiterado donde interesan no tanto los móviles que lo inspiran como la perversidad del resultado que arroja en el plano individual, social y económico.

- Y la diferente intensidad con que se expresa esa preocupación:

- fuerte, en los países europeos, anticipada en la Carta Social Europea de 2000, ya concretada en Francia mediante la llamada "Ley de Modernización Social" de fines de 2002 por la que se acoge la figura antedicha tanto en el Código del Trabajo como en el Código Penal y en Bélgica con la ley del laboral mismo año aunque de diferente diseño (además del antecedente genérico del Reino Unido en su "Harassment Act de 1997, y los varios proyectos italianos de tiempo reciente),

- mitigada entre los norteamericanos donde suele presentarse amalgamada en la problemática mayor de los derechos civiles,

- y la incipiente presencia en los países de menor desarrollo como es nuestro caso y el de Brasil donde solo se lo especifica legislativamente en algunos ejemplos de normas locales para el empleo público), sin perjuicio de que en estos últimos el *mobbing* encaje en estándares genéricos de conductas patronales reprochables para las leyes laborales; aun cuando también se registran proyectos que con variado tenor pero sobre igual temática amplían la protección al empleo privado (caso del proyecto uruguayo de 2000 sobre Ley de Faltas Laborales Graves, o el argentino de la Senadora Rajer de 2001).

Evidentemente, salvedad hecha de que toda forma de acoso se configura como un comportamiento donde la persecución, hostilidad, agresión, ataque, mortificación o molestia (para solo citar los ejemplos mas visibles y al margen de su tenor insidioso) de carácter repetitivo, reiterado o mediante una acción que por su continuidad descarta la idea de fugacidad, el "moral" presenta un campo de actuación más amplio que el específicamente reconocido como "acoso sexual", se refiera ello tanto a la variedad de conductas con que el primero se expresa como al propósito que persigue o que logra.

## 7. Consideraciones finales

El fenómeno del acoso, aparece como una mancha enorme, difuminada, para cuya comprensión es indispensable advertir las aristas que el mismo ofrece.

Desde la indeterminación defintoria, hasta la declaración por parte de la Organización Mundial de la Salud afirmando que el siglo 21 es el siglo de las enfermedades mentales, se abre un espacio de contornos imprecisos y un sinfín de interrogantes tales como ¿Cuántas personas del mundo del trabajo padecen esta malaria?; ¿Se trata tal vez de una pandemia de la cual aún no se ha tomado debida nota?; ¿Sólo se está frente a este flagelo en el mundo del trabajo, o quizá es ese ámbito una de las manifestaciones más evidentes de un flagelo de dimensiones superiores?; ¿Cómo se abordan estas enfermedades desde el punto de vista médico, psiquiátrico y psicológico?; ¿Cómo se enfrentan económicamente y cuáles son las previsiones al respecto y si las hay? ¿Existe coherencia y acuerdo en los precedentes judiciales o por el contrario el activismo judicial hace de la imprevisibilidad un paradigma?

Es de evidencia manifiesta que las disciplinas que convergen en el análisis de este fenómeno son numerosas y más aún, no es posible concebir una indagación seria que no advierta el cúmulo de áreas involucradas como tentáculos para intentar dar cuenta acabada de ello.

Pretender dar respuesta a algunos interrogantes sin estar alerta sobre las imbricadas conexiones, dependencias, contradicciones que aparecen en el estudio, hacen peligrar los resultados de una investigación.

Del ensamble responsable de las piezas de este rompecabezas depende el saludable abordaje al fenómeno del mobbing. Como se ha intentado mostrar, no se trata de una paranoia colectiva, ni tampoco una moda instaurada solo para promover un nuevo tipo auspicioso de acciones judiciales tendientes a banalizar este espectro.... o a deformarlo, en la búsqueda de voluminosas indemnizaciones.

No es posible sin embargo enfrentar este fenómeno con seriedad, si el mismo no es abordado haciéndonos cargo del gigantesco y complicado espectro donde está montado.

Queda suscitadamente expuesto que estamos frente a un fenómeno que requiere para una comprensión seria, cualquiera sea ámbito desde el que se quiera partir o al que se pretenda llegar, que requiere ineludiblemente, de un cuidadoso y serio estudio interdisciplinario.

Los ámbitos descriptos son como dije, piezas de un rompecabezas...

#### Referencias bibliográficas básicas.

Revista Para Ti. "Cuando el trabajo mata". Textos: M. Fernanda Sanguinetti, año 2010, págs. 100 y sgts.

IRVING COPPI, Introducción a la lógica. Rudaña, Manuales, 1983

ULRICH KLUG, "Consideraciones sobre las definiciones semánticas en derecho", *Derecho Filosofía y Lenguaje*, Homenaje a Ambrosio L. Gioja, Ed. Astrea 1976, pag. 89 y siguientes.

PAOLO COMANDUCCI, decano de la Universidad Degli Studi de Génova, "La Indeterminación del Derecho", conferencia dictada en la Asociación de Magistrados de Córdoba, Agosto 1996.

RAFAEL BIELSA, "Los conceptos jurídicos y su terminología". Ed. De Palma, 3ª edición, aumentada, 1987.

JUAN RAMÓN CAPELLA, "El derecho como lenguaje", Colección Zetsin, Ed. Ariel, Barcelona, 1966

JUAN ANTONIO ALTÉS TÁRREGA, "El acoso del Trabajador en la empresa". Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR, Guía sobre el acoso moral en el trabajo. Consejo Andaluz de Relaciones del Trabajo, 2007.

ROBERTO IZQUIERDO, "Tratamiento de la problemática del acoso laboral en el ámbito empresarial. Políticas Preventivas. Incidencia de la representación Gremial" *Disertación en Encuentro SECOSE - 01/06/05*

TREGIANI, "Estudio sobre mobbing" citado por Izquierdo, op. cit.

FRANCISCO JAVIER ABAJO OLIVARES, *Mobbing Acoso psicológico en el ámbito laboral*, Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2004.

HIRGOTEN, MARIE-FRANCE, *El acoso moral en el trabajo, Distinguir lo verdadero de lo falso*, Editorial Paidós Conextus, Buenos Aires, 2.001.

SCIALFI, DIANA, *La violencia laboral en la administración pública Argentina*, Revista Venezolana de Gerencia, año 7, N° 16, 2002, Universidad del Zulia

SLUZKY, CARLOS, *Violencia familiar y violencia política: tropicaciones terapéuticas de un modo lo general*, en *Nuevos paradigmas y subjetividades*, Paidós, 1994.

ÁNGEL RUANO HERNÁNDEZ (doctor en psicología). *Mappe Seguridad* n° 78. 2000.

ERNESTO GALÍN, "Una Visión Sistemática y Cibernética del Derecho en el Mundo Globalizado del Siglo XXI. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.





## UNA PROBLEMÁTICA ACTUAL: "LA SITUACIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES"

María Estela Pflin\*

**Resumen:** El fenómeno de los movimientos migratorios mundiales posee características cada vez más complejas, respondiendo a variadas situaciones económicas, sociales, políticas, culturales y religiosas. Se hace referencia a la legislación argentina sobre Migraciones, analizando dentro del contrato de trabajo, la protección que el Derecho del Trabajo da a los trabajadores migrantes.

**Palabras Clave:** Movimientos migratorios - Políticas migratorias argentinas - Legalidad e ilegalidad de la permanencia de los extranjeros en el país - El contrato de trabajo, su objeto según la LCT - Legislación especial ley 25871/03.

### I. Introducción

Los movimientos migratorios conforman un fenómeno que desde antaño se observa en el mundo, alcanzando hoy un desarrollo inusitado, planteándose constantes interrogantes alrededor del tratamiento y atención que debe darse a los mismos.

En base a los primeros muestreos relevados e inclusive intuitivamente, se advierte que: *En Argentina se dan notas de discriminación a los migrantes, sin que el común de la población les dispense el mismo trato que a los connacionales.*

Sobre el tema resulta imperioso destacar que el debate sobre los migrantes no es nuevo, pero el impacto que éste tiene en el Derecho en general y en el Derecho del Trabajo, tiene algunos años y al respecto se están elaborando doctrinas.

El fenómeno descolló en Europa desde la antigüedad, el estado conquistador tomaba a la población conquistada como esclava y éstos eran quienes debían realizar todas las tareas de la comunidad.

---

\* Abogada. Notaria. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina. Profesora Titular de la Cátedra de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Miembro del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Córdoba. Autora de numerosas publicaciones científicas sobre Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Hoy en día, a pesar de contar los estados europeos con economías sólidas, regímenes políticos estables, idiosincrasias antiguas, consolidación social, debido a la crisis económica financiera mundial que también ha golpeado esas regiones, el brote xenóforo es una realidad.

Siguiendo los lineamientos de estos países con estructuras distintas a las argentinas, pero también acuciados por la problemática, se efectúa un ejercicio comparativo, no intentando modificar o lograr reformas en la legislación existente sobre el tema, sino *para tomar conocimiento de lo que está pasando*. Para saber cómo está funcionando la posible protección en otros países, ya que la funcionalidad, da la pauta siempre válida del contexto a que se hace referencia.

Es antigua la advertencia de los comparatistas, en el sentido que "el Derecho comparado, no es un catálogo de normas extranjeras, sino un conjunto de experiencias no nacionales". Se compara para conocer, para analizar o para mejorar el derecho...

Con estas y otras aseveraciones similares, en las que se reclama una protección para los migrantes que necesitan cumplir tareas fuera de su tierra, en muchos casos para su subsistencia, surgen una serie de interrogantes, ya que en general no se alcanza a medir hasta qué punto la legislación laboral les es tuitiva.

Y si se tiene en cuenta que la función del Derecho del Trabajo, como derecho social, es la de proteger a "*todos los trabajadores*", cumpliendo el imperativo de Kant —de no tratar jamás al prójimo como mero medio, sino de ver en él a la persona y su dignidad— se impone la profundización en cualquier ámbito del ordenamiento jurídico del concepto "*alterum non laedere*", que comprende el respeto al derecho fundamental del hombre de "*vivir al abrigo del temor y de la necesidad*"<sup>1</sup>.

Por ello las diferenciaciones en la normativa laboral, en este caso en atención a la nacionalidad de los efectivos en las empresas, no pueden existir ni dar lugar a exclusiones de beneficios reconocidos, solo por el hecho de no tratarse de connacionales, sin darle al extranjero al menos una cierta equivalencia, a fin de que no queden fuera de la imperiosa protección.

El mundo está viviendo, en estas épocas —desde fines del siglo XX— una crisis que ha impactado profundamente en la economía de todas las regiones. En Latinoamérica la gran crisis mexicana, llamada "Crisis del

<sup>1</sup> KROTOSCHIN ERNESTO. *Tendencia actuales en el Derecho del Trabajo* Ed. Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1969, Pág.46.



Tequila"—Año 1994—, la "Crisis del tango" en Argentina —1995—, influyeron negativamente en el trato que se les dispensa a los migrantes.

A ello debe añadirse que la crisis financiera de comienzos del siglo XXI, llevaron a innumerables personas a tener que abandonar sus lugares de origen en busca de otros horizontes, de allí el reclamo de normas de contratación que contemplan la situación de los migrantes, programas que tengan al trabajo, como factor de integración social.

Se advierte también en esta época, que con motivo de la apertura de la economía —desde principios de la década del 90—, muchas empresas debieron modificar su sistema productivo y de organización, no resultando nuestro país ajeno a esta tendencia, luchando para mantener un cierto nivel de competitividad, ya que en el orden interno, los productos nacionales fueron desplazados por los de países que utilizan técnicas y procedimientos más modernos y ofrecen mejores condiciones, tanto en materia de calidad como de precios —China, Taiwán, el sudeste asiático—<sup>2</sup>.

Frente a esta realidad social y económica, los extranjeros, mas aún los que no cuentan con su documentación en orden, son obligados a aceptar contratos de trabajo depreciados, salarios inferiores, *conformándose una situación de discriminación negativa hacia los mismos, frente al resto del colectivo laboral.*

Es sabido que los tiempos actuales se caracterizan por *la aceleración de las transformaciones impredecibles*, los grandes cambios en las relaciones psico sociales, el creciente interés por la economía de mercado, la globalización de la economía, las instituciones de gobierno pluri partidarias en las democracias, la redefinición del rol del Estado Nacional, la creciente atención por el medioambiente, el acento en el cuidado de la energía, el riesgo constante y mundial del encarecimiento energético y su revalorización en la composición de la calidad de vida, los cambios en la organización laboral<sup>3</sup>, fenómenos a los que se les deben sumar los movimientos migratorios.

Se está modificando a pasos acelerados, la realidad social, con graves consecuencias para los trabajadores extranjeros, quienes han dejado sus hogares y en ellos todo lo que poseían.

"El futuro es siempre un misterio prácticamente indescifrable y a estar por lo que se sabe del conocimiento del pasado —la historia—, tiene sus sorpresas. Por eso la actitud mental correcta para enfrentarlo parece

<sup>2</sup> VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO. "Algunas características del contrato laboral, situaciones discutidas" *Revista Derecho Laboral*, Rubinzal Culzoni, 2006-2, Pág. 21.

<sup>3</sup> SCHAPIRA, LEOPOLDO. "Los juegos y simulaciones en la enseñanza de las ciencias sociales", *Astoria* N.º 4, *Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

ser, usando una expresión del cardenal Nicolás de Cusa, *la docta ignorancia*. Si se intenta sondear lo inimaginable que vendrá, sólo queda el recurso de ver lo que ya está sucediendo, o comenzando a suceder"<sup>4</sup>.

En efecto, respecto a este fenómeno no hay posibilidades de prever resultados y sin dudas los mismos serán ambivalentes.

## 2. El concepto de inmigrante

La ley 17.294 (B.O.02-06-67), que regulaba la Ocupación y Contratación de Extranjeros, no contenía definición alguna, si prohibía la contratación de extranjeros que se encontraran ilegalmente en el país o que hubieran ingresado como residentes temporarios.

La ley 25.871 (17/12/2003) que implementa la Política Migratoria Argentina y establece los Derechos y Obligaciones de los extranjeros define en el art 2º el concepto de inmigrante como: "*todo aquel extranjero que desee ingresar, transitar, residir o establecerse definitiva, temporaria o transitoriamente en el país conforme a la legislación vigente*".

Establece que será el Ministerio del Interior la autoridad de aplicación, e implementa las líneas políticas fundamentales y bases estratégicas en materia migratoria.

## 3. Factores que impulsan la inmigración

Los movimientos migratorios internacionales han comenzado a despertar el interés mundial; en efecto, no pueden soslayarse por la influencia que ejercen en la economía, reconociéndose en estas últimas décadas un aumento en su intensidad y complejidad.

Buena parte de la inmigración actual puede considerarse un fenómeno provocado por *factores económicos, o por una combinación de factores económicos, sociales y políticos*, como pueden ser la falta de libertad de algunos regímenes políticos, —países que viven sin democracia—. El fenómeno probablemente entre otros puede atribuirse a factores denominados de "empuje" o de "atracción", o porque no pueden permanecer en su país de residencia o se sienten atraídos por las posibilidades de mejorar su calidad de vida, sin dudas deficiente en su país de origen.

<sup>4</sup> LÓPEZ JUSTO "Sobre el Futuro del Derecho del Trabajo. El misterio del futuro" Ponencia presentada al X Congreso de Política Social, Laboral y Previsional: "El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en el Tercer Milenio" Fundación de Altos Estudios Sociales, FASES. Buenos Aires, 07 / 09 de Octubre de 1996, Pág.20

No escapa a cualquier observador que la ventaja de la inmigración, debido a factores fundamentalmente económicos, es que presenta problemas que son más fáciles de manejar, ya que el inmigrante *es un ser débil*.

La inmigración ha llegado a crear serias tensiones, se recuerdan los disturbios en prácticamente todos los países receptores (siendo los más destacados los acontecimientos de este siglo XXI, acaecidos en países como Francia, en la época de Villepin, con los inmigrantes musulmanes-, también la inmigración de albaneses a Italia, turcos a Francia, somalíes a España, la situación de los Países Bajos que sufren en la actualidad tensiones externas e internas al plantearse los separatistas la necesidad de volver a sus antiguas conformaciones flamencas), que producen un constante éxodo de ciudadanos hacia otros países, ante el temor que los choques armados y rebeliones producen.

A su vez la inmigración por causas económicas o laborales, se caracteriza por ser una respuesta a la demanda de mano de obra migrante, por parte de los países receptores, por lo que con ella se pretende conseguir un crecimiento económico, por ejemplo: cómo fue necesario la presencia de inmigrantes africanos para resolver los requerimientos de la economía española - con escasez de mano de obra propia para ciertas actividades dentro de la construcción -, que hoy se ha transformado en una problemática, debido a la verdadera irrupción de inmigrantes de países del norte de África.

Por otra parte también se debe analizar la otra cara del fenómeno, y así verificar, cómo los países considerados "de origen", se benefician gracias al dinero que les envían quienes se asentaron buscando nuevos puestos de trabajo, resultando esta inmigración en última instancia, conveniente para ambos grupos.

Si bien esto se puede tomar como una faz positiva de los movimientos migratorios, ya hemos resaltado que tienen su faz negativa, la que se da con el ingreso al país —por ejemplo lo que sucede en Argentina con los inmigrantes paraguayos, bolivianos, peruanos—, que plantea serios problemas, ya sea porque pueden ocupar puestos de trabajo de los nacionales, porque requieren especiales políticas de empleo, porque se encuentra todo este colectivo fuera de la protección del Derecho de la Seguridad Social, a la vez que se acentúa el nivel de inseguridad en las fronteras del país, ya que este incesante intercambio se presta al ingreso ilimitado de vendedores, en casos traficantes, etc.

Tampoco existe una posibilidad cierta de ejercer en toda la línea limítrofe del país, un verdadero control estatal, resultando imposible instrumentar una política de fronteras, ante la amplitud de las mismas y las extensas zonas escasamente pobladas y a su vez la incorporación de esta mano de obra barata, compite en forma totalmente desleal con el trabajo registrado, desalentando en algunos sectores la contratación formal.

Y así los datos económicos y demográficos de otras regiones por ej: de los países del África subsahariana, indican que es probable que el mundo se encuentre en el umbral de un movimiento migratorio, que podría llegar a convertirse en "el mayor de la historia".

A la par de estas notas y aproximadamente desde el año 2001, el elemento religioso y las connotaciones culturales, vinculadas a diversas religiones, han pasado a presidir el debate público sobre los pro y los contra de la migración internacional, lo que lleva a concluir que no está claro de qué forma nacen las corrientes migratorias, si es preciso advertir que de mantenerse estos éxodos masivos, cada vez serán más serios los problemas a superar, al menos en los países que deben recibir las corrientes migratorias.

Las cifras que se manejan en este submundo son alarmantes, en el año 2005 llegó a ciento noventa y un millones de personas, el equivalente al 3% del total de la población mundial, pudiendo según las predicciones llegar a conformar entre todos ellos, un inmenso país con connotaciones internas totalmente diferentes.

"Según estimaciones de Eurostat —informe europeo—, en el año 2004 el número de extranjeros residentes en la UE, se situó en prácticamente 25 millones de personas, alrededor del 5,5% de su población total. En términos absolutos la mayor parte de ellos residía en Alemania, Francia, España, el Reino Unido e Italia.

Los turcos constituyen el grupo de inmigrantes más numeroso de toda Europa, con una presencia considerable en Alemania, Dinamarca y los Países Bajos, hay que tener en cuenta que, después de Rusia, Turquía es el mayor país en términos de población fronteriza con la Unión Europea."

Esta problemática llevó a conformar comisiones de estudios de europarlamentarios, los que concluyeron el 18 de junio de 2009, tras tres años de debate, elaborando una norma comunitaria que establece que los inmigrantes sin papeles, que sean detenidos en suelo europeo, podrán pasar hasta dieciocho meses retenidos en centros de internación, mientras se tramita su expulsión y una vez expulsados no podrán volver a Europa por cinco años.

Esta ley ya recibió el visto bueno de los gobiernos de los veintisiete países de la Unión Europea y entrará en vigor dos años después de producirse su publicación oficial, alzándose en la actualidad muchas voces en contra.

Otro tema que se advierte al respecto, es el de la importancia del peso cultural que puede tener en un país, la llegada de esta ola de inmigrantes; así no serán solo los connacionales los que piensen y decidan sobre la vida, los puestos de trabajo, el rumbo que debe darse a su patria, sino que esta gran influencia también llegará a tener su peso en las decisiones

nacionales, situación que se observa claramente con los hispano parlantes en la zona de la Florida, en los Estados Unidos de Norteamérica, los que han accedido hasta a importantes puestos políticos.

A nivel mundial el debate sobre la influencia del movimiento migratorio, en el Derecho y la Economía está abierto, más no se alcanzan a vislumbrar sus límites, es otro fenómeno del cual no se pueden prever resultados ciertos en el corto plazo, que produce desconcierto y desconfianza, pero es una realidad que las contrataciones que se hacen entre personas con desigual poder y resistencia económica, están conduciendo a distintas formas de explotación, incluso las más abusivas.

#### 4. Las notas que caracterizan a la empresa en la actualidad

"Toda empresa comprende necesariamente tres elementos irreductibles: a) un personal asalariado que desarrolla sus tareas, b) que está sometido a la autoridad de un Jefe dentro de la empresa, c) la que tiene en vista la realización de una actividad determinada. Pero a estas tres notas, ya desde antaño la doctrina francesa le ha añadido un nuevo elemento: la organización — empresa — debe tener una finalidad social, comunitaria. ("Teoría Institucional de la empresa," contribución de Paul Durand relacionando su pensamiento con ciertas concepciones filosóficas alemanas sobre la *relación laboral*, que en ese país no tuvieron éxito, pero que sí se desarrollaron en Francia).<sup>6</sup>

Esta concepción rechaza la noción romanista e individualista del "arrendamiento de servicios" y pone el acento sobre el carácter personal de las relaciones laborales, distanciándose del Derecho contractual y de las relaciones patrimoniales.

"Las partes en la empresa son inseparables una de otra, y ambas obtienen mutuo provecho de esta unión, pero es esta finalidad superior la que condiciona y limita los poderes funcionales otorgados a su jefe, (poder legislativo, poder de dirección y poder disciplinario), fundadas estas prerrogativas en las responsabilidades que debe asumir".

En Francia es pionera la doctrina denominada "*contractual internacional*", la que sostiene que si bien el contrato de trabajo encierra un desnivel entre los protagonistas, lo que conlleva una *limitación negociada* que hace necesaria una protección especial a la parte más débil, hay también un *elemento estructural*, que se debe interpretar con fundamento en las ne-

<sup>6</sup> CAMBLYNK G.H. G. LYON-CAEN : *Derecho del Trabajo*. Aguilar S.A., Madrid, 1974, Pág. 255 y siguientes.

cesidades sociales que se viven en la actualidad, hoy se impone privilegiar el bien común de la sociedad, por sobre el bienestar individual".

"Aplicando esta doctrina se logró dar vida a los "Comité de empresas", tratando de lograr la participación de los trabajadores en los frutos de la expansión, continuidad de la vinculación entre éstos con la dirección empresaria, y ya se han logrado cláusulas en convenios colectivos que asocian de diversas formas el personal a la gestión económica, al estatuto profesional y disciplinario, a la distribución de los beneficios", "pero de esta positiva participación se excluye a los trabajadores migrantes".<sup>7</sup>

En Argentina, el tema que hace referencia a la pertenencia de los trabajadores a la empresa, o al manejo, estructuración, reforma del estatuto de empresa, participación en la gestión y en los beneficios, es aún una expresión de deseo, se está luchando para lograrlo, pero no es una realidad.

Se advierte a su vez que la empresa ha cambiado su concepción original —cerrada, interna autosuficiente—, hacia una idea de "empresa abierta", relacionada, integrada al medio, se desarrolla mediante el requerimiento de nuevos servicios, que exigen nuevas actividades y nuevas uniones de empresas, las tercerizaciones están a la orden del día pero éstas han traído precarización en el caso de los trabajadores nacionales, agravándose en los casos de contratos de extranjeros.<sup>8</sup>

## 5. El objeto del contrato de trabajo

La ley de Contrato de Trabajo 20744/74 establece en el art. 37 que el contrato de trabajo, que se desarrolla en el seno de las empresas, tendrá por objeto la prestación de una actividad personal e infungible, determinada o indeterminada.- Se advierte que la prestación a que hace referencia este artículo es la que está a cargo de los trabajadores, definidas en los arts. 21 y 22 LCT.

El art. 21 define a la prestación como "la actividad a que se obliga una persona física.

Destaca Carlos Etala que el art. 37 LCT cuando se refiere al objeto de la contratación laboral lo hace parcialmente, pues sólo se indica una de las prestaciones que tipifican la relación -la del trabajador- dejando de

<sup>7</sup> CAMBERLYNCK G.H., G LYON CAEN Ob. Cit. Pág. 263.

<sup>8</sup> SPYBOPOULOS, GEORGE. *Sindicalismo y Sociedad. Problemas actuales del sindicalismo en el mundo*, Ed. Humanitas, Buenos Aires, 1991, Pág. 40.

<sup>9</sup> MONZON, MAXIMO DANIEL. "Diálogo entre la industria y el Derecho del Trabajo" sobre el Tema: "Impacto de las nuevas tecnologías en las condiciones de Trabajo y Empleo", 1.º Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, abril de 1987, Buenos Aires.

lado la contraprestación del empleador, que se analiza en los arts. 21, 22, 26, 74 y 103 LCT<sup>9</sup>

Art. 21 "..... a prestar servicios a favor de la otra y bajo la dependencia de ésta y a cambio de una remuneración".

Art. 22 "...prestar servicios a favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración..."

Art.26 "...empleador ...la persona....., que requiere los servicios de un trabajador"

Art.74 "el empleador está obligado a satisfacer el pago de la remuneración debida al trabajador...."

Art.103 "A los fines de esta ley se entiende por remuneración la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo...."

En estas normas se reconoce claramente que en el contrato de trabajo existe prestación (del trabajador) y contraprestación del (empleador) pero para completar este pensamiento no debe olvidarse al tratar el objeto del contrato de trabajo —art. 4 de la L.C.T. que "trabajo es... toda actividad lícita que se presta a favor de quien tiene facultad de dirigirla..."— y se agrega en el segundo párrafo de este artículo que el *principal objeto* "es la actividad productiva y creadora del hombre en sí misma". La norma propone una concepción filosófica de trabajo, dándole al mismo una noción humanista, lejos de la de explotación o de una idea *mercantilista* o *economicista de la actividad humana*<sup>10</sup>.

En la prestación, objeto del contrato de trabajo, no puede aceptarse una forma de sometimiento a la voluntad o al arbitrio de otro, si bien es cierto que el trabajador se obliga en el contrato a entregar a otro su fuerza de trabajo, su capacidad de crear, de producir, de desarrollarse, de progresar, es decir pierde parte de su libertad.

Dentro de los contratos de trabajo con objeto prohibido se enumeran, —aquellos que las normas legales o reglamentarias hayan vedado el empleo de determinadas personas o en determinadas tareas, épocas o condiciones—.

Dentro de la enumeración "en el empleo de determinadas personas" se hace especial mención a la prohibición de contratar a "los extranjeros que residan irregularmente en el país que no podrán trabajar o realizar tareas remuneradas o lucrativas, ya sea por cuenta propia o ajena, con o sin relación de dependencia. (Según art. 53 Ley 25.871/03).

Estas prohibiciones son en su mayoría en protección al mismo trabajador-para evitar que sean explotados-, pero también lo son por respeto

<sup>9</sup> ETALA, CARLOS ALBERTO, *Contrato de Trabajo*, Astres, Buenos Aires, Pág. 157

<sup>10</sup> ETALA, CARLOS ALBERTO, *Ob. Cit.* Pág. 26

al orden público en general, como es el caso de las que obedecen a razones de seguridad nacional.<sup>11</sup>

## 6. El inmigrante ilegal

Dentro del marco y objetivo de este estudio, resulta relevante profundizar el supuesto de trabajo prohibido respecto a las tareas cumplidas por inmigrantes ilegales, por la trascendencia que el tema posee y en especial por las disciplinas que es necesario interrelacionar.

En un libro publicado en el año 2000 por la OIT titulado "Trabajadores sin fronteras. Impacto de la Globalización sobre la Migración Internacional", su autor Peter Stalker expresa que en un mundo de ganadores y perdedores, *los perdedores no desaparecen, sino que simplemente buscan donde ir*.

Desde lo individual y es una realidad que se puede contrastar a diario a través de los informes en los medios de comunicación, a estas personas se les niega condiciones mínimas de vida, a algunos hasta se les ha privado de su derecho fundamental de libertad, no cuentan con una vivienda digna, comida, protección a la salud, siendo que es reiterada la posición de la Corte Suprema en el sentido que "es el hombre la razón de todo sistema jurídico y que en tanto fin en sí mismo, —mas allá de su naturaleza trascendente—, su persona es inviolable y constituye en valor fundamental, con respecto al cual los restantes, tienen un carácter instrumental".

## 7. Contenidos específicos de la ley 25.871/04

En este análisis que es solo una aproximación al tema, se debe partir del reconocimiento que hace la ley fundamental del Estado —Constitución Nacional— ya que no contiene diferencias, entre trabajadores nacionales o extranjeros, el art. 14 C.N consagra para todos los habitantes de la Nación la libertad de trabajar y ejercer industria lícita, y de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino.

El art. 14 Bis C.N reconoce el derecho al trabajo, al goce de la Seguridad Social y a la libertad sindical y el art. 16 C.N. garantiza la igualdad ante la ley y la admisibilidad en los empleos, sin otra condición que la idoneidad.

Dentro de este marco constitucional, la Ley Migratoria 25.871, sancionada a fines del año 2003, prescribe cuales serán todas las tareas admi-

<sup>11</sup> PASCUAL TORRES EVA DEL ROSARIO "Objeto del Contrato de Trabajo" presentado ante el Instituto Hurtado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba.



nistrativas necesarias, para poder llegar a desempeñar actividades remuneradas en la República Argentina.

Al respecto contiene una prohibición expresa al trabajo que puedan prestar extranjeros que residan ilegalmente en el país —Art. 53—, sin que se les pueda proporcionar alojamiento ni aún a título oneroso, en caso que se encuentren residiendo irregularmente.

La reforma a la ley de migraciones tomó como antecedente la *"Convención Internacional sobre Protección de todos los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares"*.

Expresa Gerardo Corres al respecto, que este instrumento internacional es de gran significación para países de alta emigración. También se destaca como instrumento de importancia la *"Discusión General sobre la cuestión migratoria en la 92 Conferencia Internacional del Trabajo"*.

A su vez el Convenio 97 OIT, en su art. 6º sobre los trabajadores migrantes, establece *"que sólo para los trabajadores en condiciones de regularidad habrá obligación de los Estados del reconocimiento a un trato no menos favorable que el que se aplica a sus propios nacionales en temas trascendentes, que hacen a la persona e identidad del trabajador, como lo son las condiciones de trabajo en general, afiliación a las organizaciones sindicales, a la vivienda, a la Seguridad Social, reconocimiento de la posibilidad de deducir las acciones judiciales para la defensa de sus derechos etc."*<sup>21</sup>

La OIT ha reiterado esta protección en la Recomendación N° 86 y en la Segunda Parte del Convenio N° 143.

Aclara Corres en su estudio que en el Convenio N° 143 se avanza respecto a la obligación de los Estados de garantizar un mínimo de protección a los migrantes, aunque hayan ingresado o hayan sido contratados en forma ilegal y no puedan regularizar su situación<sup>22</sup>, (en la realidad se les exige certificaciones de antecedentes penales, documentación que deben obtener en su país de origen, partidas e inscripción en el registro civil de las personas, etc.), lo que se torna casi imposible de cumplimentar por el inmigrante.

Pero es en base a estos antecedentes que la ley que se trata, tiende a lograr la inserción en la sociedad del migrante, para así dar cumplimiento a los Convenios Internacionales sobre los derechos humanos.

En lo laboral dispensa al trabajador migrante irregular igual trato que la ley anterior, asegurándole sus derechos durante el tiempo que hayan trabajado, sin que por ello queden equiparados a los trabajadores regulares,

<sup>21</sup> CORRES, GERARDO "La nueva ley migratoria. La situación de los Trabajadores Extranjero e Algunas particularidades del Mercosur". Derecho del Trabajo-Año 2005-2, Rubinzal-Culzoni Buenos Aires, Pág. 211.

<sup>22</sup> CORRES, GERARDO. Ob. Cit. Pág. 215.

art. 16 "se impondrán sanciones a los empleadores, y no se menoscabará los derechos de los trabajadores inmigrantes frente a sus empleadores en relación a su empleo", así se les reconocen (salarios, indemnizaciones, protección contra accidentes y enfermedades, etc.). Ello también en base a lo que establece el art. 56 de la ley "no se extingue al empleador o dador de trabajo del cumplimiento de las obligaciones emergentes de la legislación laboral, respecto del extranjero, cualquiera sea su condición migratoria."

La ley contiene sanciones frente a las faltas cometidas por el empleador, por contratar a un trabajador inmigrante ilegal — multa equivalente a 50 salarios, los que aumentan a 100 si estos trabajadores tienen menos de 14 años—. Prevé la posibilidad que el Ministerio del Interior establezca otro tipo de sanciones para los empleadores dadores de trabajo y alojamiento, fundamentada en la protección del migrante, la asistencia y acción social.<sup>14</sup>

Pero a pesar de esta clara disposición —dictada en consonancia con los tratados y recomendaciones internacionales, en el sentido de proteger laboralmente a los trabajadores migrantes y reconocerles iguales derechos que a los nacionales— el Ministerio de Trabajo de la Nación, dentro de su Plan nacional de regularización del trabajo, —lucha contra el trabajo en negro— cuando realiza inspecciones y detecta la presencia de trabajadores extranjeros (que resultan irregulares frente a AFIP), declara al "contrato como nulo" y exime al empleador de las consecuencias sancionatorias que le deberían acarrear tener empleados en esas condiciones. (Resolución que le corresponde tomar a la justicia laboral y que se contrapone con lo dispuesto por el art. 42 de la LCT y el art. 67 de la Ley 25.871, que reconoce al inmigrante irregular, el derecho a percibir salarios y toda otra prestación que le pudiese corresponder frente a su prestación laboral).

Se puede aseverar que la nueva legislación genera un avance, que coloca a nuestro país en un lugar privilegiado en el mundo, por los temas que aborda y el respeto a los derechos humanos que propugna respecto a esta problemática, pero la realidad es aún alarmante.

La jurisprudencia es conteste con la legislación y así lo ha resuelto la Sala V° de la CNTrab. en el caso "Dávila Guevara Eglá Leonor C/ ROVEPE SRL Despido"<sup>15</sup> 23/04/08 con voto del Dr. Oscar Zas, quien concluyó resolviendo que "del bloque de legalidad de la LCT, surge claramente que el contrato de trabajo celebrado con un trabajador extranjero en situación de ilegalidad, es un contrato de objeto prohibido y de acuerdo a la ley de migraciones aplicable, los empleadores quedan obligados al pago de sueldos, salarios y comisiones al personal al que le hubieran proporcionado trabajo

<sup>14</sup> CORRES, GERARDO Ob. Cit. Pág. 224.

<sup>15</sup> "DAVILA GUEVARA EGLA LEONOR C/ ROVEPE SRL S/ DESPIDO" -CNTRAB-SALA V23-/04/2008- SD. Expte. N° 25056/08.

u ocupación; en violación a lo dispuesto por las normas migratorias pertinentes". (Cita a su vez las normas del Derecho Internacional, de los Derechos Humanos y lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Asevera que "el respeto y garantía del goce y ejercicio de los derechos deben realizarse sin discriminación alguna, tanto por el Estado como por los particulares".

En otros actuados acerca del tema procedió la justicia a revocar una disposición del Colegio de Traductores de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por no querer matricular a una ciudadana ucraniana, que no cumplía con los cinco años de ejercicio de ciudadanía en el país. La sala J de la Cámara Civil, integrada por María del Rosario Mattera, Zulema Wilde y Beatriz Verón, revocó la decisión del Colegio de Traductores de la Capital Federal "de no otorgarle la matrícula de traductora a una mujer de nacionalidad ucraniana, que no cumplía con los requisitos de ejercicio de la ciudadanía".

"En la causa "Koverznyeva Ana s/Apelación de resolución del Colegio de Traductores", trinitada por una mujer que nació en Ucrania y que obtuvo el título de traductora pública en idioma inglés en una Universidad privada en nuestro país, tras lo cual decidió matricularse en el Colegio de Traductores Públicos de la Ciudad de Buenos Aires. Desde el Colegio se resolvió que el pedido de inscripción debía ser denegado ya que "el art. 4 inc. a) de la Ley 20.305" exige como requisito "ser argentino, nativo o naturalizado con 5 años de ejercicio de la ciudadanía". La mujer ucraniana poseía la nacionalidad argentina naturalizada pero desde octubre del 2009. El Tribunal interviniente, según un fallo plenario "dictado por la Cámara Nacional en lo Civil en pleno, del 2 de agosto de 1977 donde se sostiene que "la exigencia del art. 4 inc a) de la ley 20.305, vulnera los derechos reconocidos a los extranjeros en los arts. 14 y 20 de la Constitución Nacional "de trabajar y ejercer toda industria lícita y que "los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano y por ende, pueden entre otros, ejercer su industria, comercio y profesión. Que está inspirado en el proyecto de Juan Bautista Alberdi que tenía como objetivo desarrollar políticas inmigratorias para poblar, estimular el comercio, la industria, acabar con el desierto y engrandecer de ese modo el país, favoreciendo la situación de los eventuales inmigrantes para atraerlos a la República Argentina". En el mismo sentido un fallo de la Corte en el que se analiza el alcance del art. 20 C.N. donde el Tribunal por unanimidad declaró la inconstitucionalidad de una normativa provincial que "prohibía a una ciudadana norteamericana con título de maestra jardinera obtenido en nuestro país, ejercer esa profesión en la escuela pública de gestión privada" amparando así "el derecho de la extranjera a enseñar", por lo que procedió a revocar la resolución del Colegio de Traductores".

### 8. ¿En qué situación están los trabajadores migrantes en el país?

Tal como se ha dicho se vislumbra a la par de las normas analizadas que impactan en las relaciones sociales y laborales, otras dimensiones complejas del tema que constituyen un problema jurídico, con efectos prácticos, que requiere conocer si se cumple con el mandato constitucional de respeto al amplio sector, que conforman los trabajadores migrantes.

*En primer lugar se advierte que los inmigrantes tratan de servirse, al ingresar al país, de una economía que consideran más estable con respecto a su país de origen, aprovechando en algunas oportunidades el empresariado argentino para provocar un uso intensivo y fraudulento de los recursos humanos a su disposición.*

Y así los trabajadores migrantes, son sometidos a jornadas extraordinarias de labor, al cumplimiento de exigencias en la elaboración de cantidad y calidad de productos, son dependientes titulares de una relación laboral que por su naturaleza, los coloca en una posición débil al interior del mercado de trabajo, con contratos precarios, con una formulación necesariamente imprecisa, atípicos, en cuanto distintos del modelo general, desarrollando sus tareas en el domicilio del empleador, que es en muchas oportunidades en donde conviven en condiciones inhumanas con sus connacionales.

Respecto a la creciente necesidad de inspeccionar el cumplimiento formal y sustancial de la legislación laboral por parte del empresariado, se advierte que hay una ausencia de controles administrativos —por falta de personal y de presupuesto—, lo que deja a estos asalariados fuera del campo de las garantías de seguridad en el empleo, que están legisladas en los Convenios Colectivos y las leyes laborales.

Se verifica que para arribar a conclusiones, que plasmen soluciones a esta temática, se debe tener en cuenta la interconexión e interinfluencia entre distintas ramas del saber.

En efecto, en el análisis y solución del problema se interrelacionan actores públicos y privados de la Economía, el Derecho del Trabajo, el Derecho Internacional, el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Comparado, Políticas de Estado, Técnicas de Estadísticas, la problemática religiosa, cultural, alcanzando a referentes empresariales, trabajadores, inversores, académicos y solo podrán obtenerse soluciones concretas con el accionar transparente de las partes en juego y atendiendo a la complementariedad que existe entre estas ramas del saber.



## PANORAMA DE LA LEGISLACIÓN ACTUAL EN MATERIA DE TELETRABAJO EN RELACIÓN DE DEPENDENCIA\*

Carla Saad de Bianciardi<sup>\*\*\*</sup>  
Magali Checo<sup>\*\*\*\*</sup>  
Matías Gattuso<sup>\*\*\*\*</sup>  
Lorena Murrujois<sup>\*\*\*\*</sup>

**Resumen:** El trabajo aborda la descripción de la legislación comparada y nacional sobre el Teletrabajo en relación de dependencia, partiendo desde la regulación dada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), pasando por el continente europeo finalizando con la descripción y análisis de la forma legal de abordar el tema por legislaciones de América Latina.

**Palabras clave:** Legislación Europea – Legislación Sudamericana - Teletrabajo.

### 1. Introducción

El estudio sobre "teletrabajo", más precisamente del que se ejecuta en relación de dependencia, supone la necesidad de conocer el tratamiento que las distintas legislaciones le dan al mismo, con el fin de comparar y construir aportes dirigidos al estudio de esta figura en nuestro país. Esto es así, por cuanto aún hoy no existe en Argentina la sanción de una legislación específica para esta especial prestación de tareas.

\* El artículo está construido bajo el resultado del informe de legislación actualizado a julio de 2011 del proyecto de investigación acreditado en SECYT-UNC, "El teletrabajo en el sistema de riesgos del trabajo Argentino-su encuadre y adecuación", su análisis crítico será producto del informe final de la investigación en curso.

<sup>\*\*\*</sup> Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, directora de proyectos con subvención SECYT-UNC, Categoría III, Profesora de Taller de Jurisprudencia I y Práctica Profesional III, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Email: carlasaad@hotmail.com.

<sup>\*\*\*\*</sup> Abogada, investigadora asistente ad-honorem del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

<sup>\*\*\*\*</sup> Ayudante alumno, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

<sup>\*\*\*\*</sup> Ayudante alumna, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

En ocasión de describir la inserción de la figura "teletrabajo" en la legislación argentina, manifestamos<sup>1</sup> que esta modalidad de prestación de servicios, como fenómeno contemporáneo, no tiene una definición consensuada, siendo varios los autores<sup>2</sup> que la ensayan y marcan un posible camino para encuadrarla. Avanzando en el tema, se aborda la descripción de la legislación comparada y nacional sobre el Teletrabajo en relación de dependencia, partiendo desde la regulación dada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), pasando por el continente europeo y la descripción y análisis de la forma legal de abordar el tema por legislaciones de América Latina, para finalizar acercándonos a un desarrollo conceptual.

## 2. Identificación del instituto en la legislación comparada y nacional

### 2.1 Normativa de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), aun no ha dictado norma o convenio alguno que establezca pautas especiales para regular el teletrabajo. Ello conllevó a interpretar que la normativa aplicable al mismo sería el Convenio sobre trabajo a domicilio N° 177, del año 1996<sup>3</sup> y la Recomendación sobre el trabajo a domicilio N° 184<sup>4</sup>.

El Convenio define en su art. 1 al trabajo a domicilio como el "trabajo que una persona realiza en su domicilio o en otros lugares que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador, a cambio de una remuneración, con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quien proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello".

El hecho que el Convenio incluya la prestación de servicios como una variante más de trabajo a domicilio, permite que sus disposiciones resulten aplicables al teletrabajo, el cual consiste en todas sus variantes en la prestación de un servicio<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> SAAD DE BIANCIOTTI, Carla. "Teletrabajo, su inserción en la legislación laboral Argentina", Anuario XII, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, La Ley SAEol, Buenos Aires, 2011, pág. 328.

<sup>2</sup> SAAD DE BIANCIOTTI, Carla, Ob. Cit., pág. 328 a 330, entre los nombrados: Anne de Beer y Gerard Blanc, Miguel De Virgillis y Martín De Virgillis, Oscar Birgin, Lelio Freidenberg, entre otros.

<sup>3</sup> Ratificado por Argentina el 31 de agosto de 2006, <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convencions/177.htm>, búsqueda de julio de 2011.

<sup>4</sup> <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/recoms/r184.htm>, búsqueda de marzo de 2011.

<sup>5</sup> GAUTHIER, Gustavo. *Teletrabajo*, Universidad de la República de Uruguay, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Uruguay, 2005, pág. 30, [www.caminandouropias.org.ar/tesis/Tesis6.pdf](http://www.caminandouropias.org.ar/tesis/Tesis6.pdf).

El Convenio establece pautas generales para proteger o regular las relaciones laborales del trabajo a distancia: \*el deber de promover la igualdad de trato entre los trabajadores a domicilio en materias como el empleo, seguridad y salud en el trabajo, remuneración, \*protección por regímenes legales de seguridad social, \*formación, \*protección de la maternidad, \*edad mínima de admisión al empleo y el \*respeto del derecho de los trabajadores a constituir organizaciones sindicales y afiliarse a las de su elección, así como el derecho a participar en sus decisiones internas y externas.

La Recomendación introduce la posibilidad de realizar inspecciones del trabajo a efectos de verificar el cumplimiento de las normas laborales. Los inspectores de trabajo u otros funcionarios encargados deben estar autorizados a entrar en las partes del domicilio o de otro local privado en los que se realiza ese trabajo, procurando el respeto de la vida privada, según las normas locales. Se establece que los trabajadores a domicilio deberían recibir una compensación por los gastos relacionados con su trabajo, como los relativos al consumo de energía, comunicaciones y el mantenimiento de máquinas y equipos. El plazo para terminar un trabajo no debería privar al trabajador de la posibilidad de disfrutar de un tiempo de descanso diario y semanal comparable al que tienen los otros trabajadores, según la legislación nacional.

Opina Gauthier<sup>9</sup> que las normas concebidas para regular el trabajo a domicilio son insuficientes para regular el nuevo fenómeno del trabajo a distancia. La regulación del Convenio, está pensada para los trabajos manufactureros y prestaciones de servicios a distancia. El teletrabajo es, principalmente, una modalidad laboral de prestación servicios, que utiliza tecnologías de la información y la comunicación, como bienes por los cuales se desarrolla la actividad. Tampoco están contemplados los casos en que el teletrabajador alterna entre el trabajo en la empresa y fuera de ella o el teletrabajo móvil. Agregamos que no se encuentra tampoco previsto bajo esa modalidad, la posibilidad del trabajador de "revertir" su prestación a presencial.

## **2.2. Regulación del teletrabajo en el ámbito europeo.**

### **2.2.1. La regulación antes del Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo**

Antes del dictado del Acuerdo Marco, las agrupaciones gremiales y sindicales ya prevenían cláusulas aisladas en los convenios colectivos que

<sup>9</sup> GAUTHIER, Gustavo. *Ob. Cit.*, pág. 31

negociaban con las agrupaciones de empleadores. Además, se implementaban los llamados acuerdos del teletrabajo, que son instrumentos convencionales, sobre materias concretas, concertadas entre agrupaciones gremiales y empresas, con un carácter experimental, como planes pilotos de implementación.

Morales García<sup>7</sup> señala que desde 1989, la Comisión Europea crea las Iniciativas Comunitarias cuyo fin es fomentar la cooperación transeuropea y la elaboración de una política de mercado laboral más justo, buscando que los sectores sociales participen de la implementación del teletrabajo y el intercambio de experiencias y tecnologías.

A mediados de los años 90, la Comunidad Europea advierte sobre los posibles efectos de la difusión del teletrabajo, sobre todo en el marco de la competitividad empresarial y modernización tecnológica, tanto a nivel interno como transnacional, lo que llevó a promover la adopción de algún tipo de regulación, ya sea a nivel comunitario o de los Estados Miembros, que permitiera superar el estado de anomia legislativa que afectaba al fenómeno.

Estas iniciativas culminaron el 16/7/2002 con la suscripción de un *Acuerdo Marco sobre Teletrabajo entre la Confederación de Sindicatos Europeos (ETUC), la Unión de Confederaciones de Representantes de Empresas Europeas (UNICE/URAPME) y la Unión de Empresas con Participación Pública y de Intereses Económicos Europeos (CEEP)*. Las organizaciones mencionadas son tres órganos europeos de representación (*partners* sociales) de empleadores y uno por los sindicatos europeos. Señala Garmendia Cedillo<sup>8</sup> que es la primera vez en Europa que representantes de trabajadores y de empleadores arriban conjuntamente a consensuar un convenio marco, el cual se comprometen a poner en práctica según las posibilidades jurídicas contempladas en la legislación de cada país.

### 2.2.2. Vigencia y ámbito de aplicación del Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo

Este Acuerdo Marco sobre el teletrabajo no tiene fuerza vinculante para los Estados Miembros de la Unión. Por ello, la implementación del mismo tiene carácter voluntario y su realización está dirigida a los *partners* sociales nacionales. Son organizaciones representativas de agrupaciones

<sup>7</sup> MORALES GARCÍA, Ana María - *La sociedad de la información en España: el teletrabajo como acción clave*, Getafe - España, 2002, Biblioteca de la Universidad Carlos III de Madrid, pág. 236/240.

<sup>8</sup> GARMENDIA CEDILLO, Xóchitl - *Teletrabajo*, Instituto de Estudios sobre Justicia Fiscal y Administrativa, Revista Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa, México, 2008, pág. 8.



sindicales y de empleadores de cada estado europeo, y su principal modo de actuación es por la vía de negociación de convenios colectivos. El éxito la implementación voluntaria del Acuerdo Marco, reside en el pragmatismo, ya que posibilita una intervención normativa del Estado y pueda convertirse a su vez en una medida de apoyo para la negociación convencional entre empresarios y sindicatos<sup>9</sup>.

El Acuerdo tiene como objetivos, conforme su preámbulo, modernizar la organización del trabajo, atento a la repercusión generada por la aparición del teletrabajo, con el objetivo de mejorar la productividad y la competitividad de las empresas y lograr el equilibrio necesario entre flexibilidad y seguridad. Regula aspectos centrales asociados al teletrabajo, pero no establece una regulación general ni específica de este fenómeno laboral.

Como métodos de implementación del Acuerdo, se pueden señalar: los *acuerdos sociales nacionales*, son convenciones acordadas entre los *partners* sociales nacionales, sin carácter vinculante para quienes no firman el acuerdo (a excepción de Francia y Luxemburgo, que por decreto gubernamental, hicieron vinculante el acuerdo para todos los empleadores y trabajadores del sector privado y Grecia, que legislativamente contempla que este documento es vinculante para trabajadores y empleadores), por las cuales las organizaciones representadas por estos órganos, se comprometen a respetar las pautas o directivas contempladas en el acuerdo social nacional, al momento de la negociación de convenios colectivos y contratos individuales (Austria, Finlandia, Islandia, Italia, Letonia, Noruega, España, Suecia); *convenios colectivos sectoriales*, siguiendo la misma práctica que realizaban los sindicatos y empleadores antes del Acuerdo Marco (Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Alemania); *códigos de buena práctica*, son documentos - guías no vinculantes, confeccionado por los *partners* sociales con participación estatal, con el objeto de proporcionar información y directivas útiles a para la aplicación de la modalidad de teletrabajo en la empresa, así como la elaboración de políticas específicas por parte del empleador (Gran Bretaña, Irlanda), o por *incorporación a la legislación nacional*, sea por una regulación precisa sobre teletrabajo (Polonia, Hungría, Portugal, Eslovenia) o por remisión a las normas de trabajo a domicilio (República Checa, Lituania y Eslovenia). No todos los Estados y sus respectivos *partners* sociales han realizado acciones o iniciativas tendientes a la realización o incorporación de las pautas contenidas en el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (Chipre, Malta, Rumania, Eslovenia).

<sup>9</sup> THIBAUT ARANDA, Ivier y SEGOVIA, Ángel Jurado. "Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo", *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 72, 2003, Universidad de la Rioja, España, pág. 11.

### 2.2.3. Acuerdo Marco de Teletrabajo

En el acuerdo, se define al teletrabajo, en el art. 2, como *"...una forma de organización y / o realizar el trabajo, utilizando la información tecnología, en el marco de un contrato de trabajo o de una relación donde el trabajo, que también podría llevarse a cabo en las instalaciones del empleador, se lleva a cabo lejos de los locales de forma regular"*.

La definición contenida en el art. 2, es amplia y abarcativa de todas las modalidades posibles de teletrabajo<sup>10</sup>. Aclara que por teletrabajador, debe entenderse a la persona que desarrolla el trabajo así entendido. Contiene los elementos caracterizantes del teletrabajo: la realización del trabajo a distancia, en lugares distintos a los que normalmente se realiza el trabajo presencialmente en la empresa y la utilización de las nuevas tecnologías de la información y las telecomunicaciones.

En el Acuerdo Marco se agrupan principios que aseguran los mínimos de protección que deberían ser respetados:

1. *Voluntariedad* (art.3): la voluntariedad no se agota en el momento de iniciarse la relación laboral, sino en los casos en que el trabajador cambia su modalidad presencial por el teletrabajo. El teletrabajador debe tener la posibilidad de volver a su anterior actividad, sin que el empleador pueda objetar en contra (reversión). El Acuerdo deja a la negociación individual o colectiva, la expresa inclusión que posibilite este precepto.

2. *Igualdad de trato de los trabajadores y teletrabajadores* (art. 4): los teletrabajadores de los mismos derechos garantizados por el derecho positivo o por los convenios colectivos respecto de las personas que cumplen sus tareas de forma presencial, sin perjuicio de las particularidades que se adopten en torno a la adopción de esta modalidad.

3. *Responsabilidad del empleador sobre la protección de los datos utilizados o modificados por el teletrabajador* (art. 5): el empleador es responsable de tomar las medidas que garanticen la protección de los datos utilizados y procesados por el trabajador, siendo responsabilidad de éste último tener diligencia y confidencialidad en el desarrollo de su actividad.

4. *Defensa de la privacidad* (art. 6): los sistemas de vigilancia deben ser proporcionales a la labor desarrollada, implementándose previa consulta e información a los representantes de los teletrabajadores. Deben resguardar la privacidad e intimidad del teletrabajador.

5. *Equipos de trabajo* (art. 7): es responsabilidad del empleador entregar, instalar y proveer al mantenimiento del equipo indispensable para

<sup>10</sup> JELLE, Visser and NURIA, Ramon Martín. *Expert Report on the Implementation of the Social Partner's Framework Agreement on Telework*, Amsterdam, January 2008, pág. 11/12.

realizar el teletrabajo<sup>11</sup>. La formación profesional queda comprendida a cargo de la empresa.

6. *Garantía de condiciones higiénicas y seguras de trabajo* (art. 8): el empleador es garante de la seguridad y salud del teletrabajador y debe velar por el cumplimiento de las normas generales sobre salud e higiene en el desarrollo de la actividad laboral. El Acuerdo autoriza la verificación de tales provisiones en el lugar donde se realiza el teletrabajo, respetando la privacidad del teletrabajador.

7. *Libertad para el trabajador para distribuir el tiempo de trabajo* (art. 9): es la posibilidad que tiene el teletrabajador de gestionar su tiempo de trabajo, de acuerdo al marco de la legislación, los convenios colectivos y las normas de la empresa aplicables. El Acuerdo pretende garantizar al teletrabajador, carga de trabajo y remuneración suficiente.

8. *Implementación de medios preventivos del aislamiento con los demás trabajadores*: deberá el empleador asegurar la adopción de medidas destinadas a prevenir que el teletrabajador quede aislado del resto de la comunidad de trabajo en la empresa y deberá otorgarle la oportunidad de reunirse con sus compañeros con carácter regular.

9. *Garantía para el trabajador de los mismos derechos colectivos que tienen los trabajadores ocupados en el establecimiento del empleador* (art. 11).

#### 2.2.4. Situaciones legislativas particulares

Antes del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, no había provisiones normativas que contemplen el teletrabajo, con posterioridad a ser suscripto el mismo fue implementado en la mayoría de los países de la Unión Europea, en mayor o menor medida, según cada Estado.

Cada ordenamiento nacional utiliza diversos elementos contemplados en su propia legislación, para establecer el régimen legal aplicable. Solo una pequeña parte de los miembros de la Unión, tienen legislación específica sobre teletrabajo: Polonia, Hungría, Portugal, Eslovenia, mientras los demás países recurren a sus normas de trabajo a domicilio para regular este fenómeno, sin hacer ningún tipo de distinción con el trabajo tradicional. A este grupo de Estados, puede señalarse que tienen la insuficiencia que se planteara al momento de comentar el Convenio N° 177 de la OIT. La falta de regulación específica, se repara al momento de negociación de los

<sup>11</sup> "Hoy en algunos países se está planteando si el teletrabajo es una mala solución, porque te estás aborazando transporte, pero están aumentando la factura de calefacción y en algunos países una cosa es más importante que la otra", RODRÍGUEZ, Miguel y ROYO, Pihero. Ob. Cit., pág. 6.

convenios colectivos, por las agrupaciones sindicales y de empleadores, que recurren a las disposiciones del Acuerdo Marco.

**a. Principales referencias de Estados que recurren a las normas de trabajo a domicilio.**

En Alemania, al teletrabajo realizado en el domicilio del trabajador, se rige por la Ley sobre el Trabajo a Domicilio y a éstos son aplicables la mayoría de las normas básicas laborales (como las referentes a las jornadas laborales y regímenes de licencia), pero son privadas de otras como las normas protectoras como la "Ley de Protección contra el Despido"; por lo que relación laboral a domicilio puede ser rescindida en cualquier momento sin resarcimiento, salvo en los supuestos especiales contemplados por la ley<sup>12</sup>.

Se reconoce el reintegro de gastos por adquisición del mobiliario y equipamiento informático al teletrabajador, regulando también la carga de los gastos de electricidad y alquiler. Las normas que regulan el teletrabajo, y en especial las contenidas en el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, se negocian a nivel empresarial y, en algunos casos excepcionales, están incluidas en los convenios sectoriales.

La República Checa, reformó el art. 317 de su Código de Trabajo, a fin de que el teletrabajo quede contemplado dentro del régimen laboral. Establece que la legislación laboral se aplicará en general, cuando el trabajador no realice el trabajo en el lugar del patrón, mientras se sujete a las condiciones impartidas por este y sea durante su jornada de trabajo. Se exceptúa la aplicación de algunas normas referentes a: las interrupciones del trabajo en el horario laboral por cuestiones climatológicas; la existencia de importantes obstáculos personales que impidan realizar el trabajo a domicilio por los cuales el empleado no recibe compensación alguna; y en el trabajo a domicilio no tiene derecho a obtener compensaciones salariales por horas extraordinarias.

Según Jelle y Nurla<sup>13</sup> las disposiciones del Acuerdo no están contempladas en forma completa en la legislación checa, solución que se puede reparar por medio de los convenios colectivos.

Idéntica situación aparece en la legislación de Lituania. El art. 155 de su Código de Trabajo, solo regula el trabajo a domicilio sin contemplar varias disposiciones del Acuerdo Marco. Se estipula que el trabajo a dis-

<sup>12</sup> "Los trabajadores a domicilio no suelen formar parte de la plantilla de las empresas, a diferencia de los teletrabajadores, que además suelen presentar un perfil de actividad laboral y de requisito profesional no contemplado por el art. 2 de la Ley de Trabajo a Domicilio (actividad regular y poco cualificada)". *Informe sobre trabajo a domicilio y teletrabajo en Alemania*, Consejo de Trabajo y Asuntos Sociales de Alemania, 2006, Berlín - Alemania, de los informes obrantes en el Ministerio de Trabajo e Inmigración del Gobierno de España, España.

<sup>13</sup> JELLE, Vlasar y NURLA, Ramos Martín - Ob. Cit, pág. 12.

tancia, tendrá la misma duración jornada laboral máxima que trabajo presencial. Sin embargo, este puede variar, en los casos en que el trabajador alterne la realización de sus tareas entre la empresa y la casa. Para todo lo demás, los trabajadores a domicilio están sujetos a las disposiciones generales de la Código del Trabajo, garantizando así la igualdad de trato<sup>14</sup>.

La legislación eslovena también se reformó para incluir a los teletrabajadores, dentro del trabajo a domicilio (art. 67 a 71 de la Ley de Trabajo). Estos tienen los mismos derechos que los empleados que trabajan en locales de la empresa, incluyendo la participación y los derechos sindicales. El empleador debe garantizar condiciones seguras de trabajo. El contrato debe contener detalles específicos sobre el lugar de trabajo, las tareas, el uso de recursos y equipos, etc. El empleador debe proporcionar todos los recursos y materiales necesarios para realizar el trabajo, de lo contrario el empleado tiene derecho a compensación por el uso de los recursos propios y el reembolso de los gastos generados<sup>15</sup>. Parece deficiente la legislación ya que omite proteger la privacidad del teletrabajador y regular varias cláusulas del Acuerdo Marco.

España regula la figura del teletrabajo bajo la forma de trabajo a domicilio, contemplado en el art. 13 del Estatuto del Trabajador Dependiente, parece insuficiente dicha regulación al no contemplar el sin número de particularidades ya enunciadas. El fallo del Tribunal Supremo, en su Sala IV de lo Social, del día 11 de abril de 2005<sup>16</sup>, establece la no coincidencia de ambos conceptos, para ser regulados de idéntica manera.

**b. Estados que regulan el teletrabajo como una modalidad laboral diferenciada.**

Portugal, en el año 2003, fue el primer Estado europeo en legislar sobre teletrabajo. La Sección IV, del Título III, arts 233 a 243, está dedicada únicamente al teletrabajo<sup>17</sup>.

En el primer artículo, define al teletrabajo como el trabajo subordinado llevado a cabo generalmente fuera de la los locales del empleador, mediante el uso de las TIC y contempla la posibilidad del teletrabajo alternado entre la empresa y el hogar.

El Código de Trabajo reconoce implícitamente el carácter voluntario del teletrabajo. También contempla la "reversibilidad" de la relación laboral, es decir, la posibilidad del trabajador de volver a la forma inicial de trabajo.

<sup>14</sup> JELLE, Visser y NURIA, Ramos Martín - Ob. Cit, pág. 22/23.

<sup>15</sup> JELLE, Visser y NURIA, Ramos Martín - Ob. Cit, pág. 29.

<sup>16</sup> Fallo en <http://sentencias.juridicas.com/docs/00222415.html>.

<sup>17</sup> Normas en: <http://euzanet.sminbo.pt/Arquivo/Legislacao/RelacaoJuridicaEmprego/199-2003>.

El teletrabajador estará obligado a mantener la información y las técnicas del trabajo, bajo deber de confiabilidad. Los límites de horas de trabajo diarias y semanales son aplicables a teletrabajadores en igualdad con los trabajadores presenciales, pero se les posibilita variar a una jornada flexible. Los medios de trabajo, se presumen propiedad del empleador, siendo obligación del mismo, velar por su instalación, manutención y compensar los gastos del trabajador por el uso de los mismos. A la vez, el teletrabajador se compromete a observar todas las reglas impartidas por el empleador sobre el uso de los instrumentos, así como abstenerse de darles otro uso que no sea para el teletrabajo.

El teletrabajador está protegido por el régimen general de salubridad y seguridad laboral, así como todo el régimen de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, siendo el empleador, obligado a velar por el cumplimiento de estas normas de higiene y seguridad, proporcionar los exámenes médicos necesarios y los equipos de protección visual. También debe el empleador, proporcionar la capacitación necesaria para el teletrabajo y permitir que quienes realicen el mismo tenga contacto con la empresa.

La regulación propuesta por la ley laboral portuguesa excede lo establecido por el Acuerdo Marco, otorgando una mayor protección al teletrabajador.

Polonia<sup>19</sup> implementó el Acuerdo Marco sobre el teletrabajo mediante una reforma legislativa a su Código de Trabajo, en el art. 67. Define al teletrabajo como el trabajo puede ser realizado fuera de los locales de una empresa sobre una base regular de medios de comunicaciones electrónicas y teletrabajador es quien realiza las tareas en las condiciones anteriores, además de enviar los resultados de su trabajo, por los mismos medios electrónicos.

La regulación del teletrabajo se encuentra sometida a las regulaciones generales del derecho laboral, pero como una forma atípica de la relación de trabajo. Sin embargo, algunos elementos contractuales de la relación del teletrabajo están modificados en comparación con el empleo tradicional, especialmente a la cuestión de subordinación y control del teletrabajo. Los teletrabajadores están protegidos por una cláusula de no discriminación. En ningún caso el contrato de trabajo puede rescindirse, debido a la negativa de un empleado para llevar a cabo el teletrabajo. Debe ser acordado voluntariamente entre trabajador y empleador.

El empleador tendrá derecho a controlar al teletrabajador, resguardando su privacidad y la de su familia. Este control puede ser directo (ins-

<sup>19</sup> <http://www.nuofound.europa.eu/eiro/2007/11/articulos/p07110191.htm> - Búsqueda del día 20/03/2011.

pecciones presenciales con consentimiento escrito del trabajador) o indirecto (por medios telemáticos). Asimismo, son responsables por comprobar y/o reparar el equipo técnico utilizado para el teletrabajo, a mantener la salud y las condiciones de seguridad en el lugar de trabajo.

Los teletrabajadores tienen el mismo acceso a la formación de los trabajadores de las instalaciones del empleador. Se les reserva el derecho de acceder a los locales del empleador con el fin de ponerse en contacto con otros empleados y/o acceder a los servicios sociales y equipos técnicos, con el fin de eliminar las consecuencias negativas del aislamiento del teletrabajador. El tiempo requerido para la formación se cuenta como tiempo de trabajo y el empleador se hará cargo de todos los costos de la capacitación<sup>19</sup>.

Hungría, en 2004 que modifica el Código del Trabajo para incorporar al teletrabajo dentro de la normativa laboral, en sus arts 192 y 193<sup>20</sup>. Caracteriza al teletrabajo como una actividad laboral a distancia, que utiliza tecnologías de la comunicación e información. Solo contempla el permanentemente a distancia, no de forma alterna o parcial. Tampoco contempla todos los puntos del Acuerdo Marco.

Los teletrabajadores tienen los mismos derechos y responsabilidades que los demás trabajadores aplicándose las mismas disposiciones legales. El carácter voluntario del teletrabajo, no está expreso en la ley, aunque podría inferirse de la exigencia de un acuerdo por escrito para iniciar esa actividad. No se regula la posibilidad de "reversión" ni aborda la cuestión de higiene y seguridad en el lugar de trabajo, por lo que tienen una protección inferior a los empleados de planta<sup>21</sup>.

Eslovenia, incluyó al teletrabajo, por una reforma a su Código de Trabajo, art. 52. Mantiene la definición del teletrabajo como la actividad realizada fuera de los lugares del empleador, incluyendo el uso de tecnologías de la información. No contempla el teletrabajo a tiempo parcial.

Se contemplan el carácter voluntario del teletrabajo, la igualdad de trato teletrabajadores en comparación con otros empleados presenciales y las principales disposiciones sobre protección de datos, privacidad, cuestiones relativas al equipo, prevención del aislamiento, formación y los derechos colectivos. Se aplica el régimen general de higiene y seguridad y, en particular en el trabajo con pantallas de visualización.

<sup>19</sup> <http://www.eurofound.europa.eu/ciro/2007/11/articulos/pl07130191.htm> - búsqueda del 20/03/2011.

<sup>20</sup> JELLE, Visser and NURIA, Ramos Martín - *Op. Cit.*, pág. 18.

<sup>21</sup> <http://www.eurofound.europa.eu/ciro/2008/01/articulos/HU08010881.htm> - búsqueda del 20/03/2011.

No rigen las mismas normas de jornada laboral, posibilitando el establecimiento de un régimen flexible, y el teletrabajador no tiene derecho a una indemnización en caso de obstáculos personales para el trabajo, las horas extraordinarias, trabajo nocturno y el trabajo en días festivos. No contempla la cuestión de la reversibilidad del teletrabajo.

## 2.3. El tratamiento del teletrabajo en la legislación de América Latina

### 2.3.1. El caso argentino

Podríamos adelantar que aún<sup>22</sup> nuestro país no cuenta con un régimen jurídico especializado sobre teletrabajo, razón por la cual, hasta el día de hoy se han ensayado numerosos proyectos que todavía ninguno de ellos ha sido sancionado y promulgado con fuerza de ley<sup>23</sup>.

Conforme referencia parte de la doctrina entre ellos Ledesma Iturbide<sup>24</sup> y Díaz Aloy<sup>25</sup>, señalan que se encontraban en trámite al 2009 cinco proyectos legislativos, tres de los cuales proponían la inclusión del teletrabajo como Capítulo VI del Título III de la LCT *De las Modalidades del Contrato de Trabajo* entre ellos: el suscripto por la senadora (M.C.) Olijela del Valle Rivas (expte. 6077-D-2002); el propuesto por el diputado (M.C.) Dr. Oscar Lamberto (expte. 0941-D-2006) y el de la senadora (M.C.) Prof. Graciela Bar (expte. 2337-S-2007). Los dos restantes, en cambio proponían una regulación especial estatutaria, denominándolo como "Régimen Jurídico del Teletrabajo en Relación de Dependencia," uno enviado por el Poder Ejecutivo (expte. 0159-PE-2007), elaborado por la Comisión de Teletrabajo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social; otro denominado "Regulación del Trabajo a Distancia Producido a través de Medios Tecnológicos de Información y Comunicación" suscripto por la Senadora Adriana Bortolozzi de Bogado (expte. 2537-S-2008).

A su vez, debemos señalar que el 20 de octubre de 2010 en el Senado de la Nación, se elaboraron dos proyectos legislativos "Régimen Jurídico del Teletrabajo en Relación de Dependencia" (S-3498/10) y "Promoción y Difusión del Teletrabajo" (S-3499/10) ambos proyectos de los mismos

<sup>22</sup> Datos a julio de 2011.

<sup>23</sup> Sin perjuicio de ello, en mayo de 2010 en el MTEySSN firmó la "Declaración de lineamientos y compromisos en materia de teletrabajo, para la promoción de trabajo decente y como garantía de calidad laboral" "2010 - AÑO DEL BICENTENARIO DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO", [www.trabajo.gov.ar](http://www.trabajo.gov.ar) y declaraciones del Ministro Carlos Tomada en [www.prensa.argentina.ar/.../11686-tomada-annuncio-que-se-enviara-un-proyecto-de-ley-para-regular-el-teletrabajo.php](http://www.prensa.argentina.ar/.../11686-tomada-annuncio-que-se-enviara-un-proyecto-de-ley-para-regular-el-teletrabajo.php), búsqueda de julio 2011.

<sup>24</sup> Ledesma Iturbide, Diego. "Debates de Actualidad. La Regulación del Teletrabajo", *Revista de Derecho Laboral "Actualidad"*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, pp.171-198.

<sup>25</sup> Díaz Aloy, Viridiana. "Consideraciones Acerca de los Enfoques Regulatorios del Teletrabajo", *Coloquio de Temas de Derecho Laboral*, Errepar, -Bn. Az., 2009, p. 27-41.



autores: Adolfo Rodríguez Saá; Roberto Basualdo; Arturo Vera-Adriana Bortolozzi de Bogado; Graciela di Perna; Hilda González de Duhalde; Emilio Rached; Juan Romero y Lillana Negre de Alonso, estos dos últimos se alinearían dentro de la postura de regular al teletrabajo como estatutos especiales.

A continuación haremos una breve consideración de los proyectos antes referenciados, conforme los clasificáramos anteriormente en dos grupos.

a. **Proyectos legislativos que regulan al teletrabajo como un capítulo de la Ley de Contrato de Trabajo (ley 20.744):**

A) El proyecto de de la Diputada Orljela del Valle Rivas (25/9/2002), define la figura con las siguientes notas tipificantes: por la falta de presencia física del trabajador en la empresa, la utilización de las TIC y el contacto regular entre las partes.

Considera también, diversas formas de teletrabajar conforme al lugar en donde se preste -domicilio del trabajador, telecentros u oficinas satélites ofrecidas por la empresa, oficinas virtuales o móviles (distintos lugares sin fijación en uno) u otras opciones- siempre que se den los caracteres del teletrabajo. Prevé la posibilidad de que el trabajador opte por esta modalidad y viceversa, siempre que no entre en colisión con los arts. 64 y 65 de la LCT y la reglamentación que se establezca. A su vez fija condiciones igualitarias entre teletrabajadores y trabajadores presenciales de la empresa, siempre y cuando sean compatibles; la exigencia al empresario de proveer y financiar el mantenimiento de equipamientos y la prohibición de allanar el domicilio del trabajador por parte del empleador. El proyecto se delega su reglamentación e indica establecer requisitos de admisibilidad, porcentaje máximo de teletrabajadores y un registro de empleadores que implementen esta modalidad.

B) El del Diputado Lamberto (23/3/2006), prevé la incorporación a la LCT de un artículo 102 bis, que incluyera al teletrabajo a las modalidades contractuales, considerándolo como una forma de trabajo en que el trabajador realiza tareas a través de una computadora, desde una ubicación remota de la sede de empleador.

C) El de la Senadora Bar (20/7/2007), define el teletrabajo como la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios realizada total o parcialmente en el domicilio del trabajador o en lugares distintos del establecimiento del empleador, mediante la utilización de todo tipo de TIC. Podríamos señalar que es similar al primero expuesto, en cuanto a la caracterización del teletrabajo, conceptualización y denominación de los sujetos que lo integran, realizando también un enunciado no taxativo relacionado con las diversas formas y modalidades que puede presentar este contrato. Fija condiciones igualitarias de los teletrabajadores con los

demás trabajadores que prestan igual actividad en la sede de la empresa; impone la obligación al empresario de facilitar el equipamiento y mantenimiento del mismo, siendo el trabajador responsable de su correcto uso y de la utilización por terceros no autorizados, en supuesto que las TIC sea facilitadas por el trabajador, los gastos en que este incurriera deberán ser compensados en su totalidad por el empleador. También se resguarda la intimidad del trabajador y la privacidad de su domicilio; y al igual que el primer proyecto de esta línea se preveía su reglamentación sin fijar contenidos.

**b. Proyectos legislativos que proponen al teletrabajo como una normativa especial:**

A) En el seno del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, se conformó en septiembre de 2003, una *Comisión de Teletrabajo*<sup>24</sup> (Interdisciplinaria), la que elaboró y elevó al P.E.N. en julio de 2007 un *proyecto de ley*<sup>25</sup> perdiendo estado legislativo.

El mencionado proyecto, partía de la necesidad de dotar a los actores sociales de reglas de juego claras que no descuiden los "derechos de los trabajadores" y a su vez, proponía que la inserción de esta modalidad por parte de las empresas no signifique un obstáculo para generar nuevas fuentes de empleo. El primer proyecto de la "Comisión de Teletrabajo" surge como una consecuencia necesaria de la ratificación por Ley N° 25.800 del Convenio de la OIT N° 177 sobre "Trabajo a Domicilio", el que incluye en su normativa a *todo tipo de modalidad de trabajo a distancia*, entre ellas el "teletrabajo".

El proyecto de 2007, mentado por Dra. Viviana Laura Díaz, definía la figura en un sentido funcional, remarcando las condiciones que se deben prever para la operatividad de la normativa, concordando con la legislación general y con la internacional (aprobada por ley N°25.800), en orden al trabajador dependiente y poniendo especial énfasis a la ajenidad del espacio de trabajo con respecto al poder de dirección y organización del empleador.

El proyecto puntualizaba cuatro aspectos básicos de esta modalidad de trabajo: \*Respecto de los sistemas de control de los bienes e información del empleador, que no debían violentar la privacidad del domicilio del teletrabajador. \*Referido al equipamiento, cuando éste es o no provisto por el empleador. \*El relacionado con las obligaciones del teletrabajador

<sup>24</sup> La Comisión de Teletrabajo fue creada en el mes de septiembre de 2003. El expediente de creación es el N° 1.079.053/03. [www.trabajo.gov.ar/unidadde/trabaja/teletrabajo/antecedentes](http://www.trabajo.gov.ar/unidadde/trabaja/teletrabajo/antecedentes), búsqueda de julio 2011.

<sup>25</sup> Régimen Jurídico del teletrabajo en relación de dependencia, elevado al P.E.N el 02/07/2007, [www.trabajo.gov.ar](http://www.trabajo.gov.ar); búsqueda de julio 2011.

respecto al correcto uso de ese equipamiento. \*Finalmente vinculado a la posibilidad de reversión/ sus variandi. El proyecto referenciado tenía la intención de convertirse en un piso mínimo sobre el cual las partes, ya sea individual o colectivamente, podían negociar las condiciones específicas bajo las cuales se desarrolle el teletrabajo.

B) El proyecto presentado por la Senadora Bortolozzi de Bogado (9/2008) resulta similar al anterior comentado, con las siguientes diferencias:

- incluye al teletrabajador independiente;
- prevé la compensación en los gastos de mantenimiento de equipos cuando el trabajador los aporte e impone la obligación de responder por el adecuado uso y manutención cuando sea el propio empleador quien los provea;

- reconoce al teletrabajador el pleno ejercicio de los derechos intelectuales y patentes sobre toda invención, descubrimiento, técnica o avance científico que obtenga a través de su prestación laboral, salvo pacto en contrario;

- garantiza al trabajador la inviolabilidad de dichas innovaciones, descubrimientos o creaciones científicas, del accionar de terceros;

- el proyecto aplica directamente la presunción del art. 23 de la LCT al teletrabajo;

- prohíbe al empleador modificar unilateralmente la modalidad de teletrabajo a presencial, siendo necesario en tal hipótesis el consentimiento expreso del trabajador y establece la posibilidad de solicitar su reversión de modo fehaciente;

- establece la obligación estatal de adecuar las normas de higiene y seguridad, como así también las de prevención y reparación de riesgos y accidentes del trabajo.

- Considera la posibilidad de incluir en el listado de enfermedades profesionales de la LRT, a las propias de esta actividad.

C) El proyecto<sup>24</sup> firmado por los Senadores Rodríguez Saá, Basualdo, Bortolozzi de Bogado, di Perna., González de Duhalde, Rached, Romero y Negre de Alonso (octubre de 2010 -S-3498/10-), "Régimen Jurídico del Teletrabajo en Relación de Dependencia"<sup>25</sup>, mantiene la misma línea de

<sup>24</sup> Art. 1º.- Se entiende por teletrabajo a los efectos de esta ley, a la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios en los términos de los artículos 21 y 22 de la ley 20.744 y sus modificatorias, en las que el objeto del contrato o relación de trabajo es realizado total o parcialmente en lugares distintos del establecimiento del empleador, mediante la utilización de todo tipo de tecnología de la información y la comunicación (TIC).

En idéntico sentido, se entiende por teletrabajador en relación de dependencia a toda persona que ejecute esta modalidad laboral del teletrabajo de acuerdo a la definición anterior.

<sup>25</sup> [www.teletrabajolegal.org.ar](http://www.teletrabajolegal.org.ar), búsqueda de marzo 2011.

antiguo proyecto presentado por la Comisión de Teletrabajo del Ministerio de Trabajo de la Nación bajo el Expte. S-158/07 el que caducara el 28 de febrero de 2009, sin que fuera presentado nuevamente. El proyecto tuvo principalmente en cuenta aquel antecedente, al que se le introdujeron modificaciones sugeridas por especialistas en la materia y en orden a garantizar los derechos de los trabajadores.

D) El proyecto<sup>20</sup> firmado por los senadores Rodríguez Saá., Basualdo, Bortolozzi de Bogado, di Perna, González de Duhalde, Rached, Romero Negre de Alonso (octubre de 2010 - S-3499/10) titulado "Promoción y Difusión del Teletrabajo", incluiría a teletrabajadores en relación de dependencia como autónomos y sector privado y público en todos sus niveles, nacional, provincial y municipal. A su vez, define al teletrabajo en concepto amplio, como "(...) A los efectos de esta ley se entiende por teletrabajo a la modalidad de realización u organización del trabajo donde la prestación laboral al empleador o la prestación de servicios a terceros en forma autónoma se llevan a cabo mediante la utilización de las tecnologías de la información y de la comunicación fuera del ámbito físico donde está el contratante en forma total o parcial (...)".

Asimismo, establece que el P.E. deberá incentivar y facilitar la incorporación al teletrabajo de personas con discapacidad, población en situación de aislamiento geográfico o desplazamiento social, mayores de 45 años, jóvenes sin experiencia, mujeres con niños o mayores a cargo, acompañantes y cuidadores, y toda población vulnerable en general, quienes conservarán los beneficios que ya le hayan sido otorgados por otras leyes.

Instituye como autoridad de aplicación al MTEySSN de manera conjunta con el Ministerio de Acción Social de la Nación y el Ministerio de Educación de la Nación.

Sin perjuicio de los diferentes proyectos de ley que comentados con anterioridad, conforme afirmaciones vertidas en los diarios de publicación local y en sitios web, el Gobierno (desde el seno del MTEySSN) ultima los detalles para establecer, un nuevo proyecto de ley que fijen condiciones "de mínima" que marquen reglas claras, tanto para los dependientes como para las empresas. El principal punto, hará hincapié en la relación de igualdad entre el teletrabajador y aquel empleado que presta servicios de manera presencial. Algunos aspectos relevantes que perfilará el nuevo proyecto de ley:

<sup>20</sup> Promoción y difusión del Teletrabajo en [www.trabajo.legal.org.ar](http://www.trabajo.legal.org.ar); búsqueda de marzo 2011.

• La obligación que tendrá la empresa de proveerle los distintos dispositivos que el empleado requiera para realizar su labor a distancia (que abarcaría notebooks, teléfonos, escritorios, etc.), dado que, en caso de no hacerlo, esto abriría la puerta a eventuales demandas por el no cumplimiento de esta normativa —una novedad que acarreará controversias—.

• La iniciativa establece que el trabajador deberá estar cubierto por una Aseguradora de Riesgos del Trabajo (ART), más allá que la mayor parte de la carga horaria la desarrolle en su hogar y el nivel de concurrencia a la empresa sea mínimo.

• Se deberá proteger al teletrabajador en lo que significa la seguridad e higiene: silla ergonómica, iluminación adecuada y una ART que efectúe distintas tareas preventivas, entre otros beneficios.

• Las compañías deberán abonar un plus por todo tipo de gastos en los que incurra el teletrabajador, entre ellos telefonía, luz y hasta un proporcional de los gastos de alquiler, etc. Todos ellos considerados como gastos reembolsables para el trabajador.

• Las empresas no podrán hacer ningún tipo de control o monitoreo a distancia que impliquen la invasión a la privacidad del empleado. De este modo, se prohíbe la utilización de webcams u otro tipo de dispositivos.

• Quedará en manos de la negociación colectiva cualquier mejora que se pretenda por sobre estas condiciones que, desde el organismo, definen como "de mínimas".

• Nadie puede ser obligado a teletrabajar, ni el empleado puede exigir a la empresa que le de un puesto para desempeñarse a distancia.

• Reversión a la modalidad presencial durante un determinado período.

• Se propicia contemplar "al teletrabajo sujeto a resultados o atado a objetivos", pero eso aún no está previsto en el actual proyecto.

Asimismo, hasta que se promulgue la ley, desde el MTEySSN se sustentan varios programas que ya están en funcionamiento. Uno de ellos es el Programa Piloto de Seguimiento y Promoción del Teletrabajo en Empresas Privadas - PROPET cuya adhesión implica beneficios de distinto tipo<sup>21</sup>.

Podemos concluir que el sistema argentino tiende a una regulación particular sobre la modalidad y no a incluir a la prestación en el marco de la regulación del "trabajo a domicilio"

<sup>21</sup> [www.argentina.ar/.../5397-proyecto-de-ley-para-regular-el-teletrabajo.php](http://www.argentina.ar/.../5397-proyecto-de-ley-para-regular-el-teletrabajo.php), consulta marzo 2011.

### 2.3.2. El caso Uruguay<sup>22</sup>

La República Oriental de Uruguay cuenta desde septiembre de 2009<sup>23</sup>, con un proyecto de ley (Cámara de Representantes, Comisión de Legislación del Trabajo, Carpeta 3469 de 2009, Repartido N° 1691 -Setiembre/2009) que contempla la modalidad del teletrabajo.

En la exposición de motivos del proyecto, se reconoce que hace 40 años atrás, internet ha modificado la dinámica de las comunicaciones y de la sociedad toda. Si bien el legislador (Gustavo Espinosa) manifiesta que todavía el parlamento está inmaduro para la aprobación del mismo, recalca como su intención de "agglonar" al Estado para que actúe en concordancia a las nuevas tecnologías.

El proyecto prevé la conformación de un 'Comité Nacional de Teletrabajo', dentro de la esfera del Poder Ejecutivo Nacional presidido por éste, y conformado por Ministros competentes del área, con el fin de generar el apoyo y fomento de la actividad. Asimismo, destaca que contará con una 'Comisión Asesora Abierta', compuesta por organizaciones e individuos que permitan conocer las necesidades del sector y actuar en consecuencia.

El art. 1 menciona que "El Estado promoverá el teletrabajo en sus distintas modalidades como un instrumento de generación de empleo y autoempleo mediante la utilización de... TIC". Podríamos concluir que el legislador de un futuro régimen de Uruguay le otorga una categoría diferenciada e independiente al referenciar "...el teletrabajo en sus distintas modalidades...". Sin embargo, el proyecto sería comprensivo de los teletrabajadores en relación de dependencia como los autónomos.

El art. 2, define: "El Teletrabajo es una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros, utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) para el contrato entre el trabajador y la empresa o contratante, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo".

<sup>22</sup> Para el presente se tuvieron en cuenta los siguientes sitios: [www.casimandoutopias.org.ar/testa/Tesla6.pdf](http://www.casimandoutopias.org.ar/testa/Tesla6.pdf), búsqueda de julio de 2011.

[www.eclac.cl/socinfo/noticias/noticias/2/32222/GdT\\_eLAC\\_meta\\_5.pdf](http://www.eclac.cl/socinfo/noticias/noticias/2/32222/GdT_eLAC_meta_5.pdf), búsqueda de julio de 2011.

[www.teletrabajo.com.uy/noticias/uruguay-teletrabajadores-debaten-sobre-proyecto-de-ley/584/](http://www.teletrabajo.com.uy/noticias/uruguay-teletrabajadores-debaten-sobre-proyecto-de-ley/584/), búsqueda de julio de 2011.

<sup>23</sup> [www.claunco.com/read/000130904e8c1962b15f8](http://www.claunco.com/read/000130904e8c1962b15f8), búsqueda de julio de 2011.

[www.teletrabajolegal.org.ar/index.php?option=com\\_webbinks&view=category&id=7:bitlografia-proyectos](http://www.teletrabajolegal.org.ar/index.php?option=com_webbinks&view=category&id=7:bitlografia-proyectos), búsqueda de julio de 2011.

El proyecto uruguayo, no regula específicamente el teletrabajo —sólo aproxima un concepto del mismo— y constituye un antecedente o propósito del Estado de involucrarse en la promoción de esta modalidad de trabajo, a través de la creación específica de un órgano coordinador y promotor “Comité Nacional para el Teletrabajo”<sup>24</sup> que actúe como ente natural articulador de los actores públicos y privados, que permita construir una red de fomento del teletrabajo.

### 2.5.3. La legislación Chilena<sup>25</sup>

Chile fue pionero en materia normativa, siendo el primer país de América del Sur en incluir en su plexo normativo a través de la reforma de 2001 a su Código de Trabajo, a los teletrabajadores, según comenta Pumarino Mendoza<sup>26</sup>. La pasada reforma laboral introducida por la Ley 19.759 que entró en vigencia el 1/12/2001, modificó el artículo 22 del Código del Trabajo, consagrando la exclusión de la limitación de la jornada de trabajo a los trabajadores que presten servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones, consagrando así la posibilidad del teletrabajo.

La historia de esta modificación al Código del Trabajo se funda en el proyecto de ley enviado por el Ejecutivo al Congreso Nacional el 16/11/2000 (boletín 138-343) y a la indicación sustitutiva enviada por el Ejecutivo al Senado con fecha 20 de marzo de 2001 en ella se pretendía regularizar el teletrabajo. El Ejecutivo definió al teletrabajo como “aqueel que se desarrolla por trabajadores contratados para prestar sus servicios fuera del lugar de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios tecnológicos, como pueden ser los informáticos o de telecomunicaciones”. Por tal motivo, propuso derogar el inciso penúltimo del artícu-

<sup>24</sup> Conformado por el Presidente de la República del Uruguay (presidido por éste también), el Ministro de Educación y Cultura; Trabajo y Seguridad Social; Industria, Energía y Minería, y el Presidente de ANTEL; a su vez éste organismo contará con un Secretario Ejecutivo y una “Comisión Asesora” integrada por diversas organizaciones vinculadas de la sociedad civil, teletrabajadores individuales, cuya finalidad será elaborar propuestas por sí o a pedido del Comité, que sirvan a la promoción del teletrabajo, como así también al intercambio de información.

<sup>25</sup> Para el presente se tuvieron en consideración los sitios [www.eclac.cl/socinfo/noticias/noticias/2/32222/GdT\\_eLAC\\_meta\\_5.pdf](http://www.eclac.cl/socinfo/noticias/noticias/2/32222/GdT_eLAC_meta_5.pdf), búsqueda de julio de 2011; [www.teletrabajo.com.uy/noticias/pionero-firma-proyecto-de-ley-de-teletrabajo/717/](http://www.teletrabajo.com.uy/noticias/pionero-firma-proyecto-de-ley-de-teletrabajo/717/) búsqueda de julio de 2011. Nuri Sabag, Ricardo. El Teletrabajo. La nueva Forma de Trabajo. Lexis Nexis, 2006.

<sup>26</sup> Pumarino Mendoza, Andrés. Legislación Laboral y Telecombaajo. AR: Revista de Derecho Informático No. 059 - Junio del 2003. ISSN 1661-5726 Edita: Alfa-Redi. En [www.alfa-redi.org/rdi-archivo.shtml?z=1337](http://www.alfa-redi.org/rdi-archivo.shtml?z=1337), búsqueda de julio de 2011.

lo 8° del Código del Trabajo, que establecía la presunción de que no existía relación laboral en los servicios prestados en forma habitual en el propio hogar de las personas que los realizan o en un lugar libremente elegido por ellas, cuando éstos se efectuaban sin vigilancia ni dirección inmediata de la persona que los contrata. Con ello, se armonizó la aplicación del Código con los restantes trabajadores que laboren en un lugar distinto de la empresa, aunque no sea mediante elementos de tecnología y comunicación avanzados.

De lo anterior, se agregó un inciso final nuevo al artículo 22, "a fin de que los trabajadores contratados para que presten sus servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones, estén excluidos de la limitación de jornada de 48 horas semanales a que dicho artículo se refiere." La derogación que se propuso del inciso penúltimo del artículo 8° del Código del Trabajo era beneficiosa, pues permite aplicar sin mayores inconvenientes y concurriendo todos los requisitos legales, las normas protectoras del Código del Trabajo a quienes realicen su trabajo desde sus casas.

Sin perjuicio de lo referenciado anteriormente, en noviembre del año 2010, con la asistencia de la Ministro del Trabajo y Previsión Social de Chile, Camila Merino, se aprobó en general, por la comisión de Trabajo de la Cámara de Diputados, el proyecto de ley que modifica el Código del Trabajo, regulando el trabajo a distancia<sup>27</sup>. El proyecto<sup>28</sup> impulsado por el gobierno mejorará el marco jurídico que hoy regula a quienes trabajan bajo la modalidad de "teletabajo", y es parte de una estrategia integral del gobierno para promover el trabajo a distancia, sobre todo entre las 400.000 personas que hoy laboran desde sus hogares en calidad de independientes<sup>29</sup>.

El proyecto protege los derechos de los trabajadores al crear un nuevo "contrato de trabajo a distancia" que se integrará al Código del Trabajo. A su vez, el proyecto permite una adecuada y justa flexibilización respecto del modelo contractual antiguo. La jornada de trabajo de este nuevo sistema no estará sujeto al máximo de 45 horas semanales, pero en caso que el empleador exija determinados horarios de conexión, se asegura un mínimo de 10 horas continuas de descanso. También, se propone que el trabajador tenga a los menos un descanso continuo de 24 horas después

<sup>27</sup> [www.mlntrab.gob.cl/?p=262ns](http://www.mlntrab.gob.cl/?p=262ns), búsqueda de julio de 2011.

<sup>28</sup> [www.teletabajolegal.org.ar/index.php?option=com\\_webinks&view=category&id=7:bitografia-proyectos](http://www.teletabajolegal.org.ar/index.php?option=com_webinks&view=category&id=7:bitografia-proyectos), [sil.senado.cl/cgi-bin/sil\\_proyectos.pl?7199-13](http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?7199-13), búsqueda de julio de 2011.

<sup>29</sup> en [www.mlntrab.gob.cl/?p=220](http://www.mlntrab.gob.cl/?p=220), búsqueda de julio de 2011.



de 144 horas trabajadas. En cuanto al los fines de semana, este también podrá ser pactado entre las partes<sup>40</sup>, entre otros beneficios que incluye el proyecto<sup>41</sup>.

Para Díaz Aloy<sup>42</sup> la actual regulación que cuenta Chile sobre "teletrabajo" no se trata de una regulación específica, sino de un reconocimiento a la hora de exceptuarlo del límite de jornada.

Por todo lo reseñado, podemos concluir lo meritorio del avance de la legislación chilena es que haya avanzado en el hecho de contemplar esta modalidad de trabajo, mediante el uso de TIC, en su derecho positivo desde el 2001, amparando la modalidad bajo el derecho protectorio y haciendo los esfuerzos pertinentes para dotarlo aun más de garantías reafirmando la igualdad de derechos con el resto de los trabajadores en relación de dependencia.

### 2.5.4. La legislación Colombiana

La ley colombiana de teletrabajo n°1221<sup>42</sup> es una legislación especial del año 2008, que nace como una idea para reducir el desempleo que en ese entonces promediaba un 16,1%. La primera iniciativa radicada fue el proyecto de acuerdo 263 de 2005: "por medio del cual se promueve el teletrabajo en el distrito capital". Luego en el año 2006, la senadora Claudia Rodríguez presentó un proyecto de ley con el objetivo de promover el teletrabajo como instrumento de generación de empleo y autoempleo en Colombia, con el fin de dar mayores oportunidades laborales y disminuir la cifra de desempleo del país. Finalmente en 2008 se sancionó la ley 1221 por la cual se establecen normas para promover y regular el teletrabajo (a diferencia del proyecto presentado en 2006 que solo buscaba la promoción del mismo)<sup>43</sup>.

Aún sin una legislación específica para el teletrabajo, en el año 2007 se analizó<sup>44</sup> el teletrabajo a la luz de las normas colombianas haciendo una comparación con la relación laboral típica, para analizar cómo se manifiestan los elementos inherentes de la relación laboral en el primero y ver si se encuentran en el segundo, analizando de qué forma lo hacen.

<sup>40</sup> [www.teletrabajo.com.co/noticias/p/primera-firma-proyecto-de-ley-de-teletrabajo/717/](http://www.teletrabajo.com.co/noticias/p/primera-firma-proyecto-de-ley-de-teletrabajo/717/), búsqueda de julio de 2011.

<sup>41</sup> DÍAZ ALOY, Viridiana. "Consideraciones Acerca de los Enfoques Regulatorios del Teletrabajo", *Colección Tema de Derecho Laboral*, Errepar, B.A.S. 2008, p. 33.

<sup>42</sup> [http://www.secretariadesenado.gov.co/senado/basesdoc/ley/2008/ley\\_1221\\_2008.html](http://www.secretariadesenado.gov.co/senado/basesdoc/ley/2008/ley_1221_2008.html), búsqueda de marzo 2011.

<sup>43</sup> RODRÍGUEZ MEJÍA, Marcela. "Antecedentes del teletrabajo en Colombia: Retos y desafíos de la ley 1221 de 2008", [www.Telework2010.com](http://www.Telework2010.com), búsqueda de junio 2011.

<sup>44</sup> RODRÍGUEZ MEJÍA, Marcela. "El teletrabajo en el mundo y Colombia", <http://redabre.usmex.mx/pdf/336/33613102.pdf>.

Como conclusión la autora estableció que el teletrabajo configuraba una relación laboral en el ordenamiento jurídico colombiano vigente, porque a pesar de encontrar algunas situaciones que en principio parecería que desfiguran los elementos del art. 23 del Código Sustantivo, la prestación del servicio, la subordinación y el salario se mantienen siempre que hagamos una interpretación amplia de los mismos.

La ley 1221 encuadra la figura del teletrabajo. Según el art. 2° define al teletrabajo como una "forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo".

Categoriza a los teletrabajadores bajo las siguientes formas:

- **Autónomos** son aquellos que utilizan su propio domicilio o un lugar escogido para desarrollar su actividad profesional, puede ser una pequeña oficina, un local comercial. En este tipo se encuentran las personas que trabajan siempre fuera de la empresa y sólo acuden a la oficina en algunas ocasiones.

- **Móviles** son aquellos que no tienen un lugar de trabajo establecido y cuyas herramientas primordiales para desarrollar sus actividades profesionales son las tecnologías de la información y la comunicación, en dispositivos móviles.

- **Suplementarios**, son aquellos que laboran dos o tres días a la semana en su casa y el resto del tiempo lo hacen en una oficina.

Como *condiciones de trabajo particulares* resalta la igualdad de salario con los trabajadores presenciales que realicen la misma labor, en la misma localidad y por igual rendimiento.

Con relación a la jornada de trabajo, los exime de la regulación general y establece que de acuerdo con la naturaleza especial de sus labores, no les serán aplicables las disposiciones sobre jornada de trabajo, horas extraordinarias y trabajo nocturno. No obstante, el Ministerio de la Protección Social deberá prever vigilancia especial para garantizar que los teletrabajadores no sean sometidos a excesivas cargas de trabajo. La asignación de tareas hacerse de manera que se garantice su derecho a contar con un descanso de carácter creativo, recreativo y cultural.

Creemos importante resaltar<sup>41</sup> que su art. 6 enuncia al acceso a la formación como un derecho y que se reafirma la protección de la intimidad y privacidad del teletrabajador.

<sup>41</sup> Ya resaltaríamos la importancia de regular el derecho a la capacitación del teletrabajador, se puede profundizar sobre la temática en SAAD DE BIANCIOTTI, Carla. "Reconocimien-

Disponen que los trabajadores que realicen su trabajo en las instalaciones del empleador y pasen a ser teletrabajadores, conservan el derecho de solicitar, en cualquier momento, volver a la prestación anterior (reversibilidad).

Los empleadores deberán proveer y garantizar el mantenimiento de los equipos de los teletrabajadores, conexiones, programas, valor de la energía, desplazamientos ordenados por él, necesarios para desempeñar sus funciones. Los elementos y medios suministrados no podrán ser usados por persona distinta al teletrabajador, quien al final del contrato deberá restituir los objetos entregados para la ejecución del mismo, en buen estado, salvo el deterioro natural. Si el teletrabajador no recibe los paquetes de información para que realice sus labores, o los programas para desempeñar su función, o no son arreglados a pesar de haberlo advertido no podrá dejar de reconocérsele el salario que tiene derecho.

Con relación a la protección de la salud del trabajador, no regula condiciones de higiene y seguridad pero indica que el empleador deberá contemplar el puesto de trabajo del teletrabajador dentro de los planes de salud ocupacional y contar con una red de atención de urgencias en caso accidentes o enfermedades del teletrabajador en ocasión de servicios.

Los derechos colectivos de los teletrabajadores están reconocidos en la ley como la posibilidad de éstos de constituir o afiliarse a las organizaciones que elijan y a participar en sus actividades sindicales.

Finalmente el 30 de abril de 2012, se sanciona el Decreto 0684<sup>46</sup>, luego de casi cuatro años de la ley 1221 se decide su reglamentación, reafirmando el principio de igualdad de trato, la obligación de resguardar al trabajador en sus derechos, como también en su salud, reconocimiento de horas extras, entre otros.

### 2.3.5. Perú

Perú tampoco cuenta con una legislación específica<sup>47</sup>. Mayor Sánchez<sup>48</sup> comenta que grupos numerosos de trabajadores se están viendo beneficiados con esta nueva forma de trabajar, incluso las mismas empresas, las cuales gracias a su uso y su empleo como instrumento de trabajo, están obteniendo grandes ventajas económicas. Sin embargo, dice, Perú carece de un marco normativo adecuado sobre Teletrabajo. Destaca que el tele-

to del "Derecho a la capacitación continua" un reaseguro para el teletrabajo" en <http://tcl.leywork2010.tlc.org.ar/es/papernaprob/E>, búsqueda junio de 2011.

<sup>46</sup> Ministerio de Trabajo de la República de Colombia, <http://www.mtrabajo.gov.co>, búsqueda del 15 de mayo de 2012.

<sup>47</sup> Datos a julio de 2011.

<sup>48</sup> MAYOR SANCHEZ, Jorge. "El teletrabajo y trabajo a domicilio. Su influencia en el Derecho Laboral Peruano", <http://telecapacitacion.tlc.org.ar/archivos.php?b=319>

trabajo en el domicilio ha ocasionando que algunos lo consideren "trabajo a domicilio", debido a su falta de regulación legal por parte del legislador peruano. El autor concluye que el teletrabajo no es una clase o especie de trabajo a domicilio y enfatiza en la necesidad legal de establecer en Perú una "regulación legal y especial" para evitar la confusión de ambas figuras legales.

El viernes 8 de Julio se presentó a la Legislatura el Proyecto de Ley número 04901/2010-CR<sup>48</sup>, proyecto que establece el marco legal del trabajo a distancia o Teletrabajo que, a la fecha de presentación de este artículo, se encuentra en trámite legislativo.

### 3. Nuestro concepto

Advertimos la falta de consenso en doctrina sobre el contenido que define el concepto "teletrabajo" en relación de dependencia, realizamos un estudio comparativo sobre el tratamiento que del mismo hacen las distintas legislaciones reseñadas, para con todo ello construir nuestro concepto.

Desde lo etimológico, la palabra "teletrabajo" está formada de dos vocablos: 1) "tele" y 2) "trabajo". Estos vocablos<sup>49</sup> significan: "tele" en la primera acepción del diccionario, "a distancia" y "trabajo" en la tercera acepción del diccionario, "obra, resultado de la actividad humana".

Desde el análisis conceptual podemos definir al "teletrabajo" sobre aquello que entendemos en forma genérica y, en forma particular, a su aplicación en relación de dependencia:

#### Teletrabajo

Es el trabajo (prestación de obra u servicios) realizado a distancia, en domicilios ajenos al locador, mediante la utilización habitual y regular de tecnologías de Información y comunicación (TIC).

#### Teletrabajo en relación de dependencia

Habrá teletrabajo en relación de dependencia cuando la prestación de actos, ejecución de obras o prestación de servicios de un contrato o relación de trabajo, sea realizada mediante el uso habitual y regular de tec-

<sup>48</sup> Según link en "grupo teletrabajo córdoba" (facebook) información de <http://blogs.rpp.com.pe/actualidad/2011/07/20/alerta-de-se-presenta-proyecto-de-ley-de-teletrabajo/>, búsqueda de julio de 2011, idéntica fuente corrobora la misma situación legislativa al 15 de mayo de 2012.

<sup>49</sup> Real Academia Española, [www.rae.es](http://www.rae.es) búsqueda de diciembre 2011.

nologías de información y comunicación (TIC) y ejecutada total o parcialmente a distancia, ya sea en el domicilio del teletrabajador o en cualquier otro lugar ajeno a establecimientos del empleador.

Creemos importante explicitar aquello que entendemos por lo "habitual" como *lo que se hace, padece o posee con continuación o por hábito*, y por lo "regular" como *lo uniforme, sin cambios grandes o bruscos*.

#### 4. Reflexiones finales

Podemos señalar en el marco de los países analizados que, mientras la legislación europea profundiza la tendencia a regular (vía legislación o convención colectiva) de manera particular al teletrabajo, en Sudamérica -salvo excepciones como es el caso Chile y Colombia-, se revela la carencia de marcos regulatorios que contemplan las particularidades de esta forma de prestación de servicios y se evidencian las dificultades inherentes a la ausencia de decisiones políticas, en lo que respecta al hecho de dotar con vigor normativo a los tantos proyectos que se ensayan -particularmente en Argentina-, constituyendo uno de los obstáculos al que se debe enfrentar esta modalidad de prestar servicios.

Lo que antecede es solo un punto de partida de un análisis que excede el marco del presente trabajo, creemos importante avanzar en pos del análisis de la figura a fin de profundizar conceptos que nos lleven a una normativa propia, a fin de no dejar librados a la lógica del mercado a los actores sociales que involucra esta actividad.

#### Bibliografía

GARMENDIA CEDILLO, XOCBITL, *Teletrabajo*, Instituto de Estudios sobre Justicia Fiscal y Administrativa, Revista Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa, México, 2008.

GAUTHIER, GUSTAVO, *Teletrabajo*, Universidad de la República de Uruguay, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Uruguay, 2005, en [www.caminandoutonias.org.ar/tesis/Tesis8.pdf](http://www.caminandoutonias.org.ar/tesis/Tesis8.pdf)

*Informe sobre trabajo a domicilio y teletrabajo en Alemania*, Consejería de Trabajo y Asuntos Sociales de Alemania, 2006, Berlín - Alemania, de los informes obrantes en el Ministerio de Trabajo e Inmigración del Gobierno de España, España.

JELLE, VESSEN and NURIA, RAMOS MARTIN - *Expert Report on the Implementation of the Social Partner's Framework Agreement on Telework*, Amsterdam, January 2008.

JURI SABAG, RICARDO, *El Teletrabajo. La nueva Forma de Trabajo*, Lexis Nexis, 2006.

MAYOR SANCHEZ, JORGE, "El teletrabajo y trabajo a domicilio. Su influencia en el Derecho Laboral Peruano", <http://telecapacitados.tic.org.pe>

MORALES GARCÍA, ANA MARÍA, *La sociedad de la información en España: el teletrabajo como acción clave*, Getafe - España, julio de 2002, Biblioteca de la Universidad Carlos III de Madrid.

RODRÍGUEZ, MIGUEL Y ROYO, PIÑERO, *Regulación jurídica del teletrabajo*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Andalucía - España, 2004.

RODRÍGUEZ MURCIA, MARCELA, "Antecedentes del teletrabajo en Colombia- Retos y desafíos de la ley 1221 de 2008"; [www.Telework2010.com](http://www.Telework2010.com).

"El teletrabajo en el mundo y Colombia"; <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/336/33613162.pdf>.

SAAD DE BLANCIOTTI, CARLA, "Reconocimiento del "Derecho a la capacitación continua" un reaseguro para el teletrabajo"; <http://telework2010.tic.org.ar/ca/papermainprob/#>.

"Teletrabajo, su inserción en la legislación laboral Argentina"; Anuario XII, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, La Ley SAEal, Buenos Aires, 2011, pág. 327-344.

STELINA, JAKUB Y WARYLEWSKI, JAROSLAW, *El teletrabajo como una nueva forma de contratación en el Derecho comunitario europeo y en el Derecho polaco*, Abelardo Perrot, 2009.

THIRIAULT ARANDA, JAVIER Y SEGOVIA, ANGEL FORNIO, *Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo*, Revista andaluza de trabajo y bienestar social, Nº 72, 2003, Universidad de la Rioja, España.

#### Páginas Web consultadas

[www.ilo.org/ilolex/spanish](http://www.ilo.org/ilolex/spanish)

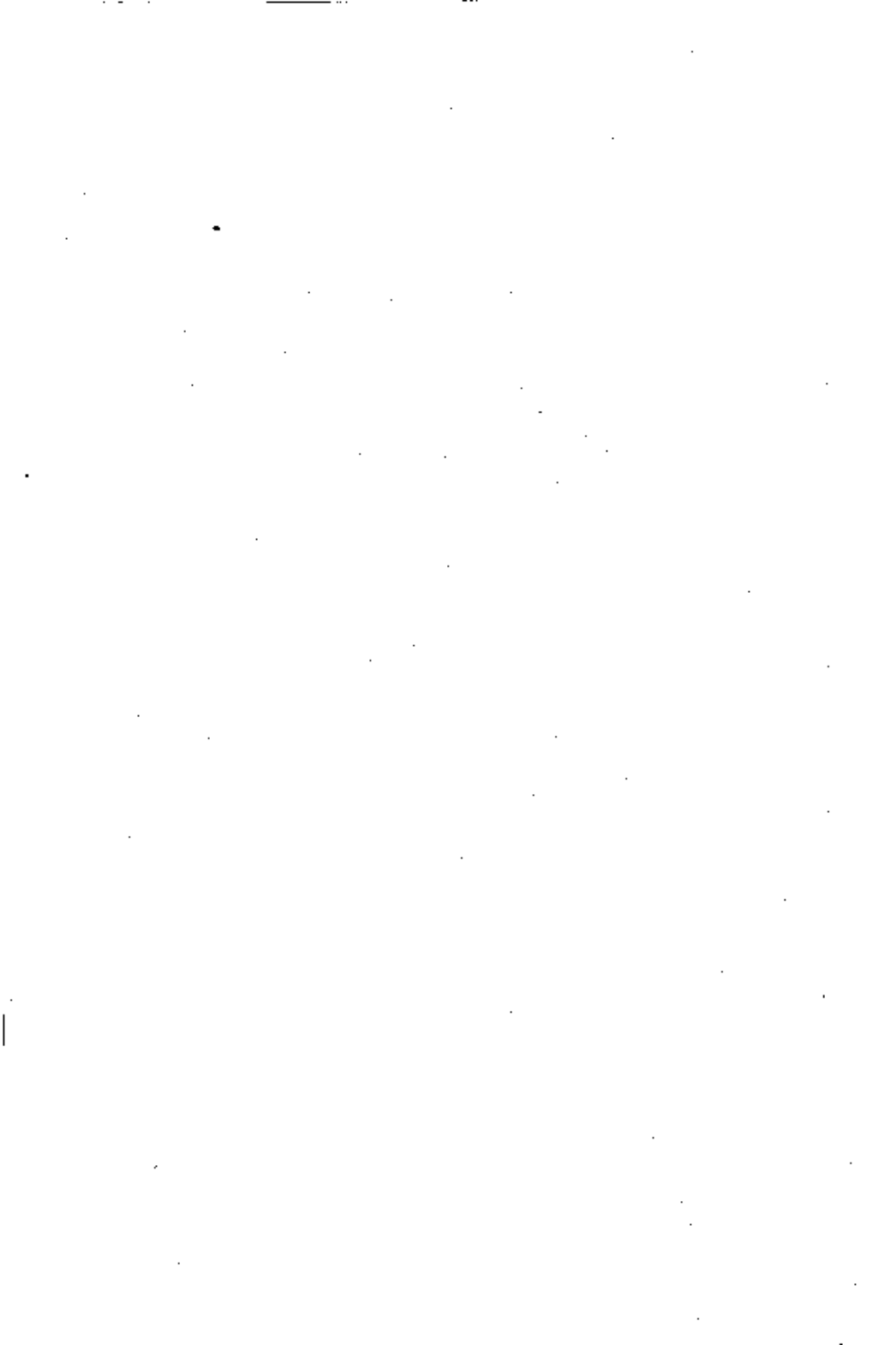
[www.esrofund.europa.eu](http://www.esrofund.europa.eu)

[www.trabajo.gov.ar](http://www.trabajo.gov.ar)

[www.lexfonecta.com.ar](http://www.lexfonecta.com.ar)



**SECCIÓN VI**  
**HISTORIA DEL DERECHO**





## LA TRAMA DE LA ORGANIZACIÓN NACIONAL

*Marcela Aspell*

**Resumen:** La investigación estudia los prolegómenos del inmediato proceso que llevó al dictado de la Constitución Nacional desencadenado tras el *Provinciamento* del General Justo José de Urquiza, deteniéndose en el estudio de la formación del Ejército Grande y los sucesos acontecidos en las vísperas de la batalla de Caseros librada el 3 de febrero de 1852.

**Palabras Claves:** Constitución Nacional - Ejército Grande - Justo José de Urquiza - Caseros - Siglo XIX - Confederación Argentina.

El Siglo XIX alcanzaba en nuestro territorio su cota de promedio con una fuerte aquiescencia rosista.

Todas las reacciones contra el Restaurador habían sido vencidas, los grupos unitarios habían perdido consistencia y solidez, su ardor se amenguaba y el Gobernador que había consolidado su prestigio al solucionar con la firma de los tratados del 24 de noviembre de 1849 y del 31 de agosto de 1850 los avatares de la intervención anglo-francesa había logrado concitar hasta el aplauso del Padre de la Patria, quien desde su lejano ostracismo llegó a disponer por cláusula testamentaria la entrega de su sable al Gobernador.

Los atentados, las conspiraciones y los levantamientos armados contra el poder del Restaurador habían logrado ser reprimidos con relativa facilidad.

---

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Buenos Aires. 1962. Promovió Facultad 1962. Cotitularia de Historia del Derecho Argentino en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba desde 1987 a la fecha. Investigador Principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Categorizado I en el Programa de Incentivos al Docente-Investigador del Ministerio de Educación de la Nación. Es profesora de Postgrado en diversas Carreras y Maestrías. Ex Presidenta de la Junta Provincial de Historia del Córdoba. Miembro de Número del Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Secretaria del mismo desde su creación. Es asimismo Miembro de Número del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, (Unidad Asociada del Conicet) del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, del Instituto de Cultura Hispánica de Córdoba, de la Sociedad Chilena de Historia y Geografía y Miembro Correspondiente por Córdoba de la Academia Nacional de la Historia y de la Junta de Estudios Históricos de Catamarca. Ha participado con presentación de trabajos en más de 150 Reuniones Científicas, nacionales e internacionales.

Entre ellos el levantamiento de Berón de Astrada, ferozmente sofocado el 31 de marzo de 1839 en *Pago Largo*, la conjuración de Ramón Maza que cobró la vida del padre Manuel Vicente Maza, asesinado en su despacho de la porteña Legislatura en la trágica noche del 27 de junio de 1828 y un día después la del hijo fusilado en la cárcel.

También había sido aplastada la *Revolución de los Libres del Sur* en la batalla de *Laguna de Chascomús* el 7 de noviembre de 1839, desarticulada la *Coalición del Norte*, derrotado Lavalle en *Quebracho Herrado* el 28 de noviembre de 1840 y Lamadrid en *Rodeo del Medio* el 24 de septiembre de 1841, aciagos e infaustos reveses, a los que se sumaban la muerte de Juan Galo de Lavalle el 9 de octubre de 1841 en San Salvador de Jujuy cuando cumplía su épica huida hacia el norte y traicionado Paz en la Guerra en el Litoral, circunstancia que lo empujó a retornar a Montevideo.

Encendidos unitarios que habían encabezado la lucha contra el gobernador a través de la pluma y la palabra o empujando decididamente las armas, habían abandonado la contienda, suavizado el enfrentamiento y hasta algunos de ellos solicitaban perdón y acogimiento en el suelo patrio, como lo imploraba un consternado Pedro Ferre, quien el 24 de abril de 1846, desplegando una retórica plagada de admirativa obscuencia y estudiada mansedumbre que permitía inferir entre líneas la presencia de una disimulada estratagema, le solicitaba a Rosas lo admitiera *"en el número de los gratos por tan importantes servicios a nuestra República y a la América toda; mientras en el último período de mi existencia pido al Cielo conserve la importante vida de VE, y le ofrezco los insignificantes servicios de este su admirador, patriota y obscuente servidor"* ... por cuanto sostenía, que luego de *"fatales"* cinco años, transcurridos luego de la batalla de Arroyo Grande del 6 de diciembre de 1842, que le había obligado a exiliarse en el Brasil donde había tenido ocasión de escribir sus Memorias, *"He vuelto a pisar el suelo que me vio nacer ... para restituirme a mi siempre idolatrada Confederación Argentina, cuya Santa Causa abracé hasta hoy, a la par de mis compatriotas, desde el año 26, de un modo solemne; protestando a VE, con la más positiva sinceridad que siempre seré fiel a tan espontáneo pronunciamiento, y para siempre un justo admirador del tino, sabiduría y dignidad con que VE, ha sostenido el honor de la Confederación Argentina y los imprescriptibles derechos americanos contra las miras detestables que en vano han desplegado los Poderes extranjeros"*.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Isidoro I. Ruiz Moreno *Campañas Militares Argentinas. La política y la guerra*. Buenos Aires, Emecé Memoria Argentina, Tomo II, 2006, pag. 562. En este magnífico estudio el autor menciona los casos de Manuel Solá, Ángel V. Peñakora, Juan Manuel Aldao, Luis Hernández, Tomás de Iriarte, Pedro Lacasa, Manuel de Olazábal, Juan José de Ollería, Federico de la Barra etc.

Los unitarios del *Salón Literario* de 1837 reconstruido en Montevideo bajo la forma de la *Asociación de Mayo* y la *Comisión Argentina* creada también en la vecina ciudad del Plata habían apagado su prédica iniciada en las páginas "*El Comercio del Plata*" bajo la dirección de Florencio Varela y "*El Iniciador*" donde escribían Miguel Cané y Andrés Lamas. También había amenguado el fervor de la contienda literaria sostenida en las chilenas páginas de "*El Mercurio*", "*El Nacional*" y "*El Progreso*" que nutria la bella pluma de Sarmiento.<sup>2</sup>

Pero las voces no estaban del todo silenciadas y no tardaría un nuevo periódico en encender nuevamente la mecha del camino hacia la organización constitucional.

Fue así como el 5 de enero de 1851 "*La Regeneración*" unas breves hojas de prensa de escuetas y apretadas columnas,<sup>3</sup> editado en la ciudad de Concepción del Uruguay, publicaba un artículo intitulado "*El año 1851*" donde se afirmaba:

*"Este año de 1851 se llamará a esta parte de América la organización. Obra de una admirable combinación de ciencia, patriotismo y firmeza, habrá paz general y gloria en la República Argentina. El buen derecho y el valor son las bases incontrastables que Dios protege. El gran principio del sistema federal, consagrado por la victoria, quedará consolidado en una asamblea de delegados de los pueblos. De su seno saldrá un mandato de fraternidad y abrazándose todos los hermanos, victorearán reconocidos un nombre glorioso que designa a un hombre grande que simboliza la constancia en el orden, la firmeza en el designio, el coraje en la lucha, la grandeza en los medos, el heroísmo en los hechos, el patriotismo y la civilización en los fines. Para nosotros la única faz del 51 es la organización."*<sup>4</sup>

Nadie en la Confederación podía ignorar la pública posición de Rosas sobre la oportunidad del proceso constitucional: *aguardar el tiempo propio de pacificación del país*, desde esta precisa perspectiva, el artículo importaba entonces, una clara provocación que el *Restaurador de las Leyes*

<sup>2</sup> En las páginas de "*El Progreso*" había aparecido por primera vez en forma de folletín los textos de Facundo entre los meses de mayo y junio de 1845. La primera edición corresponde al mes de julio de 1845, también en la santaguina imprenta del Progreso. La segunda edición se lleva a cabo en 1851, también en Santiago de Chile esta vez en la imprenta Belin, en tanto la tercera edición del 1868, corresponde al sello de Appleton, New York, edición donde se le adiciona al título: *Facundo o civilización y barbarie en las pampas argentinas*. Por su parte la cuarta edición nace en 1874, en París con el sello de la Librería Hachetta. Por último Facundo aparecerá en el séptimo tomo de las *Obras Completas* de Sarmiento un año después de la muerte del *Maestro de América* en 1899.

<sup>3</sup> Su redactor era Carlos de Terrada, emigrado de la provincia de Buenos Aires, autor de una celebre *Memoria sobre la libertad de imprenta*, publicada en Buenos Aires en 1832.

<sup>4</sup> *La Regeneración Argentina, 5 de enero de 1851*. Citado por Diego Abad de Santillán *Historia Argentina*, Tomo II, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1981, pag 477

entendió como tal, recogiendo prestamente el guante del desafío y notificando su desagrado, por intermedio de Elizalde.

De esta manera, Rufino de Elizalde escribe a Diógenes Urquiza, hijo del General, en tono conciliador y amistoso, sugiriéndole que conveniera a su padre para que redactara un texto que, publicado en el mismo diario, salvara los errores que contenía el polémico suelto de *La Regeneración* del 5 de enero, al que consideraba particularmente agravante y calumnioso para Rosas, le insinuaba, asimismo *"que debía prohibirse a los periódicos tratar de asuntos políticos sin someterlos a examen o prohibirlos del todo que es lo mas conveniente"*<sup>5</sup>

Insistía sobre los mismos argumentos que había desarrollado, diecisiete años atrás, en la *Carta de la Hacienda de Figueroa*, fechada el 20 de diciembre de 1834, que Juan Facundo Quiroga llevaba en el interior de su chaqueta, cuando partió hacia su último viaje, donde la muerte lo esperaba en Barranco Yaco<sup>6</sup> y el pistoletazo que destroza su corazón, perfora también el texto de la carta que queda manchada de sangre.

*"La organización de la República era obra del tiempo que no hay poder humano que la pueda hacer anticipar, que después que la República ha sido agitada por inmensas guerras extranjeras y continuas guerras civiles necesita extinguir las causas del desorden y desorganización que han dejado saltantes y prontas a hacer nacerla mas horrible anarquía, que era preciso alejar los aspirantes y revoltosos de los negocios publicas y que el único y solo medio de conseguirlo era la conservación del orden actual; que los gobiernos de las provincias deben empezar a organizar primeramente sus provincias, porque estos trabajos deben preceder a la organización nacional, que para esto es preciso conservar la paz que no podrá conseguirse de un modo estable y verdadero, sino continuando el general Rosas en la dirección de los negocios nacionales de paz, guerra y relaciones exteriores y en el mando*

<sup>5</sup> *La Regeneración Argentina. Colección de las Notas, Proclamas, Discursos, Partes oficiales, Mensajes, Proyectos de Ley, Tratados y otros Documentos Públicos de importancia expedidos y promulgados directamente, o por su orden y delegación por el Capitán General D. Justo José de Urquiza en su carácter de Gobernador de la provincia de Entre Ríos, de General en jefe del grande Ejército, de Director Provisorio y de Presidente Constitucional de la Confederación Argentina desde 1851 hasta 1862. Compilados por Justo Maeso. Reproducción y Comentario de la obra de Justo Maeso publicada en 1870. Documentos Reunidos por Ernesto J. Pita. Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, Biblioteca de Historia Argentina y Americana, Tomo XVI, 1980.*

<sup>6</sup> El 16 de febrero de 1835 cuando la comitiva que acompañaba a Juan Facundo Quiroga (1788-1836), comisionado por el Gobierno de Buenos Aires para zanjar las diferencias suscitadas entre los gobiernos de Tucumán y Salta, arriba, en viaje de vuelta a Buenos Aires, a Barranco Yaco, jurisdicción del norte de Córdoba, es rodeada por una partida de hombres armados, bajo las órdenes del capitán Santos Pérez, hombre de confianza de los hermanos Rainaldí, que ultimó a los miembros del grupo, con excepción de dos acompañantes que lo-  
ran escapar.

de la provincia de Buenos Aires, investido con la suma del poder público y apoyado por todas las provincias confederadas, quienes deben prestarse a todo lo que se ordene"<sup>7</sup>

La respuesta del General Urquiza no se hace esperar.

El 22 de febrero de 1851 le contesta a Rufino de Elizalde.

Destaca Ruiz Moreno la altanería de la respuesta,<sup>8</sup> cuando le previene a su contertulia, su deseo de reservar la contestación, "con la única excepción del ser general Rosas quien me sería indiferente se impusiese de ella".<sup>9</sup>

Los párrafos más sobresalientes de la respuesta insistían en la libertad de prensa y en el deseo que tanto ésta, como el pueblo de la provincia de Entre Ríos compartían de ver la República definitivamente arreglada.

Y concluía: "Yo, en particular fervientemente espero ver esa organización en mis días, habiendo contribuido a ella."<sup>10</sup>

En cuanto al ejercicio del supremo gobierno puntualmente Urquiza replica a Elizalde:

"Estoy muy lejos de convenir que el interés de la Confederación, que no es otro que el de cada una de las partes que la componen se consulte o adelante con la pasiva obediencia a lo que se les ordene y advirtiéndolo a V. que incurre en gravísimo error al decirlo, debo añadir que en la Confederación no existe Gobierno Supremo y que asumir el título solamente, es una absurda demasía y que los gobiernos de las Provincias que como el de Entre Ríos tengan conciencia del rol que representan y de los altos intereses que administran en vez de reconocer Supremo y obedecer a lo que se les ordene, entiendan ser respetados, acatados y consultados, deferente y debidamente como el Tratado Cuadrilátero lo establece y reconoce. La prostración, la debilidad o la ignorancia, no son bases que puedan aducirse para establecer principios de buen derecho, y el por una ceguera injustificable ha habido gobiernos que se postren ante el del general Rosas, Entre Ríos y su administración, que leal y decididamente han prodigado el oro de la Provincia y la sangre gloriosa de sus soldados en sostén y mantenimiento de la causa federal y de la tranquilidad de los pueblos, Entre Ríos que a todo instante está pronto a sacrificarse por los verdaderos intereses de la Confederación, Entre Ríos no entiende obedecer, sino a sus propias autoridades, ni servir otros intereses que los bien conocidos de la Confederación"<sup>11</sup>

La voz del General Urquiza, transparentaba el sentimiento antroslista que se había acrecentado en la provincia de Entre Ríos, a la par que

<sup>7</sup> *La Regeneración* cit, pag. 5.

<sup>8</sup> Isidoro J. Ruiz Moreno *La lucha por la Constitución. 1820-1853*, Buenos Aires, Editorial Atrio, 1976, pag 262.

<sup>9</sup> *La Regeneración* cit, pag 6.

<sup>10</sup> *Idem*, pag 7.

<sup>11</sup> *Idem*, pag 7 y 8.

mejoraba su desarrollo económico, su administración local, la evolución cultural y social de sus instituciones alcanzando hasta la formación de importantes contingentes de un ejército de reserva, que no se desvinculaba del trabajo mas que en los tiempos de movilización y de operaciones<sup>12</sup> y cuya veteranía se había templado en la victoria del *Potrero de Veneces*, el 27 de noviembre de 1847.

El tema clave lo constituía, sin duda, el proteccionismo comercial decretado por Rosas que perjudicaba el desarrollo de las provincias mesopotámicas, al ceñirle la libre navegación de los ríos, panorama que Rosas agravó aún más, al prohibir la exportación de oro a las provincias para obligarlas a recibir las emisiones de la *Casa de Moneda* y el suministro de pólvora a las caleras entrerrianas para evitar su utilización con fines militares.

Urquiza no se arredró por ello, multiplicó la producción de granos, aumentó las tropas de caballos que facilitarían una rápida movilización de las tropas y mejoró las condiciones de vida y trabajo de toda la población convirtiéndose en un líder indiscutible de sus tropas gauchas. *"Yo en mi actual posición, apenas me trato como un sargento y eso no de los mas distinguidos"* confiesa en 1848.<sup>13</sup>

La figura del entrerriano albergaba asimismo la esperanza de derrotar la tiranía del Restaurador. El 17 de abril de 1851 desde Santiago de Chile Domingo Faustino Sarmiento proclamaba: *"La República Argentina ha hallado al fin su hombre, su brazo armado, que en su desamparo le preste ayuda, que la levante de su caída"*

Entretanto en Buenos Aires las manifestaciones se suceden. Como lo relata Benito Hortelano:<sup>14</sup> *"Desde el día en que Rosas declaro a Urquiza traidor, con el agregado del lema, las manifestaciones públicas ofreciendo su vida, bienes, fama y familia al ilustre restaurador. Siguieron después los empleados, los abogados, médicos y por último los ciudadanos que todos se quedaron sin fama, porque se la habían entregado al tirano. El día de San Martín el pueblo en masa acudió a Palermo a felicitar al general Rosas. Este se paseaba por los jardines cuando la multitud travadió aquella posesión, rodeándolo abrazándolo y desgañitándose en aclamaciones y locura al gran Rosas... Los teatros también preparaban sus funciones patrióticas. Don Pe-*

<sup>12</sup> Diego Abad de Santillán *Historia Argentina*, Buenos Aires, TEA, Tomo II, pag 474

<sup>13</sup> Citado por Diego Abad de Santillán en *Idem*, pag 476.

<sup>14</sup> Editor y tipógrafo español nacido en 1819. Llegó a Buenos Aires alrededor de 1850. Fundador de la Sociedad Tipográfica Bonaerense, logró editar en Buenos Aires *La Ilustración Argentina*, *El Español*, *El Agente Comercial del Plata*, *La Autopsia*, *La Historia de España* y un *"Tratado de Tipografía"* En 1860 escribió sus *"Memorias"* que alcanzaron los honores de publicación casi un siglo después. Murió en 1871. Benito Hortelano, *"Memorias"*, Madrid: Espasa-Calpe, 1936.

dro Lacasa compuso una pieza cuyo argumento era la traición y derrota de Urquiza. Otra compuso don Miguel García Fernández sobre el mismo objeto. En una y otra función el entusiasmo llegó a su colmo. Don Lorenzo y don Enrique Torres, el doctor Gondra y otros muchos patriotas federales pronunciaron discursos entusiásticos, pidiendo sangre, exterminio y pulverización de las provincias de Entre Ríos y Corrientes, del Imperio del Brasil y de todos los salvajes, tímidos, asquerosos unitarios. A la salida del teatro, Manolita Rosas, hija del jefe supremo, que presidía todas las ovaciones a nombre de su padre, fue conducida en su coche, quitados los caballos, tirando de él los patriotas federales. Entre los que vi tirar del coche recuerdo a don Santiago Calzadilla, al hijo, al doctor Agrelo, a don Rufino Elizalde, a Gimena, a don Rosendo Labardén y a Toro y Pareja; yo también empujé de la rueda derecha al partir el carruaje. No recuerdo los nombres de otros muchos federales que tiraron, porque no los conocía entonces y hoy son muy unitarios."

Los tiempos se precipitan, y en 1851 se pone en marcha la campaña por la Constitución Nacional. Los próximos pasos del General rebelde buscaron sustentar la formación del consenso con el resto de los mandatarios provinciales.

En una circular, fechada el 5 de abril de ese mismo año de 1851, Urquiza invitaba a los gobernadores a poner coto a las temerarias aspiraciones del Gobernador de Buenos Aires, "quien no satisfecho con los inmensos dificultades que ha creado a la República por su caprichosa política pretende ahora prolongar indefinidamente su dictadura odiosa, reproduciendo las farsacas renunciadas, a fin de que los gobiernos confederados por temor o por interés mal entendido encabezen el suspirado pronunciamiento que lo coloque de hecho y sin responsabilidad alguna en la silla de la presidencia argentina"<sup>15</sup>

Afirmaba que la provincia de Entre Ríos, desengañada ya de la esperanza de ver constituida la República y habiendo sufrido impasible, la acción funesta del poder despótico del Encargado de Relaciones Exteriores había resuelto, al fin, "ponerse a la cabeza del gran movimiento de libertad con que las Provincias del Plata deben sostener sus creencias, sus principios federativos, no tolerando por mas tiempo el criminal abuso que el Gobernador de Buenos ha hecho de los altos imprescriptibles derechos con que cada sección de la república contribuyo, por desgracia, a formar ese núcleo de facultades que el general Rosas ha extendido al infinito, desarrollándolo en su provecho y en ruina de los intereses y prerrogativas nacionales"

Otros pasajes de la circular dispensaban a las demás provincias de la obligación de sostenerlo por las armas pues "las lanzas del ejército entre-

<sup>15</sup> Idem, pag 4.

rriano bastan por sí solas para derribar ese poder ficticio del Gobernador de Buenos Aires, apoyado únicamente en el terror y en la desmoralización que ha tenido la execrable habilidad de difundir en todo el territorio de su mando" solamente se esperaba que los representantes de las distintas soberanías territoriales de la Nación, no se plegaran a las insidiosas sujeciones del Gobernador de Buenos Aires ni continuaran prestándole su aquiescencia.

Finalmente el 1 de mayo de 1851, el texto del pronunciamiento de Urquiza, fechado en el Cuartel General de San José, impreso en la Imprenta del Estado de la ciudad de Paraná y repartido en hojas volantes, encabezadas por el grito de ¡Viva la Confederación Argentina! y ¡Mueran los enemigos de la Constitución Nacional! que reemplazaba el repetido ¡Mueran los salvajes unitarios!, proclamaba el decidido propósito del pueblo entrerriano "de reasumir el ejercicio de las facultades inherentes a su territorial soberanía, delegadas en la persona del Excmo Señor Gobernador y Capitán de Buenos Aires para el cultivo de las Relaciones Exteriores y dirección de los negocios de Paz y Guerra de la Confederación Argentina, ... quedando manifestada la libre voluntad de la provincia de Entre Ríos en aptitud de entenderse directamente con los demás gobiernos del mundo, hasta tanto que se congregada la Asamblea Nacional de las demás Provincias hermanas sea definitivamente constituida la República"<sup>16</sup>

El sustento de la arriesgada operación se recostó en una delicada trama de alianzas que lograría aunar las voluntades de los vecinos gobiernos de Montevideo y Río de Janeiro con la provincia de Entre Ríos, quienes suscribieron, el 29 de mayo de 1851, el acuerdo que servía de base de las estrategias, para mantener la independencia del Uruguay, lograr la pacificación de su territorio, sitiado por las tropas del General Manuel Oribe, procediendo luego a la libre elección del Presidente de la República Oriental, conforme lo ordenado en el texto de la Constitución del Estado Oriental.<sup>17</sup>

Aunque el Convenio señalaba que tenía como único propósito la independencia real y efectiva de la República Oriental del Uruguay se preveía que si "por causa de esta misma alianza el Gobierno de Buenos Aires declarase la guerra a los aliados individual o colectivamente, la alianza ac-

<sup>16</sup> Cuando se conoció la noticia en Buenos Aires, una nueva leyenda se agregó al texto de los documentos oficiales: "Miseria el loco traidor salvaje unitario Urquiza". Una effigie del entrerriano fue quemada junto a la pirámide de Mayo, a la par que se multiplicaban las injurias en la prensa y los desagracios de las personalidades adictas a Rosas. Solo Corrientes respondió a Entre Ríos. El resto de las provincias confederadas reafirmó su adhesión al Restaurador, aunque no demostraría el mismo entusiasmo en la colaboración de auxilios militares.

<sup>17</sup> Convenio del 29 de Mayo de 1851 celebrado entre el Brasil, la República Oriental del Uruguay y Entre Ríos para una Alianza ofensiva y defensiva, a fin de mantener la independencia y de pacificar el territorio de aquella República. En *La Regeneración* cit. pag 22 y siguientes.



*tual se tornara en alianza común contra dicho Gobierno, aun cuando sus actuales objetos se hallan llenado y desde ese momento la paz y la guerra tomarán el mismo aspecto"*<sup>19</sup>

Cumplida esta primera etapa, prácticamente sin lucha y mediando una honrosa capitulación que contempló el ingreso de gran parte del ejército sitiador a las tropas aliadas, se firmó, el 21 de noviembre de 1851, el segundo de los acuerdos suscripto, esta vez, entre los representantes de los gobiernos entrerriano, correntino, brasileño y uruguayo.<sup>19</sup>

Las partes firmantes se apresuraron a señalar que no pretendían hacer la guerra contra la Confederación Argentina sino simplemente *"liberar al pueblo argentino de la opresión que sufre bajo la dominación tiránica de Don Juan Manuel de Rosas y auxiliarlo, para que organizado, en la forma regular que juzgue mejor convenir a sus intereses a su paz y amistad con los estados vecinos, pueda constituirse libremente"*

El convenio confería el mando de todas las tropas al General Justo José de Urquiza, quien se comprometía a cruzar el Paraná a fin de operar contra Rosas *"con todas las fuerzas que pueda disponer"* y determinaba prolijamente las porciones de la cooperación de los aliados.

Brasil se comprometía a contribuir con tres mil hombres de infantería, un regimiento de caballería, dos baterías de artillería, *"bien provistas de guarnición, animales y todo el material necesario"*

El Uruguay aportaría dos mil hombres de infantería, artillería y caballería con una batería de seis piezas *"provistas abundantemente de todo cuando necesitaren"*

El auxilio económico de la operación lo proporcionaba por su parte el Imperio de Brasil con un préstamo que importaba la suma mensual de cien mil patacones durante el plazo de cuatro meses *"o durante el tiempo que transcurriere hasta el desaparecimiento del gobierno del General Rosas"*

Esta suma que se realizaba sobre letras de tesorería obtenidas del tesoro nacional a ocho días vista, debía reintegrarse con un rédito del seis por ciento anual. Pero indudablemente, la clave de todo el acuerdo lo constituía el tema de la libre navegación de los ríos, que las provincias de Entre Ríos y Corrientes se comprometieron a gestionar en el futuro gobierno de la Confederación.

El cuartel general de los aliados se estableció en Gualeguaychú, donde el Ejército Grande se armó, entrenó y concentró con el apoyo de los

<sup>19</sup> Idem artículo 15 del Convenio cit. pag 24.

<sup>20</sup> *Convenio Especial de Alianza entre el Imperio del Brasil, la República Oriental y los Estados de Entre Ríos y Corrientes en nombre de la Santísima e Indivisible Trinidad el 21 de noviembre de 1851.* En *La Regeneración* cit. pag 43 y siguientes.

países vecinos ya mencionados, que remontaron, asimismo, un ejército de reserva de 10.000 soldados brasileños en territorio oriental.

La puesta en marcha de todo la campaña se inicia con el paso del río que separa las mesopotámicas provincias de Entre Ríos y Santa Fe, bajo la protección de la escuadra brasileña.

Entre los días 23 y 26 de diciembre el Ejército Grande cruza el Paraná.

El río fue atravesado a la altura de Diamante o Punta Gorda, donde su espejo cubre en las bajantes, alrededor de mil doscientos metros, enfrentando las costas acantiladas de Entre Ríos con las riberas bajas y anegadizas de Santa Fe.

En la difícil travesía fueron empleados varios barcos brasileños<sup>20</sup>, chalanas de diferente porte, barcazas menores entrerrianas y balsas correntinas diseñadas para el transporte de la caballería "construidas bajo la hábil dirección de Pedro Ferré, capaces de contener en su recinto, circundado de una estacada, cien caballos"<sup>21</sup>

Los enérgicos clarines del alba del 23, pusieron al ejército en pie de marcha. Se iniciaba de este modo, la gesta de la Constitución Nacional.

La indispensable cabecera de puente en las orillas santafesinas se armó con dos batallones de infantería, una batería de artillería y las divisiones de Urdinarrian, Galarza y Palavecino, con las que colaborarían las divisiones entrerrianas.

Media legua en dirección sur, cruzó la caballería, lo hizo en los pasos más angostados, en tanto la infantería pesada se animó al cruce, en las áreas costeras que permitían la mayor aproximación a tierra de las embarcaciones, en las bajadas de *El Brete* y *Puerto Viejo*.

Sarmiento trazó con pluma rotunda el cuadro de esta singular hazaña:

*"Al amanecer del día 23, todo era animación y movimiento en las alturas del Diamante, en la playa, en los buques y en las aguas... Esta vez el auxilio del vapor mismo hacia innecesarios esfuerzos tan prodigiosos. Embarcaciones menores pasaban de una a otra orilla los batallones de infantería en grupos pintorescos que matizaban de vivísimo rojo la superficie brillante de las aguas. El vapor Don Pedro, de ligerísimas dimensiones, re-*

<sup>20</sup> Los barcos brasileños al mando del Almirante Granffiel era Afonso, D. Francisca, Recife, Pedro H Uniao, Callopa, Imperator, Uruguay y D. Januaria. Datos tomados de Alberto J. Mazarón: *Urquiza. Libertador y Revolucionario*. Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, pag 121. Diecinueve vecinos de la ciudad de Paraná contribuyeron con sus embarcaciones particulares a las que se sumo un lanchón, un bergantín, dos goletas y tres pallebotes pilotados por los correntinos Alberto Villegas, Benito Rosa y Pedro Arriola. Datos tomados de Beatriz Bosch: *Urquiza. El organizador*. Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1980.

<sup>21</sup> Domingo Faustino Sarmiento: *Campaña en el Ejército Grande Aliado de Sud América*. Buenos Aires Editorial Kraft Limitada, 1857, pag. 150

moicaba las balsas cargadas de caballos pero aun no satisfacía la actividad del general en jefe con estos medios, centenares de nadadores dirigían el paso de las tropas de caballos cuyas cabezas se diseñaban apenas, como pequeños puntos negros que interrumpían en líneas transversales la tersura del río. Por horas enteras veíase a algún nadador luchando con un solo caballo, obstinado en volver a tras a la mitad del canal, mientras que el espectador se reposaba de la fatiga que causa el espectáculo de tan peligroso esfuerzo, al dividir en la opuesta orilla los caballos que tornaban tierra, los batallones que desplegaban al sol sus tiendas, y allá en el horizonte los rojos escuadrones de caballería, que desde temprano avanzaban perdiéndose de vista en la verde llanura de las islas. Daba impulso a aquel extenso y variado campo de acción la mirada eléctrica del General en Jefe que, situado en una eminencia, dominaba la escena, inspirado arrojó a los unos y a todos actividad y entusiasmo<sup>22</sup>

El transporte de la caballada se volvió particularmente difícil, faltaban jangadas suficientes para contener y ordenar el despacho de las bestias "Los soldados nadando, luchaban horas y horas con los caballos que de la mitad, de los dos tercios del río se volaban para atrás y volaban a la ribera. Una jangada construida sobre lanchas, hacia raras viajes con sesenta caballos en cada uno, por la falta de dirección por la imperfección de los medios de embarque abandonados a caballertzos, comandantes de cada división etc. El resultado de las fascinación mágica de la presencia del general fue que en todo el día pasaron seiscientos caballos de treinta mil que aguardaban su turno"<sup>23</sup>

Urquiza, según refiere Sarmiento, cruzó el Paraná en la noche del día 24<sup>24</sup> "y avanzó en las islas buscando la costa firme con los dos escuadrones que primero pudo montar". Sarmiento, por su parte, lo hizo con su imprenta a cuestas, y no perdió ocasión de testimoniarlo, pues de allí mismo surgieron boletines datados "a bordo del vapor Uruguay"

El cruce significó la pérdida de algunas vidas humanas. Murieron soldados, ahogados en las aguas caudalosas, "y muchos picados por las rayas, pescado o demonio enterrado en el fango armado de espinas venenosas en la cola."

La operación se extendió entre los días 23 de diciembre de 1851 hasta el 8 de enero de 1852 debían cruzar de una a otra orilla mas de 26.000 soldados y 50.000 caballos.

En las costas santafesinas, el ejército en marcha reunió, tras las primeras operaciones de cruce más de 26.000 hombres. Su composición

<sup>22</sup> Sarmiento op. cit. pag. 150

<sup>23</sup> Ídem pag 152.

<sup>24</sup> Probablemente lo hizo en la madrugada de este día 24.

aunaba soldados de las provincias del litoral y los vecinos países de Brasil y Uruguay Entre Ríos había aportado 10.670 hombres, Corrientes 5.280, Buenos 4.249, Brasil 4.040, Uruguay 1970. A ello se sumaba 2.000 hombres dedicados a la Maestranza del ejército, a cargo de los pertrechos, abastecimientos, parques, caballerías etc.

Antiguos unitarios y acérrimos enemigos del Restaurador se sumaron a las filas del nuevo ejército de este modo revistaron en sus filas Pedro Ferré, el General Gregorio Aráoz de Lamadrid, Juan Pablo López, el General Juan Madariaga, amén de las nutridas filas que agrupaban a inmigrados y exilados.

La vibrante arenga con que Urquiza alentó a sus soldados decía:

*"La campaña que vamos a emprender es santa y es gloriosa, porque en la vamos a decidir de la suerte de una gran Nación que veinte años ha gemido bajo el pesado yugo de la tiranía del Dictador de los argentinos y a complementar la gran obra de la regeneración social de las repúblicas del Plata para que de principio a la nueva era de civilización, de paz y de libertad y se ciegue para siempre el abismo donde el tirano quería sepultar las glorias, el valor y hasta el nombre de los argentinos".*<sup>25</sup>

El 26 de diciembre de 1851 desde su Cuartel General en Carcañará un exultante Urquiza le escribe al Gobernador de Tucumán: *"Una serie no interrumpida de acontecimientos felices para la digna causa de las Repúblicas del Plata, y mas que todo la justicia de la revolución contra Rosas, pronunciada por el Pueblo Entre-Riano el 1.º de Mayo del corriente año, seguida por el Pueblo Correntino y por el poder incontestable de la opinión nacional y de las simpatías americanas, me llevan sin demores al centro mismo de los del tirano. Al frente de mi numeroso ó invicto Ejército de Vanguardia, quien sigue otro no menos grande y denodado de reserva, marchó a bucear al férz autócrata del Río de la Plata, resuelto a derrocar su autoridad despótica, removiendo así el único obstáculo para la paz pública y felicidad general. Me asiste la plena confianza de que valorando V. E. en su verdadero carácter el espíritu y tendencia de esta cruzada de civilización y de libertad, contra el enemigo común de todas las glorias americanas, armonizará con ella su política proporcionando al heroico pueblo que le ha encomendado su suerte una oportunidad brillante de adquirir los verdaderos títulos de gloria, y de desmentir el equivocado concepto de los extraños, debido esclusivamente al general Juan Manuel de Rosas".*<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Citado por Isidoro Bulz Moreno, op cit. pag. 293.

<sup>26</sup> Facultad de Filosofía y Letras. "Documentos relativos a la organización constitucional de la República Argentina". Buenos Aires. Compañía Sudamericana de Billetes de Bancos, 1911. Tomo I Pág. 10.

Contestaba de este modo los términos de la ley dictada por la Legislatura tucumana, el 8 de noviembre de 1851 que lo había declarado "*Loco traidor salvaje unitario*", desconociendo su carácter de gobernador y proclamando "*crimen de lesa nación a todo pacto o tratado que celebrase o hubiese celebrado el loco traidor salvaje unitario Urquiza con el titulado Gobierno de Montevideo, los salvajes unitarios o el pérfido anti-americano Gobierno del Brazil*"<sup>27</sup>

El cruce del ancho río no dio ocasión a enfrentamientos con el enemigo.

Desembarcados los contingentes en la vecina orilla se concentraron en la margen derecha del Arroyo del Medio.

Fue entonces cuando entre las tropas que se aprestaban a llevar adelante una misión singular, flameó la bandera nacional, despojada ya, de las insignias rosistas.

Las tropas defensoras desaprovecharon la oportunidad de utilizar la magnífica defensa natural que proporcionaba el río y el propio gobernador Echagüe abandonó su provincia, sin ofrecer combate alguno. Al iniciarse el mes de enero de 1852 los aliados habían alcanzado ya la provincia de Buenos Aires e ingresado a su jurisdicción.

Al imaginar que el ejército enemigo iniciaría el cruce del Paraná con el decidido propósito de ganar la orilla occidental, Chilvert insistió en la idea de tender líneas de defensa en el mismo río Paraná, pero Ángel Pacheco desestimó la propuesta, y las tropas de Urquiza avanzaron con rapidez y sin ninguna oposición.

Pequeñas escaramuzas, como las mantenidas por el teniente coronel Luis Hernández, que logra dispersar en las inmediaciones de Pergamino un regimiento mandado por el comandante Prudencio Arnold, la sublevación de los hombres del regimiento de Pedro León Aquino, ocurrida el 10 de enero de 1852 en *El Espinillo*<sup>28</sup> que luego de asesinar a sus jefes marchan para unirse a las tropas rosistas, y la derrota y posterior dispersión de Hilario Lagos en los combates de Campos de Álvarez<sup>29</sup>, llevada a cabo por la vanguardia aliada comandada por Juan Pablo López y el Coronel Miguel G. Gainza no logran alterar lo que parecía un derrotero inalterable.

La sublevación en *El Espinillo* ocurrió en la noche del 10 al 11 de enero. Soldados originariamente pertenecientes a las tropas de Orbe, incorporados al Ejército Grande, tras la capitulación de su jefe, y que integran el regimiento de caballería puesto bajo las ordenes del Coronel Pedro León Aquino, asesinan a su jefe a lanzazos como también a otros coman-

<sup>27</sup> Ídem, Pág. 8.

<sup>28</sup> La sublevación ocurrió al norte de Rosario en la provincia de Santa Fe.

<sup>29</sup> El combate se libró en las inmediaciones de Morón.

dantes de la unidad, sorprendiéndolos en sus tiendas de campaña, y cuyas pertenencias saquean para huir luego, llevándose la caballada, hacia Santos Lugares.

San Nicolás, por su parte, se alzó en armas el 12 de enero en favor del ejército aliado, luchando con tenacidad contra las columnas rosistas que intentan sin éxito aplastar la rebelión. Enterado Urquiza, envía raudamente al Coronel Virasoro, quien logra dispersar totalmente a las tropas del Restaurador, arrebatándole sus caballos ensillados. En Loma Negra, Juan Pablo López sorprende a una columna enemiga a quien batir en retirada, luego de algunas bajas.

Entretanto, en el campamento de Santos Lugares, Martíniano Chilavert adiestraba dificultosamente, ocho cuerpos de escuadrones de artillería, intentandoles suministrar su propia experiencia y la mayor instrucción posible, pero el desánimo empapaba todo el ejército del Restaurador, cuyo gobierno incluso, se agotaba por instantes *"Parecía como la defección de Urquiza hubiera cubierto con un manto de fatalismo el complejo engranaje de la organización militar. Es que la pérdida de las mejores fuerzas no determinan un mero recuento matemático: la peor de sus consecuencias lo constituye la desmoralización... y la fatiga de una larga lucha en medio de una labor de gobierno verdaderamente agobiadora"*<sup>29</sup>

El audaz plan que el artillero propone para salvar el honor de las armas, indicaba la invasión del Brasil por las fronteras de Santa Teresa, amenazando la misma ciudad de Río Grande. Lo definía como un territorio fértil que conocía palmo a palmo, donde pacían 50.000 caballos y un millón de cabezas de ganado y que constituía asimismo la parte más vulnerable de la provincia de Río Grande. Argumentaba Chilavert: *"Nada se opone a esto. La fortaleza de Santa Teresa domina el estrecho formado por el mar y unas grandes lagunas impracticables. Bien pertrechado ese fuerte, ningún ejército puede forzar el estrecho sin exponerse a una ruina total. Posesionándose del Fuerte San Miguel, que dista seis leguas del de Santa Teresa se observa aquella entrada. Y si los enemigos cometieran la imprudencia de atacarlo por los dos puntos a la vez el tendría la ventaja de cargar al cuerpo que le presentara mas ventaja con toda la masa de sus fuerzas. Los dos cuerpos enemigos quedarían divididos por bañados intrasitables. Imposible, no digo de socorrer ni aun de mantener comunicación"*.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Francisco Hipólito Uzal: *El fusilado de Caseros. La gloria trágica de Martíniano Chilavert*. Ediciones La Bastilla, Buenos Aires, 1974, pag 454.

<sup>30</sup> Memoria de Chilavert citada en Francisco Hipólito Uzal: *El fusilado de Caseros. La gloria trágica de Martíniano Chilavert*. Ediciones La Bastilla, Buenos Aires, 1974, pag. 456

Los planes de Chilavert no se llevaron a cabo, naufragaron en la farragosa oposición de los otros jefes militares y en el abrumador cansancio que originaban largos años de guerra.

En la Junta de Guerra efectuada en el Campamento de Santos Lugares, durante la noche del 2 de febrero, cuando apenas restaban unas pocas horas para el enfrentamiento, con la presencia del General Pinedo y los coroneles Chilavert, Lagos, Jerónimo Costa, Maza, Hernández, Pedro José Díaz, Bustos, Sosa, y Cortina se resuelve dejar librada la suerte de Buenos Aires a una batalla campal. La desventaja de esta deslucida estrategia, librando batalla en los umbrales de Buenos Aires, derrumbaba las defensas de la ciudad y la propia estructura de su poder político.

Los desaciertos de Ángel Pacheco se suceden, cansado y confuso no atina a aprovechar la defensa natural que proporciona al Ejército de la Confederación los terrenos pantanosos del Arroyo del Medio, para tender allí líneas de defensa.

Desbordado y angustiado, prácticamente en vísperas de la batalla final, presenta su renuncia y se retira a su estancia de El Talar.

En la madrugada del 3 de febrero el Ejército Grande atravesó el arroyo Morón y extendió sus líneas, frente a las tropas leales a Rosas en Caseros, a escasas tres leguas de la ciudad de Buenos Aires.

Los ejércitos ocupan sus posiciones de combate. El Ejército Grande que desde el desembarco, había decidido internarse hacia el oeste, abandonando el camino de la costa, donde contaba con el apoyo de la escuadra, por la falta de buenas pasturas para el aprovisionamiento de las caballerías,<sup>32</sup> reunía 24.000 hombres y 50 piezas de artillería.

Se distribuyó en dos alas: la izquierda, donde revistaban 4 batallones uruguayos comandados por el César Díaz y los unidades a cargo de Juan Pablo López y el ala derecha integrada por los batallones de infantería y caballería entrerriana y correntina, amén de las unidades brasileñas de combate a las órdenes de los Generales Gregorio Aráoz de Lamadrid, Anacleto Medina y de los coroneles José Miguel Galán, Bartolomé Mitre, y otros. En el centro de la posición operaban las divisiones brasileñas comandadas por el Marques de Souza y dos batallones argentinos, puestos bajo las órdenes del Coronel Rivero.

El ejército del Restaurador nucleaba 22.000 hombres alistados y 60 piezas de artillería. Esta se concentraba en el centro de las posiciones de combate y había sido puesta bajo las órdenes de Martiniano Chilavert, en

<sup>32</sup> La intensa sequía había resecaado las pasturas de las costas, la elección de las rutas de acceso al objetivo final, no dejó de tener una importancia estratégica, porque dicho camino era decisivo para procurar interceptar posibles auxilios que hubieran podido llegarle a Rosas desde el interior del país. Conforme Diego Abad de Santillán, op. cit. pag. 490.

tanto el ala derecho agrupaba cinco regimientos de caballería y once batallones de infantería con artillería pesada a las órdenes del General Pinedo. El ala izquierda completaba la formación de combate con tres batallones de infantería comandados por José Díaz.

No había, como se advierte, diferencias de peso, porque ambos ejércitos equilibraban sus fuerzas en una formación clásica.

La diferencia estribó en la dinámica de la batalla y en la misma falta de planes de combate por parte de las tropas rosistas que asumieron únicamente la defensa pasiva de las posiciones ocupadas, parte de las cuales se parapetaban en el Palomar de Caseros, munidas de triple línea de fusiles, una línea de cañones y cuatro cohetas colocadas en la circunferencia de la base que defendían asimismo la división de caballería de Videia y ocho batallones con piezas intercaladas.

Años más tarde juzgaba Bartolomé Mitre: *"Era una línea inmóvil, a la defensiva pasiva, sin iniciativa posible, recatada a una posición falsa como la del Palomar de Caseros, que por cualquier punto que fuera atacada, no podía variar su plan defensivo, de manera que, aislada en esta posición, la batalla estaba ganada. Esto fue lo que comprendió el General Urquiza al primer golpe de vista, al lanzarse a deshacer la izquierda de Rosas. Pero de cualquier otro modo la batalla se hubiera ganado y quizá mejor"*

El nuevo día amaneció envuelto en una tensa calma que preanunciaba el fragor de la próxima batalla. Frenéticamente, en ambas líneas, se sucedían los aprestos para el combate final.

La proclama del General entrerriano, quien se presentaba ante sus soldados como *vuestro general y amigo*, fechada en el campo de batalla, el mismo día del combate, alentaba a la tropa a *"enseñar al mundo que sola invencibles, y si la victoria por un momento es ingrata con alguno de vosotros, buscad a vuestro General en el campo de batalla, porque el campo de batalla es el punto de reunión de los soldados del ejército aliado, donde debemos todos vencer o morir"*<sup>23</sup>

A las 9 de la mañana Rosas recorrió a caballo la formación de sus tropas, recomendándole a Chilavert que abriera el fuego contra las tropas imperiales, orden que cumplió el artillero devotamente, ofreciendo al enemigo una tenaz resistencia. Pero la distancia del objetivo y los diversos calibres de las piezas, desmerecieron la fuerza del ataque. A ello se sumó las cargas arrolladoras de la caballería dirigidas por Anacleto Medina y Gregorio Araoz de Lamadrid, cuyos quince mil lanceros, ordenó Urquiza, arrojar a las 10 de la mañana, sobre los flancos izquierdos del ejército del Restaurador, donde se agrupaba la caballería del Coronel Lagos, desbordándola.

<sup>23</sup> Boletín Extraordinario Número 25 del Ejército Grande de Sud América. Proclama. Dada en el Cuartel General el 3 de febrero de 1852 en *La Regeneración* op. cit. pag 70.



Al filo del mediodía la suerte estaba definitivamente echada, solo sobrevivirían combatiendo trescientos artilleros y bocas de cañones humeantes y destrozados, prácticamente sin municiones. Chilavert tuvo el honor de ser hecho prisionero en el mismo campo de batalla.

Las tropas de la Confederación se dispersan, cunde el desorden y el pánico. Los soldados arrojan sus armas al suelo ensangrentado y huyen despavoridos. En el campo de batalla queda, a merced de los vencedores, 7000 prisioneros, ochenta carrus, quinientas carretas, todo el volumen del parque, sesenta cañones y variadas armas de menor calibre. Queda, también, hecha jirones la bandera de la Confederación.

Sarmiento relata una personalísima visión de la batalla, describe en su *Campaña del Ejército Grande* el generalizado desorden y la improvisación que reinó a lo largo de todo el combate, por parte de ambos contendientes, ninguno de los cuales, dice, contaba en el campo del encuentro con batallones de reserva.

Relata como la batalla se inició sin guerrillas y por un fuego de artillería de poco efecto *desde que las baterías estuvieron al alcance*, concluye afirmando que *aquel silencio y soledad precedido a la batalla, da una idea de la fuerza moral, estratégica y física del ejército de Rosas*.<sup>24</sup>

Desde el campo de batalla Urquiza escribe a Antonio Crespo, gobernador delegado de su provincia: *"Después de un refúdo y acalorado combate entre las fuerzas del ejército aliado y los esclavos del tirano Juan M de Rosas, han obtenido aquellas una victoria espléndida, y soy dueño en estos momentos de todo el campo de batalla. Todo el Ejército del Tirano ha sido completamente derrotado y las legiones libertadoras marchan ya sin obstáculo a la capital de Buenos Aires. ¡Eterno loor a los valientes que me han acompañado en esta jornada gloriosa! ¡Salud y parabienes a todos los amigos de la libertad!"*<sup>25</sup>

Definida la batalla y antes de su conclusión Rosas abandona la lucha. Huye en dirección a La Matanza.

Lo persigue un pequeño contingente aliado que no logra apresarlo, aunque sí, lastimarlo levemente.

Cansado, herido en el dedo pulgar de su mano derecha, con la muerte en el alma, pero lucidamente iluminado por la clara conciencia de la derrota final y con la sola compañía de un asistente,<sup>26</sup> Rosas detiene su huida y bajo la sombra de un árbol en el *Huaco de los Sauces*<sup>27</sup>, redacta su renuncia definitiva.

<sup>24</sup> Domingo Faustino Sarmiento, op. cit., Pág. 243

<sup>25</sup> Facultad de Filosofía y Letras. Documentos cit. Pág. 15.

<sup>26</sup> Se trata de Lorenzo López.

<sup>27</sup> Hoy Plaza Garay.

Les dice a los Miembros de la Legislatura porteña:

*"Es llegado el caso de devolveros la investidura de gobernador de la provincia y la suma del poder que os dignasteis honrarme. Creo haber llenado mi deber como todos los señores representantes, nuestros concludadanos, los verdaderos federales y mis compañeros de armas. Si mas no hemos hecho en el sostén sagrado de nuestra independencia de nuestra integridad y nuestro honor, es porque mas no hemos podido. Permittedme, honorables representantes, que al despedirme de vosotros os reitere mi profundo agradecimiento con que os abrazo tiernamente y ruego a Dios por la gloria de Vuestra Honorabilidad, de todas y cada uno de vosotros. Herido en la mano derecha y en el campo, perdonad que os escriba con lápiz esta nota y de una letra trabajosa. Dios guarde a V.H."*

En el parte oficial de la batalla Urquiza refiere los tres mil tiros de cañón arrojados por ciento seis bocas, bombas, granadas, bala rasa y fuego de metralla que constituyeron el eco estrepitoso de la caída del Tirano, caída que presenciaron y protagonizaron cincuenta mil combatientes.<sup>20</sup>

Las tropas rosistas se desbandan en medio del caos y del desorden.

Mansilla le relató a Sarmiento, las azarosas circunstancias que caracterizaron esta retirada, con batallones donde los soldados fusilaron a sus jefes, como el caso del Coronel Hernández, antiguo miembro de la Mazorca.

La ciudad de Buenos Aires fue entonces presa del espanto.

Benito Hortelano recuerda los horrores del saqueo con que las tropas vencidas someten a la ciudad cuyo producido logro llenar mas de trescientos carros.

Su pluma elocuente con el particular adiestramiento impuesto tanto a un periodista como a un editor avezado testimonia: *"La ciudad quedo acéfala, las autoridades de Rosas abandonaron sus puestos en cuanto aquel se embarcó, las fuerzas ciudadanas, cuya misión principal es la de garantizar el sosiego y la propiedad habían abandonado sus cantones y con ellos, las armas. El fuerte, punto principal, quedó a merced de quien quisiese apoderarse de él, todo lleno de armas y pertrechos de guerra, con gran cantidad de municiones tiradas por los patios. Las cárceles fueron también abandonadas y, por consiguiente, todos los presos, criminales y no criminales, se escaparon, lo que ocasionaba otro conflicto no pequeña. Sucedió en este desbarajuste lo que debía suceder. A las diez de la mañana, los dispersos del ejército de Rosas, algunos soldados de Urquiza y la gente de los arrabales se lanzaron a las calles del centro de la ciudad, primero a las platerías y después indistintamente; el saqueo se hizo general y el espanto llegó*

<sup>20</sup> Boletín Numero 26 del Ejército Grande de Sud América. En *La Regeneración* cit, pag 75 y siguientes.

a apoderarse de todos los habitantes. Las once de la mañana serían cuando esta escena; a la una era ya general el saqueo y la persecución. Véíanse los vecinos formando grupos, armados unos con escopetas, pistolas, chuzos y cuanto había a las manos, cazando como en una cacería de jabalíes a cuantos se encontraban robando.... Como a las dos de la tarde, un batallón del ejército vino a situarse delante del Cabildo para dar auxilio a la población; de él salieron varias patrullas, quedando una fuera para custodia de la cárcel y de la comisión militar que en ella se estableció por orden de Urquiza. Esta comisión juzgaba en el acto a los que traían presos los ciudadanos, e identificadas las personas, eran en el acto pasadas por las armas en el patio de la cárcel, durando esta operación diez y seis horas. Con estas medidas la tranquilidad se restableció. Se calcula en 500 personas las que murieron en las calles y fusiladas por la comisión militar"<sup>29</sup>

La petición de un núcleo de caracterizados vecinos porteños de lograr protección para la aterrada ciudadanía, con la pretendida firma de una capitulación le mereció al triunfador de Caseros una noble reflexión que más tarde comunicaría en su Manifiesto del 23 de junio de 1852: "Cuando llegué a las puertas de Buenos Aires, una diputación de ciudadanos respetables vino a proponerme una capitulación. ¡Una capitulación! ¿Y con quién? Con el pueblo de Buenos Aires. ¿Y qué? ¿Puedo por un momento ver en este pueblo desgraciado a ciudadanos vencidos? ¿Considerar a mis hermanos de otro modo que a mis hermanos? ¿Mirar de otro modo a mis compatriotas, que como mis compatriotas? ¡Lejos de mí semejante idea! Yo no vela en ellos, sino un pueblo libre, y no suspiraba sino por la gloria de hacerlo venturoso y constituido."

Entre tanto los vencedores arriban a Buenos Aires.

Tras la batalla de Caseros los textos sarrientinos evocan precisos recuerdos de las frenéticas vivencias de esos días. Reconstruye el sanjuanino su encuentro con el artillero Bartolomé Mitre "A poco de pasar por Santos Lugares divisé a Mitre que de su parte me buscaba. Bajamos ambos de los caballos para abrazarnos en nombre de esta patria, que habíamos conquistado y nos aplaudimos de la felicidad de haber tenido parte en acontecimientos tan memorables".

Más adelante rememora: "Algunos amigos fueron a visitar la tumba de Camila O'Gorman y oyeron del cura los detalles tristísimos de aquella tragedia horrible del asesinato de esta mujer... Pasamos la noche con Mitre, que no sabía donde estaban sus piezas de artillería, en aquella inagotable revista de los incidentes y pormenores de una gran batalla. Las emociones del día habían sido para nosotros vivísimas. Las masas enormes de finetes

<sup>29</sup> Hortelano op. cit. pag 128

y de tropas regulares, sin ejemplo en la historia de América; la inmensidad de las consecuencias de la batalla, aquella exposición teatral, poética y pintoresca que daban al campo la casa de Caseros y la rotonda del Palomar, todo era para prolongar las impresiones y tenernos en vela, esperando el día siguiente para lanzarnos adelante en aquel ancho camino que habíamos abierto a cañonazos".<sup>42</sup>

Refiere Ricardo Rojas, como Sarmiento, el sagaz Boletínero del Ejército Grande, fue el primero de los vencedores que ingresó, decidido, en la residencia de Rosas de San Benito de Palermo, ignorando si se toparía con su dueño, pues aún nada se sabía de la suerte corrida por el Restaurador.

Al recorrer sus deshabitadas estancias se encontró con las banderas de la tiranía, cuyos paños desconocían los colores nacionales<sup>43</sup>, cruzadas por las leyendas *Mueran los salvajes unitarios*, que guardó para sí como un trofeo.

Quizá fue esta la circunstancia, que años más tarde le inspirara su celebre *Oración a la Bandera*.<sup>44</sup>

<sup>42</sup> Sarmiento. Op. cit. pag

<sup>43</sup> Esta bandera se conserva hoy en el Museo Sarmiento de la ciudad de Buenos Aires.

<sup>44</sup> El 24 de septiembre de 1873, al inaugurar la estatua al General Manuel Belgrano el Presidente de la República, Domingo Faustino Sarmiento decía: "En nombre del pueblo argentino abandono a la contemplación de los presentes, la estatua ecuestre del general Belgrano, y lego a las generaciones futuras, en el duro bronce de que está formado, el recuerdo de su imagen y de sus virtudes.

*¡Que la bandera que sostiene su brazo flamee por siempre sobre nuestras murallas y fortalezas, a lo alto de los mártires de nuestras mares y a la cabeza de nuestras legiones, que el honor sea su aliento, la gloria su aureola la justicia su empresa!*

*Las fajas celestes y blancas son el símbolo de la soberanía de los reyes españoles sobre los dominios, no de España sino de la corona, que se extendía a Flandes, a Nápoles, a las Indias, y de esa banda real hicieron nuestros padres elvica y escarapela el 25 de mayo para mostrar que del pecho de un rey y cautivo tomábamos nuestra propia soberanía como pueblo, que no dependió del Consejo de Castilla, ni, de ahí en adelante, del disuelto Consejo de Indias. El General Belgrano fue el primero en hacer flotar a los vientos la banda real para coronarnos con nuestras propias manos, soberanos de esta tierra e inscribirnos en el gran libro de las naciones que llenan un destino en la historia de nuestra raza. ... Y si la barbarie indígema o las pasiones perversas intentaron alguna vez desvirtuar de aquel blanco que los colores y el recudo de nuestra bandera señalaban a todas las generaciones que vinieron en pos, reconociéndose argentinas a su sombra, los bárbaros, los tiranos y los traidores inventaron pabellones nuevos, oscureciendo lo celeste para que las sombras infernales reinasen y enrojeciendo sus cuartelas para que la violencia y la sangre fuesen la ley de la tierra. En Caseros ésta era la bandera que enarbolaba el tirano contra el proscrito pabellón que volvía para aplastar la serpe con sus hijas dispersas por toda la América. En Caseros, por la unión de los partidos reaparecieron esas dos manos entrelazadas como siempre lo estarán en defensa de la patria. Al día siguiente de Caseros, vuestras madres y hermanas. ¡Oh pueblo de Buenos Aires! tuvieron de celeste tela para vitorear a los libertadores, porque se tra dicho para recuerdo del odio de los tiranos a nuestra bandera en 1852 no había una ciudad civilizada emporio de un gran comercio, una vara de tela celeste para improvisar un pabellón y una generación entera existía que no conoció los colores de la bandera de su patria. ¡La bandera celeste y blanca Dios sea loado no ha sido atada jamás al carro triunfal de ningún vencedor de la tierra! "*

La certeza del episodio, la confirma su mismo protagonista, quien refiere: *"En la noche fui a Palermo, tome papel de la mesa de Rosas y una de sus plumas y escribí cuatro palabras a mis amigos de Chile, con esta fecha Palermo de San Benito, Febrero 4 de 1852. Era esta una satisfacción que me debía y un punto final a aquel alegato de bien probado que había principiado con la carta al general Ramírez en 1848 Yo me apresto, general, para entrar en campaña. Había cumplido la tarea"*.

Mientras la ciudad era saqueada por las tropas vencidas y el terror se apoderaba de sus habitantes, sobre la misma mesa de trabajo de Rosas, Sarmiento certificaba la caída definitiva de la dictadura, mientras el Restaurador emprendía, amparado en oscuridad de la noche, su embarco y traslado a Inglaterra, donde permanecería viviendo pobremente en Southampton, hasta su muerte, acaecida el 14 de marzo de 1877, a los 84 años de edad.

La antigua residencia del gobernador le merece al sanjuanino estos comentarios: *"Palermo es un monumento de nuestra barbarie y de la tiranía del tirano, tirano consigo mismo, tirano con la naturaleza, tirano con sus semejantes...La desnudez de las murallas, la falta de coladuras, cuadros, jarranas, bronces, y cosa que lo valga, acusaban a cada hora la rusticidad de aquel huésped, por cuyas manos han pasado suyo, ajeno o del estado, cien millones de pesos en veinte años. Cuando Rosas haya llegado a Inglaterra y visto a cada arrendador de campaña farmer, rodeado de jardines y bosquecillos, habitando cottages elegantes amueblados con lujo, uso y confort, sentirá toda la vergüenza de no haberle dado para más su caletre para construir Palermo. ¡Oh como va a sufrir Rosas en Europa de sentirse tan bruto y tan orgulloso!"*<sup>42</sup>

El ingreso de las tropas aliadas a la ciudad de Buenos Aires se precipita.

Desfilaron batallones entrerrianos y correntinos y también los que formaron los propios hombres de Buenos Aires en el exilio, con chiripá y arcos gauchos, los batallones orientales guarnecidos con pantalón, casaca y quepis manufacturado en París, ... veteranos de la guerra con el Brasil de aquellos coraceros terribles de Lavalle, de aquellos penachos, morriones, cordones y medallas de los héroes de cien batallas, luego los batallones brasileños a quienes el General Mansilla, por prudencia, había querido evitar, para no correr el riesgo que la ciudad se sintiera humillada, y por último, cerrando el desfile, desde las cuatro de la tarde ingresaron las tropas de caballería con el general Lamadrid a la cabeza *"la momia de los antiguos guerreros, el enemigo de Rosas, el antiguo Jefe derrotado en Mendoza. El pueblo*

<sup>42</sup> Sarmiento op. cit. pag 255

se lanzó sobre él, lo pasearon casi en brazos por las calles gritando ¡Viva la libertad!, ¡Vivan los viejos defensores de la Independencia!”

La parada militar arrojó, con un fervor y un entusiasmo sin igual, a toda la ciudad en las calles. Así lo describe bella pluma de Sarmiento:

*“Buenos Aires se preparaba a recibirnos dignamente y el general esperaba hacer sentir ese día el peso de su poder... Entramos en la calle de la Florida, los generales a la cabeza y los edecanes y séquito en seguida. Iba el general en un magnífico caballo ensillado con recado, cuya carona de puntas tenía pinturas y adornos de mucho gusto, pero de mal género, como son todos estos arreos provincianos. El fiador, manea, pretal, cañas de los estribos, estribos y espuelas eran de plata, recamados de oro con arte exquisito. Llevaba el general una rica espada, vaina dorada de las tomadas a Oribe, casaca con bordado en el cuello, banda roja, sin charreteras y con sombrero de paisano con cinta y un poco inclinada hacia adelante... Entramos, pues en la calle de la Florida, y cuan larga es, a distancia de varas en los primeros y segundos pisos estaba decorada de banderas celestes, que las familias habían hecho teñir, por no encontrarse tela en Buenos Aires después de veinte años de tiranía... La población de toda la ciudad estaba aglomerada sobre las azoteas de las casas, apiñada en sus ventanas, y los hombres en las veredas. Las niñas ostentaban chales, corbatas o vestidos celestes con la pasión que nuestras mujeres tienen por ese color, y con el deseo despertado por una privación de veinte años. Cada casa se había vuelto desde la caída de Rosas, una tintorería, mientras de Montevideo y Río de Janeiro traían géneros celestes. Los millares de ramilletes que solo al general se echaban desde azoteas y ventanas estaban amarrados con cintas celestes y blancas. ¡Este día Buenos Aires fue sublime! Era un monumento a la grandeza humana, evocada de entre la sangre y las ruinas. Parecía que el genio de la República estaba allí, lleno de andrajos, de cicatrices, de heridas, pero sereno, tranquilo, sin humillación como sin jactancia. Este día medí toda la profundidad de la reacción, toda la ineficacia del despotismo de Rosas para educar al pueblo, toda la enormidad de las faltas inútiles que se estaban cometiendo”.*<sup>44</sup>

Era la hora de gloria de Urquiza.

La gloria de un General vencedor, miembro del Partido Federal, que sin claudicar su ideología, había liderado el proceso de reunificación política de la Nación y que prometía hacer realidad el sueño que durante cuarenta y tres años había tenazmente soñado nuestra Patria: constituir al Estado, dictando una Constitución que garantizara las formas de gobierno republicana representativa y federal.

<sup>44</sup> Sarmiento, op. cit. pag 282 y siguientes.

La huida de Rosas, el ingreso de Urquiza con las desplegadas banderas victoriosas del Ejército Grande y la inmediata designación del hasta entonces Presidente del Tribunal de Justicia Vicente López y Planes, como gobernador provisorio de Buenos Aires señalan el ritmo de los próximos pasos, y aunque el tratamiento de estos temas excede el marco de este trabajo, no podemos dejar de mencionar como los ritmos se aceleran luego, con la firma del *Protocolo de Palermo* suscripto el 6 de abril entre el General Virasoro por la provincia Corrientes, Manuel Leiva delegado de Santa Fe, Vicente López gobernador provisorio de Buenos Aires y el propio Urquiza y el subsiguiente *Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos*, del 31 de mayo, que define la voluntad inquebrantable de constituir el país bajo las forma de una República Federal, con una representación igualitaria de todas las provincias argentinas en la pertinente Convención Constituyente que debía reunirse en la ciudad de Santa Fe.

Son pasos polémicos, algunos muy difíciles de recorrer, pero son pedruzcos cuya sucesión y encadenamiento, aseguran, por fin, no sin retrocesos, rivalidades, rechazos y hostilidades, la ansiada meta, cuyo logro había sumido al país en durísimos enfrentamientos en la primera mitad del siglo XIX.

Nuestra Ley Fundamental nació, pues, por la inequívoca voluntad y el enorme esfuerzo de los hombres del interior del país, aunados en la Convención Constituyente reunida en Santa Fe en las calurosas jornadas de los meses del verano de 1853, convención de la que había desertado Buenos Aires, guiada en esos momentos por intereses de preeminencia económica sobre el resto de la Nación.

Pero nada puede detener, ni derrotar la voluntad inquebrantable de los hombres del interior, de constituir el país, bajo las forma de una República Federal porque *"ya es tiempo que la Nación Argentina se presente ante el mundo organizada, poderosa y rica"*<sup>48</sup>

El Congreso Constituyente, reunido en Santa Fe, pese, pues a la desertación de Buenos Aires, lleva adelante su labor y sanciona, por fin, el 1 de mayo de 1853, el texto de la Constitución Nacional, firmada por todos los diputados, representantes de las provincias del interior, que integraban la Convención.

<sup>48</sup> Carta despachada desde San Benito de Palermo el 12 de mayo de 1852 por Justo José de Urquiza al santagueño Antonino Taboada donde le dice: *"Las ordenes que Vd. me pide y que yo puedo comunicarle, se reducen a pedirle a nombre de la patria, que trabaje por acelerar el día de la Organización Nacional y por conservar firmes los derechos de los pueblos Confederados, el orden y la paz en el Interior de esa benemérita provincia porque ya es tiempo que la Nación Argentina se presente ante el mundo organizada, poderosa y rica"* En Gaspar Taboada: *Los Taboada*. Buenos Aires, Imprenta López, 1950 pag 432.

Un Preámbulo que resumía nuestra historia *en carne viva* y constituía además un feliz programa de gobierno, sumado a 107 artículos, divididos en dos partes: las *Declaraciones, derechos y garantías* y las *Autoridades de la Nación* condensan con singular brío, la voluntad de todo un pueblo de organizar su vida democrática bajo la forma de una República Representativa y Federal.

### Bibliografía y Fuentes

#### Fuentes Impresas:

*Archivo del General Mitre*. Buenos Aires, Biblioteca de la Nación. 1912.

Facultad de Filosofía y Letras. "Documentos relativos a la organización constitucional de la República Argentina." Buenos Aires. Compañía Sudamericana de Billetes de Bancos, 1911.

*La Regeneración Argentina*. Colección de las Notas, Proclamas, Discursos, Partes oficiales, Mensajes, Proyectos de Ley, Tratados y otros Documentos Públicos de importancia expedidos y promulgados directamente, o por su orden y delegación por el Capitán General D. Justo José de Urquiza en su carácter de Gobernador de la provincia de Entre Ríos, de General en Jefe del gran Ejército, de Director Provisorio y de Presidente Constitucional de la Confederación Argentina desde 1851 hasta 1862. Compilados por Justo Maeso. Reproducción y Comentario de la obra de Justo Maeso publicada en 1870. Documentos Reunidos por Ernesto J. Flitz. Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, Biblioteca de Historia Argentina y Americana, Buenos Aires, 1980

ALBERDI, JUAN B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires, 1933.

ÁLVAREZ, JUAN JOSÉ, *Memoria histórica*. Paraná, 1889.

#### Bibliografía:

Academia Nacional de la Historia. *Historia de la Nación Argentina (desde sus orígenes hasta la organización definitiva en 1862)* dirigida por Ricardo Levene. Buenos Aires, 1941-1946.

Academia Nacional de la Historia. *Nueva Historia de la Nación Argentina*. Buenos Aires Planeta. 2000.

ABAD DE SANTILLÁN, DIEGO, *Historia Argentina*, Buenos Aires, Buenos Aires, TBA, 1961.

BARBA, ENRIQUE M., *Primer Gobierno de Rosas*, en Academia Nacional de la Historia, "Historia de la Nación Argentina", Buenos Aires, 1951, t. VII - Segunda Sección *Formación de la Tronía*, en ídem. *Las reacciones contra Rosas*, en ídem.

BAUDON, HÉCTOR R. URQUIZA Y MITRE, Buenos Aires, Guillerino Kraft Limitada. 1956.

BOSCH, BEATRIZ, *Urquiza y su tiempo*. Buenos Aires, 1980.

— *Los tratados de Acaáraz*, Buenos Aires, 1956.

— *Urquiza el Organizador*, Buenos Aires, 1963.

— *En la Confederación Argentina, 1854-1861*, Buenos Aires, Eudeba, 1990.

— *Urquiza Gobernador de Entre Ríos*, Paraná, 1940.



- BILBAO, MANUEL, *Historia de Rosas*, Buenos Aires, 1919.
- CÁRCANO, RAMÓN J., *De Caseros al 11 de Septiembre*, Buenos Aires, 1918.
- CELESIA, ERNESTO H., *Rosas. Aportes para su historia*, Buenos Aires, 1954, t. I; 1966, t. II.
- DE MARÍA, ISIDORO, *Anales de la defensa de Montevideo*, Montevideo, 1884.
- DÍAZ, ANTONIO, *Historia política y militar de la República del Plata*, Montevideo, 1878.
- FRINS, H. S., *Gran Bretaña y Argentina en el siglo XIX*, Buenos Aires, 1966.
- FRAGUERO, CLEMENTE J., *La defensa de Montevideo y el general Urquiza*, en *Revista de la Universidad*, Buenos Aires, 1917, t. XXXVII.
- GARCÍA SOBRIANO, MANUEL, *Urquiza y la conspiración unitaria en el interior. 1852-1854*. San Miguel de Tucumán, 1954.
- GARCÍA VICTORIA, BENJAMÍN, *Orígenes de la Organización Nacional*, Buenos Aires, 1912.
- GONZÁLEZ CALDERÓN, JUAN A., *El general Urquiza y la Organización Nacional*, Buenos Aires, Guillermo Kraft Limitada, 1940.
- IBARGUREN, CARLOS, *Juan Manuel de Rosas*, Buenos Aires, 1933.
- LEVILLIER, ROBERTO, *Historia Argentina*. Plaza y Janés, Buenos Aires, 1968.
- LÓPEZ, VICENTE F., *Historia de la República Argentina. Su Origen Su Revolución y su Desafío hasta 1852*. Buenos Aires, 1893.
- MANSILLA, LUCIO V., *Rosas*, París, 1913.
- MANTILLA, MANUEL FLORENCIO, *Crónica Histórica de la Provincia de Corrientes*, Buenos Aires, 1929.
- MASRAMÓN ALBERTO J., *Urquiza. Libertador y Fundador*, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1982.
- PADILLA, ALBERTO., *El general Celedonio Gutiérrez y la política en la Confederación*, Buenos Aires, 1946.
- ROIZ MORENO, ISIDORO J., *La lucha por la Constitución 1820-1853*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1976.
- ROIZ MORENO, ISIDORO J., *Campañas militares argentinas. La política y la guerra*. Buenos Aires Eudec. Méridora Argentina. Tomo II. 2006.
- ROIZ MORENO, LEANDRO., *Cantenario del Promontorio y de Monte Caseros*, Paraná, 1952.
- ROIZ MORENO, MARTÍN, *Contribución a la historia de Entre Ríos*, Buenos Aires, 1914.
- *La Organización Nacional*, Rosario, 1905, t. II.
- *La revolución contra la Tiranía y la Organización Nacional*, Rosario, 1904, t. I.
- SALDIAS, ADOLFO, *Historia de la Confederación Argentina*, Buenos Aires, 1892.
- SARMIENTO, DOMINGO F., *Argirópolis*, Santiago de Chile, 1850.
- *Facundo*. Edición crítica y documentada de la Universidad de La Plata, La Plata, 1938.
- *Obras Completas*, Buenos Aires, 1902.
- *Campaña en el Ejército Grande Aliado de Sud América*. Buenos Aires Editorial Kraft Limitada, 1957.

- SABOSE, JOSÉ MARÍA, *El General Urquiza y la campaña de Caseros*, Buenos Aires, 1941.
- SCOBIE, JAMES R., *La lucha por la consolidación de la nacionalidad argentina*, Buenos Aires, 1964.
- TABOADA GASPAR, *Los Taboada*. Buenos Aires, Imprenta López, 1950
- TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *Formación del Estado Federal Argentino*, Buenos Aires, 1965.
- UZAL, FRANCISCO HIPÓLITO, *El fusilado de Caseros. La gloria trágica de Martíniano Chulaveri*. Ediciones La Bastilla, Buenos Aires, 1974.
- VELÁZQUEZ, LUIS HORACIO, *Vida de un héroe*, Buenos Aires, 1958.
- VICTORIA, JULIO, *Urquiza y Mitre. Contribución al estudio histórico de la Organización Nacional*, Buenos Aires, Librería Nacional, 1906.



## UN EXAMEN COMPLICADO: EL DE J. B. ALBERDI EN LA UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA\*

Félic A. Torres\*\*

**Resumen** En 1834 Juan Bautista Alberdi viajó a Córdoba para rendir en esta universidad el examen de *Pravia* que le permitiera obtener el grado de Bachiller en Leyes, único título universitario que obtuvo en territorio argentino. En torno a este examen hubo una serie de entretelones de índole política que ejercieron la influencia necesaria para que el Claustro universitario —bajo la tutela del patronato ejercido por el gobernador de la provincia— permitiera finalmente la realización del examen; después de superar el estudiante beneficiado escollos académicos y administrativos que impedían que esa prueba se efectuara.

**Palabras Claves:** Historia - Universidad de Córdoba - Facultad de Derecho - Alberdi - Educación.

A comienzos del año 1834, Alberdi a la sazón un joven de 23 años, estudiante de derecho en la Universidad de Buenos Aires, un tanto hastiado de esa existencia algo frívola que llevaba en los salones literarios y conversaciones intrascendentes por los cafés porteños, reflexionaba sobre ese momento espiritual por el cual transitaba, ya en calidad de alumno crónico. Al respecto en su autobiografía, nos dice lo siguiente: "Había consumido ya muchos años de mi vida en las escuelas, y yo presentía que se podía obtener el mismo resultado en menos tiempo. Cuántas veces he tenido después ocasión de admirar los ejemplos de doctores y de autores de libros que no pisaron jamás el umbral de una escuela de derecho, ni abrieron tal vez, un libro de ciencias morales"<sup>1</sup> De allí entonces que "...con el objeto de tomar un grado universitario, que me fue concedido, previo un examen de tercer

\* Este artículo forma parte del proyecto de investigación "Historia de la Facultad de Derecho en la Universidad de Córdoba, 2ª Parte, 1821-1880", 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 Sarsfield 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*, 2ª Ed.; *Santiago Liniers. Sus cartas desde la Historia y el psicoanálisis*; *Dalmacio Vélez Sarsfield. Obras de su biblioteca personal; Historia de la Facultad de Derecho en la Universidad de Córdoba. Tomo I. 1791-1820*.

año de derecho<sup>2</sup> es que viajó a Córdoba en donde permaneció desde el mes de abril hasta junio de 1834.

Unos meses antes, en enero, el gobernador de Tucumán don Alejandro Heredia —ex alumno de la universidad cordobesa— le escribió a su par de Córdoba José Vicente Reynafé, recomendándole a su comprovinciano Juan Bautista Alberdi, para que aquel "(...) infuya a que se le confiara el grado de Bachiller en Leyes para que pueda entrar a la práctica, y en caso de haber variado y que por lo mismo se necesite el curso de tres años, espero de su amistad que se le admita el examen del tercero y se le confiera el grado. Este joven corre bajo mi inmediata protección, y si no tuviera una evidencia de sus distinguidos talentos, no sería capaz de comprometer su mediación<sup>3</sup>."

Las excelentes relaciones personales entre ambos gobernadores, quedan de manifiesto cuando el de Córdoba le solicitó con premura al tucumano, en febrero de 1834, la construcción de 2.000 astas de lanzas, para las milicias cordobesas con las muy buenas maderas de aquella provincia. En su respuesta a Reynafé, el gobernador Heredia le dice que debe tener paciencia, ya que ese es un "trabajo demasiado prolijo, y no es fácil facilitar las astas con la urgencia y brevedad que las exige"<sup>4</sup>, y a medida que se construyan le enviará las astas con las tropas de carretas que bajen a Córdoba. Al final de la carta Heredia le manifiesta que está "enterado del empeño que interpondrá por el joven, mi recomendado [Alberdi] a quien en este mismo correo escribo se ponga en marcha para esa [Córdoba], seguro en que con su influjo obtendrá el logro de su solicitud, y me tomo la confianza de reiterar mi recomendación a su favor."<sup>5</sup> Reynafé, ni lerdo ni perezoso, canjeó sus buenos oficios para el próximo examen de Alberdi, por esa partida de astas de lanzas de guerra construidas en los talleres tucumanos. Mientras tanto, el joven recomendado, con la seguridad de contar con el apoyo del gobernador cordobés, solicitó al rector de la Universidad de Buenos Aires un certificado de los estudios realizados. El documento con la firma del Secretario Gervasio Garí, acredita que Alberdi cursó y aprobó los estudios preparatorios de esa casa de estudios, y que eran los siguientes: Latinitad, exámenes de primero y segundo año de Filosofía; de francés; de primer año de Física Matemática y de segundo de la misma asignatura, "consistente en física experimental y Latín."<sup>6</sup> También había rendido los exámenes

<sup>1</sup> Alberdi, J. B., *Escritos póstumos*, T. XV, Bs. As., 1900, p. 260.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 260.

<sup>3</sup> Garzón, Ignacio, *Crónica de Córdoba*, T. II, Córdoba, 1801, p. 426-427.

<sup>4</sup> Archivo Histórico Provincia de Córdoba, (A.H.P.C.), Gobierno, año 1834, T. 135, f. 51 r., del 15/02/1834.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 51 r.

<sup>6</sup> Martínez Paz, Enrique, "Notas y documentos para la biografía de Alberdi", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, Año III, N° 1, marzo de 1918, p. 115.

"de primero y segundo año de la facultad mayor de jurisprudencia y tanto en unos como en otros ha sido aprobado".<sup>7</sup> En cambio los exámenes de 1° y 2° año de Filosofía, los ha superado con la clasificación de sobresaliente. No caben dudas entonces, que los estudios filosóficos merecían por esa época los mayores esfuerzos del joven Alberdi.

Después de obtener el certificado necesario viajó a Córdoba, arribando a esta ciudad aproximadamente a mediados de abril de 1834, ya que con fecha 14 de ese mes elevó una nota al Gobernador Reynafé solicitando autorización para rendir en la universidad mediterránea. Entre los motivos que menciona para justificar el pedido, figuran los siguientes: disminución del patrimonio familiar con el cual costaba la subsistencia y por otra parte la "temperatura", se refiere al clima de Buenos Aires que le era "demasiado perjudicial" para la salud. Todo esto lo llevó —continúa en la nota— a "aproximarse a esta Universidad Mayor", para aprovechar con resultados positivos el esfuerzo realizado en sus estudios hasta ese momento. En consecuencia solicitaba al gobernador "favorecer mi solicitud agraciándome para que pueda prestar en esta Universidad el examen y demás funciones correspondientes al tercer años de derecho civil, por lo que se me habilita y da opción al grado de Bachiller en la misma forma y bajo del mismo plan que lo debería evacuar en la Universidad de Buenos Aires".<sup>8</sup> Con la misma nota Alberdi acompañaba el certificado de estudios correspondiente, y solicitaba el original o copia autenticada de la resolución gubernamental.

La respuesta favorable de Reynafé a esa solicitud, se fundaba en "razones poderosas y justificados motivos", además de "otras atendibles consideraciones que (...) pueden causar y rectificar [ratificar] la mejor armonía que religiosamente deben procurarse las Provincias de la Unión (...)". Señala en su nota, además, que la gracia concedida es "tan exclusiva y extraordinaria como las circunstancias que la motivan"<sup>9</sup>; hoy sabemos que dentro de los "importantes" motivos que justificaban la autorización, estaban las 2.000 astas de lanzas solicitadas a Heredia, y que este remitió. Finalmente el gobernador de Córdoba ordenaba que se le reconocieran los exámenes aprobados por el estudiante tucumano, para que pudiera realizar la prueba de 3° año, "duplicándose el término constitucional de su examen, extendiéndose esta gracia aun respecto al examen de previa, para que la pueda desempeñar en la misma forma y conformidad al estilo de la expresada Universidad" de Buenos Aires.<sup>10</sup> Como se puede observar la aceptación de lo solicitado por Alberdi fue total.

<sup>7</sup> *Ibidem*, Documento I, p.115.

<sup>8</sup> *Ibidem*, Documento II, p. 116.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p.117.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p.117.

Esta resolución gubernamental fue tratada por el Claustro en la sesión del 17 de abril, acordándose en la respuesta que sería acatada. Aunque inmediatamente fue discutido por los claustales cuál debía ser el plan de estudios a tener en cuenta por el rector, si el de Buenos Aires o el de Córdoba, "para dar cumplimiento a lo ordenado por el gobierno a favor del expresado Alberdi". La moción que triunfó "a pluralidad de votos", fue la de aceptar el plan de estudios de la universidad porteña. También surgieron dudas sobre "la inteligencia del oficio de gobierno", esto es, que no estaba bien claro para los profesores de Córdoba algunos aspectos de la resolución. En esta oportunidad se asentó la proposición de consultar o no al gobierno, acerca de la "inteligencia del oficio" para de acuerdo a la respuesta, ejecutarla o no, y por mayoría de votos triunfó la negativa.<sup>11</sup>

Esto significaba que a pesar de la orden del gobernador, los miembros del Claustro no estaban totalmente persuadidos sobre la conveniencia de permitir el examen solicitado; pero terminó triunfando lo que podríamos definir como el "sentido común". Por esa época y muchos años después, el derecho de patronato de los gobernadores sobre la universalidad era muy fuerte, si bien legal, y difícil de oponerse a él, sin pagar un alto costo en la relación contractual con la casa de estudios.

Como el Claustro aprobó la moción de que se tomara el examen de acuerdo al plan de estudios universitarios de Buenos Aires, el rector con fecha 18 de abril solicitó al estudiante Alberdi que presente en forma fidedigna ese plan de estudios, para proceder en consecuencia<sup>12</sup>. La respuesta de éste no se dirigió al rector sino al gobernador Reynafé, para informarle de la nueva exigencia del Claustro. En la nota le dice que la distancia, la falta de comunicaciones y diligencias necesarias para conseguir el documento solicitado, prolongaría demasiado el tiempo para obtenerlo, en desmedro de "mis intereses y entorpecerá mis propósitos", por un requisito que, a juicio de Alberdi, es "obvio". Por lo tanto le sugiere al gobernador subsanarlo a través del informe de personas de su conocimiento, "y que han prestado sus estudios en la facultad en aquella universidad", para que certifiquen datos sobre la enseñanza del derecho civil en Buenos Aires. Los puntos que Alberdi propuso para acreditar el plan de estudios vigente en Buenos Aires, fueron los siguientes: "1° Estudiar el derecho civil en la expresada Universidad en idioma español. 2° Si las partes que comprenden a los tres objetos del derecho en personas, cosas y acciones se dividen en tres exámenes respectivamente de 1°, 2° y 3° año por solo el texto del americano Álvarez, desempeñándose también en los dos primeros años lecciones del

<sup>11</sup> Archivo Universidad Nacional de Córdoba (A.U.N.C.), Libro de Sesiones F-6, f. 96 r. del 17/04/1834.

<sup>12</sup> Martínez Paz, E., *Op. Cit.*, Documento III, p. 118.

derecho de gentes por M. Rayneval [Gérard de Rayneval, J. M., *Instituciones del derecho natural y de gentes*]. 3° Si terminado este curso de tres años se sufre un examen general que dura una hora bajo de un programa presentado por el Catedrático, comprendiendo únicamente los objetos más esenciales del curso. 4° Si después de este examen se compone y lee una Tesis cuya proposición elige arbitrariamente el alumno, y cuyo trabajo desempeña en el período que gusta, durando esta función una hora, la cual dispone y da opción al grado de Doctor.<sup>13</sup>

Reynafé aceptó las proposiciones de Alberdi y así se lo hizo saber al rector, para allanar una vez más el camino al examen.<sup>14</sup> De las personas indicadas por el futuro autor de *Las Bases*, sólo uno —el Dr. Ramón R. Torres— había cursado y concluido los estudios de Leyes en Buenos Aires. Otro de los certificantes, el Sr. Ramón Ferreyra, acreditaba lo expresado por Alberdi con respecto a los estudios de Leyes, "sin embargo de no haber cursado en aquella universidad, me hallo cerciorado de ser exacta en todas sus partes dicho contenido", fundando su aseveración en el hecho de tener "conocimientos e informes" por haber residido en aquella ciudad hasta el mes de marzo de 1834.<sup>15</sup> El tercer testigo, Cornelio Alurralde, tampoco cursó la escuela de jurisprudencia en Buenos Aires, sólo concluyó allí los estudios preparatorios y tuvo el "designio" de estudiar leyes, por lo tanto pudo informarse sobre el plan de estudios en esa facultad, afirmando "que es idéntico al que el Sr. Alberdi expone".<sup>16</sup>

Para Reynafé las acreditaciones eran correctas y suficientes, y así lo hizo conocer al rector Baigorri.<sup>17</sup> Pero quien no compartía ese criterio —y tenía toda la razón para ello— era el rector, quien se dirigió al ministro de gobierno Domingo Aguirre, para manifestarle su opinión y que éste la elevara al señor gobernador. Así lo expresa en un documento inédito que encontramos en el Archivo Histórico de Córdoba, en el que señala que el "agraciado" Alberdi encontró dificultades para presentar el Plan de estudios de Buenos Aires, y creyó salvarlo con la información antes referida. Baigorri sostiene que "sea cual fuere el juicio del rector sobre esta clase de prueba", insinuando de esta forma que no compartía el criterio de tomarla, pero más allá de eso consideraba que el plan de estudios de Leyes en Buenos Aires no puede comprobarse fehacientemente "con las certificaciones que se le presentan (...) y es en esta consideración que el Rector se cree en

<sup>13</sup> *Ibidem*, Documento IV, p. 119-120. El Álvarez citado es José María Álvarez catedrático de Instituciones de Justiniano en la Universidad de Guatemala, y su libro es *Instituciones de Derecho Real de España*, Madrid, 1829.

<sup>14</sup> Martínez Paz, E. Op. cit., Documento IV, p. 120.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 121.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 121.

el deber de consultar a S. E. si por dar cumplimiento al mencionado Supremo Decreto, deberá tener por equivalente del Plan de Estudios de Buenos Aires la información que ha producido el agraciado".<sup>19</sup> Esto es, que el Claustro y rector no consideraban suficiente los datos suministrados en forma aproximativa por los testigos presentados por Alberdi. En la respuesta del día siguiente, 24 de abril, el ministro Aguirre le comunica al rector "que S. E. quiere que en este negocio se expida el Sr. Rector con arreglo al valor legal, que aquellas arrojen [las funciones preparatorias que debe desempeñar el solicitante] y sea estimado por la suficiencia de los conocimientos que posee, y pertenezcan a la esfera del Rectorado que desempeña".<sup>20</sup> Con esto le quiso significar al rector que más allá de los vericuetos legales sobre el plan de estudios, le tome el examen y lo evalúe en función de la capacidad y saberes sobre el tema acreditados por Alberdi. Después de este oficio no quedaban dudas sobre la importancia que el gobernador le daba al examen de Alberdi; en consecuencia Baigorri firmó, con fecha 28 de abril, la resolución autorizando la prueba en las condiciones solicitadas por el estudiante tucumano y avaladas por Reynafé. En las explicaciones expuestas por el rector está la de que el pedido gubernamental está "fundado entre otras, en poderosas razones de alta política; y deseando que miras de tan especial influencia en el orden político, no sean frustradas ni retardadas, antes bien tengan cuanto antes su pleno efecto"<sup>21</sup> es por ello que aprueba la solicitud. Ahora bien, sobre las certificaciones presentadas por Alberdi, las considera "bastantes" y señala que se las tenga "por supletorias del plan de estudios de la Universidad de Buenos Aires exigidas por nuestro decreto".<sup>22</sup> En consecuencia Alberdi estaba habilitado para rendir examen, el que se concretó el 9 de mayo de 1834, en donde "desempeñó su previa de Leyes a virtud de dispensa de este Superior Gobierno y resultó plenamente aprobado por los Señores Rector y Académicos", dando fe de ello el Secretario de Universidad Olmos y Aguilera.<sup>23</sup>

Con respecto al examen, Enrique Martínez Paz señala que en los claustros universitarios "corre la versión generalizada y nunca contradicha, que el examen de tercer año de Alberdi pasó no sin alguna contrariedad (...) no solo no dejó maravillados a los miembros del tribunal, como él lo afirma con orgullo mal disimulado, sino que no supo siquiera satisfacer las exigencias ordinarias del caso; a tal punto, que en el escrutinio respectivo una R [reprobado] llegó a traducir la desaprobación".<sup>24</sup> Más adelante, el mismo autor manifiesta la creencia de haber visto el acta del examen a que hace referencia el episodio,

<sup>19</sup> A.H.P.C., Gobierno, Año 1834, T. 135, f. 508 del 23/04/1834.

<sup>20</sup> Martínez Paz, E. Op. Cit., Documento V, f. 122.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p.123.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p.123.

<sup>23</sup> A.U.N.C., Libro Exámenes de Derecho, 1791-1841, t.45 r.

<sup>24</sup> Martínez Paz, E., op. cit., p.113.



pero al buscarla posteriormente —sería en ocasión de escribir su artículo— ya no la pudo encontrar a pesar del empeño puesto en su pesquisa.<sup>24</sup> Por otra parte, nosotros tampoco pudimos hallar la mencionada acta, no obstante la requisa que hicimos en el archivo universitario; de tal forma que sólo debemos aceptar como documento válido el informe del Libro de Exámenes. De todos modos llama la atención que Martínez Paz mencione "el acta", lo que presupone la existencia de un libro de Actas de Exámenes, que si bien se podría haber extraviado la de Alberdi, al menos quedarían actas de exámenes de otros alumnos de esa época y/o de años anteriores o posteriores. Pero lo cierto es que tal libro no existe en la actualidad, como tampoco figura en el inventario del Archivo realizado en 1944 por el señor Juan José Vélez, jefe del repositorio documental universitario; ni tampoco en el minucioso trabajo del Dr. Aurelio Tanodi *Guía de los archivos de Córdoba*, de 1968. Y por información verbal del personal del Archivo de la Universidad, no tienen registro alguno de la existencia de tal libro de Actas. Solo el Tomo I de Exámenes de Derecho 1791-1841, para el caso que nos ocupa, es el que acredita la prueba realizada; y es el que seguramente debió consultar Martínez Paz al momento de escribir en su artículo, que el 9 de mayo Alberdi "rindió su examen de previa". Lo demás pertenece a la tradición oral universitaria.

Sobre este tema Jorge Mayer el biógrafo de Alberdi, dice que "corren distintas versiones sobre el examen, aunque es difícil creer que en ese ambiente y con tan poderoso padrínazgo, los examinadores fueran muy exigentes";<sup>25</sup> lo cual no deja de ser objetivo, pero no suscribe la hipótesis de Martínez Paz, sino más bien sugiere cierta benignidad de los profesores hacia el estudiante.

Pocos días después del examen, Alberdi solicitó al rector el grado de Bachiller en Leyes, teniendo en cuenta que ya había realizado "el competente número de funciones" académicas para optar al título.<sup>26</sup> La respuesta de Baggurri fue negativa, por cuanto se necesitaban "tres años de curso en Derecho Civil para optar al grado de Bachiller en esta Facultad";<sup>27</sup> y el decreto del gobernador del 14 de abril no "dispensaba al suplicante del curso del tercer año", esto es, haber asistido a clases durante ese tiempo. En consecuencia no hacía lugar al pedido "mientras no obtenga esta nueva gracia del Gobierno".<sup>28</sup>

Alberdi volvió a acudir por nota a Reynafé para solicitarle allanar "las dificultades que pudieran presentarse para obtener el grado a cuya opción tuvo indudablemente V. E. designio de darme derecho, pero a que efectivamente no tengo según el tenor del decreto de 14 de abril".<sup>29</sup> De las

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 113.

<sup>25</sup> Mayer, Jorge M., *Alberdi y su tiempo*, T. III, 2ª edición, Edt. Abeledo Perrot, Bs. As., 1973, p. 143.

<sup>26</sup> Martínez Paz, E. Op. Cit., Documentos, p. 123, del 15/05/1834.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 123, resolución del 05/05/1834.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

actuaciones anteriores se desprende que Baigorri procedía conforme al reglamento universitario vigente, al negar la opción al grado, reconocido incluso por el mismo Alberdi. La respuesta del gobernador fue inmediata, en el mismo día libró un oficio al rector en donde le comunica que la dispensa del 14 de abril es extensiva al "curso o asistencia marerial" a clases, por lo tanto después de realizado "el examen de 3° año y el de Previa, el Rector de esta Universidad (...) procederá a conferirle el grado de Bachiller en Derecho Civil a que se ha hecho acreedor".<sup>30</sup> Disposición ésta que Baigorri comunicó al Secretario de la universidad para que se guarde y cumpla "lo que ordena S. E." archivándose las actuaciones.<sup>31</sup>

Finalmente el 24 de mayo de 1834, el rector Baigorri "confirió el Grado de Bachiller en Derecho Civil a Don Juan Bautista Alberdi, previo el juramento acostumbrado".<sup>32</sup> En la ceremonia de colación estuvo presente Marco Avellaneda, "como espectador amigo" de ese momento tan emotivo en la vida de todo universitario en todos los tiempos. Al concluir el acto, el rector se aproximó a Alberdi y en tono benevolente le dijo: "Feliz usted que ha prestado su juramento en mal latín, lo cual deja su conciencia en toda su libertad".<sup>33</sup>

Al día siguiente 25 de mayo, aniversario de la Revolución, Alberdi y Avellaneda fueron comisionados por el gobernador para organizar un baile público en homenaje a la fecha patria, festejo en que ambos jóvenes por su estadía en Buenos Aires tenían amplios conocimientos y experiencia, especialmente el flamante graduado por sus antecedentes musicales. Como directores del sarao tuvieron el honor de asistir "los primeros (...) y rompimos el baile con un minué en cuarto el Señor Gobernador, su ministro, el Dr. Avellaneda y yo".<sup>34</sup>

En los primeros días de junio la diligencia partía desde la Docta rumbo a Tucumán con Alberdi, Avellaneda y Mariano Fraguero como pasajeros. En el trayecto al cordobés leía a sus compañeros páginas de *Viaje del capitán J. Andrew*, para matizar las tediosas jornadas en el carruaje. El joven Alberdi -que con el paso del tiempo llegaría a ser una de las mentes más brillantes de la historia argentina- escuchaba o aparentaba hacerlo, y mientras la diligencia devoraba leguas de tierra yerma, sus pensamientos pergeñaban ya el primero de sus ensayos, *Memoria descriptiva sobre Tucumán*, dedicado como no podía ser de otra forma a su benefactor, el gobernador Coronel don Alejandro Heredia.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 124, nota del 16/05/1834.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 125, del 16/05/1834.

<sup>33</sup> A.U.N.C., Libro 3 de Grados 1806-1893, f. 30 r., del 24/05/1834.

<sup>34</sup> Alberdi, J. B., *Escritos Póstumos*, T. XV, p. 282.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 282.

## **MÁS DE VEINTE AÑOS DE TRABAJO 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**

*Ramón Pedro Yanes Ferreira\**

**Resumen:** Esta investigación analiza el origen, desarrollo y labor 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, como así también incorpora la obra académica y científica de su primer Director y fundador Profesor Emérito Roberto Ignacio Peña.

**Palabras clave:** Historia del Derecho - Instituto - Enseñanza - Facultad de Derecho - Academia - Universidad Nacional de Córdoba - Biografía.

### **I. Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas. Roberto I. Peña**

En primer lugar voy a trazar una semblanza del Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas Roberto I. Peña.

Nuestro Instituto, heredero de una sólida tradición suma a su reciente historia, el peso de más de un siglo de antecedentes en la enseñanza y en la investigación de la disciplina y ello porque la Historia del Derecho, esa historia especial cuyo objeto de estudio es el Derecho considerado en su evolución histórica, ha cumplido ya en la Universidad Nacional de Córdoba 104 años de cultivo, por haberse incorporado el 23 de Marzo de 1907 al aprobarse el nuevo plan de estudios de la carrera de abogacía como disciplina autónoma, siendo su primer catedrático el doctor Tomás Miguel Argañáraz<sup>1</sup>.

\* 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 Universidad Nacional de Córdoba. 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 de Córdoba; Miembro 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 del Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro Correspondiente de la Sociedad Chilena de Historia y Geografía de 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.

<sup>1</sup> Véase Ramón Pedro Yanes Ferreira, "Tomás Miguel Argañáraz. Primer Profesor de Historia del Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba y sus continuadores", Córdoba, en Junta

En 1948 nació el Instituto de Historia del Derecho Argentino.

Íntimamente vinculado a la enseñanza de la disciplina<sup>2</sup> nació el Instituto de Historia del Derecho Argentino en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Así, el 6 de octubre de 1951, los cursos de Investigación de Filosofía del Derecho, de Historia del Derecho y de Derecho Romano se transformaron en los respectivos Institutos de Filosofía del Derecho, de Historia del Derecho y de Derecho Romano, regulados por la organización general de los Institutos de la Facultad de Derecho, y sus Directores se convirtieron en los nuevos Directores de los Institutos.

Filosofía e Historia del Derecho integraron, entonces, el Departamento de Filosofía Jurídica y Social.

Ricardo Smith<sup>3</sup> asumió, pues, en tal carácter, el 16 de octubre de 1951 por Resolución Decanal N°270/51.

Provincial de Historia de Córdoba, 1994. *Tomás Miguel Argañada y la primer planificación académica para la enseñanza de la Historia del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, Cuadernos de Historia 17, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas Roberto I. Peña, Ed. Advocatus, 2006.

<sup>2</sup> Una investigación completa sobre la enseñanza de la Historia del Derecho. Véase Ramón Pedro Yanzi Ferreira, *Perspectivas y Desafíos de la Historia del Derecho Argentino*, I Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho, Coordinadores Marcela Aspell, Esteban Llamozas, Ramón P. Yanzi Ferreira, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Ed. Advocatus, 2010, Págs. 223 - 244.

<sup>3</sup> Ricardo José Nicastro SMITH: Nació en la ciudad de Córdoba el 11 de octubre de 1909, Ingresó al Colegio Nacional de Montserrat egresando con el título de bachiller. En 1933 obtuvo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales el título de Abogado. El 1938, alcanzó el grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Su tesis se tituló: "El descubrimiento y la colonización en el Derecho Indiano. Primeras instituciones jurídicas de la penetración española en Indias" Fue profesor adjunto de Historia del Derecho Argentino durante el decanato 1937- 1947. Durante los años 1937, 1938, 1942 y 1945 se desempeñó como encargado de Historia del Derecho Argentino y a partir del 13 de mayo de 1947 y hasta el 31 de octubre de 1955 ejerció la titularidad de la Cátedra. Fue profesor adjunto y encargado de la Cátedra de Sociología; encargado de la Cátedra de Derecho Político de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Fue profesor titular de Filosofía Política de la Facultad de Filosofía y Humanidades. Fue colaborador correspondiente del Instituto de Historia del Derecho Argentino y Americano y Miembro correspondiente del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social. Fue Presidente de la Junta Provincial de Historia de Córdoba en el período 1942-43. Fue miembro del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Ejerció la Dirección del Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Fue Director honorario fundador del Archivo Histórico de Córdoba. Miembro de número de la Academia Argentina de Sociología. Fue Subsecretario de Instrucción Pública de la Provincia de Córdoba y Prosecretario de la Municipalidad de Córdoba. Vocal de la Excelentísima Cámara Correccional de Córdoba y Vocal de la Excelentísima Cámara tercera en lo Criminal de Córdoba. Fue Director del Colegio Nacional Desán Punes y Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Colaboró en numerosos artículos en revistas, diarios y publicaciones periódicas. Entre su producción bibliográfica en el cultivo de la disciplina, sobresalen: *El descubrimiento y la colonización en el Derecho Indiano. Primeras instituciones jurídicas de la penetración española en Indias* (tesis doctoral), 1938. *Régimen legal de la Metrópoli para el hombre americano*, 1937 *El historicismo dog-*

El 1 de agosto de 1967, el doctor Donato Latella Frías<sup>4</sup> fue nombrado Director del Instituto de Historia del Derecho.

Bajo la nueva dirección, el Instituto recibió una importante donación de material bibliográfico efectuada por el doctor Latella Frías el 26 de abril de 1968. El 19 de octubre de 1971 en sesión ordinaria del Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, fue nuevamente refundado, a propuesta de quien entonces, ejercía el Decanato, el doctor Roberto Ignacio Peña. El Instituto, después de su refundación, fue dirigido por los doctores Roberto Ignacio Peña y Alfredo Velázquez Martínez<sup>5</sup>. Posteriormente el Instituto se transformó en Centro de Investiga-

mático, 1940. *Momento histórico de la autonomía del Derecho obrero en Argentina*. 1940. *Función de la Historia del Derecho Argentino en las Ciencias Jurídicas*. 1942. *Un humanista al servicio del Imperialismo*. Juan Girés de Sapóvilva 1490-1573. 1942. *Aportaciones al estudio de la Historia del Derecho en la Argentina*, 1942. *Sobre los estudios históricos-jurídicos en Argentina. Premisas de un historiador contemporáneo del Derecho*. 1941. *La conciencia histórica argentina y la Sociología contemporánea*, 1950. *La conciencia histórica argentina y la Historia del Derecho*, 1950. *Líneas históricas y perfiles jurídicos*, 1952. Ricardo José Smith falleció el 13 de Octubre de 1976.

<sup>4</sup> DONATO LATELLA FRÍAS: Nació en la ciudad de Tucumán el 22 de enero de 1894. Enviado por sus padres para cursar estudios secundarios en la ciudad de Córdoba, ingresó al Colegio Nacional de Montserrat egresando del mismo con título de Bachiller. En el mes de diciembre de 1920 se graduó en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba con el título de Abogado y en 1928 obtuvo el título de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Su tesis se tituló "Doctrina histórica. Conceptos Fundamentales de la Historia". Ejerció la titularidad de la Cátedra de Historia del Derecho Argentino desde 1927 hasta 1946 con algunas interrupciones y desde 1957 hasta 1962. Fue Director del Instituto de Historia del Derecho Argentino. Ocupó varios cargos públicos, entre ellos: fue subsecretario de Hacienda, abogado del Banco Hipotecario Nacional de Córdoba, Diputado nacional por Córdoba entre 1952 a 1955. Se destacó también como Embajador plenipotenciario en Egipto, Arabia Saudita y Holanda; en el ejercicio de este último cargo recibió la condecoración de la Gran Cruz de la Orden Orange Nassau del Gobierno de Holanda. Fue Intendente Municipal de la ciudad de Córdoba durante dos períodos comprendidos entre los años 1936 y 1943. Fue miembro de número de la Junta Provincial de Historia y de la Academia Belgraniana de Buenos Aires. Colaboró con numerosos artículos en revistas, diarios y publicaciones periódicas. Fue prácticamente el primero de los docentes cordobeses que registra publicaciones afines al cultivo de la disciplina. Entre ellas se destacan los siguientes libros: *Leyes de Indias*. Recopilación de 1690. 1926 (Un estudio crítico sobre el contenido Político y Económico de la Recopilación de 1600). *Doctrina Histórica. Conceptos fundamentales de la Historia*. 1929. *Orígenes jurídicos argentinos*. 1948. *El Cabildo de Córdoba. Procedimiento Democrático* (Origen histórico - Legislación municipal), 1961. Entre sus artículos y publicaciones merecen ser mencionadas: *Función administrativa del Estado*. *El análisis histórico de la Sociología*. *La relación jurídica*. *Los eclesiásticos en América*. *Doctrina*. *Legislación*. 1962. *El derecho positivo en la Historia Jurídica*. 1961. *La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Legislación Colonial*. 1963. *Separación de la Iglesia del Estado*. *Reformas constitucionales*. Donato Latella Frías falleció en Córdoba el 2 de julio de 1982.

<sup>5</sup> ALFREDO VELÁZQUEZ MARTÍNEZ: Nació en Catamarca el 21 de septiembre de 1911. Se graduó en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba con el título de Abogado en 1942 y obtuvo en 1962 el título de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Su tesis calificada de sobresaliente se tituló "Federalismo y Montonera". Fue profesor adjunto de Historia del Derecho Argentino durante el período 1955 - 1964. Ejerció la titularidad interina de la Cátedra de Historia del Derecho Argentino en 1956-1957. Fue profesor encargado de la Cátedra de Historia del Derecho Argentino y Jefe de

ciones de Historia del Derecho, ejerciendo la dirección el doctor Roberto Ignacio Peña desde 1962.

La Biblioteca del Instituto, alimentada posteriormente por las donaciones de sus miembros y colaboradores, como así también por los mecanismos de distribución y canje de sus publicaciones, contó con un elenco de obras básicas para la enseñanza y la investigación de la disciplina, cuyos inventarios fueron sucesivamente publicados en el *Boletín de la Facultad*. Biblioteca que desapareció en 1985 al cerrarse definitivamente los Institutos.

Estrechamente unido a las actividades de la Cátedra de Historia del Derecho Argentino, el Instituto se constituyó, entonces, en el ámbito propio donde se desarrollaron trabajos de investigación, se publicaron varios números de Cuadernos de los Institutos, se dictaron conferencias, cursos de actualización y postgrado, seminarios, simposios, etc., y se profundizaron las tareas docentes y de investigación afines al cultivo de la disciplina.

Sus días concluyeron el 13 de marzo de 1985, por imperio de la Ordenanza 2/85 del Honorable Consejo Directivo, que dispuso la disolución de los Institutos y Centros de Investigación y creación del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales y los Departamentos de: 1) Derecho Civil; 2) Derecho Comercial; 3) Derecho Público; 4) Derecho Penal y Criminología; 5) Derecho Social; 6) Derecho Procesal y Práctica Profesional y 7) Estudios Básicos, agrupando este último la Cátedra de Historia del Derecho Argentino.

Cuando el Instituto fue cerrado, los profesores de la especialidad, y otras personas interesadas en el cultivo de la disciplina comenzaron a reunirse en Seminarios, Simposios, Cursos y Postgrados de Especialización y Profundización de los estudios de Historia del Derecho, bajo la dirección del doctor Peña. Dichas actividades académicas y post grados fueron orga-

---

Investigaciones del Instituto de Historia del Derecho Argentino de la Universidad Nacional de Córdoba, desde el 1° de diciembre de 1955 al 28 de febrero de 1963. Fue profesor de la Escuela de Comercio "Jerónimo Luis de Cabrera" y profesor de la Escuela Provincial de Turismo de Córdoba. Fue Director del Instituto de Historia del Derecho Argentino de la Universidad Nacional de Córdoba en el período 1978-1981. Miembro del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. Miembro de número de la Junta Provincial de Historia de Córdoba. Miembro de número de Amigos de las Letras. Miembro de número del Instituto Drago de Cultura Americana. Miembro correspondiente de la Junta de Historia y Letras de La Rioja y de la Junta de Estudios Históricos de Tucumán. Fiscal de la Cámara Primera del Crimen de la ciudad de Córdoba y Fiscal de las Cámaras Civiles. Entre sus publicaciones, en el cultivo de la disciplina, se destacan: *Los cabildos coloniales (en la Independencia y Organización nacional)*. 1956. *Las instrucciones orientales*. 1956. *Ensayos constituyentes patrios*. 1962. *Democracia y falsa democracia*. 1963. *Federalismo y Montonera* (tesis doctoral). 1963. *Derecho patria*. 1965. *Curso de Historia del Derecho argentino*. Cuaderno 1. 1978. *Por la revisión histórica de Eucunda*, 1952. *José de San Martín Paladín de la Libertad*. 1981. Alfredo Velázquez Martínez falleció en Córdoba, en diciembre de 2005.

nizados, por el entonces, Departamento de Graduados; hoy Secretaría de Postgrado de la Facultad de Derecho.

En la sesión ordinaria del 20 de noviembre de 1986, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, aprobó la reglamentación sobre creación de Institutos, a los fines de lograr el más acabado cumplimiento de sus objetivos de ciencia, investigación y servicio a la comunidad en áreas de su competencia los Institutos, dentro de las secciones existentes.

El 18 de abril de 1989 fue aprobado el reglamento de creación del Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas, designando en dicha sesión Director al Doctor Roberto L. Peña.

Desde 1991 el Instituto ha publicado 20 volúmenes de los Cuadernos de Historia que agrupan trabajos de investigación sobre temas diversos de la disciplina.

En este último, se ha incorporado un índice general de nuestra publicación.

La primera sección reúne los índices de cada tomo con un criterio estrictamente cronológico, tal cual han ido apareciendo desde 1991 a la actualidad.

La segunda sección organiza el contenido de nuestros Cuadernos agrupándolos en torno al criterio de autor, ordenados alfabéticamente.

La tercera sección del índice presenta el material publicado, distribuido bajo los siguientes acápites:

Administración de Justicia.

Bibliotecas y Literatura Jurídica

Derecho Canónico, fuentes e instituciones

Derecho Civil

Derecho Común (Ius Commune), Derecho Castellano

Derecho Constitucional

Derecho del Trabajo

Derecho Indiano, Historia colonial

Derecho Penal, justicia criminal, Inquisición

Diplomática y derecho notarial

Enseñanza del Derecho, Universidades

Historia política y del pensamiento político

Historia jurídica y política de Córdoba

Juristas. Personalidades del derecho y la política

Órdenes Religiosas

Teología moral, Doctrina jurídica, Filosofía jurídica.

El Instituto organiza anualmente un simposio de reuniones quincenales, entre los meses de abril y diciembre de cada año, sobre temas de historia del derecho argentino que son investigados por los miembros titu-

lares, adscriptos y colaboradores del mismo y cuyos resultados se presentan y son debatidos en estas reuniones. En el año 2011 se llevó a cabo el 22º Simposio de Historia del Derecho Argentino.

La Biblioteca del Instituto ha continuado en un proceso de ampliación del acervo bibliográfico gracias a donaciones de obras por parte de sus miembros y de otras personas e instituciones vinculadas a la disciplina, además de canjes por cuadernos de historia, a lo que se ha sumado parte de la biblioteca que pertenecía a nuestro fundador y primer director, el profesor emérito y académico Roberto Ignacio Peña, donada generosamente a nuestro instituto, por su viuda, la señora Marta Fábregas de Peña, en el transcurso del año 2000.

## II. La obra del Doctor Roberto Ignacio Peña en la construcción de la historia del Derecho Argentino<sup>5</sup>.

Roberto Ignacio Peña nacido en Córdoba, el 23 de Abril de 1913, fue un hombre vigorosamente enlazado a la historia de la Universidad, desde sus tempranos estudios efectuados en el tradicional Colegio de Monserrat. Más tarde, Roberto Peña inició sus estudios de Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en donde se graduó de Abogado el 14 de Abril de 1940.

Su formación universitaria culminó el 23 de marzo de 1952, cuando alcanzó el grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, al defender su tesis doctoral titulada: *'El pensamiento político de Deán Funes'*, la que publicada por la Universidad Nacional de Córdoba en 1953.

En 1949 presenta su primer trabajo de investigación en el Congreso Internacional de Filosofía celebrado en la ciudad de Mendoza. Su ponencia se tituló: *Noticias sobre la enseñanza de la filosofía en la universidad jesuítica de Córdoba. 1614-1767*, y con ella, inicia el camino del que luego sería uno de los campos de investigación preferido por el Doctor Peña, la historia de la Universidad de Córdoba.

En su vasta y prolífica producción intelectual se destacan las líneas de trabajo dedicada al estudio del pensamiento y la obra de los juristas vinculados a la Universidad de Córdoba, su Casa de Estudio a la que amaba profundamente y a la que dedicó sus mejores afanes.

Principia este género de estudios sus iniciales estudios sobre historia de las ideas jurídicas en Córdoba, entre los que se destacan:

<sup>5</sup> Véase Marcela Aspelli y Ramón Pedro Yanzel Ferrelín, *Roberto Ignacio Peña. Recuerdo de nuestro Maestro*, Cuadernos de Historia 10. Academia Nacional de Derecho. Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas Roberto I. Peña, Ed. Advocatus, 2000.



*El Pensamiento político del Deán Funes y la Revolución de Mayo. 1951. Vitoria y Sepúlveda y el problema del indio en la antigua Gobernación del Tucumán 1951.*

*El Deán Doctor Gregorio Funes. Ideólogo de la Revolución de Mayo. 1953 Investigaciones pioneras que se coronan en su brillante Tesis Doctoral dedicada a analizar el pensamiento del Deán Funes: "El Pensamiento Político del Deán Funes".*

En esta línea sobresalen:

*Juan Bautista Bustos y el Federalismo doctrinario de Córdoba, 1980.*

*El Deán Gregorio Funes. Teólogo de Córdoba jurista de Alcalá de Henares (1749-1829) 1991.*

*Los Derechos Naturales del Hombre en la Ideología del Siglo XVIII Rioplatense. 1992. La Teoría teocrática de Fray Bartolomé de las Casas O.P. (1474-1566) y el Regnum Indiarum 1989.*

La obra está estructurada en catorce capítulos y un interesante apéndice documental, traza una completa biografía intelectual del Deán Funes, sustentándola en el tejido ideológico de los tiempos que le tocó protagonizar. Fue el doctor Funes una recia figura que atraviesa a lo largo de sus 80 plétóricos años de vida, la segunda mitad del siglo XVIII, había nacido el 25 de mayo de 1749 en la ciudad de Córdoba, y las tres primeras décadas del siglo XIX. Así Funes es el hombre de mayor edad en la generación de Mayo ya que contaba con 61 años al incorporarse a la Junta Grande. Su formación en la Universidad Jesuítica, donde se graduaría de doctor en teología bajo la regencia franciscana; expulsada ya la Compañía, y a su paso posterior de cuatro años en la Universidad de Alcalá, donde a juicio del autor *rehace su formación mental y alcanza una visión universal*, son estudiadas por el Dr. Peña, con especial dedicación en el análisis de las lecturas, que el Deán proyectaría, más tarde, en su labor institucional.

Los sucesos revolucionarios de Mayo de 1810, a los que anticipa, en las páginas iniciales de la obra, un breve estudio del ambiente intelectual del Virreinato del Río de la Plata en el siglo XVIII, la revolución en Córdoba, su oposición a Mariano Moreno, los episodios del 5 y 6 de abril, la política del Triunvirato y el Directorio, el enfrentamiento político entre unitarios y federales, la definición de las posturas monárquicas y republicanas, la proyección americana de la revolución emancipadora y los conflictos planteados por el gobierno eclesiástico, son nudos vitales de nuestra historia patria, utilizados por el autor para iluminar los aspectos definitorios del pensamiento político y filosófico de su biografiado.

En esta línea de análisis de las corrientes de pensamiento filosófico político a través de figuras paradigmáticas o de tiempos neurálgicos en nuestra historia se inscriben asimismo:

*Juan Bautista Bustos y el Federalismo doctrinario de Córdoba, 1980.*

*El Deán Gregorio Funes. Teólogo de Córdoba y jurista de Alcalá de Henares (1749-1829), 1991.*

*Los Derechos Naturales del Hombre en la Ideología del Siglo XVIII Rioplatense, 1992.*

*La Teoría teocrática de Fray Bartolomé de las Casas O.P. (1474-1566) y el Ragnun Indiarum 1989.*

*Utopía y Realidad de la Antropología de Fray Bartolomé de las Casas. (1474-1566), 1994. La Escuela Teológica Jurídica de Córdoba: El Dr. José Roque Funes (1782-1862): Sus estudios universitarios, 1994.*

*Fuentes del Derecho Canónico indiano: Los autores Anacleto Reiffenstuel y el Jus Canonicum unicum, 1988.*

*La República de los Indios y el Derecho Común, 1989.*

*Las ideas jurídico-políticas de Domingo de Soto y el Derecho Indiano (1996).*

*La Biblioteca del Obispo de la diócesis de Córdoba del Tucumán Dr. Rodrigo Antonio de Orellana (1810), 1997.*

La historia de nuestra Universidad fue otro motivo de su notable preocupación intelectual. Al respecto, publicó:

*Noticias sobre la enseñanza de la Filosofía en la universidad Jesuítica de Córdoba, 1614-1767, 1949*

*Conclusiones jurídicas defendidas en la Universidad de Córdoba a fines del siglo XVIII, 1952*

*La Universidad Jesuítica de Córdoba del Tucumán 1613-1767.*

*El P. Domingo Muriel S.J. 1718-1795, 1996.*

*La visita a la Universidad Mayor de San Carlos efectuada por el Doctor don Manuel Antonio de Castro, Gobernador intendente de Córdoba, 1980 - 1981.*

*El Doctor Manuel Antonio de Castro y el Colegio Monserrat 1982.*

*La Facultad de jurisprudencia de Córdoba. (1791-1807), 1985.*

*Las teorías pactistas vistas desde la Universidad de Córdoba del Tucumán (1613-1810), 1997.*

*La escuela teológico-jurídica de Córdoba. El doctor José Dámaso Xigera 1767-1847: Sus estudios universitarios, 1998*

Bruditas investigaciones que concluyeron en su obra *Los sistemas jurídicos en la enseñanza del derecho en la Universidad de Córdoba 1614-1807* editada en 1986, por esta Academia y que muchas veces me confió, pensaba reeditar.

Esta es una obra singular que culmina un largo proceso de estudio sobre la *Universitas Cordobensis Tucumanae* y que aborda la reconstrucción del *ordo iuridicus* través del estudio de las proposiciones jurídicas que se enseñaron y se sostuvieron en las aulas universitarias en sus

primeros doscientos años de vida. Tres partes componen un armonioso conjunto:

*La universidad Jesuítica (1614-176)*, *La Universidad Real bajo la regencia franciscana (1767-1807)* y *la Facultad de Jurisprudencia*, estudiada en su período inicial, a partir de su creación en 1791 y hasta 1807, tiempos de fundamentales cambios de planes de estudio.

En la sección primera es minuciosamente analizada la doctrina de Francisco Suárez los tratados *De Legibus* y *Defensio Fidei*, los conceptos de *ius, fas, equidad, potestas et ordos iudicis* inserto en el *ordo theologicus*, las dos potestades, la espiritual y la temporal, la teoría del pacto social, la teoría del cuerpo político, el tiranicidio, la obediencia civil.

El doctor Peña, al estudiar en este libro la influencia de Suárez en nuestra universidad afirma: "*Las doctrinas expuestas por Francisco Suárez (E1548-E1617), al reelaborar la gran síntesis escolástica del siglo XVI, constituyen elementos para formar una Teoría del Poder Político y han configurado un cuerpo de doctrina, enseñado en las universidades jesuíticas y conocida después del extrañamiento de la Compañía de Jesús, como doctrina de los expulsos, condenada por los órganos del gobierno español y proscrita su enseñanza en las universidades hispanas. Con Suárez ingresó en la Universitas Cordubensis Tucumanae el concepto de equidad que iba a dar nacimiento a una riquísima casuística moral y jurídica. Los jesuitas crearon una admirable jurisprudencia interpretativa de la ley que se proyectó particularmente en el derecho canónico y en el derecho penal.*"

Tres figuras claves: Diego de Avendaño, Pedro Murrillo Velarde y Domingo Muriel, con especial dedicación a los *Rudimenta Iuris Naturae et Gentium* de este último, complementan este primer segmento.

La segunda parte, esta dedicada como ya dije a la Universidad, bajo la regencia franciscana, analiza la nueva orientación de los estudios tras el destierro de la *doctrina de los expulsos*, la decisiva influencia de Melchor Cano O.P. y Daniel Concina O.P., además de la utilización de la enseñanza de la obra de Santo Tomás en la teología. Sostiene Peña que la *Suma Teológica* del Doctor Exímio, discípulo de San Alberto Magno, fue rigurosamente enseñada en las aulas cordobesas, al analizar los fundamentos ontológicos del derecho y el tratado de las virtudes morales en una admirable recapitulación que ensamblaba la tradición del humanismo grecolatino. *En fin a que debe aspirar la pública sociedad humana consiste en vivir conforme a la virtud, lo cual no podría conseguirlo el hombre aislado, de suerte que el fin propio de la sociedad humana es el de conseguir una vida virtuosa* (Libro 1 Capítulo XIV).

La tercera estudia la creación de la Facultad de Jurisprudencia en la Universidad Real, con el establecimiento de la Cátedra de Instituta que adopta el texto de Arnold Vinnius (1588-1657) como libro esencial para la

enseñanza del *ius Commune*, hecho que significó el ingreso del método histórico jurídico del derecho natural racionalista en la Casa de Trejo, del mismo modo como se organizaba la enseñanza del derecho romano en las más afamadas universidades europeas de la época.

Este es pues el vasto horizonte que ofrece la obra de Roberto Peña, iniciando la rotura de la tierra para echar la primera semilla de una siembra que debe imperiosamente continuar sobre los espacios del siglo XIX, en el escenario jurídico cordobés.

Hasta su última investigación publicada póstumamente, en el número IX de los Cuadernos del Instituto *"La escuela teológico-jurídica de Córdoba. El doctor José Dámaso Xigera 1767- 1847. Sus estudios universitarios"*, pone en evidencia su inquebrantable voluntad de trabajar hasta su fallecimiento.

Sus afanes se orientaron, asimismo, al estudio de los aspectos singulares de la vida político-institucional cordobesa.

En tal sentido, podemos mencionar sus investigaciones sobre:

*Los Jueces Podáneos de la Provincia de Córdoba (1820-1856). Algunos aspectos de sus atribución*, 1974.

*El Federalismo Doctrinario de Córdoba y el Pronunciamiento de Arequito* (1956-1957).

*Contribución a la historia del derecho patrio en Córdoba: Labor institucional del Gobernador Bustos (1820-1829)*, 1960.

*Notas sobre los orígenes institucionales argentinos*. 1964.

*Córdoba, en el plan político de Pavón (1852-1863)*, 1966.

*El Doctor Manuel Antonio de Castro: Gobernador de Córdoba (1817- 1820)*, 1978.

*Aparte Documental para el estudio de la Villa de la Concepción del Río Cuarto. (Intendencia de Córdoba del Tucumán)*, 1982.

Otra línea cultivada por el Doctor Peña fue el estudio de piezas documentales de singular valor, tales como:

*Breve noticia sobre archivos cordobeses con fondos documentales para una investigación de la historia del Derecho Argentino*.

*La aplicación del Derecho Castellano-indiano por los tribunales judiciales de Córdoba (1810-1820)*, 1967.

*Notas para un estudio del Derecho Canónico Matrimonial Indiano*, 1971.

*Cartas de Concierto en el Derecho Castellano - Indiano a fines del siglo XVI. Córdoba de las Nuevas Andalucías*. 1980.

*El Derecho Penal Castellano-Indiano: Un caso jurisprudencial de homicidio* 1981.

*Juicios de Declaración de Nulidad de Matrimonio en Córdoba del Tucumán (Siglo XVIII): Un caso juris prudencial*, 1986.

*Archivo de la Curia Eclesiástica de Córdoba. Legajo 194. Divorcios y Nulidades de Matrimonio. (1688-1745. Tomo I. Expediente 3 Juana Cabrera y Felipe de León. Nulidad de Matrimonio. Fuerza y Temor. Falta de Licencia Eclesiástica, 1987.*

Hasta el 30 de octubre de 1999, fecha misma de su fallecimiento, colaboró activamente en las actividades de la Academia.

Hoy tengo el gusto y el honor de ocupar el sillón Nicolás Avellaneda que desde el 2 de julio de 1977 ocupaba el Dr. Peña y creo sinceramente que he podido continuar su obra pues al presente con el eficaz auxilio de todos los que fueron sus discípulos, estamos preparando la edición del tomo XX de Cuadernos, 12 números después del tomo VIII que fue el último que dirigió.

#### **Apéndice documental**

*Ordenanza del Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba N° 2/85<sup>1</sup>.*

Córdoba, 13 de marzo de 1985.

VISTO:

Las conclusiones a que arribara la Comisión de Reestructuración Académica, designada por Resolución Decanal N° 1008/ 84; el informe relativo a la actividad cumplida y situación actual de los Institutos y Centros de Investigación; y el Análisis de Planta Docente elaborado por la Secretaría de Planeamiento Y;

CONSIDERANDO:

Que los documentos antes mencionado —y que se incorporan como anexo a la presente Ordenanza— contienen una exhaustiva información y fundadas conclusiones de las que resulta que la actual estructura académica y su régimen normativo, tanto en el área específica de la investigación como en lo relativo a la coordinación de las cátedras y actividad docente, no son adecuados para el logro de los objetivos esenciales en relación a docencia, investigación y extensión en la actual etapa de normalización.

Que en lo que se refiere a los actuales Institutos y Centros, los informes dimanados de las respectivas memorias anuales revelan que las tareas asumidas por los Institutos y Centros de esta Facultad no revisten sino parcialmente el carácter de investigación científica.

Que en los casos en que dichas tareas de investigación se realizan, se constata que se trata de proyectos individuales cumplidos en el ámbito

<sup>1</sup> Aprobada por resolución del Honorable Consejo Superior N° 41, el 2 de abril de 1985.

físico de un Instituto o Centro; o bien se trata de la recopilación o averiguación de datos con miras a publicaciones también individuales. Las reuniones periódicas son destinadas a exposiciones en que se alternan diversos temas y disertantes. Asimismo, se reconoce que la mayor actividad colectiva se ha desarrollado con motivo de la elaboración de ponencias para ser presentadas en Jornadas, Seminarios y Congresos.

Que en cambio, no se advierte actividad encaminada a la promoción, orientación y coordinación de la investigación salvo excepciones.

Que, paralelamente, y por falta de una estructura de dirección y coordinación docente específica, dichas tareas de coordinación de la enseñanza y de planificación y funcionamiento de las cátedras se cumplen a menudo en el ámbito físico de los Institutos, desvirtuándose su fin específico que es el de la investigación.

Que el elevado número de Institutos y Centros —21 en total—, siendo 30 las asignaturas de la Carrera de Abogacía, no facilita en absoluto el desarrollo de las actividades interdisciplinarias y, por el contrario, acentúa el aislamiento y la incomunicación.

Que la situación se agrava actualmente ya que, como es obvio, el fraccionamiento conlleva multiplicidad en el empleo de los recursos existentes y obsta a la posibilidad de concentrarlos y adecuarlos para el desarrollo real y concreto de la investigación.

Que, en efecto, tan elevado número de Institutos y Centros demanda excesiva utilización del espacio físico disponible: multiplicidad de despachos, lugares de reunión y bibliotecas.

Que la multiplicidad de bibliotecas, su dispersión y reiteración no sólo constituye un mal empleo del espacio físico sino una irracional utilización del material bibliográfico existente, que, salvo el necesario para su consulta cotidiana en el campo específico, debería estar concentrado en la Biblioteca de la Facultad, tal como se ha encomendado a la actual Dirección.

Que una consecuencia más de tal fraccionamiento y multiplicidad se constata en el estudio sobre planta docente efectuado por Secretaría de Planeamiento que muestra ochenta agentes como personal permanente en los Institutos y Centros de investigación y, dentro de esa cifra, cuarenta cargos docentes con asignación a tareas administrativas, es decir no específicas al cargo; y algunos de ellos con dedicación de tiempo parcial.

Que la "formación de docentes y especialistas" objetivo que aparece enunciado en la Ordenanza 3/81 debe ser realizada en el área docente de pregrado y postgrado y no corresponde incluirlo en el ámbito destinado a la investigación,

Que Institutos y Centros tienen asignados en la actualidad, idénticos objetivos, sin que surja una justificación convincente acerca de la con-

ventencia de mantener dos denominaciones que aparentemente solo se diferencian por el número o categoría de sus miembros.

Que de todo lo expresado, surge de manera evidente la necesidad de crear un único Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales que tendrá como finalidad coordinar, orientar, controlar e impulsar la labor de investigación científica dentro del ámbito de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

Que en la primera etapa, el Director del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales proyectará y elevará al Decanato un Reglamento de las funciones del Centro, conforme las bases que en la presente Ordenanza se establecen.

Que los actuales Institutos y Centros, previamente reducido y reagrupados, deben asumir institucionalmente las funciones, que de hecho han cumplido de manera preponderante hasta ahora, es decir coordinar y armonizar la enseñanza de las asignaturas que los integran, organizar la actualización y profundización temática y metodológica del personal docente y otras funciones, que son, en la estructura académica universitaria contemporánea, atribuidas a los Departamentos.

Que una larga trayectoria histórica, con trascendencia nacional e internacional, torna oportuno y conveniente mantener para las áreas de coordinación docente, la actual denominación de Instituto.

Que para el cumplimiento de tales fines, resulta indispensable reducir el número de Institutos y Centros de atención a la afinidad de las disciplinas, asignaturas y cátedras que los integrarán.

Que con todo ello se podrán asegurar los mejores niveles de eficacia docente, habida cuenta la escasez de recursos paralelo al fuerte incremento de la demanda formativa.

Que por otra parte, la actual estructura de cátedras, al carecer de algún sistema de agrupamiento, conlleva un fraccionamiento que no permite niveles adecuados de integración y coordinación académica y hace dificultoso el desarrollo de una labor docente integrada en el proceso de formación del alumnado.

Que resulta así perentorio definir un ordenamiento de la actividad docente destinado a permitir una mejor vinculación pedagógica de las diferentes disciplinas, asignaturas y cátedras integrantes de la carrera y, asimismo, mejorar los actuales sistemas de formación de los docentes.

Que, en consecuencia, la presente Ordenanza avanza hacia una modificación profunda de la estructura académica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales que, en esta etapa, sólo abarca la Carrera de Abogacía, previéndose en el futuro la incorporación de las Escuelas de Servicio Social y de Ciencias de la Información y de cualquier otra que llegue a crearse en el ámbito de esta Facultad.

Que el tránsito hacia la organización departamental se cumplirá de manera paulatina utilizándose la actual estructura de Institutos, que se reducen de 21 a 7 y, simultáneamente, una agrupación de disciplinas, asignaturas y cátedras afines, dentro de cada Instituto.

Que la investigación se encomendará al Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, creado a tal fin, como queda anteriormente dicho.

Que todo ello determina la necesidad de sustituir el régimen legal vigente por otro.

Por todo ello;

**LA DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES ORDENA**

**I. - CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES**

**Art. 1°: ORGANISMO DE INVESTIGACIÓN:** Créase el "Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales" el que dependerá del Decanato.

**Art. 2°: OBJETIVOS DEL CENTRO:** El Centro tendrá como finalidad coordinar, orientar, controlar e impulsar la labor de investigación científica dentro del ámbito de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. A tal efecto, se define como objetivo el de contribuir al progreso de las disciplinas científicas y técnicas, a través de la realización de estudios universitarios que creen nuevos conocimientos y tendencias humanas, en la búsqueda permanente de lo verdadero y con miras a satisfacer las necesidades de la sociedad argentina, sean nacionales y/o regionales. Los resultados de las investigaciones serán preferentemente destinados al ámbito docente de los Institutos.

**Art. 3°: FUNCIONAMIENTO DEL CENTRO:** Para el desempeño de sus funciones el Centro contará con una Dirección y con las siguientes cuatro secciones: Derecho Privado, Derecho Público, Derecho Penal y Criminología y Estudios Básicos y Jurídicos Integrales, las que estarán cada una a cargo de un coordinador de Sección.

**Art. 4°: DIRECTOR Y COORDINADOR:** El Director y los Coordinadores de Sección del Centro serán designados por tres años por el Consejo Directivo de la Facultad, y sus cargos serán rentados con una retribución de Profesor Titular y Adjunto respectivamente con una dedicación no menor a la de tiempo parcial.

**II — INSTITUTOS DE COORDINACIÓN DOCENTE**

**Art. 5°: INSTITUTOS CON FUNCIÓN DEPARTAMENTAL:** Créanse los Institutos de coordinación docente los que dependerán de la Secretaría Académica de esta Facultad; cada uno de ellos estará dirigido por un Director, cuyas atribuciones serán ejercidas conforme a las reglamentaciones e instrucciones que impartan el Consejo Directivo y el Decano a través de la Secretaría Académica.

**Art. 6°: AGRUPAMIENTO DEPARTAMENTAL:** Cada Instituto estará integrado por las disciplinas y, dentro de ellas, las a— firmas



y cátedras existentes, a saber: 1) Derecho Civil; 2) Derecho Comercial; 3) Derecho Público; 4) Derecho Penal y Criminología; 5) Derecho Social; 6) Derecho Procesal y Práctica Profesional; 7) Estudios Básicos.

Art. 7º: INTEGRACION DE LOS INSTITUTOS: Las disciplinas, asignaturas y cátedras de la Carrera de Abogacía integrarán los diversos Institutos del siguiente modo: 1) En el Instituto de Derecho Civil, Derecho Civil I, II, III, IV y V; Derecho Romano I y II y Derecho Internacional Privado; 2) Instituto de Derecho Comercial, Derecho Comercial I, II y III y Derecho de la Navegación; 3) Instituto de Derecho Público, Derecho Político, Derecho Constitucional, Derecho Público Provincial, Derecho Administrativo, Derecho Internacional Público y Finanzas y Derecho Tributario; 4) Instituto de Derecho Penal y Criminología, Derecho Penal I y II; 5) Instituto de Derecho Social Derecho del Trabajo y de la Previsión Social y Derecho Agrario, Forestal y Minero; 6) Instituto de Derecho Procesal y Práctica Profesional; Derecho Procesal Civil y Derecho Procesal Penal; 7) Instituto de Estudios Básicos; Introducción al Derecho, Introducción a la Filosofía, Filosofía del Derecho, Historia del Derecho, Sociología y Economía Política.

Art. 8º: FUNCIONES DE LOS INSTITUTOS: Serán funciones de los Institutos:

a) Coordinar y armonizar departamentalmente la enseñanza de las asignaturas que los integran, ajustándolas las a las orientaciones generales de los planes de estudio y a las necesidades de la Carrera.

b) Organizar la actualización y profundización temática y metodológica del personal docente.

c) Entender en las cuestiones administrativas referidas al personal docente integrante del Instituto.

Art. 9º: COORDINACIÓN DEPARTAMENTAL: A los efectos del cumplimiento del inciso a) del artículo precedente, los Institutos deben coordinar y armonizar: a) Los Programas de estudios de las distintas materias, b) El método pedagógico y los procedimientos didácticos. c) La acción de los profesores en las distintas cátedras. d) El sistema de evaluación y regímenes especiales de promoción.

Art. 10: DIRECTORES DE LOS INSTITUTOS: Para ser Director del Instituto se debe tener la condición de Profesor Titular o Adjunto. Serán designadas por el Decano con acuerdo del Honorable Consejo Directivo; durará dos años en sus funciones y podrá ser nombrado nuevamente por iguales periodos; el cargo deberá ser al menos de semidedicación. También será designado en la misma forma y por igual lapso un Coordinador, quien actuará como secretario ejecutivo y reemplazará al Director, en caso de ausencia o impedimento. El Honorable Consejo con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes podrá dar por terminadas las funciones del Director y/o Coordinador.

**Art.11º: ATRIBUCIONES DE LOS DIRECTORES:** Serán atribuciones del Director de Instituto:

a) Considerar los programas presentados por las diversas cátedras de las distintas asignaturas analizar su contenido, aconsejar las modificaciones necesarias para evitar superposiciones u omisiones y llevarlos para su consideración al Honorable Consejo Directivo.

b) Coordinar los planes anuales de trabajo de las cátedras en materia docente, así como evaluar las disponibilidades, posibilidades y requisitos de cumplimiento, emitiendo opinión al elevarlos al Decanato.

c) Solicitar al Decanato la aprobación de los Cursos y/o Seminarios optativos a dictarse en cada período lectivo.

d) Supervisar el cumplimiento de los planes de trabajo y desarrollo de los programas de las respectivas cátedras, como así también la asistencia del personal docente.

e) Resolver sobre pedidos de equivalencia por pases de alumnos que le sean remitidos, de conformidad con la Resolución Decanal N° 1653/84

f) Organizar actividades de actualización y formación científica y/o pedagógica para el personal docente.

g) Implementar actividades de análisis y estudio curricular tendientes a la actualización de los programas de enseñanza.

h) Someter a consideración de las autoridades pertinentes a los pedidos de licencia ordinaria o extraordinaria del personal docente del Instituto, expresando su opinión respecto de su concesión o denegación.

i) Organizar los concursos para Auxiliares Docentes y Ayudantes Alumnos.

j) Proponer la designación interina de Auxiliares Docentes, y Ayudantes Alumnos.

k) Al finalizar el período lectivo elevar al Decano a través de la Secretaría Académica, la memoria anual del Instituto y un informe de la actividad desarrollada por las cátedras.

l) Considerar y expedirse sobre todo asunto que le fuera sometido a su estado por el Honorable Consejo Directivo, el Decanato o la Secretaría Académica.

El Director del Instituto podrá solicitar el asesoramiento y la colaboración de los profesores titulares de las cátedras para el ejercicio de las atribuciones descriptas en los incisos anteriores.

**Art.12º: COMITÉ INTERDEPARTAMENTAL:** Los Directores de los Institutos, juntamente con el Decano o Vicedecano, el Secretario Académico y tres representantes del Centro de Estudiantes constituyen el Comité Interdepartamental, cuyas funciones son:

a) Coordinar las tareas de los Institutos.

b) Dictaminar acerca de los proyectos relacionados con el Plan de Estudios, considerando los puntos de vista de los Institutos,

El Comité interdepartamental se reunirá ordinariamente al menos una vez al mes; y extraordinariamente, cuando lo disponga el Decano o Vicedecano o lo solicite un tercio de sus miembros.

### III — DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Art. 13º: DESIGNACIÓN EN EL PERÍODO NORMALIZADOR: Hasta tanto se constituya el Consejo Directivo, el Director y los Coordinadores del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales y los Directores y los Coordinadores de los Institutos con funciones departamentales, serán designados por el Decano Normalizador, y por el período de normalización.

Art. 14º: DISTRIBUCIÓN DEL PERSONAL ACTUAL: Las Secretarías Académica y de Planeamiento de esta Facultad determinarán el personal con funciones administrativas, de los actuales Institutos y Centros, que quedará afectado a la nueva estructuración así como la reubicación del personal restante.

Art. 15º: BIBLIOTECAS: El Director de la Biblioteca de esta facultad tendrá a su cargo la tarea de reestructuración de las bibliotecas existentes en los actuales Institutos y Centros y su incorporación a aquélla.

Art. 16º: PROYECTO DE ORGANIZACIÓN DEL CENTRO: El Director del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales designado, deberá elevar al Decanato en un plazo de treinta (30) días un Proyecto de Reglamento de las funciones del Centro.

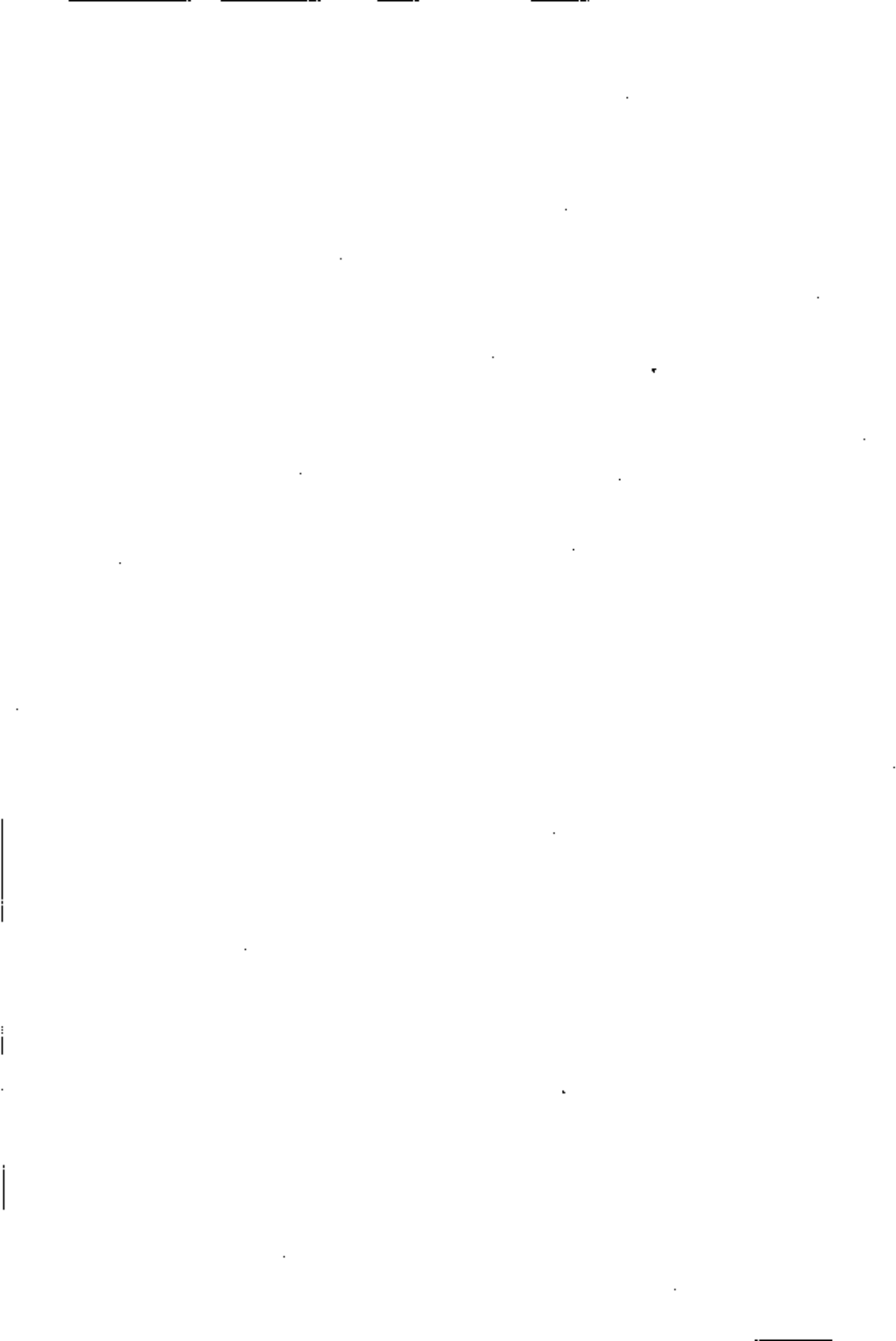
Art. 17º: LUGAR DE FUNCIONAMIENTO DE LOS INSTITUTOS: La Secretaría de Planeamiento propondrá al Decanato, dentro de los diez (10) días a partir de la fecha de esta ordenanza la adaptación y/o reubicación de los espacios de funcionamiento de los Institutos, de acuerdo a las previsiones de uso del espacio disponible y a las necesidades de dichas áreas.

Art. 18º: INVENTARIO DE BIENES: La Secretaría Administrativa dispondrá del Inventario de los Bienes de los actuales Institutos y Centros, su traslado y redistribución,

Art. 19º: ABROGACIÓN DE NORMAS: Abróganse las Ordenanzas 3/81 3/84, 4/84, 2/81; la Resolución 311/82; toda otra norma de creación de Centros e Institutos y toda norma que se oponga a lo dispuesto en la presente ordenanza.

Art. 20º: Protocolícese, elévese al Honorable Consejo Superior de la Universidad, a los fines de su consideración.





SECCIÓN VII

FILOSOFÍA



# VALORACION DEL DAÑO MORAL: UN ANÁLISIS DESDE LA EXÉGESIS DOGMÁTICA Y LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA OPERATIVA

Ernesto Abril\*

**Resumen:** El presente artículo resume, con la brevedad propia de la extensión que permite el Reglamento del Anuario del Centro de Investigaciones, los avances realizados en la investigación sobre el problema de la valoración del daño moral. En el mismo, se exponen las severas disputas existentes en torno tanto al concepto de daño, cuanto al alcance que se le otorga al predicarse del mismo su carácter moral. Esta primera cuestión, tendrá como objetivo establecer los alcances que se adjudican al mismo, en orden a la exégesis que de las normas positivas realiza la dogmática jurídica. A continuación, procederá a desarrollar el estado de situación que se vincula con la adjudicación o bien, dentro de la teoría de la interpretación jurisdiccional u operativa por medio del cual, se procura establecer los alcances y límites de la disputa y lograr precisiones en orden a la validación del denominado "daño moral".

**Palabras claves:** Daño moral - Valoración del daño moral - Disputa exegética - Problemas de definición - Problemas de justificación - Teoría de la interpretación operativa - Indagación metateórica - Racionalidad de las decisiones jurisdiccionales.

## 1. Introducción

Desde hace mucho tiempo se advierte un severo desacuerdo acerca del significado que se adjudica al término "daño" dentro de la exégesis doctrinaria, en especial, dentro del ámbito del derecho privado<sup>1</sup>. El debate se agudiza aún más, cuando se agrega al mismo el adjetivo "moral"<sup>2</sup>. En

\* Profesor Titular de la Asignatura *Introducción al Derecho*; Co-Director de la Maestría en Derecho y Argumentación, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC; Investigador Categoría I, Director Equipo de Investigación (SECYT), sobre el tema: Valoración del Daño moral. [ernestoabril@gmail.com.ar](mailto:ernestoabril@gmail.com.ar)

<sup>1</sup> Así puede observarse en las diversas acepciones que se adjudican al término y remito para ello, a ARRIBÁLAGA, MARTÍN E. (2000), *Diccionario jurídico jurisprudencial*, Depalma, Buenos Aires, páginas 149 y 150, Voz: Daño.

<sup>2</sup> Dicho esto, sin dejar de expresar que el artículo 1078 del Código Civil, alude a "...la reparación del agravio moral". Esto también puede verificarse en ARRIBÁLAGA, MARTÍN E. (2000), *ob. citada*, páginas 154/155, Voz: Daño Moral, donde se alude a padecimientos, molestias y angustias que lesionan afecciones legítimas de la víctima, de modificaciones disvaliosas del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, de lesión a los sentimientos; de privación o disminución de la paz, la tranquilidad del espíritu; que ellos de-

términos generales, se podría decir que su definición, dentro del ámbito de la dogmática civil, asigna al mismo una importante cantidad de características que se pretenden presentar como definitorias, a saber: a) *se sostiene que se trata de un daño que afecta o lesiona derechos extrapatrimoniales*<sup>3</sup>; b) *que el mismo se sustenta en valores y tienen estrecha relación con los afectos, cuestión que se estima ajena a la estricta realidad económica*<sup>4</sup>; c) *que constituyen elementos para proporcionar objetividad a este tipo de daño, específicamente, al dolor, la pena, la angustia y la inseguridad, sin ser esta una enunciación exhaustiva*; d) *que el mismo puede tener su causa fuente en uno o varios actos*; e) *que con relación a los afectos, puede producirse tanto una pérdida pecuniaria como una lesión de carácter espiritual pero que ambos, deben deslindarse*; f) *que diversas legislaciones optaron por su reparación económica y por ello, se consideró que era posible cuantificarla en atención a las funciones que se adjudican a la responsabilidad civil, la que, según la postura que se adopte, puede presentar carácter de reparación, de disuasión o bien, de sanción*<sup>5</sup>; y por último, g) *se estima que su valoración y ulterior, determinación debe efectuarse mediante cierto monto de dinero o en su defecto, bajo las circunstancias particulares del caso individual, puede el juzgador elegir otras vías de reparación.*

ben tener determinada envergadura que se manifieste con alguna prolongación en el tiempo; o de cualquier lesión a sentimientos o afecciones legítimas que pueden incluir daños a la salud, al sano equilibrio emocional.

<sup>3</sup> Se considera que la expresión "daño moral" no resulta la mejor porque tiende a circunscribir la idea a algo no jurídico o a una especie de daño estrictamente espiritual. Esto también sucede con la expresión "agravio moral" donde se advierte una connotación marcadamente punitiva. De allí, que se prefiere hablar de "daño extrapatrimonial" (Cf.: MONTAÑER DE ESPAÑES, LUIS (1985), "Daño moral y personas jurídicas", *Zelus*, IV, 134.

<sup>4</sup> "...daño patrimonial es toda lesión a un interés económico, mientras que daño extrapatrimonial es toda lesión a un interés no económico" (Cf.: ZANNONI, E. A. (1962), *El daño en la responsabilidad civil*, Ed. Astrea, B.A., Págs. 6,7 y 9).

<sup>5</sup> Así, se afirma: "En suma, la reparación del daño moral encuentra su justificación no por el lado de la víctima de la lesión sino por el lado del ofensor: no constituye un "resarcimiento" sino una "pena civil", mediante la cual se reprueba ejemplarmente la falta cometida por el ofensor" (Cf.: LLAMAS, JORGE J. (1963), *Tratado de Derecho Civil, "Obligaciones"*, Tomo I, Abeledo Perrot, B.A., n° 262, p. 336). En otro sentido, se sostiene que: "Como decía Ihering, el dinero tiene un valor compensatorio, permite a la víctima algunas satisfacciones que son un equivalente o sucedáneo del daño sufrido" (Cf.: BORDA, GUILLERMO A. (1963), *Tratado de Derecho Civil - "Obligaciones"*, Abeledo Perrot, B.A., n° 172, p. 186. Finalmente, otros doctrinarios opinan que "El daño moral presenta una naturaleza híbrida: desde el punto de vista del damnificado es resarcitorio, mientras que desde la perspectiva del responsable es sancionatorio" (Cf.: MORA, BENJAMÍN (2006), "La culpa como único fundamento de la responsabilidad civil", *RCyS*, XII, Año 2006, p.10, en especial acápite III y con la misma dirección, se aduce: "Quisiera o no, la función de satisfacción del dinero se cumple siempre por las fincas de la reparación, aunque no podrá desdibujar el concurrente papel ejemplificador que también corresponde acordar a la indemnización del daño moral" (Cf.: MORELLO, AUGUSTO M (1976), "Carácter resarcitorio y punitivo del daño moral. En pro de una posición funcional", *JA* 1975- XXVII, 342).



De lo expuesto, se desprende la absoluta falta de univocidad en aquello a que se alude con la expresión "daño moral". Todo ello, sin perjuicio de advertirse cierta tendencia en asignarle la característica de no poseer carácter patrimonial y vincularse con derechos inherentes a la personalidad o bien, a valores que se suelen adjudicar a los afectos que, pese a ello, son susceptibles de ocasionar pérdidas pecuniarías.

Cuando se sostiene que el daño moral posee carácter ajeno al ámbito patrimonial la tesis se sustenta, respecto de este tipo de daños, que con ellos se afectan derechos de la persona y su indemnización puede determinarse de acuerdo con la magnitud o el menoscabo que se produce en la víctima o su familia.

Por su parte, en materia propia del derecho laboral se corrobora también la existencia de desacuerdos doctrinarios. Así, respecto del daño moral se muestran teorías que sostienen en caso de despido injustificado, que su reparación resulta compensada mediante una indemnización que equivale a determinada cantidad de sueldos o fracción de los mismos, por años de servicio. Otro sector de la doctrina, sostiene que así entendida, la indemnización sólo involucraría el aspecto laboral pero soslayaría la cuestión civil. Sin embargo, se destaca que la mayoría de las legislaciones contemporáneas sólo lo reconocen en forma restrictiva y el fundamento de tal interpretación, radica, nuevamente, en la dificultad de determinar la cuantía de su reparación<sup>9</sup>.

Si se observa detenidamente, diversas doctrinas que tuvieron influencia en esta cuestión, es decir, aquellas que sostienen que el uso al término "daño moral" alude específicamente al daño que se estima ajeno al patrimonio, se corroboran al respecto que la doctrina civilista francesa y su propia legislación, clasifica a los daños como materiales o inmateriales en función de qué tipo de bienes son afectados por las acciones u omisiones de aquel que los causó. Se afirma que esta clasificación, tuvo influencia decisiva sobre el Código Civil de Brasil y por ende, en el Código Civil Argentino. Por ello, es que se acusa que toda la controversia y confusión sobre este tipo de clasificación, se origina al incorporarse, indebidamente en el uso de la doctrina, términos como "daño patrimonial" y "daño no patrimonial

<sup>9</sup> También se verifican desacuerdos en orden a la posibilidad de que este tipo de daño se ocasione a una persona jurídica (Al respecto, ver: BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO (2008), "Del daño moral al daño patrimonial: La superación del *premiun doloris*", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, N° 1, pp.85-106, Chile y MOISSART DE ESPARTE, L., "Daño moral y personas jurídicas", *Zeus*, 1985, IV, Pág. 134) y también, en orden al resarcimiento del denominado "daño moral ambiental" y la posibilidad de otorgar a la indemnización el carácter de "retribución" o bien, carácter punitivo, en función de que habitualmente no es posible identificar al que lo sufre y en consecuencia, estando identificado sólo aquel que lo produce, se piensa en asignar a la misma, carácter de sanción pecuniaria (Ver: HUTCHINSON, TOMÁS (2009), "El Daño Moral Colectivo", *La Ley*, Año LXXIII N° 223, Bs.As.)

o extrapatrimonial". Ello así, porque tal clasificación se toma del sistema legal italiano que no influyó directamente en la determinación del articulado de nuestro Código Civil<sup>7</sup>.

### 1.1. Las dificultades para cuantificar el daño moral

Por esa razón, se critica la postura de la doctrina al sostener que el daño moral refiere al menoscabo del estado de ánimo posterior a la comisión de una acción u omisión que, conforme a derecho, genera responsabilidad. Para ello, se alude a la circunstancia de la dificultad de acreditar su entidad por tener, precisamente, vinculación con sentimientos o diversas afecciones que no pueden ser objeto de examen y acreditación externa y por ello, según se alega, resulta imposible asignar precio al dolor. Hay quienes sosteniendo esta última afirmación, la definen como un menoscabo a un derecho fundamental del individuo producido por una acción jurídicamente calificada como indebida. En su sentido más estricto, este tipo de daño sería la consecuencia de toda alteración negativa (extrínseca o intrínseca, general o particular, temporal o permanente) que afecta la integridad anatómica o funcional del individuo. Esta perspectiva, identifica este tipo de daño como aquel que afecta la salud, la integridad física o cualquier lesión a la reputación como parte de la personalidad y por ello, concluyen que no tiene porque generar problemas de comprensión<sup>8</sup>.

En suma, en el primer sentido, este tipo de daño no se produce en ninguna cosa material que pertenezca a la víctima, en tanto no es susceptible de advertirse por los sentidos por ser de carácter íntimo y consistir bien en una disminución de sus capacidades intelectivas o volitivas; o impedir la capacidad de adquirir bienes dentro de esas capacidades u ofender sus actos, tal como afectar su reputación o en ciertos casos, producir diversos tipos de aflicción. Sin embargo, subsisten quienes sostienen que con esa designación, queda comprendido todo daño que injustificadamente se causa a otro, sea mediante acciones u omisiones que lo afectan directa o indirectamente, de un modo contrario a derecho. De este modo, se excluye de su ámbito de referencia aquellos daños que no afecten el patrimonio material ni lo hacen disminuir en su entidad. De allí, que algunos doctri-

<sup>7</sup> Al respecto puede verse: A. ALFERINI, A., AMELA O. J. y LÓPEZ CARANA, R. (1996). *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, 1er. Edición, 2ª reimpresión, Bz. As., Abeledo-Perrot, páginas 216-217 y también, KRUMHAYER DE CARLUCCI, A. (1992), "El daño a la persona. ¿Sirve al derecho argentino la creación prestiniana de la jurisprudencia italiana?", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 1, Daños a la persona, Santa Fe, páginas 69 y siguientes.

<sup>8</sup> FORTICUARTI BARBOS, M. (1960), "Daño alla persona", en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. V, Turín, Utes, página 150.

partos concluyan que el daño moral constituye, según describen, una genuina imposibilidad jurídica<sup>9</sup>.

Otros autores estiman que el derecho no debe dejar de reflejar las convicciones de la comunidad en la que se aplica. Para eso, se debe tener en cuenta que estamos ante hechos que producen graves consecuencias y que, no condenar al pago de una indemnización por causarlos, concluirlos por considerarse más anormal convertiría en una especie de castigo. Sin embargo y a pesar de ello consideran que, ante la dificultad de su determinación cuantitativa o bien, de la eventual imposibilidad de acreditar el detrimento, si se llega a otorgar a los jueces una mayor discreción en el establecimiento del quantum de la indemnización por este tipo de daño, se generaría, de modo pretoriano, un accesible recurso para generar una categoría dúctil que no requiera prueba de ningún tipo<sup>10</sup>.

### 1.2. La posibilidad de una definición léxica de "daño moral". Dificultades.

A su vez, si uno se propone encontrar solución a estos desacuerdos mediante la búsqueda de una definición léxica del adjetivo que se conecta a este tipo de daño, se puede verificar, por ejemplo, que el diccionario de la lengua francesa —de enorme influencia en la doctrina a la que más adhieren autores argentinos— determina como primer significado ser aquello "*relativo al espíritu, al pensamiento (opuesto a material)*"<sup>11</sup>. Sin embargo, en nuestro lenguaje el primer significado que se adjudica a este vocablo refiere "*... a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia*" y sólo en una quinta acepción, alude al "*conjunto de facultades del espíritu por contraposición a físico*"<sup>12</sup>. Por este motivo, no resulta extraño que determinados doctrinarios sostengan que este tipo de daño no es moral (por su vinculación a la cuestión ética) sino jurídico. De este modo, sostiene uno de ellos, que si el término "moral" alude a ciertos estados de ánimo, sería más adecuado hablar de daño "*a la moral*"<sup>13</sup>. De modo que por el lado de la búsqueda de una definición léxica del término

<sup>9</sup> GARBA C. E. (1912), "Nove considerazioni intorno al risarcimento dei cosiddetti dan morali", en *ID. Nove questioni di diritto civile*, 2da. Edición, vol. I, Milán-Turin-Roma, Fratelli Bocca Ed., página 24

<sup>10</sup> DE TRAZZONES GRANDA, F. (1984), "Para una lectura creativa de la responsabilidad extracontractual en el nuevo Código Civil", en *AAVV, Para leer el Código Civil*, I, Lima, FEPUCE, 1990, página 210

<sup>11</sup> MICHAU, ROBERT (1998), *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, página 834

<sup>12</sup> Véase *Diccionario de la Lengua Española* de la RAE (2001), 21da. Edición, página 1400.

<sup>13</sup> MOSETTI IRUJASARE, J. (1999), "Responsabilidad por daños", T. V, *El daño moral*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Ed., página 39 y siguientes.

en cuestión, tampoco será posible llegar a la determinación precisa de su ámbito de referencia o de otra forma, limitar de algún modo su extrema vaguedad.

### 1.3. Daño moral y responsabilidad

Otra dificultad dentro de este análisis, se relaciona con el tema de la responsabilidad civil por este tipo de daño<sup>14</sup>. Se verifica que la doctrina nacional mantiene, mayoritariamente, su interpretación de que ella cumple la función de reparación en tanto se aspira a restaurar la situación de la víctima al estado anterior a la producción del hecho que causó tales efectos. Para ello, se concuerda en asignar un determinado importe pecuniario que tiene la finalidad de compensar la pérdida o eliminar la situación desfavorable generada por el daño que se causó ilegalmente. Sin embargo, también se suele señalar su carácter preventivo "en el sentido de que la previsión del deber de resarcir el daño ocasionado induce a la persona a desarrollar su propia actividad con la adopción, cuanto menos, de las medidas que normalmente son idóneas para impedir la producción de eventos dañinos para otros". A su vez, en los ordenes jurídicos donde se reconoce la reintegración en forma específica a pedido del damnificado, se suele adjudicar función punitiva (con el sólo límite del caso en que la reintegración resulte excesivamente onerosa para quien causa el daño); y finalmente, es posible encontrar que se le otorga un sentido de retribución, en la medida en que "la regulación hace que el daño recaiga en algunas personas que son capaces de soportarlo en virtud de la actividad que desarrollan (empresarial), y de la consiguiente posibilidad de que tienen para redistribuir entre otros (consumidores) el daño resarcido"<sup>15</sup>. Específicamente, respecto del denominado daño moral se afirmó que la responsabilidad civil tendría sólo en cuenta el ámbito de la aflicción o del consueño, en tanto se procura un paliativo para el sufrimiento que se considera, en sentido estricto, de imposible reparación pecuniaria. De allí, que a este respecto, muchos autores cuestionen que se hable de resarcir o indemnizar y que todo se vincule con una satisfacción que el juez pueda considerar pertinente asignar a quien se agravia, como forma de paliar el deterioro que la acción u omisión ilegal le

<sup>14</sup> Al respecto, resultan relevantes los aportes de ROSCOE POUND (1972), *Introducción a la filosofía del derecho*, Tipográfica Editora Argentina, en especial, su capítulo IV "Responsabilidad", páginas 97 y siguientes. Más próximo a la situación actual, es recomendable la lectura de: HONORE, ANTHONY, "La moralidad del derecho de la responsabilidad civil extracontractual", en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 10, Número 1, agosto, 2009, páginas 109 y siguientes, Buenos Aires.

<sup>15</sup> CORSAO, L. (1991), "Responsabilità civile I) Diritto Civile, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXIV, página 2 (de la separata).

produce. Como se observa en este ámbito tampoco se logran precisiones respecto de la vaguedad propia del término aquí involucrado.

#### 1.4. El impacto del desacuerdo sobre la interpretación jurisprudencial

Todo lo expuesto impacta en gran medida en las decisiones de los tribunales sobre la cuestión de la asignación de sentido a los textos legales y posteriormente, en la determinación del valor que corresponde conceder al denominado daño moral<sup>16</sup>. Ellas muestran, en términos generales, una extrema falta de coherencia ante la conclusión de que la doctrina no alcanza a precisar dentro de los denominados conceptos jurídicos complejos, uno que se muestre más comprensible y claro respecto del ámbito de aplicación de aquello que se califica como daño moral. De este modo, se comprende que algunas decisiones concluyan por asignar a su determinación un carácter punitivo a pesar de resultar mayoritaria, como se dijo precedentemente, la opinión de estar ante una medida que busca compensar este tipo de daño. Así lo explica Luis Díez Picazo al analizar un caso paradigmático<sup>17</sup>. En breve síntesis, el caso individual que toma como ejemplo de la confusión existente, describe la situación de un abogado que dirigió una demanda requiriendo al Tribunal Constitucional la convocatoria de oposiciones para cubrir cargos de letrados. En esa petición, el demandante pidió que en ese llamado, se incluyeran todos los cargos que se encontraran vacantes. El Tribunal no respondió a esta requisitoria, por lo cual, se interpusieron dos recursos contencioso-administrativos cuyo fundamento se sostenía en que esa forma de actuar del tribunal en cuestión, afectaba ilegalmente un dispositivo que establecía que el mismo sería asistido por un cuerpo de abogados seleccionados por concursos de antecedentes y oposición y que su resolución, debía ajustarse a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Una de las salas del supremo tribunal rechazó dichos recursos y por ello, el peticionante interpuso un amparo en el que requería la sustitución de los miembros de ese Tribunal por otros que garantizaran imparcialidad en el proceso de selección, el que también se rechazó. Finalmente, el reclamante interpuso una demanda ante otra Sala del Tribunal Supremo con la pretensión de responsabilizar civilmente a los magistrados de aquella sala y solicitar que se los condenase por dolo o culpa grave y se los sancionara, solidariamente, con un importe determinado por reparación de daño moral. Este último tribunal estimó que la demanda debía prosperar.

<sup>16</sup> Vid. ABELÁZAGA, MARTÍN E. (2006), obra y páginas citadas.

<sup>17</sup> Díez-PICAZO, LUÍS (2006), *El escándalo del daño moral*, Cuadernos Civitas, Editorial Aranzadi, Navarra, España, páginas 17 y siguientes.

rar en tanto llegó a la conclusión de que los magistrados que actuaron de modo negligente y con ignorancia no susceptible de excusa y por tanto, los condenó al pago de una suma de dinero a cada uno de ellos en favor del demandante por daño moral. El análisis discurre en considerar desafortunada esta resolución en tanto la legislación no acepta responsabilidad por actos u omisiones ajustadas a derecho y en este caso, el acto reprochable era una providencia que declara inadmisibile la acción y no fue declarada inválida. Se aduce además, que no corresponde condenar este tipo de daños, en acciones que aunque no llegasen a realizarse, el eventual daño moral se producirá, de igual modo, con absoluta certeza. Pero, aun así se sostiene que además de no verificarse el daño, de haberse producido en este caso, tampoco podría calificarse de "moral" dado que se estima que el mismo se vincula "...con los dolores psicofísicos y con la pecunia doloris"<sup>18</sup>. Durante su desarrollo, se insiste que se carece de un concepto preciso de lo que significa "daño moral" y que el mismo, resulta difícil de determinar a partir de los textos legales que no son coherentes ni parecen coincidentes, como se destaca también en la interrelación de los artículos del Código Civil Argentino<sup>19</sup>. Que además, siendo que se expone la idea de que frente a ellos lo que se requiere es compensario, existen casos de afectación al honor o a la intimidad de la persona en los cuales parece incrementarse la asignación del carácter punitivo de la sanción. En esta situación, se juzga que resulta indudable la necesidad de deslindar conceptualmente la cuestión, pero esta tarea, según se atribuye tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, no parece llevarse a cabo con adecuada precisión<sup>20</sup>.

## 2. Algunos aportes de la teoría general del Derecho

En este apartado, corresponde analizar algunos de los más relevantes aportes que la teoría general del derecho proporciona en la tarea de hacer posible una respuesta adecuada que permita, fundamentalmente, concluir con el desacuerdo que se describió precedentemente.

<sup>18</sup> DÍEZ PICAZO, LUIS, obra citada, página 21/22.

<sup>19</sup> Esto se advierte en las dificultades interpretativas que puede producir la interrelación existente entre los artículos 822, 1068, 1078 (tanto en su antigua redacción, como en la posterior a la reforma de la Ley 17.711, en orden a una eventual equiparación de ganeros (patrimoniales) y especie (no patrimoniales) en la clasificación de los daños, 1079, 1080, 1087, 1088, 1089 (en orden a una cierta dificultad conceptual entre daños y acciones que, según se afirma, se produce por su limitada visión patrimonial) y finalmente, en los artículos 1109, 1110 y 1113 del Código civil (de los que se suele extraer una inadecuación descriptiva que parece limitar, tanto la imputabilidad como el resarcimiento por el daño). Todos ello, se puede afirmar que componen el plazo básico sobre esta cuestión del daño moral y su valoración.

<sup>20</sup> DÍEZ PICAZO, LUIS, obra citada, páginas 99/102.

### 2.1. Diversidad de Desacuerdos. Genuinos y meramente verbales. Necesidad de marco teórico conceptual.

En primer lugar y respecto de propuestas de solución para el tipo de problema que se señaló precedentemente, Bonorino deslinda correctamente diversos tipos de desacuerdos y destaca la necesidad de poner de relieve, que si ellos poseen carácter meramente verbal, corresponde que la teoría los elimine para establecer un adecuado marco teórico-conceptual que otorgue mayor precisión al ámbito donde el desacuerdo se desarrolla<sup>21</sup>. Así, por "desacuerdo" se alude al hecho de que dos o más personas se involucran, al mismo tiempo, en la defensa de dos proposiciones opuestas e incompatibles sobre una misma cuestión. De estos desacuerdos, Bonorino deslinda tres tipos. Ellos son, en primer lugar, aquellos a los que se suele aludir con el término "disputa" y que se desarrollan en situaciones en las cuales, quienes participan poseen debido conocimiento de que se encuentran involucrados en un desacuerdo. En segundo término, se usa el término "polémica" para referir a intercambios lingüísticos que, como sucede en el caso que analizamos, se desarrollan en situaciones concretamente existentes aunque quienes participan de él, no lo hagan cara a cara. Finalmente, se usa el término "debate" cuando se quiere aludir a cierto tipo de desacuerdo que se suscita mediante intercambios lingüístico en los cuales, quienes participan de esa práctica, la concretan en un mismo tiempo y lugar. Con relación específica de lo que se señaló precedentemente, es decir, en el caso de la polémica, es especialmente importante determinar en forma precisa cuál es la cuestión sobre la que versa el desacuerdo. Por ese motivo, se exige de quienes participan, una formulación completa y precisa de la pregunta que requiere respuesta y ello, muestra que la tarea de reconstruir los argumentos que al respecto se vierten, requieren de una seria tarea interpretativa. Es obvio que al respecto, la primera cuestión a verificar consiste en determinar si estamos realmente en presencia de una misma cuestión que requiere respuesta, o en otros términos, que en la defensa de ellas se presentan, como sucede en nuestro caso, respuestas no sólo opuestas sino incompatibles entre sí. De allí, que quienes participan de este debate deban analizar si las expresiones que usan poseen o no, idéntico significado. Si se toman estos recaudos, será posible determinar si todos los que participan en esta práctica interpretativa se encuentran involucrados en un debate genuino. Caso contrario, la dificultad se presentará cuando no se tome conciencia de que ello no se da y entonces, como sucede en el caso del daño moral, se concluya que estamos en presencia de un

<sup>21</sup> BONORINO, PABLO (2001), *Introducción a la lógica jurídica*, Ediciones Suárez, Mar del Plata.

desacuerdo meramente verbal que, por no ser genuino, resulta necesario superar.

En esa dirección, la primera dificultad consiste en identificar la cuestión que suscita el desacuerdo y llegar, de esa forma, a la formulación completa de la pregunta. A partir de ello, se deben formular las proposiciones que se presentan como respuestas opuestas a la cuestión del debate. Para ello, se hace necesario comprobar si la o las expresiones se usan en forma ambigua o vaga y de ser así, hacer explícito los dos o más significados que se usan para esa misma expresión, en nuestro caso, qué entienden por "patrimonio". Por tanto, la cuestión de establecer con precisión a qué se alude con el uso de ese término al tiempo de delimitar que entienden por "daño moral", como se demostró anteriormente, mostrará que su diversidad de significados puede concluir en que adviertan que no discuten sobre una misma cuestión o de otro modo, que las respuestas que formulen no sean proposiciones incompatibles. De este modo, se subraya la necesidad de trabajar sobre el establecimiento de un marco teórico conceptual adecuado que torne posible llegar a soluciones compartidas sobre el mismo problema o bien, que ellas presenten la cuestión de un modo más concreto, preciso y circunstanciado.

Dada la limitada extensión del presente trabajo, sólo puedo mostrar una sola pero relevante cuestión que permite concluir que el debate exegético sobre el significado de "daño moral" no es genuino. Me refiero, como lo insinué anteriormente, al uso de la clasificación de los daños entre "patrimoniales" y "no patrimoniales o extrapatrimoniales", entre los cuales quedarían comprendidos los denominados "daños morales". Con ese objetivo, es posible advertir que en el debate existente resulta importante establecer la asignación de sentido que se adjudica a la expresión "patrimonio", dentro de la dogmática jurídica. En ese ámbito, se puede corroborar que las distintas propuestas sobre su definición partan, en general, de una concepción esencialista del lenguaje<sup>22</sup>. Así, la denominada teoría clásica —fundada en la tradición liberal del siglo XIX— aludía con ese término a conjuntos de bienes materiales de una persona que constituyan una universalidad sometida al arbitrio de una única voluntad<sup>23</sup>. Pero es el caso

<sup>22</sup> Al respecto, NINO, CARLOS SANTIAGO (1984), *Introducción al Análisis del Derecho*, Astrea, Bs. As., página 12 y también, en *Derecho, Moral y Política - Una revisión de la teoría general del derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, páginas 23, destacara que, esta forma de encarar la búsqueda de precisión en las definiciones, parten de la idea de que "...los conceptos reflejan una primitiva esencia de las cosas y que las palabras son vehículos de los conceptos..."; de allí, que sólo admitan "...una sola definición válida para una palabra... que se obtiene mediante intuición intelectual de la naturaleza intrínseca de los fenómenos denominados por la expresión y que, la tarea de definir un término es, en consecuencia, descriptiva de ciertos hechos".

<sup>23</sup> Esta cuestión se verifica en el concepto de patrimonio que establece el Código Civil Argentino en el artículo 2312.



que esta teoría, resulta incompatible con aquella que usa el mismo término, para aludir a una relación entre persona y bienes pero también, para referir a la satisfacción de ciertos fines o bien, a su destino<sup>24</sup>. A su vez, estas dos ideas no son compatibles con aquellas que, desde el denominado "realismo jurídico", sostienen que con el uso del término "patrimonio" no se indica una universalidad y tampoco, un fin o destino, sino a la suma de derechos que el orden jurídico dispone o desde el mismo, que competen a una persona. Finalmente, es posible que, dado el carácter técnico del lenguaje jurídico, se haga necesario recurrir a una definición de los términos que posea carácter instrumental. En este sentido, la definición no podrá ser calificada de verdadera o falsa, sino como correcta o lo contrario. Para ello, hará falta establecer cuales son las condiciones de adecuación de su uso y al mismo tiempo, verificar y ponderar cuales son las consecuencias condicionadas por esa primera determinación.

## 2.2. La cuestión de la definición, clases y limitaciones

Al respecto, se llegó a afirmar que el lenguaje puede funcionar al modo de herramientas<sup>25</sup>. Que del mismo modo que uno podía clavar un clavo con una pinza siempre será mejor hacerlo con un martillo. Esta metáfora, cuyo uso para transmitir ideas suele ser desafortunado, en realidad quiere referir a la circunstancia de que, al usar el idioma para transmitir nuestras ideas (sea en forma oral o escrita), siempre será necesario lograr la mayor precisión posible si lo que se busca es no producir incomunicación con nuestro eventual destinatario. Y por ello, es recomendable, como cuestión previa al inicio de un desacuerdo, preguntar a quien proffirió determinada proposición: "¿A cuál de los significados con que usa el término "X" alude Ud. al incluirla en su proposición?"

Esta cuestión previa y sencilla asume, sin embargo, un rol muy importante si es que se tiene en cuenta que nuestro lenguaje no posee un término para cada objeto del universo y tampoco posee diversos términos para cada una de las muchas perspectivas desde las cuales es posible hablar del fenómeno al que pretendemos referirnos. Esta primera imprecisión

<sup>24</sup> Así describe esta teoría de origen alemán: DE LOS MOZOS, JOSÉ I. (1991), "Aproximación a una teoría general del patrimonio", *Revista de Derecho Privado*, Enero-Febrero, 1991, Edersa, Madrid, en página 392 y siguientes, al aludir a las ideas de Windscheid, la denominada jurisprudencia de conceptos formuladas por Brinz.

<sup>25</sup> Al respecto: HOSPERS, JOHN (1980), *Introducción al Análisis Filosófico*, Alianza Universidad, Segunda Edición, Madrid, página 37 y siguientes y CARRIO, GENARO R. (1986), *Notas sobre derecho y lenguaje*, tercer edición aumentada, Abeledo-Perrot, Bs.As., páginas 26 y siguientes.

sión que ocasionados al usar el lenguaje para comunicar nuestras ideas se pueda, en muchos casos, superar por medio de definiciones y por eso, se impone responder la pregunta *¿Qué significa definir?* La respuesta más sencilla es afirmar que consiste en indicar el significado con que usamos habitualmente determinado término. Sin embargo, esta respuesta no siempre es sencilla porque para ello, necesariamente, pasaremos a usar otros términos del mismo lenguaje que, a su vez, pueden no establecer precisión respecto de lo que deseamos expresar con su uso. De allí, que se imponga tener presente que la relación que establecemos entre la palabra y aquello que significa, es sólo la que nosotros establecemos, bien sea porque existe la costumbre de hacerlo de esa forma o bien, porque existen ciertas convenciones o acuerdos entre los usuarios de ese lenguaje, que permiten lograr cierto grado de precisión en la comunicación de nuestras ideas o pensamientos. Sin embargo, esto muestra, que cuando se emplean ciertos términos en nuestra comunicación se posee un elevado grado de libertad para estipular un significado diverso al que fija el uso ordinario o que, por costumbre, se asigna a cierto sonido o grafismo. Y esto, sucede cuando se recurre a las definiciones estipulativas que, a diferencia de aquellas, carecen de veracidad dado que se tratan de directivas tendientes a establecer condiciones de adecuación y su relación con las consecuencias condicionadas por aquellas.

Ahora bien, de lo expuesto se infiere que sólo se nos considerará competentes en el uso de un lenguaje —y en especial, en el ámbito jurídico por su especificidad técnica— cuando conocemos, entre otras reglas vinculadas a su sintaxis, gramática y semántica, etc., el significado de los términos y esto, a su vez, indica que sabemos usar las reglas que rigen su uso. Estas reglas que usamos, repito, aluden a determinadas condiciones genéricas de adecuación para el correcto uso de cada término del lenguaje dentro de un determinado contexto o de una determinada situación. En otros términos, las condiciones genéricas de adecuación son aquellas que convencionalmente hemos establecido y deben estar presentes en el objeto, fenómeno, sensación, estado de cosas, etc. En circunstancias normales, tales reglas no son enunciadas y sólo se presuponen. Sin embargo, cuando el proceso de comunicación se encuentra en peligro, es necesario determinar si la palabra que usamos se aplica o no para referir a determinado objeto, fenómeno, sensación, estado de cosas, etc. En estos casos, la acción de definir alude a la forma de expresar, mediante otras palabras, la regla que se encontraba implícita al usarla y que es, en definitiva, lo que nos permite determinar bajo que condiciones se la emplea. Por ese motivo, en el caso de las definiciones léxicas, contrariamente a lo que sucede con las definiciones estipulativas, tanto la palabra o término que se define como aquellos otros que se utilizan para informar su significado, deben ser

enunciados intercambiables o en otros términos, que no se permite alterar el sentido ni el valor de verdad de los enunciados que se emplean. La acción en cuestión, consiste en mostrar cierta sinonimia entre la palabra a definir y la propia definición.

En este sentido, una correcta forma de encarar una definición de este tipo exige determinados requisitos necesarios, a saber: Que ella debe incluir sólo aquellas características que son definitorias para la correcta utilización del término; Que no debe ser ni excesivamente amplia ni demasiado estricta; Que no debe ser circular, es decir, que aquello que se quiere definir (*definiendum*) no debe presentarse en lo definido (*definiens*); Que no debe ser formulada en términos imprecisos, oscuros ni figurativos; y finalmente, Que no debe ser formulada en términos negativos, es decir, que aluda a características que no tiene que poseer un objeto para que un determinado término o palabra (*definiendum*) se le aplique. Obviamente, siempre que se lo pueda hacer en forma positiva o afirmativa, es decir, que señale o indique las características que debe tener el objeto para que se use el término que alude al mismo (*definiendum*)<sup>26</sup>. De no ser ello posible, como sucede en nuestro caso, se deberá recurrir a una definición estipulativa o sea aquellas que se usan cuando un término determinado ya posee un significado y se pretende atribuirle otro diferente al usual, circunstancia que es habitual en el ámbito de la técnica y la ciencia<sup>27</sup>.

### 3. La valoración del daño moral en la interpretación auténtica u operativa

Interesa finalmente, observar como impacta, entre otras cuestiones, el trabajo exegético sobre la determinación de lo que significa "daño moral" y las dificultades que se presentan a la hora de dictar sentencia sobre un caso concreto, para establecer un determinado valor por la producción de este específico tipo de daño. Por ende, no se trata aquí de la labor interpretativa que la dogmática realiza a nivel de textos legislativos que pretenden regular el caso genérico del daño moral por medio de expresiones genéricas y abstractas. Se trata de analizar qué sucede a nivel judicial

<sup>26</sup> Vid: HOEPIERS, JOHN (1980), Obra citada, Capítulo 1. "Significado y definición", página 12 y siguientes. En página 86 de esta obra, Hoepiers remite al conocido lema de Venn que expresa: "De hecho, la prueba práctica, cuando deseamos saber si una definición es verdadera o no, es ver si por un cambio concebible en las circunstancias podemos invalidarla, ya sea porque excluye lo que estamos dispuestos a incluir o porque incluye lo que estamos dispuestos a excluir" y algo de eso, ocurre cuando se encara la definición de daño moral que luego, tiene efectiva incidencia en la determinación o adjudicación de la cuantía o valoración del mismo por parte de los tribunales.

<sup>27</sup> ATIENZA, MANUEL (2001), *El sentido del derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, página 42 y siguientes.

con los casos concretos que se someten a la decisión de los órganos jurisdiccionales. Propongo para ello, realizar una breve descripción de las versiones que se presentan desde la teoría general sobre el proceso y el producto de la interpretación que se califica de operativa o bien, auténtica<sup>26</sup>.

Al respecto se destaca que el juez opera ante el caso individual que debe resolver, como una especie de órgano que procesa y transforma determinada información fáctica y normativa con el objeto de llegar a una determinada decisión que ponga fin al conflicto. Por cierto, en forma general se advierten, de un modo amplio y ejemplificador, dos tendencias en la interpretación dentro de este proceso. Una de ellas manifiesta que la decisión es la conclusión o consecuencia de una deducción efectuada a partir de determinadas premisas aceptadas y vertidas en forma expresa por el órgano jurisdiccional. Se trata, concretamente, del ideal de adjudicar al acto de decisión jurisdiccional de ser producto de un proceso estrictamente lógico e intelectual. Opuesta a esta tendencia, se presenta al mismo proceso decisorio como un momento irracional dentro del cuál juega un papel importante las creencias o el arbitrio de quien ocupa la posición de órgano jurisdiccional.<sup>27</sup> Dentro de la misma, se aduce que influyen los valores en que se sustentan y una serie de otras capacidades que carecen de todo control racional.

La primera versión se origina en posiciones racionalistas a las que se acusa de no advertir que la deducción lógica responde a una estructura ideal y que, en ella, no aparece dado ningún dato social bruto. O de otro modo, que ella, debe ser producida y reproducida por específicos actos de comunicación y no se advierte que en muchas oportunidades carecen de carácter unívoco. La segunda versión también es objeto de crítica en la medida de que la supuesta voluntad que se adjudica al juez, no siempre resulta tan irracional como se le suele adjudicar aunque al llegar a casos extremos, la categoría límite será considerarla como una sentencia arbitraria<sup>28</sup>.

Cuando se analizan las relaciones verificables entre los hechos conocidos y el contenido de las normas y precedentes, ellos puede resultar un requisito necesario para establecer si la labor jurisdiccional puede llegar a entenderse como una sentencia. En esta materia, la idea de racio-

<sup>26</sup> Al respecto, KELSEN, HANS (1979), *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, México, en especial, Capítulo VIII. "La interpretación", páginas 349 y siguientes. También, WRÓBLEWSKY, JERZY, "Compositus ut an aid to this judicial process", en *Sistema*, número 1, 1972 y ROSS, ALF (1994), *Sobre el derecho y la justicia*, Budeba, Buenos Aires, en especial, Capítulo IV "El método jurídico (interpretación)", páginas 105 y siguientes.

<sup>27</sup> Al respecto: CARRIO, GÉNARO E. y CARRIO, ALBERNANDO D. (1983), *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria - En la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Tercera Edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires y también, BULYGIN, EDUENIO (1991), "Sentencia judicial y creación de derecho". Incluido en ALCHOURRON, CARLOS E. y BULYGIN, EDUENIO (2001), *Análisis lógico y derecho*, CBC, Madrid, página 355 y siguientes.

nalidad alude a ciertos recaudos mínimos. Uno de ellos, como destaca Ver-nengo, es la condición de transitividad dentro del proceso de la interpretación operativa<sup>20</sup>. Ello implica que es necesario, para la existencia de ciertos criterios racionales, contar con alguna forma de orden que, en definitiva, hace posible corroborar la secuencia transitiva existente dentro del conjunto de decisiones que el Juez realiza para llegar a la resolución final. El segundo recaudo para juzgar la racionalidad de una decisión jurisdiccional, es la necesidad de contar con cierto patrón que permita establecer un orden estimativo ante la posibilidad de que existan diversas opciones. Y además, que ese criterio se haga explícito en las sentencias que se dicten.

Esta condición es de algún modo fácil de cumplir cuando la valoración del daño resulta posible de cuantificar con cierto rigor. En este sentido, por ejemplo, la línea de pensamiento del denominado *Análisis Económico del Derecho* sostiene que los daños producidos dentro de una sociedad no se vinculan únicamente con un problema distributivo de carácter privado (es decir, que aquel que causa un daño debe transferir a la víctima, una cantidad de dinero, en concepto de compensación) sino que también inciden en la propia riqueza de la comunidad. Por ello, asignan como necesario la existencia de ciertas reglas que operarían como incentivos para que quienes la integran, se abstengan de hacer ciertas acciones que se consideran incorrectas o ilícitas y están constituidas por los costos de enfrentar el pago del daño. Por ende, según estiman, ese será un sistema correcto si resulta útil para establecer límites al accionar privado que, generalmente, se guía por su propio interés y de ese modo, estipular la mejor situación social posible. En tal medida, como se trata de hacer un uso racional de los recursos de orden privado, la situación se desenvolvería en forma única y sencilla, pero ello se complica cuando el problema se vincula con una pluralidad de individuos y la ausencia de un único criterio de eficiencia. Sin embargo, los datos más significativos indican que, en general, esta corriente de pensamiento recurre al criterio de eficiencia para maximizar la riqueza y se califica de ese modo, a toda medida que se adopte conforme al beneficio que produce y supere su costo social<sup>21</sup>. Por ello, el criterio que se adopta es el de evitar el daño más grave o en un sentido amplio, minimizar el daño en su conjunto. En esa dirección, se distinguen dos situaciones: una en la cual no existen costos de transacción y otra, en la que tal costo existe. En

<sup>20</sup> VERNENGO, ROBERTO J. (1977). *La Interpretación jurídica*, UNAM, México, página 116 y siguientes.

<sup>21</sup> COASE, R. (1960). "The Problems of Social Cost", en *Journal of Law and Economics* y especialmente, POSNER, RICHARD A. (1996), *El análisis económico del derecho*, FCE, México, pág. 12, donde afirma: "Tal como se entiende en este libro, la economía es la ciencia de la elección racional en un mundo (nuestro mundo) donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas".

este último caso, se debe recurrir a normas que intenten reproducir una solución eficiente e impidan, en la medida de lo posible, la realización de intercambios de derechos necesarios para conducir al óptimo, o bien, que se trata de diseñarlo para lograr reducir al mínimo los costos de transacción. Como en la práctica esto no sucede, es habitual que se toleren prácticas que generan muchos daños pero que se ponderen como generadoras de beneficios superiores. Así, por ejemplo, si se prohíbe la circulación o producción de automotores, se produciría una disminución del tránsito y se evitarían daños pero, simultáneamente, se reducirían aun más los beneficios del colectivo. Por eso, en un sentido amplio, se proponen medidas de prevención, como determinadas restricciones al desarrollo de esas actividades. De otro modo, en una misma dimensión de los problemas del daño, se evalúan aquellos que se deben evitar y los modos de adoptar prevencciones frente a ellos, buscando siempre una alternativa óptima<sup>32</sup>. Este tipo de racionalidad, como puede verse, se suele calificar como instrumental, en tanto *"...el sujeto realiza siempre una ponderación de los medios, fines y consecuencias que están implicados en su acción de modo que tales medios, fines y consecuencias condicionan el sentido de su actuar."*<sup>33</sup>.

En otro sentido de racionalidad, Hart estima que puede existir un control de racionalidad de la decisión jurisdiccional siempre que la cuestión verse sobre términos que poseen un núcleo duro de significado que permita eliminar, en el proceso de interpretación jurisdiccional, todo tipo de discrecionalidad. Caso contrario, en los denominados casos difíciles, como sería el caso de la valoración de un daño moral, tal discrecionalidad se hará presente y con ello, el control de racionalidad se verá más limitado pero no, del todo inexistente. De allí, que exprese: *"...la creencia, tal vez la fe, en que a pesar, incluso, de completos periodos de aberraciones y equívocas judiciales, todavía se puede ofrecer una explicación y una justificación de la expectativa común de los litigantes, de acuerdo a la cual los jueces deben aplicar a sus casos el derecho existente y no hacer para ellos leyes nuevas aun cuando el texto de las provisiones constitucionales específicas, disposiciones legislativas y otros precedentes disponibles parezcan no ofrecer una guía determinada"*<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Para un mayor desarrollo del tema: GÓMEZ POMAR, FERNANDO (2004), "Las fronteras del daño indemnizable", *InDret*, Working Paper n° 236, Facultad de Derecho, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, [www.indret.com](http://www.indret.com)

<sup>33</sup> SEGURA ORTEGA, MANUEL (1998), *La racionalidad jurídica*, Editorial Tecnos, Madrid, página 19.

<sup>34</sup> HART, H. L. A., (1977), "Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la península y el noble sueño", incluido en POMPEU CASANOVAS y JOSÉ JUAN MOROSO. Eds., *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, Año 2000, página 337 y siguientes.

También se observa otro tipo de racionalidad en la descripción que propone Ronald Dworkin, al estimar que en los casos, que Hart califica como difíciles, aún puede existir una respuesta correcta. Tal conclusión se desprende de su afirmación de que una la teoría del derecho que sólo contemple una exclusiva y austera tarea de describir el derecho, no resultaría exhaustiva. Que por el contrario, tal descripción debe complementarse con argumentos normativos que determinan la interpretación operativa. Tales argumentos se vinculan estrechamente con la coherencia de principios que el razonamiento práctico jurisdiccional debe exhibir para mostrar que, cada decisión dentro de este tipo de casos, muestre la solución que se le adjudica se presente en su mejor luz. Es decir, que ella concuerde con los valores más abstractos que subyacen a un determinado y específico sistema jurídico y fundamentalmente, con el sentido que debe adjudicarse a los textos constitucionales fundacionales<sup>29</sup>. De este modo, su epistemología parece seguir la línea adoptada por Nicolás Rascher, al señalar que *"la importancia de la racionalidad no descansa en el fondo en su papel como caracterización descriptiva del proceder humano (como funciona la gente), sino en su papel normativo en tanto indicación de cómo la gente debería funcionar en relación con los intereses superiores de sus preocupaciones cognoscitivas y prácticas"* y más adelante, al sostener: *"La fuerza de la racionalidad es normativa y se orienta menos al retrato descriptivo de lo que los agentes hacen que al análisis evaluativo de lo que deberían hacer"*<sup>30</sup>.

#### 4. Conclusiones

A fin de sintetizar las ideas vertidas en el presente artículo, se puede establecer, con vinculación a la valoración del daño moral, que para llegar a una decisión racional, en el sentido expresado precedentemente, será necesario:

4.1. Aceptar que el debate sobre el concepto de daño moral y su clasificación como específico caso genérico de daño, hará necesario determinar si el mismo asume un carácter meramente verbal y que, por tanto, el desacuerdo que se presenta no resulta genuino. De confirmarse la tesis que sostengo, es decir, que ello es el caso, se impondrá determinar un marco teórico-conceptual que resulte adecuado para que el mismo se lleve a cabo con un mínimo de objetividad y razonabilidad;

<sup>29</sup> DWORKIN, RONALD (1995), *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona, en especial, Capítulo 2 "El modelo de las normas (I)", páginas 61 y siguientes.

<sup>30</sup> RASCHER, NICOLÁS (1993), *La racionalidad. Una indagación filosófica sobre la naturaleza y la justificación de la razón*, Tecnos, Madrid, pp. 216 y 220

4.2. Que dada la imposibilidad de llegar a una definición léxica del significado técnico que se adjudica al término "daño moral", a partir de los textos normativos que usa la dogmática nacional y en orden a la determinación de su validación, es condición necesaria, establecer una precisa definición estipulativa del mismo. Con ese objetivo, se impone que se expresen con precisión y se ponderen seriamente, las condiciones técnicas de adecuación del uso de ese término y fundamentalmente, cuales son las consecuencias condicionadas por aquellas, a fin de ponderar su ulterior utilidad o corrección, conforme al contexto y situación de aplicación.

4.3. Que en orden al proceso de interpretación operativa, tanto respecto de los hechos del caso individual como de las normas que a ellos aluden en forma genérica, su carácter racional dependerá necesariamente de la posibilidad de verificar que se cumpla la condición de transitividad al hacer explícitos los fundamentos que conducen a la decisión jurisdiccional y que, en el supuesto de reales variables de ponderación, también se cumpla con la segunda condición de hacer explícito el patrón que el órgano jurisdiccional establecerá al tiempo de realizar la opción por alguna de ellas. De esta forma, en el caso de la cuantificación de los daños morales, se deberán evitar las estimaciones no objetivas y carentes de validez para otros casos similares. Del mismo modo, será necesario eludir todo tipo de consideraciones extremadamente genéricas, dado que el control de la racionalidad en la interpretación operativa, será susceptible de corroboración, cuando la decisión jurisdiccional muestre un real esfuerzo en la obtención de mayor información sobre determinadas circunstancias, como puede ser, el recurso a la información psicológica, psico-social que pueden brindar determinados expertos en la materia. El cumplimiento de tales recaudos servirá de justificación a la mejor decisión, en la medida en que ella maximice las consecuencias positivas, teniendo especialmente en cuenta el contexto y situación real del caso individual de que se trate.

#### Bibliografía

- A. ALFERINI, A., AMELA O. J. y LÓPEZ CABANA, R. (1996). *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, 1er. Edición, 2ª reimprisión, Bs. As., Abeledo-Perrot.
- ALCHOURBON, CARLOS E. y BULGIN, EUGENIO (1001). *Análisis lógico y derecho*, GEC, Madrid.
- ARRIBÁLAGA, MARTÍN E. (2000). *Diccionario Jurídico Interjurisdiccional*, Depalma, Buenos Aires.
- ATENZA, MANUEL (2001). *El sentido del derecho*, Ariel Derecho, Barcelona.
- BARRIENTOS ZAMORANO, MARCELO (2008). "Del daño moral al daño patrimonial: La superación del *pretium doloris*", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, N° 1, pp.85-106. Chile.
- BONCHENO, PABLO (2001). *Introducción a la lógica jurídica*, Ediciones Sudrez, Mar del Plata.



- BONDA, GUILLERMO A. (1983), *Tratado de Derecho Civil - "Obligaciones"*, Abeledo Perrot, Bs. As.
- CORSARO, L. (1991), "Responsabilità civile I) Diritto Civile, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVI.
- DE LOS MOZOS, JOSÉ I. (1981), "Aproximación a una teoría general del patrimonio", *Revista de Derecho Privado*, Enero-Febrero, 1981, Echerria, Madrid.
- DE TRAZZIGNI GRANADA, F (1984), "Para una lectura creativa de la responsabilidad extracontractual en el nuevo Código Civil", en *AAVV, Para leer el Código Civil*, I, Lima, FEPUCE, 1990.
- DÉZ-PRIZAS, LUIS (2006), *El escándalo del daño moral*, Cuadernos Civitas, Editorial Aranzadi, Navarra, España.
- DWORKIN, RONALD (1999), *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona.
- GARBA C. P (1914), "Nuove considerazioni intorno al risarcimento del cosiddetto danno morale", en *Di alcune questioni di diritto civile*, 2da. Edición, vol. I, Milán-Turin-Roma, Fratelli Bocca Ed.
- HARR, H. L. A., (1977), "Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el pueblo español", incluido en POMPEU CABANOVAS y JOSÉ JUAN MORENO, Eds., *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, Año 2000.
- HONORÉ, ANTHONY, "La moralidad del derecho de la responsabilidad civil extracontractual", en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 10, Número 1, agosto, 2009.
- HOSPERS, JOHN (1980), *Introducción al Análisis Filosófico*, Alianza Universidad, Segunda Edición, Madrid.
- HUTCHINSON, TOMÁS (2009), "El Daño Moral Colectivo", *La Ley*, Año LXXIII N° 223, Bs. As.
- MICRO, ROBERT (1998), *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert.
- MOISÁ, BENJAMÍN (2006), "La culpa como único fundamento de la responsabilidad civil", *RCyS*, XII.
- MOSELLO, AUGUSTO M (1975), "Carácter resarcitorio y punitorio del daño moral. En pro de una posición funcional", *JA* 1975- XXVII.
- MOISSET DE ESPANÉS, LUIS (1985), "Daño moral y personas jurídicas", *Zeus*, IV.
- MOSSET FURRAZPE, J. (1999), "Responsabilidad por daños", T. V, *El daño moral*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Ed.
- NINO, CARLOS SANTIAGO (1984), *Introducción al Análisis del Derecho*, Astrea, Bs. As.; y *Derecho, Moral y Política - Una revisión de la teoría general del derecho*, Ariel Derecho, Barcelona;
- PORTIGLIATTI BARBOS, M. (1966), "Danno alla persona", en *Noventa Digesto Italiano*, vol. V, Turin, Utet.
- ROSSELMAJER DE CARLUCCI, A. (1982), "El daño a la persona. ¿Sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, I, Daños a la persona, Santa Fe;
- KELEN, HANS (1979), *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, México.
- LLAMBIAS, JORGE I. (1983), *Tratado de Derecho Civil. "Obligaciones"*, Tomo I, Abeledo Perrot, Bs.As.
- POSNER, RICHARD A. (1998), *El análisis económico del derecho*, FCE, México.
- BRACHER, NICOLAS (1993), *La racionalidad. Una indagación filosófica sobre la naturaleza y la justificación de la razón*, Trotta, Madrid.

ROSCOE POUND (1972), *Introducción a la filosofía del derecho*, Tipográfica Editora Argentina, Bs.As.

ROSS, ALF (1994), *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires.

SEGURA ORTEGA, MANUEL (1996), *La racionalidad jurídica*, Editorial Tecnos, Madrid.

VERNEGO, ROBERTO I. (1977), *La interpretación jurídica*, UNAM, México.

ZANNOVI, E. A. (1982), *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Bs. As.



## NOTAS SOBRE HERMENÉUTICA JURÍDICA, SENSUS COMMUNIS Y APLICACIÓN

Marta del Carmen Arredondo<sup>1</sup>

**Resumen:** En este trabajo se apunta abrir una reflexión sobre dos de las dimensiones que conciernen a una hermenéutica jurídica. Por una parte la relativa al concepto de validez, aspecto que puede ser clarificado desde la doctrina del *sensus communis*. Por otra, y en conexión con la anterior, la dimensión tocante a la aplicación de la norma, cuestión conexa a una noción del derecho y de la tarea del juez desarrollada por Gadamer. Ahora bien, despejados algunos interrogantes ontológicos desde la perspectiva gadameriana, interesa —ya desde un punto de vista epistemológico— una abordaje de las dimensiones institucionales del derecho y de los pronunciamientos judiciales. En este plano, el enfoque fenomenológico de los *Critical Legal Studies*, en la figura de Duncan Kennedy por ejemplo, entiende que el derecho reside en el "acontecimiento interpretativo" resultante de la "interacción" entre un intérprete situado y determinados materiales jurídicos que pueden ser aplicables a un caso.

**Palabras clave:** Hermenéutica jurídica - *Sensus communis*.

### 1. Introducción

En este trabajo se apunta reflexionar sobre dos de las dimensiones que, entre otras, conciernen a una hermenéutica jurídica. Por una parte la relativa al concepto de validez, aspecto que puede ser clarificado desde la doctrina del *sensus communis*. Por otra, y en conexión con la anterior, la dimensión tocante a la aplicación de la norma, cuestión conexa a una noción del derecho y de la tarea del juez desarrollada por Gadamer. Ahora bien, despejados algunos interrogantes ontológicos desde la perspectiva gadameriana, interesa —ya desde un punto de vista epistemológico— una mirada a las dimensiones institucionales del derecho y los pronunciamientos judiciales. El enfoque fenomenológico de los *Critical Legal Studies*, en la figura de Duncan Kennedy por ejemplo, entiende que el derecho reside en el "acontecimiento interpretativo" resultante de la "interacción" entre

<sup>1</sup> Investigador Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Prof. Titular Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.

un intérprete situado y determinados materiales jurídicos que pueden ser aplicables a un caso.

De acuerdo con el principio viquiano *verum-factum*, el criterio para determinar la verdad del conocimiento —en la medida en que la ciencia requiere del conocimiento por causas— es haber intervenido en la constitución de su objeto, en este caso, del mundo civil.<sup>1</sup> El método contra el cual Vico reaccionó fue el método cartesiano, método que refería a los acontecimientos de la vida real con una red de principios hipotéticos y abstractos, a la luz de los cuales eran rechazadas como no verdaderas e irreales las situaciones extrañas que constantemente se presentan antes y alrededor de ellas y en las que estaba interesado Vico. Este aspecto se evidenciaba en el abandono del capítulo de la lógica llamado *rópica*<sup>2</sup> que tiene para Vico un marcado matiz de hermenéutica.

A pesar de que la obra de Vico carece de una tematización de la hermenéutica, su pensamiento es relevante para ella, en tanto doctrina general del saber dado que integrando la filología humanística con cierto platonismo se constituye en una hermenéutica del evento.<sup>3</sup> La vieja hermenéutica era de dos clases: religiosa, referida a las reglas para la lectura de los textos sagrados y humanista vinculada a la lectura de los clásicos paganos. Lo que preocupa a Vico es si estas reglas pueden ser aplicadas a otra clase de textos, incluso a tradiciones orales y aún no literarias como la "vida práctica".<sup>4</sup> Estas ideas de Vico resuenan en la ontología hermenéutica heideggeriana que Gadamer rescata cuando expresa que la comprensión es el carácter óntico original de la vida humana.

## 2. La noción de *Sensus communis*

En primer lugar, la validez de las normas jurídicas no puede apoyarse en otras normas indefinidamente, pues ello la haría depender de que estas normas sean, a su vez, válidas y que por tanto, posibilitaran pasar del ser al deber ser. En la medida en que las normas tampoco pueden ser autorreferenciales, se requiere de un concepto de validez que tenga un carácter

<sup>1</sup> *Naturwissenschaften* proporciona el conocimiento de lo que es verdadero (*sciencia del vero*) mientras *Geisteswissenschaften* la conciencia de lo que es cierto (*conscienza del certo*). Archambault, P., "Vico and his critics" in *Symposium*, Syracuse University, winter, 2006, pp. 249-289.

<sup>2</sup> Vitorini, D., *Giambattista Vico and reality. An Evaluation of De Nostris Temporibus Studiorum Ratione* (1708), University of Pennsylvania, 2003, pp. 91-93.

<sup>3</sup> Botturi, F., "Hermenéutica del mito ad esperanza ética in Giambattista Vico" pp. 275-93 in Hidalgo-Serna, E., Marassi, M., Sevilla, J. M., Villalobos, J. (eds.) *Pensar para el nuevo siglo. Actas del Congreso Internacional Giambattista Vico y la Cultura Europea*. Sevilla, 4-9 de octubre 1999. Nápoles, La Città del Sole, 2001, 3 Vol; pp 1259-76.

<sup>4</sup> Cf. White, H., "Review Essays" in *History & Theory*, Wiley-Blackwell, Wesleyan University, 2001.

extrajurídico, que dependa de un sistema de justificación más amplio.<sup>5</sup> A la búsqueda de un suelo común que otorgue fuerza persuasiva a normas con base en un consenso y en un carácter indudablemente social, es que hemos planteado la idea de *sensus communis* en Vico y su interpretación por Gadamer.

En la *Ciencia Nueva*, Vico ofrece una definición de *sensus communis* como un "juicio sin reflexión alguna, comúnmente sentido por todo un orden, por todo un pueblo, por toda una nación o por todo el género humano."<sup>6</sup> Con él refiere a un juicio práctico que apunta a necesidades acerca de las cuales una comunidad ha formado un consenso; es — como advierte Shaeffer — la "tierra común de la verdad"; el criterio del juicio social. Gadamer transfiere de la tradición filosófica griega, a su hermenéutica, aquellos aspectos del *sensus communis* que le son necesarios, al tiempo que lo fracciona en partes separables, destruyendo el tratamiento holístico heredado de Vico. En esa línea, define *sensus communis* como "la generalidad concreta que representa la comunidad de un grupo, de un pueblo, de una nación, o del género humano en su conjunto."<sup>7</sup> Definición que repite cercanamente la dada por Vico sustituyendo "juicio sin reflexión, comparativo" por "la generalidad concreta que representa". Más adelante, Gadamer refiere al gusto, citando a Tetens, como "*judicium* sin reflexión". De este modo, suplanta al juicio por el gusto, argumentando que el juicio ético es análogo al gusto. Para Shaeffer, por lo tanto, Gadamer restringe el *sensus communis* viqueano a un consenso ético negando que sea una facultad de juzgar.<sup>8</sup>

Finalmente, Gadamer alude al componente ético en la noción del *sensus communis* de Vico; se advierte en ello un motivo positivo, ético, propio de la teoría estoico-romana del *sensus communis*: "Acoger y dominar éticamente una situación concreta requiere subsumir lo dado bajo lo general, esto es bajo el objetivo que se persigue: que se produzca lo correcto. Presupone, por lo tanto, una orientación de la voluntad, y esto quiere

<sup>5</sup> Cf. Nino hará pie en una de las *Críticas* de Kant: "¿Cuáles son las normas cuya existencia e identidad no dependen de hechos? Desde Kant sabemos, con su idea de autonomía de la moral, que estas son las normas morales. O sea, las normas cuya existencia e identidad no dependen de hechos que transcurren en el tiempo y en el espacio, y en consecuencia, su propia fuerza obligatoria no está basada en ciertos hechos" Nino, Carlos, *S. Derecho, Moral y Política*; Gedisa, Buenos Aires, 2007, p. 196.

<sup>6</sup> Vico, G., *Ciencia Nueva*; Vol. I, tr. J.M. Bermudo, Ed. Orbí, Bs. As., 1985, p. 149-5 p. 108.

<sup>7</sup> Gadamer, G., *Verdad y método*; Tr. A. Agud y R de Agapito, Vol. I, Barcelona, Edic. Sigüeme, 1998, p. 50.

<sup>8</sup> Shaeffer, J., *Sensus Communis Vico, Rhetoric, and the Limits of Relativism*; Duke University Press, Durham and London 1990, 100da.

decir un ser ético (*hexis*).<sup>9</sup> En este sentido, la *phronesis* es en Aristóteles una "virtud dianoética" [...] ve en ella no una simple habilidad (*dynamis*) sino una manera de estar determinado el ser ético que no es posible sin el conjunto de las "virtudes éticas", como a la inversa tampoco éstas pueden ser sin aquéllas." De ahí que Ricoeur señale que al elevarnos a un plano reflexivo, es necesario pasar de las virtudes morales a las intelectuales: "La cuestión de la mediedad —de la apreciación del justo medio— garantiza en el argumento la transición entre dos tipos de virtudes: si el justo medio, en las virtudes morales, lo determina la recta regla (*orthos logos*) llamada también norma (*nomos*), ésta es obra de la sabiduría práctica."<sup>10</sup>

Luego de distinguir su concepto de *sensus communis* de la idea de Vico, Gadamer introduce la noción de *sensus communis* desarrollada por Shaftesbury: "No es por lo tanto en realidad una dotación del derecho natural conferida a todos los hombres sino más bien una virtud social, una virtud más del corazón que de la cabeza lo que Shaftesbury tiene presente."<sup>11</sup> Gadamer funda el juicio ético —al que describe como "sin reflexión"— en la idea de gusto de Shaftesbury, argumentando que los juicios éticos y estéticos son realizados de un modo análogo.

La noción de *sensus communis*, como fundamento extrajurídico en que puede fundarse la validez del derecho, es especialmente útil a una cultura como la nuestra que había llevado la explicación causal hasta el núcleo mismo de las ciencias sociohistóricas y que, por otra parte, "había elaborado una doctrina moral y jurídica en la que la responsabilidad está enmarcada por códigos elaborados, que colocan delitos y penas en los platillos de la balanza de la justicia."<sup>12</sup>

### 3. El concepto de aplicación

Gadamer se vale de la filosofía práctica aristotélica como modelo de lo que en un nivel de mayor generalidad ocurre con el proceso hermenéutico de la comprensión. De ahí que considere a la aplicación como un momento central del entender al que concibe como "la primera verdadera comprensión de la generalidad que cada texto viene a ser para nosotros". Consiguientemente, la aplicación "no quiere decir aplicación ulterior de una generalidad dada, comprendida primero en sí misma, a un

<sup>9</sup> Gadamer, *op. cit.* p. 51. Así, en la *Ética*, dirá Aristóteles que: "La virtud es un estado habitual que dirige la decisión (*hexis probaetreske*) que consiste en un justo medio relativo a nosotros, cuya norma es la regla moral, es decir, la misma que le daría el hombre prudente (*phronimos*)." (1106 b 30).

<sup>10</sup> Ricoeur, P., *Convivios del reconocimiento*; Trotta, Madrid, 2005, p. 90.

<sup>11</sup> Gadamer, *op. cit.* p. 55.

<sup>12</sup> Ricoeur, P., *op. cit.* p. 115.

caso concreto,<sup>13</sup> toda interpretación es aplicación, "en toda lectura tiene lugar una aplicación"<sup>14</sup>. En consecuencia, entender y aplicar coinciden en un mismo acto, además, la aplicación no es ineludiblemente consciente desde que se fundamenta en la historia de la transmisión que, piensa Gadamer, supone una mediación constante entre presente y pasado, por ello y en la medida en que la aplicación es productiva, es un hacer; en consecuencia, el entender siempre es diferente. Como notaba ya Heidegger, en sus comienzos, entramos en "el estado interpretado de nuestro tiempo más por la vía de la costumbre que por medio de una apropiación explícita [...] El carácter histórico de la aplicación excluye la idea de un punto cero del entender [...] vamos adoptando y modificando las perspectivas de sentido de la tradición y de su presencia dentro de nosotros."<sup>15</sup>

Gadamer, cree que "toda aplicación de una ley rebasa la mera comprensión de su sentido jurídico y crea una nueva realidad [...] la interpretación crea y establece nuevas realidades." De ahí que observe que la aplicación de disposiciones legales que "aparece como correcta viene a concretar y precisar el sentido de una ley."<sup>16</sup> En el Derecho, lo que es justo no resulta de aplicar sin más una ley a un caso concreto: "Toda ley comporta una cierta tensión interior en relación con las posibilidades concretas de la acción: una ley es siempre general y no puede implicar toda la complejidad concreta de un caso particular [...] Una ley es insuficiente, no en razón de un defecto intrínseco, sino porque el mundo como campo de nuestras acciones es siempre imperfecto por relación al orden ideal representado por las leyes."<sup>17</sup> Por lo tanto, la interpretación radica en la concreción de la ley, es decir, en su aplicación.

Es factible, en principio, "concebir el ordenamiento jurídico vigente como tal, lo cual significa poder elaborar dogmáticamente cualquier complementación jurídica realizada. Entre la hermenéutica jurídica y la dogmática jurídica existe así una relación esencial en la que la hermenéutica detenta una posición predominante. Pues no es sostenible la idea de una dogmática jurídica total bajo la que pudiera fallarse cualquier sentencia por mera subsunción."<sup>18</sup> En relación con la aplicación, es necesario tener presente que, en el campo jurídico, "no toda variación de la constelación del caso debe siempre llevar consigo ya también una

<sup>13</sup> Gadamer, H. G., *Verdad y método*; Tr. A. Agud y R. de Agajito, Vol. I, Barcelona, Edic. Sigüeme, 1998, p. 414

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> Grondin, I., *Introducción a la hermenéutica filosófica*; Barcelona, Herdet, 1999, pp. 167-68.

<sup>16</sup> Gadamer, H., *Verdad y método*; Salamanca, Ed. Sigüeme, 1992, Vol. II, p. 301.

<sup>17</sup> Gadamer, H., *El problema de la conciencia histórica*; Tecnos, Madrid, 1993, p. 89.

<sup>18</sup> Gadamer, H., *Verdad y método*; T. I, Edic. Sigüeme, Barcelona, 1988, p. 402.

nueva y diversa interpretación" de la "regla" a ser aplicada de ahí la importancia de los "precedentes".<sup>19</sup>

Gadamer ya había sugerido, desde un enfoque ontológico, que la aplicación de una ley crea una nueva realidad pero, habíamos adelantado, no se ocupaba de aspectos epistemológicos del "acontecimiento interpretativo" del derecho. En este marco, cabe preguntarse —en relación con el conocimiento "comprometido en la *praxis*", como diría Ricoeur— si existe un punto de vista sobre la acción que pueda despojarse de la índole ideológica del conocimiento.<sup>20</sup>

En este sentido, presenta interés el enfoque fenomenológico de los *Critical Legal Studies*. Uno de representantes más conspicuos de esta perspectiva, Kennedy, concibe a la aplicación de la norma como resultante de la "interacción" entre un intérprete "situado" y determinados materiales jurídicos aplicables a un caso: "lo que necesita ser explicado es el *acontecimiento* y cada nivel de textualidad "detrás" del acontecimiento es útil."<sup>21</sup> A Kennedy le preocupa el papel que juega la ideología en la aplicación de la norma, dado que comúnmente se entiende que los jueces se esfuerzan para que sus decisiones se correspondan con el derecho positivo. Este autor concibe a la ideología, en la línea de Mannheim, como "la aserción de una concepción controversial de la justicia, que algunos alegan que es una mera racionalización de intereses partidarios pero que sus adeptos defienden como provechosa para el interés general —alegando a la vez que los intereses que defienden sus oponentes son meramente parciales—"<sup>22</sup>.

Cuando se pretende relacionar la noción de ideología con el conocimiento práctico, resultan de utilidad las especificaciones de Ricoeur respecto del tema; por una parte, es conveniente evitar confundir a la ideología con un tipo de dominación o partir de su función de justificación de la misma. Así, es preciso considerar el fenómeno de la integración social (del cual la dominación constituye una de sus dimensiones), integración mutuamente orientada a fin de "no eludir la problemática de la distorsión interesada e inconsciente, ni tomarla como evidente."<sup>23</sup> Por otra parte, se trata de situar a una crítica de las ideologías en el contexto de una interpretación que se sabe "históricamente situada" pero que pugna por introducir un "factor de distanciamiento en el trabajo incesante que llevamos a cabo para reinterpretar nuestras herencias culturales."<sup>24</sup>

<sup>19</sup> Larenz, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*; Barcelona, Ariel, 1994, p. 202.

<sup>20</sup> Cfr. Ricoeur, P., *Del texto a la acción*; Buenos Aires, PCE, 2000, p.281.

<sup>21</sup> Kennedy, D., *Justicia y Derecho*; Siglo XXI, Buenos Aires, 2010, p. 51.

<sup>22</sup> Kennedy, D., *op. cit.*, p. 95.

<sup>23</sup> Ricoeur, P., *op. cit.*, p. 280.

<sup>24</sup> Ricoeur, P., *op. cit.*, p. 281.



#### 4. A modo de conclusión

De lo expresado anteriormente, puede concluirse que nos encontramos con un intérprete históricamente situado, con materiales jurídicos cuyas formulaciones reenvían a la "participación en un sentido comunitario",<sup>25</sup> de ahí la significación de la idea de *sensus communis*. La conjetura de sentido, por parte del intérprete, está precedida de una "pre-comprensión" (*Vorwissen*), *conditio sine qua*rum de una adecuada comprensión que articula aquello a lo que el texto refiere y al lenguaje en el que lo expresa. Pero, si bien toda interpretación supone juicios de valor, la decisión final no queda abandonada a la subjetividad del intérprete. De hecho, juegan una serie de limitaciones: los fines positivos del ordenamiento jurídico, la necesidad de buscar propuestas coherentes con el sistema jurídico global y que tengan una apariencia razonable, la posibilidad de ponderación de propuestas y soluciones mediante la consideración de consecuencias o la comparación de casos, etc.<sup>26</sup>

Por lo tanto, si bien el juez no escapa a la ideología, al momento de aplicar la norma su subjetividad queda restringida por la ley y el contexto. Las mismas leyes que restringen su libertad obtienen su poder persuasivo y de convicción del *sensus communis* del cual, a su vez, extraen su validez. De ahí que Esser mencione, como instancia superior de control, el consenso. Puede concluirse, con Ricoeur, que podemos argumentar a favor o en contra de una interpretación, cotejar interpretaciones diferentes, confrontarlas o buscar acuerdos. De este modo, se comprende la importancia de "distender el vínculo entre teoría de la ideología y estrategia de la sospecha."<sup>27</sup>

#### Bibliografía

ARCHAMBAULT, PAUL, "Vico and his critics" in *Symposium*, Syracuse University, Winter, 2005, pp. 249-268.

BERLIN, ISAIAH, *Vico and Herder: Two Studies in the History of Ideas*, London, 1976.

BUCHOL, MAURICIO, "La frónesis gadameriana y una hermenéutica analógica" in Acero, J.J. (ed.) *El legado de Gadamer*: Universidad de Granada, 2004.

BORTINI, FRANCESCO, "Hermeneutica del mito ed esperanza ética in Giambattista Vico" pp. 275-93 in Hidalgo-Serna, E., Marassi, M., Sevilla, J.M. Villalobos, I. (eds.) *Pensar para el nuevo siglo. Actas del Congreso Internacional Giambattista Vico y la Cultura Europea*, Sevilla, 4-9 de octubre 1996. Nápoles, La Città del Sole, 2001, 3 Vol; pp 1258-75.

<sup>25</sup> Gadamer, H. G., op. cit. pp. 361-62.

<sup>26</sup> Cf. Esser, I., «Methodik des Privatrechts», en: THIEL, M. (ed.), *Methodik der Rechtswissenschaft Teil I*, München/Wien, 1972, pp. 31-32 in García Amado, Juan Antonio, "Filosofía hermenéutica y Derecho": *Aspex. Rev. Filoa*, 5, Universidad de Salamanca: 2003, pp. 191-211, p. 210.

<sup>27</sup> Ricoeur, P., op. cit., p. 282.

- DAMIANI, ALBERTO, "Humanismo civil y hermenéutica filosófica. Gadamer lector de Vico"; *Cuadernos sobre Vico* 15-16, 2003, 31. Sevilla. ISSN 1130-7498. pp. 31-47.
- DOFFELT, GERALD, "The Theory of Justice from a Hermeneutic Perspective" in *Inquiry*, 46, 449-472.
- DORÉ, ISAAK, "L'influence française sur la nouvelle épistémologie juridique postmoderne aux États-Unis"; *Arch. phil. droit* 49, 2005.
- DWORKIN, R., *Law's Empire*; Cambridge, Harvard University Press, 1986.
- FERRARI, M., *Historia de la Hermenéutica*; Madrid, Akal, 2000.
- GADAMER, H. G., *El problema de la conciencia histórica*; Madrid, Tecnos, 1993.
- *Verdad y método*; Tr. A. Agud y R de Agapito, Vol. I, Barcelona, Edic. Sígueme, 1998.3
- *Verdad y método*; Salamanca, Ed. Sígueme, 1992, Vol. II.
- *El problema de la conciencia histórica*; Tecnos, Madrid, 1993.
- GARCÍA AMADÓ, JUAN ANTONIO, "Filosofía hermenéutica y Derecho"; *Azafea. Rev. Filos.* 5, Universidad de Salamanca; 2003, pp. 191-211.
- GRONDIN, JEAN, *El legado de la hermenéutica*; Universidad del Valle, Cali, 2009.
- KENNEDY, DUNCAN, *Lequenda y Derecho*; Siglo XXI, Buenos Aires, 2010, p. 61.
- LARINZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*; Barcelona, Ariel, 1994.
- MANNHEIM, KARL, *Ideología y utopía: introducción a la sociología del conocimiento*; FCE, México, 2004.
- MARSHALL, DAVID, "The Current State of the Vico Scholarship" *Journal of the History of Ideas*, Volume 72, Number 1 (January 2011), University of Pennsylvania Press.
- McGLICKE, I., TUCHANSKA, B., *Science Unfettered*; Ohio University Press, 2000.
- PÉREZ, ZAGOEN, "Vico Theory of Knowledge: A Critique." *The Philosophical Quarterly*; Vol. 34, No. 134. The Rochester University, pp. 15-30.
- NINO, CARLOS, S., *Derecho, Moral y Política*; Gedisa, Buenos Aires, 2007.
- POMPA, L., *Vico a Study of a New Science*; Cambridge University Press. Londres, 1975.
- RAZ, JOSEPH, *The Authority of Law*; Oxford, Clarendon Press
- *Engaging Reason, On the Theory of Value and Action*; Oxford University Press. Oxford, England, 2001.
- RICOEUR, PAUL, *Del texto a la acción*; Bs. As., FCE, 2000.
- *Camino del reconocimiento*; Trotta, Madrid, 2006.
- SHAFFER, JOHN, *Sensus Communis Vico, Rhetoric, and the Limits of Relativism*; Duke University Press, Durham and London 1990.
- SILTALA, R., "Whose Justice, Which Ideology?" in *Ratio Juris*, Vol. 16 No. 1 March 2003, pp. 123-130.
- TAGLIACCOZZO, GIORGIO Y WHITE, HAYDEN, *Giammatista Vico An International Symposium*; Baltimore, 1989.
- TRISTRAM, ROBERT, "Explanation in the New Science. On Vico's Contribution to Scientific Sociological Thought"; *History and Theory*; Wiley-Blackwell, 2001.

TOSHNET, M., "Critical Legal Theory (without Modifiers) in the United States" in *The Journal of Political Philosophy*: Volume 13, Number 1, 2005, pp. 99-112.

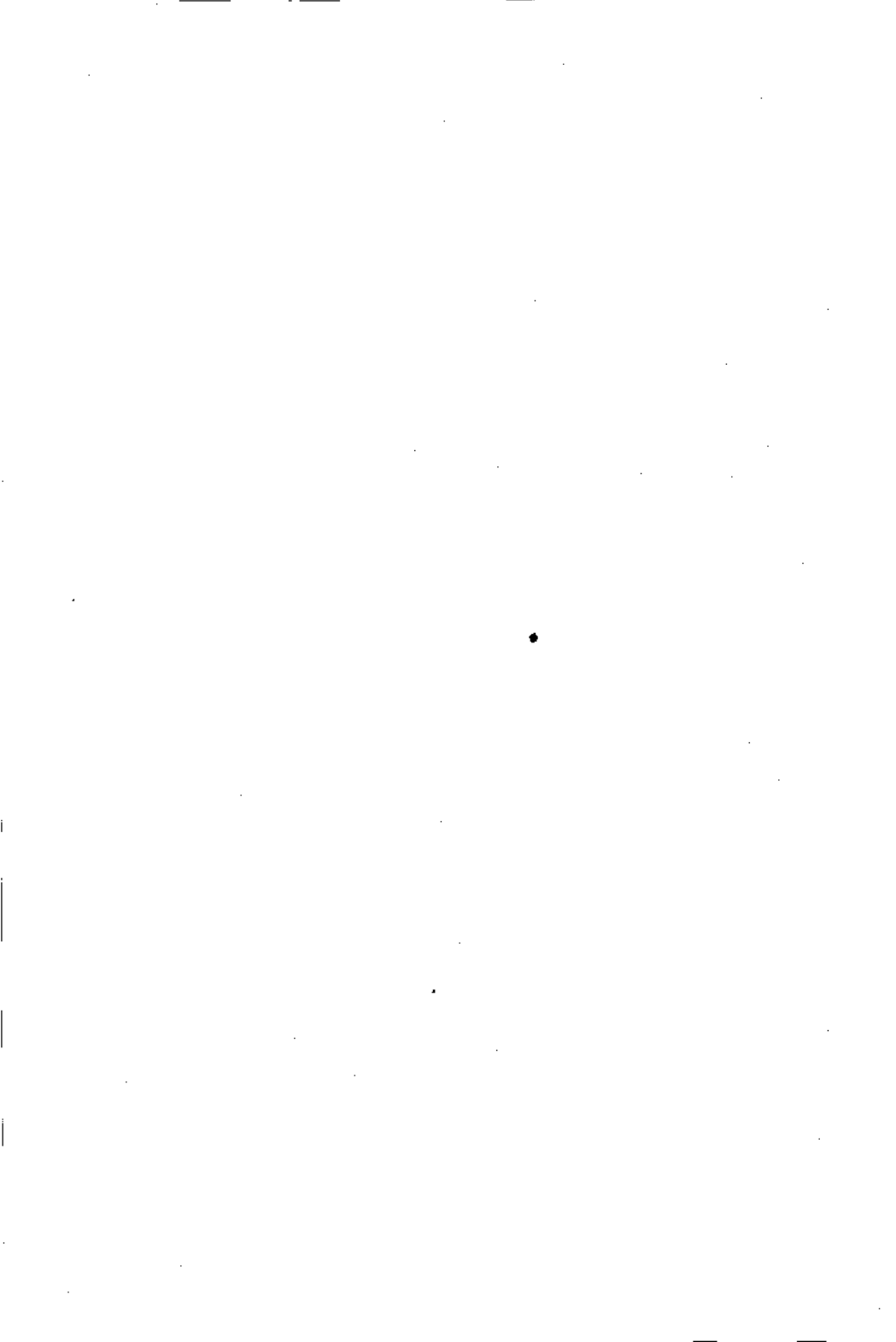
VICO, GIAMBATTISTA, *The Autobiography of Giambattista Vico*. Tr. Thomas Goddard Bergin and Max Harold Fisch. Ithaca, NY: Cornell UP, 1944.

—*Ciencia Nueva*; Vol. I, tr. J.M. Bermudo, Ed. Orbi, Bs. As., 1986, p. 149.

VITTORENI, DOMENICO, *Giambattista Vico and reality. An Evaluation of De Nostris Temporibus Studiorum Ratione* (1706), University of Pennsylvania, 2003.

WHITE, HAYDEN, "Review Essays" in *History & Theory*, Wiley-Blackwell, Wesleyan University, 2001.





## SIGNIFICADOS Y FUNDAMENTOS DE LAS "PALABRAS DE LA LEY" EN EL METODO DE LA INTERPRETACIÓN LITERAL

Santiago Bergallo (h.)<sup>\*</sup>

María Inés Ferreyra<sup>\*\*</sup>

**Resumen:** La interpretación literal o gramatical de la ley es uno de los métodos hermenéuticos de mayor aplicación por parte de las distintas corrientes interpretativas que tuvieron lugar durante los siglos XIX y XX. Este procedimiento se encuentra expresamente previsto en el art. 16 del Código Civil argentino, y la Corte Suprema de Justicia la señala como una metodología autónoma, o de aplicación conjunta con otras pautas hermenéuticas e, incluso, prescindible para establecer el sentido de la norma legal. Esa utilización divergente y hasta imponente del método revela su carga axiológica e histórica en los derechos vigentes y, particularmente, en el argentino. En dicho marco, el trabajo se dirige a establecer qué sentido y características asignaron las principales escuelas interpretativas de los siglos XIX y XX a las "palabras de la ley", exponiendo, además, sus axiomas y presupuestos fundantes.

**Palabras clave:** Método hermenéutico - Interpretación Literal - Palabras de la ley - Escuelas interpretativas.

La interpretación literal o gramatical de la ley es uno de los métodos hermenéuticos de mayor aplicación por parte de las distintas corrientes interpretativas que tuvieron lugar durante los siglos XIX y XX. Este procedimiento se encuentra expresamente previsto en el art. 16 del Código Civil argentino cuando prescribe que "si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso". Por su parte, la Corte Suprema de Justicia la señala como una metodología autónoma ("es adecuado dar a las palabras de la

\* El presente trabajo desarrolla algunas de las cuestiones investigadas y tratadas en el proyecto aprobado por la SECYT UNC: "LA INTERPRETACIÓN LITERAL DE LA LEY: ANÁLISIS DE LOS PRESUPUESTOS, PROCEDIMIENTOS Y ALCANCES METODOLÓGICOS EN EL DERECHO PRIVADO, INTERNACIONAL PRIVADO Y PROCESAL CIVIL ARGENTINO", dirigido por el Dr. Aldo M. Azar y del que los autores integrantes del equipo.

\*\* Abogado. Adscripto a la cátedra de Derecho Privado II y de Derecho Procesal Civil y Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.

\*\*\* Abogada. Adscripta a la cátedra de Derecho Privado II y de Derecho Privado VII de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.

ley el significado que tienen en el lenguaje común o bien el sentido más obvio al entendimiento común..."; Fallos: 302:429, considerando 4º y sus citas, 320:2649, considerando 6º y su cita), o de aplicación conjunta con otras pautas hermenéuticas ("el fin pues es misión del intérprete de la ley indagar el verdadero alcance y sentido de ésta mediante un examen que atienda menos a la literalidad de los vocablos que a rescatar su sentido jurídico profundo, prefiriendo la inteligencia que favorece y no la que dificulta los fines perseguidos explícitamente..."; Fallos: 329:872 y 330:2932), e, incluso, prescindible ("cuando la interpretación de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos, conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios de hermenéutica enunciados, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias notoriamente contradictorias"; Fallos: 312:111) para establecer el sentido de la norma legal. Esa utilización divergente y hasta incoherente del método revela su carga axiológica e histórica en los derechos vigentes y, particularmente, en el argentino.

En dicho marco, nos proponemos establecer qué sentido y características asignaron las principales escuelas interpretativas de los siglos XIX y XX a las "palabras de la ley", exponiendo, además, sus axiomas y presupuestos fundantes.

Cronológicamente, la primera escuela interpretativa a analizar es la Escuela Francesa de la Exégesis. La ciencia jurídica moderna que surge en el siglo XIX bajo la influencia del positivismo, tiene como presupuestos la laicización de lo científico-jurídico, el rechazo del derecho natural y la separación absoluta entre derecho y moral. El Código de Napoleón (1804) culmina y sintetiza todos los esfuerzos de derecho positivo o legislado, entendido como una unidad orgánica cuyas prescripciones se articulan de una manera sistemática. Las principales ideas acerca de la ley y del derecho de esta nueva corriente jurídica son: 1) el culto del texto legal según el cual la ley debe ser el único punto de referencia, pues todo el derecho está contenido en ella; 2) el factor clave para interpretar la ley no puede ser otro que la intención del legislador, puesto que de su voluntad es su origen y su contenido, de modo tal que se pone el acento en lo estatal, dándole preeminencia sobre la costumbre, y queda excluida, por lo tanto, toda referencia a un derecho distinto del positivo, sea éste natural, consuetudinario, doctrinal, canónico o jurisprudencial; 3) el principio de plenitud del ordenamiento jurídico, por el cual no existen lagunas, es decir, casos no previstos en el derecho; 4) la enseñanza y el estudio del derecho se identifican con los comentarios del Código, que interpretado literalmente soluciona tanto los problemas de contenido como los de la práctica jurídica; y 5) la misma estructura lógica del Código realiza la sistematización de los conceptos jurídicos.

La Escuela de la Exégesis considera al juez como "el siervo de la ley", dejando en manos del poder legislativo el monopolio de su interpretación. *No es sino intetligir la ley para aplicarla al caso particular en ella comprendido. Se trata de descubrir o reconstruir el pensamiento del legislador, de decir lo que él quiere en tal caso...*<sup>1</sup>. El presupuesto fundamental de la exégesis, es partir del postulado de la plenitud de la ley positiva escrita. No se busca la *mens legis* ni la *ratio legis*, sino simplemente la *voluntas legislatoris*. En el mismo sentido en que ya se había decidido el derecho prusiano, el Código francés entendió que la legislación expresaba un *derecho natural racional* y que, fuera de la ley positiva, no debía reconocerse ningún principio válido. *La palabra de origen griego "exégesis" significa explicación y de cierto modo es sinónima del vocablo de origen latino "interpretación"*. De acuerdo con los fundamentos del método exegético, *la tarea fundamental del intérprete consiste en descubrir la voluntad del legislador con respecto a la norma que se intenta aplicar.*<sup>2</sup> Parte del principio fundamental de que todo el derecho está contenido en la ley, que expresa la voluntad del legislador, por lo que nada puede quedar librado al arbitrio del intérprete.

Posteriormente, la Escuela Histórica del Derecho alemana confundida por Savigny parte del presupuesto básico dado por la idea de que el derecho dimana del espíritu del pueblo. *Existe una "conexión orgánica del derecho con el modo de ser y el carácter del pueblo, que "se confirma con el tiempo..."*<sup>3</sup>. A su vez, erige a la historia como el único camino para el conocimiento de dicho espíritu. Todo el derecho nace como derecho consuetudinario pero si bien en un comienzo vive en la conciencia de todo el pueblo, luego toma una dirección científica y recae sobre la conciencia de los juristas. El derecho no está en la ley escrita sino que se origina en el pueblo, en su historia, en sus costumbres y en la proyección y encarnación de su espíritu.

La interpretación de la ley tiene por objeto la reconstrucción de la idea expresada en la ley a partir de su propio texto. Para ello *los intérpretes deben colocarse en el punto de vista del legislador, reproducir artificialmente sus operaciones y recomponer la ley en su inteligencia. Consiste en que, así como el legislador debe abrazar en su sentido orgánico el conjunto de la institución, y por un procedimiento artificial, sacar de ella la prescripción abstracta de la ley, de la misma manera el juez, por una operación inversa, debe recomponer el conjunto orgánico del que la ley muestra una sola*

<sup>1</sup> Vallat de Goytisolo, "Metodología de la Determinación del Derecho", Tomo II, pag. 633.

<sup>2</sup> Curro Cabian, Miguel Angel, "Metodología Jurídica y lecciones de historia de la filosofía del derecho", Zeus, Rosario, pag. 244.

<sup>3</sup> Martínez Paz, Fernando, "Introducción al derecho", pag. 372.

<sup>4</sup> Vallat de Goytisolo, "Metodología de la Determinación del Derecho", Tomo II, pag. 843.

faz<sup>2</sup>. Savigny rechaza tanto la interpretación extensiva como la restrictiva así como la teleológica ya que el juez *"no debe atender a lo que el legislador se ha propuesto, sino sólo a lo que ha dispuesto; más exactamente: a lo que, como contenido de su disposición, ha hallado expresión en las palabras de la ley..."*<sup>3</sup>.

De acuerdo a esta corriente, el intérprete debe desentrañar el sentido y alcance de las palabras de la ley a través de un procedimiento en el que cuenta con cuatro elementos interpretativos. Entre ellos; el elemento sistemático que exige considerar la vinculación entre las distintas instituciones y normas jurídicas como parte de una unidad configurada por el sistema general del derecho. A través del elemento lógico deberá descomponerse el pensamiento y las relaciones lógicas que unen sus partes y será por medio del elemento histórico que tendrá que analizarse el estado del derecho existente sobre la materia en cuestión a en la época en que la ley fue dictada. Finalmente, *"el elemento gramatical, que tiene por objeto las palabras de que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento, es decir el lenguaje de las leyes"*<sup>4</sup>.

Como manifestáramos, el intérprete debe colocarse en el punto de vista del legislador y reproducir artificialmente sus operaciones para recomponer la ley en su inteligencia siempre de conformidad al espíritu del pueblo. Los cuatro elementos interpretativos no pueden aplicarse separadamente sino que su reunión es indispensable para interpretar la ley. No se trata de cuatro clases de interpretación sino que, según Savigny, son actividades que tienen que actuar unidas para conseguir la interpretación de la ley. De esta manera, no se establece una jerarquía entre los diferentes métodos interpretativos siendo las palabras de la ley uno de ellos de los que el intérprete no podrá prescindir.

La Dogmática Conceptualista que inició Friedrich Puchta significó el paso desde el romanticismo histórico al positivismo científico. En lo que refiere a la interpretación *"ya no se tratará de reproducir en sentido inverso el proceso mental del legislador (relación-institución-norma abstracta) para desde esta norma descender a la relación de hecho enjuiciada a través de la institución mediadora. Su método de inversión es meramente conceptual. En su camino ascendente, se sistematiza y conceptualiza el material normativo y, con él, se construye la pirámide, para desde ella descender de los más a los menos generales y de éstos hasta lo más singular"*<sup>5</sup>. Puchta adecuó su método al concepto kantiano de las ciencias de la naturaleza, esto es;

<sup>2</sup> Vallet de Goytisolo, "Metod. De la Determ. Del Dcho.", Tomo II, pag. 647.

<sup>3</sup> Larenz, "Metodología de la Ciencia del Derecho", pag. 33.

<sup>4</sup> Vallet de Goytisolo, "Metod. De la Determ. Del Dcho.", Tomo II, pag. 647.

<sup>5</sup> Vallet de Goytisolo, "Metod. De la Determ. Del Dcho.", Tomo II, pag. 663.



la materia jurídica parte de conceptos mentalmente elaborados, primeramente por la filosofía jurídica para luego descender deductivamente.

En el caso de Windscheid, adhiere a un positivismo legalista racionalista rechazando toda fuerza jurídica creadora tanto a las valoraciones ético sociales o iusnaturalistas como a las conveniencias económicas o sociológicas. Según Windscheid, la interpretación *"es la declaración del contenido del derecho"* y consiste en determinar el sentido que el legislador quiso dar a las palabras por él utilizadas. A dicho fin, manteniendo la concepción fundamental de Savigny y de Puchta, en cuanto a que el derecho es un todo racional, postula entenderlo, no ya a partir de una perspectiva objetiva sino, desde una visión subjetiva como *"la voluntad del legislador"*.

El proceso de interpretación se compone de una primera fase que, a su vez, tiene dos funciones. Por un lado, tiene como *"función establecer el sentido de las palabras empleadas por el legislador"*; para ello requiere que se destaquen particularmente dos datos: el estado del derecho en la época en que la ley se ordenó para así tener en cuenta lo que tuvo presente el legislador, y el objeto que quiso obtener este último con el texto aprobado. La segunda función de la interpretación se dirige a integrar lagunas dejadas por la ley así como para salvar sus contradicciones. Para esto ha de atenderse, al verdadero concepto, *"legis ratio"* o *"principio de la ley"*. Se trata de una operación que no todos consideran de verdadera interpretación, tratándose de restringir o extender la ley por analogía. De esa manera las *"palabras de la ley"* admiten ser corregidas a partir del principio jurídico que les sirve de fundamento.

La Teoría Objetiva de la Interpretación fue expuesta entre los años 1885 y 1886 por tres de los más importantes científicos de la época Binding, Wach y Kohler. La misma trata de poner en claro el sentido racional de la ley como un todo objetivo dotado de sentido. Afirma que *"la ley, una vez promulgada puede adoptar para otros un significado en el que su autor no había pensado y que el jurídicamente decisivo no es el significado tenido en cuenta por el autor, sino el significado objetivo, inmanente a la ley, que ha de ser averiguado con independencia de aquél"*<sup>10</sup>.

Se trata de hallar lo que la ley quiere, es decir *la voluntad del derecho* que ha encontrado su expresión en una norma jurídica como un miembro de todo el sistema jurídico, que se independiza del legislador histórico que la creó. Esta corriente considera que la palabra escrita puede tomar en la intelección de otros un significado que no hubiera previsto su autor, pero que es el significado *"objetivo"* inmanente en la ley, y que debe ser averiguado independiente del que aquél quiso darle. Se habla de la volun-

<sup>10</sup> Vallet de Goytisolo, "Método. De la Determin. Del Dcho", Tomo II, pág. 659.

<sup>11</sup> Karl Larenz, "Metodología de la Ciencia del Derecho", pag. 63.

tad del derecho, buscar lo que la ley quiere y no lo que quiere el autor de la ley. *"La tarea de la interpretación no es poner en vigor la voluntad auténtica del legislador frente a la expresada en la ley, sino alejar de la expresión legal la inevitable oscuridad, es decir, por tanto, desarrollar según sus principios la ley defectuosa o incompleta en sí"*. Es así como la interpretación ha de orientarse a la "aspiración al fin" de la ley. *"Para conocerla el jurista tiene, por un lado, que investigar las situaciones sociales, a los que la ley debía proveer; y por el otro, tiene que examinar cuál es, según la idea del momento, el remedio mejor y más satisfactorio"*<sup>11</sup>.

En los comienzos del siglo XX, se desarrolla el denominado "Movimiento del Derecho Libre" que hunde sus orígenes en el voluntarismo de Schopenhauer, Nietzsche y Bergson. Dentro de ese movimiento, las tendencias sociológicas tuvieron a Eugen Ehrlich como su máximo exponente y significaron un giro hacia el subjetivismo.

Se advierte que toda aplicación de una regla general al caso particular es necesariamente una tarea personal y que, por tanto, resulta inútil pretender eliminar la subjetividad del juez. Las normas son abstractas y rara vez logran prever la riqueza de los hechos que en la realidad se plantean y sus consecuencias. Supone que, al expresarse la norma en conceptos, el desafío de la interpretación es la reconstrucción de los conceptos de la ley tomando en cuenta los intereses a los que las regulaciones jurídicas se refieren, y no sólo las reglas de la lógica.

En ese sentido, afirma que todas esas determinaciones tienen que hacerse mediante palabras; y las palabras tienen que referirse a conceptos. El concepto jurídico designa el interés protegido por la ley. Cuando el caso concreto tiene que decidirse de acuerdo con una norma legal, entonces la ponderación judicial de los intereses debe llevarse a cabo de acuerdo con las indicaciones contenidas en esta norma. Al juez le corresponde reconocer si el conflicto de intereses que tiene ante sí es o no parecido a aquel resuelto en términos generales por la ley. La voluntad del juez de llegar a una resolución es lo que lo guía para seleccionar los pasajes legales que fundamenten su decisión. De ahí que *"lo que nosotros llamamos en un caso interpretar extensiva o analógicamente, en el otro literal o incluso restrictivamente, no es precisamente la ley y la lógica, sino el Derecho libre y la voluntad"*<sup>12</sup>. De ese modo, el conocimiento jurídico no es una verdadera ciencia sino una tecnología puesto que sólo sirve para fines prácticos, la Sociología del Derecho es la única ciencia posible acerca del Derecho "por-

<sup>11</sup> Vallet de Goytisolo, "Metod. De la Determ. Del Dcho.", Tomo II, pag. 663.

<sup>12</sup> Karl Larenz, "Metodología de la Ciencia del Derecho", pag. 54.

<sup>13</sup> Larenz, "Metodología de la Ciencia del Derecho", pág. 83.

que no se queda en las "palabras", sino que fija su mirada en los hechos que sirven de base al Derecho..."<sup>14</sup>.

Hart, como exponente del Positivismo Lógico, alude a la autoridad delegada de tipo legislativo que atribuye a los jueces a través de la aplicación del sistema del precedente. Refiere a las reglas de derecho no legisladas que descubren los jueces con su reconocimiento al aplicarlas en casos concretos. Adhiere a un concepto reduccionista de la interpretación que sólo trata de examinar si la regla contenida en la norma o el precedente corresponde al caso objeto del juicio. *"En la legislación 'como una característica general del lenguaje humano,' ocurre que la 'falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales'.. Esta dependencia de la norma al lenguaje y su 'textura abierta' da lugar a la cuestión de si se aplica o no a un caso particular"*<sup>15</sup>. Si la regla corresponde al caso juzgado, deberá aplicarla al mismo. Caso contrario, ha de producirse un acto creador del juez mediante la elección de la solución correcta. No obstante ello, Hart no refiere expresamente al método literal ni asigna al mismo características particulares pese a referirse expresamente al lenguaje de la ley como objeto de estudio del intérprete.

El Realismo Judicial americano se caracteriza por el rechazo a emplear la lógica en el derecho, pues según los términos de Loevinger la vida del derecho consiste en experiencia, más que lógica. Esta corriente parte de los principios morales del modelo neocontractualista y constructivista de John Rawls. La pregunta clave que plantea Dworkin es si los jueces siempre siguen normas, incluso en los casos más difíciles y controvertidos, o establecen, algunas veces, normas nuevas y las aplican retroactivamente. *"Aunque preguntar si los jueces se ajustan a las normas puede parecer una cuestión lingüística, revela inquietudes que son prácticas de grado sumo, ya que hay cuestiones morales de principios subyacentes en un problema aparentemente lingüístico. La naturaleza del alegato moral, intenta esclarecer el principio de justicia que los críticos tienen presente para ver si efectivamente la práctica judicial cumple con este principio"*<sup>16</sup>. Dworkin se inclina por la prevalencia de los principios jurídicos morales sobre las normas legales, precedentes judiciales y decisiones gubernativas pero, al referirse a la interpretación no alude expresamente a la interpretación gramatical.

En el caso de Lon Fuller, representante de la corriente iusnaturalista norteamericana, existen dos estilos o métodos interpretativos, uno donde el sentido de los términos legales es un asunto exclusivamente relacionado con el lenguaje, y otro por el cual hay que acudir a la observación

<sup>14</sup> Larenz, "Metodología de la Ciencia del Derecho", pág. 86.

<sup>15</sup> Vallet de Goytisolo, "Metod. De la Determin. Del Dcho.", Tomo II, pag. 682.

<sup>16</sup> Vallet de Goytisolo, "Metodología de la Determinación del Derecho.", tomo II, pag. 712.

de los usos, costumbres y valores de la comunidad donde la norma debe operar. *"No puede considerarse a las leyes como un producto completamente creado por el legislador. En este proceso, la interpretación legal colabora en el proceso de creación normativo"*<sup>17</sup> adaptando y ajustando el texto a los hábitos, usos y valores de la sociedad.

Lon Fuller entiende que interpretar *"no consistiría solamente en un mero proceso de traducción de los elementos formales" o palabras que el legislador incorporó en una norma, sino además en un proceso que busca o pretende "ajustar", "adecuar" la ley a las diversas necesidades, a los hábitos y a los valores que se encuentran implícitas en la sociedad donde la norma rige"*<sup>18</sup>. Por tanto, el objetivo de la interpretación es desentrañar aquellos elementos implícitos que subyacen en el derecho creado. La interpretación deberá estar dirigida a observar el marco social, cultural y ético en que la norma opera, pues el legislador integra ese marco sociocultural, y, consecuentemente, los términos que utiliza responden al uso y a los sentidos que ese entorno y contexto le confieren.

La interpretación literal, circunscripta a las *"palabras de la ley"*, es considerado un método válido siempre que la norma no ofrezca dificultades en su aplicación y, de alguna manera, aparezca como resultado genuino de la voluntad del legislador. En conclusión, cuando el legislador incorpora un término o palabra en el texto de la norma *"se sobreentiende que éste habrá de ser interpretado con los parámetros de significación que en forma específica se le atribuyen en la cultura y en sociedad donde debe regir"*<sup>19</sup>.

Dentro de la escuela española de la interpretación del siglo XX, según Antonio Hernández Gil, la interpretación, en primer lugar, identifica y entiende el derecho para, después, comprender jurídicamente los hechos enjuiciados. Así existe un trecho entre los hechos y el derecho, lo que lleva a que el intérprete los recorra a ambos en toda su extensión y para ello ha de realizar su intercomunicación. Por medio de la interpretación, se descubre lo que estando latente no aparece suficientemente enunciado y requiere, para elevarlo a un nivel de expresión, una penetración analítica hasta llegar a la correspondiente reconstitución sintética.

Sin embargo, Hernández Gil no solo observó la interpretación conjugada de la norma y del hecho sino que atendía a un tercer elemento; adquiere predicamento la tríada norma, hecho y valor para referirse respectivamente al poder ordenador de la conducta, a la efectividad social y a la nota ética.

<sup>17</sup> Ernst, Carlos, "Los derechos implícitos", Lerner, Córdoba, 1994, pag. 48.

<sup>18</sup> Ernst, Carlos, "Los derechos implícitos", Lerner, Córdoba, 1994, pag. 49.

<sup>19</sup> Ernst, Carlos, "Los derechos implícitos", Lerner, Córdoba, 1994, pag. 48.

A su vez, el autor se pregunta si interpretar es determina el significado o el sentido de la norma, a lo que responde que es el "sentido del significado". Prefiere referirse al sentido porque, en tanto los significados, aunque puedan ser varios y reversibles, están subordinados a los valores de las palabras mientras que el sentido incorpora mayores dosis de singularización al paso que su campo predicativo es más amplio pues lo mismo se infiere de las palabras que del mismo silencio de la conducta. Así, el intérprete encuentra en la emisión, en la percepción y en lo emitido y percibido problemas y facetas cooperadoras en la determinación del sentido.

El Formalismo de Kelsen le confiere al Positivismo Jurídico notas distintivas en el siglo XX, pues al definir el orden jurídico como un todo hermenéutico pleno y carente de lagunas, escalonado como una pirámide de normas sin fisuras que se sustenta en la validez de una norma fundamental, la interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña el proceso de aplicación del derecho en su tránsito de una grada superior a una inferior. Entiende que el resultado de una interpretación jurídica solo puede ser determinado en el marco que expone el derecho por interpretar y, por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco<sup>20</sup>. El proceso interpretación según esta concepción, sólo se trata, de un acto intelectual de esclarecimiento o de comprensión, y el órgano de aplicación del derecho sólo tiene que poner en movimiento su entendimiento, y no su voluntad, y mediante esta actividad de entendimiento puede encontrarse, entre las posibilidades dadas, una opción correcta según el derecho positivo, que corresponde al derecho positivo.

Karl Larenz afirma que aunque la doctrina de la interpretación de Kelsen no puede satisfacer al jurista, para quien, al lado de la interpretación literal, son procesos de pensar habituales la interpretación "histórica", la "sistemática", y la "teleológica" (métodos todos a los que Kelsen niega valor cognoscitivo), no puede, sin embargo, desconocerse que dicha doctrina es enteramente consecuente partiendo del concepto positivista de la ciencia y, por ello, si se comparte este concepto de ciencia, es inatacable. *"Limita la misión de la interpretación jurídica a la mera interpretación literal, a mostrar las posibles significados según el sentido literal, entre los cuales el que aplica la norma ha de elegir luego uno."*<sup>21</sup>

Larenz entiende la interpretación como una cuestión hermenéutica, donde la comprensión de expresiones lingüísticas sucede o bien de modo irreflexivo mediante el acceso inmediato al sentido de la expresión o bien de modo reflexivo, mediante el interpretar. De esa manera, interpretar es un hacer mediador por el que se comprende el sentido del texto. En esa

<sup>20</sup> Villet de Goytiscola, "Metodología de la Determinación del Derecho", Tomo II, pag. 877.

<sup>21</sup> Karl Larenz, "Metodología de la Ciencia del Derecho", pag. 102.

mediación el intérprete se representa los diferentes significados posibles de un término, de una serie de palabras y se pregunta qué significado es aquí exacto. A este fin, interroga el contenido textual y a sus propios conocimientos de la cosa de que se habla en el texto, examina la situación que ha dado motivo al texto o al discurso, así como otras circunstancias "hermenéuticamente relevantes", que se pueden utilizar como indicios en orden al significado buscado. La conclusión a que llega es una elección, motivada por razones suficientes, entre diferentes posibilidades de interpretación.

De esta manera, interpretar un texto importa decidirse por una, entre muchas posibles interpretaciones, que hace aparecer a ésta como la pertinente. Es decir, Larenz ni acepta la deducción lógico formal como la única posible de la aplicación exégetica ni un decisionismo voluntarista.

Larenz indica que los textos son problemáticos porque, sean redactados en el lenguaje usual o bien en un lenguaje especializado, dejan un margen libre de significación que hace posibles numerosas variantes de significado. En la profusión de estas variantes de significado radica la riqueza de expresión del lenguaje y su capacidad de adaptación de cada situación. Por tanto, Larenz no busca la interpretación subjetiva de la intención del legislador sino la objetiva del texto. De allí que, mediante la interpretación, se hace hablar a ese sentido es decir, este enunciado con otras palabras más claras, expresado más precisamente y hecho comunicable.

La Libre Investigación científica considera que hay que renunciar a encontrar en la ley escrita una fuente completa y suficiente de soluciones jurídicas. "Su objeto es lograr un método de interpretación que permita aplicar la ley sin forzar su significado ni la voluntad del legislador"<sup>22</sup>. La interpretación del Derecho es una tarea que intenta esclarecer la intención del legislador. La ley, como manifestación de voluntad, debe ser interpretada según el alcance que pretendió asignarle el legislador. En muchas ocasiones, las leyes no responden a todos los problemas que en la realidad se plantean, y por ello hay que acudir a otras fuentes suplementarias para interpretarla. Esta corriente crítica la posición adoptada por la Escuela de la Exégesis en cuanto limitaba la función del intérprete, reduciéndola a una tarea mecánica.

Sin embargo, Gény, principal exponente de esta corriente, no rehusaba del texto de la ley como fuente de interpretación. A través del texto de la ley debe buscarse su espíritu; "...la letra interviene como manifestación auténtica y solemne del espíritu, inseparable de éste y cuyo objeto es ponerlo de manifiesto"<sup>23</sup>. Pero, como se dijo antes, propugnó que el método

<sup>22</sup> Fernando Martínez Paz, "Introducción al derecho", pag. 376.

<sup>23</sup> Vallet de Goytisolo, "Metod. de la determinación del Dcho.", tomo II, pag. 752.

no se base exclusivamente en la fórmula del texto sino, además, en elementos ajenos al mismo, es así como la ley no era la única fuente a la que debía recurrir el intérprete. Partiendo de su referido concepto amplio de interpretación, anterior al positivismo normativista que lo restringió, entendía Gény que *"el intérprete debe investigar por sí mismo las exigencias de la naturaleza de las cosas y las condiciones de la vida, siempre que no se vea detenido para ello por un mandato imperioso que limite su apreciación"*<sup>24</sup>. Dentro de su concepto amplio de interpretación, incluía, pero sólo como una parte de ella, la interpretación de la ley. La función genuina de ésta la señaló al advertir que toda norma jurídica formulada por una ley puede considerarse como una proposición subordinada a ciertos elementos de hecho. De ese modo, el intérprete (intermediario obligado entre la fórmula legal y la vida jurídica), que prepara esta misión del juez, podrá descubrir y relacionar, en la vida concreta, tanto las condiciones que implica al texto, como la solución pertinente al caso.

La escuela Trialista de Goldschmidt parte de la idea de que la interpretación tiene por meta lograr la fidelidad de la norma y a formulada. En este sentido, la interpretación de la norma consiste en una comparación entre su sentido actual conforme la aprecia la colectividad y la voluntad de su creador en el momento de su creación, sobre todo con miras a clases de casos imaginarios o reales. *"La interpretación comprende cuatro etapas diferentes. En primer lugar, hay que averiguar el sentido que la comunidad lingüística en la cual se formula la norma, le atribuye. En segundo lugar, es preciso encontrar la auténtica voluntad del autor de la norma. En tercer lugar, es menester comparar el sentido atribuido a la norma por la colectividad lingüística con la auténtica voluntad. Y en cuarto y último lugar, urge extendiéndola, restringiéndola o sustituyéndola."*<sup>25</sup> En definitiva, podemos sostener que para este autor el uso concreto de los términos lo da el uso común de la comunidad. A tal punto que cuando refiere que se puede acudir al diccionario, aclara que en el caso del Diccionario de la Real Academia Española no se reflejaría necesariamente el uso lingüístico argentino.

La propuesta de Michel Villey, tiene base en la visión aristotélico tomista, razón por la cual se la identifica dentro del denominado Realismo Clásico. De su lectura, sobresale el elemento aristotélico sobre el tomista. Incluso varias de sus afirmaciones son totalmente contrarias a la propuesta del aquinate. Tan ello es así que en alguna oportunidad el mismo Villey denomina a su obra como romano-aristotélica. Toma también en consideración al derecho romano, sobre todo en cuanto al lenguaje, el que entiende de plena aplicación. Estructura la filosofía del derecho en tres: ontología

<sup>24</sup> Vallier de Goytisolo, "Metod. De la determinación del Dcho.", tomo II, pag. 750.

<sup>25</sup> Vallier de Goytisolo, "Metod. De la determinación del Dcho.", tomo II, pag. 255.

jurídica, metodología jurídica y axiología jurídica, colocando el problema del lenguaje en la segunda (metodología).

En lo jurídico advierte que la norma posee una estructura indicativa (lo que lo coloca cercano a la posición de Cossio) y no imperativa. Desde lo metodológico, se basa en la visión judicialista del derecho y de la dialéctica. Busca un juez activista, lo cual tendrá impacto acerca de la importancia del elemento gramatical al momento de interpretar la norma. Esta posición ha recibido muchas veces la crítica de que su posición jurídica es la de un antinormativismo. Encuentra insuficiencia en los textos, y ve al derecho más como reglas que como normas. Villey, rechazó que para interpretar pueda utilizarse el razonamiento silogístico y propugnaba por el razonamiento dialéctico. Es decir, debe emplearse una lógica no ya de la demostración sino de la invención, que en lugar de razonar deductivamente desde unos principios, opere a través de la ponderación de opiniones. *"Los recientes trabajos de la metodología, escribía, nos han mostrado que el derecho procede de los juicios y todo juicio de las controversias. Efectúan algo parecido a lo que se hace para los descubrimientos. Santo Tomás lo había enseñado con más precisión, porque el método es la quaestio y la maravillosa apertura mental que le caracteriza, le había conducido a tener en cuenta el método de los juristas romanos<sup>26</sup>."*

Uno de los objetivos de la escuela de la Filosofía Analítica es sistematizar el cuerpo de normas que compone el derecho de un estado. El proceso de sistematización se compone de diversos pasos que conviene determinar, para lo cual el primer procedimiento a llevar a cabo es la elección de la materia y de los enunciados de base, conforme a los cuales se identifican las normas. Este primer aspecto abarca los problemas de interpretación, en los cuales las "dificultades semánticas" o la "Interpretación del lenguaje jurídico" ocupan un lugar prioritario. *"El significado de las oraciones está integrado por el significado de las palabras que la integran y por el ordenamiento sintáctico de ellas. En muchas ocasiones las palabras usadas en una oración plantean problemas en cuanto a la determinación de su significado, y en otras el vínculo sintáctico entre los términos de la oración da lugar a equívocos<sup>27</sup>"*

El material de interpretación de un texto legal *"está dado exclusivamente por el orden jurídico; no es legítimo echar mano de elementos de otro origen, a menos que las normas jurídicas expresamente lo admitan... En los casos que los términos de la ley no nos claros o tienen algún problema semántico, si los jueces no quieren resolver a ciegas o en forma arbitraria los*

<sup>26</sup> Vallet de Goytisolo, "Metod. De la determinación del Dcho.", tomo II, pag. 765.

<sup>27</sup> Nino, Carlos Santiago, "Introducción al Análisis del Derecho", Astrea, B4. As., pag. 259.



*casos de penumbra, no les basta conocer a fondo las normas jurídicas y sus fuentes, ni saber armar con ellas estructuras coherentes.*<sup>207</sup>

La Teoría de la Argumentación, Nueva Retórica, Tópica o Dialéctica, se propone como el *"método apropiado para la solución de los problemas prácticos, aquéllos que conciernen los fines de la acción, donde están vinculados los valores"*<sup>208</sup>. En estos casos, ante la ausencia de técnicas unánimemente admitidas, los razonamientos dialécticos o retóricos se dirigen a establecer un acuerdo sobre los valores y sus aplicaciones. La *verdad* de un enunciado o proposición llega hasta donde el hecho se prueba, pero cuando la prueba es ausente o insuficiente y sobre todo cuando el objeto del debate no es más la verdad de una proposición, sino *"el valor de una decisión, de una elección, de una acción, consideradas como justas, equitativas, razonables, oportunas, honorables o conformes a derecho"*<sup>209</sup>, es que se requiere ese acuerdo para lo cual la retórica se dirige a persuadir a un auditorio o destinatarios a través de un discurso. El lenguaje entonces no se limita al técnico o científico, en el caso al propio del derecho, pues es un instrumento de comunicación y de acción, adaptable a fines variados, y no solamente a los fines científicos. Por eso no se trata ya de estudiar una lengua ideal, caracterizada por la univocidad, la ausencia de vaguedad y de ambigüedad. Estas características, que se exigen de una lenguaje formal, tal como el de la lógica y de la matemáticas, no se puede imponer a todo lenguaje, cualquiera que sea, y cualquiera que sea el fin para el cual se sirve de aquél (una lengua, elaborada para un solo fin, es a menudo inadaptada para otro: la lengua de los cálculos no es la lengua de los poetas o de los diplomáticos, ni aquélla de los juristas). De eso resulta que en lugar de considerar a la lengua natural como una aproximación imperfecta de una lengua formal, aquél que argumente toma como punto de partida de su razonamiento a las tesis formuladas en la lengua del auditorio al que se dirige, y que es normalmente una lengua ordinaria. El lenguaje pasa a ser una adaptación y una regularización de una parte del lenguaje natural, adecuado a los fines perseguidos por los lógicos y los matemáticos.

Luego del análisis efectuado sobre las principales escuelas hermenéuticas de los siglos XIX y XX, observamos que los fundamentos de cada corriente interpretativa sindicán a diversas fuentes que atribuyen el sentido de las *"palabras de la ley"*: legislador (Escuela de la Exégesis), el mismo juez (Escuela del Derecho Libre), el contexto social y cultural al momento

<sup>207</sup> Carrio, Genaro, "Notas sobre derecho y lenguaje", Abelardo Perrot, Bs. As., pag. 49/53.

<sup>208</sup> Perelman, Ch, "Méthodes du droit. Logique juridique. Nouvelle rhétorique", Dalloz, Paris, 1979.

<sup>209</sup> Perelman, Ch, "Méthodes du droit. Logique juridique. Nouvelle rhétorique", Dalloz, Paris, 1979.

de sancionarse la ley (Realismo Judicial) o de aplicarse la misma, las valoraciones morales (Fuller).

Asimismo se advierten dos tendencias, una en la cual el método literal es autosuficiente y, por lo tanto, cuando el sentido de la norma es claro excluye a todo otro (lógico, sistemático, comparativo, valorativo), y otra en la cual no hay una jerarquía de procedimientos en razón de lo cual el significado de las palabras de la ley está dado por una pluralidad de procedimientos hermenéuticos, no exclusivamente el semántico o gramatical. En este último caso también se verifica que algunas veces el intérprete tiene la elección de cuál de los posibles sentidos que arrojan los múltiples métodos aplicables es el que corresponde asignarse a la ley, con lo cual se cae en las posturas subjetivas, y otros en que las "palabras" tienen un significado objetivo dado por el uso común, por el ordenamiento jurídico, por la deducción a partir de normas superiores.



# IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y TRIBUTOS UN ENFOQUE SOBRE LOS TALENTOS PRODUCTIVOS DESDE LA ÓPTICA DE LA RESPONSABILIDAD

Cristián Fatauros<sup>1</sup>

*"Que tan genuina sea una elección es una cuestión de grados, y en la medida en que una desventaja no refleje una elección genuina, corresponde una compensación igualitaria."*

Gerald A. Cohen<sup>1</sup>

**Resumen:** En este trabajo se aplica el modelo de igualdad de oportunidades de Roemer al caso de los tributos sobre los talentos. El objetivo de Roemer es igualar las circunstancias de las personas y comparar el grado de esfuerzo de cada una. De esto se sigue que también podría justificar la imposición de un tributo sobre aquel individuo que en similares circunstancias opta por no desarrollar sus talentos productivos potenciales. Se argumenta que el modelo teórico de Roemer justifica un tipo de sistema tributario sobre los talentos potenciales. Se muestra que vulnera libertades que son consideradas básicas y además que su criterio para medir la responsabilidad no podría ser aplicado y conocido de manera pública. La conclusión afirma que el modelo no podría justificar la implementación de políticas públicas en sociedades democráticas y liberales.

**Palabras clave:** Justicia distributiva - Responsabilidad - Igualitarismo de la suerte - Talentos - Tributos.

## 1. Introducción

Una de las consecuencias que la actual crisis económica internacional ha tenido en el pensamiento político es reconsiderar a la economía

---

<sup>1</sup> Abogado. Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Becario Doctoral Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Profesor Auxiliar en Ética y Profesor, en Filosofía del Derecho. Miembro del Seminario de Ética y Filosofía Política. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. E-mail: [cristian-fatauros@derecho.unc.edu.ar](mailto:cristian-fatauros@derecho.unc.edu.ar)

<sup>2</sup> Agradezco las sugerencias del árbitro anónimo.

<sup>1</sup> "The amount of genuineness that there is in a choice is a matter of degree, and egalitarian redress is indicated to the extent that a disadvantage does not reflect genuine choice." (Cohen, 1989, p. 234). La traducción es propia.

como un instrumento de la política y no al revés. Un ejemplo de esto son las afirmaciones del presidente de Estados Unidos, quien en enero pasado declaró que la futura estructura institucional impositiva debía estar orientada a rectificar el rumbo económico y a rechazar la visión de que el destino de cada individuo dependiera de sí mismo. En particular instaba a garantizar oportunidades equitativas y las mismas reglas de juego para todos<sup>2</sup>. Pero, ¿en qué consiste una oportunidad equitativa?

En los últimos veinte años los avances en la definición de la igualdad de oportunidades han estado vinculados con la noción de responsabilidad. Importantes teóricos sostienen que la senda abierta por John Rawls en *A Theory of Justice*<sup>3</sup>, exige preguntarnos por el rol y la importancia que tiene la noción de responsabilidad individual en la distribución de bienes<sup>4</sup>. Este debate tiene su origen en la idea de neutralizar factores moralmente arbitrarios que influyen en la distribución final de ingresos y riquezas. El modo en que la naturaleza distribuye talentos y capacidades es un ejemplo de distribución moralmente arbitrario y por ello se habla de una "lotería natural". Según Rawls, los mayores ingresos que obtienen las personas con mayores capacidades y talentos naturales no están justificados por el mero hecho de tener esas capacidades o esos talentos<sup>5</sup>. Una distribución así estaría sesgada por los efectos de la moralmente arbitraria "lotería natural".

De acuerdo con una corriente actualmente difundida que se denominó *Igualitarismo de la Suerte*, la lotería natural es moralmente arbitraria porque las personas "no son responsables de sus talentos". Afirma que sólo deben respetarse las desventajas que son responsabilidad de los individuos y deben compensarse las desventajas que no lo son. Esta concepción de la responsabilidad se presenta como derivada de la idea rawlsiana de *responsabilidad por los fines que sostiene* que las personas tienen la "responsabilidad de adecuar y revisar sus sistemas de preferencias y deseos" a sus diferentes circunstancias y a su porción distributiva.

<sup>2</sup> "We can either settle for a country where a shrinking number of people do really well while a growing number of Americans barely get by, or we can restore an economy where everyone gets a fair shot, and everyone does their fair share and everyone plays by the same set of rules" (énfasis añadido). 3<sup>o</sup> Discurso de Barack Obama sobre el Estado de la Unión, disponible en <http://www.nytimes.com/interactive/2012/01/24/us/politics/state-of-the-union-2012-video-transcript.html>, (fecha de acceso: 10/04/12).

<sup>3</sup> (John Rawls, 1971-1999)

<sup>4</sup> Entre ellos podemos encontrar a Richard Arneson (1990), Gerald Cohen (1988), Ronald Dworkin (1981a, 1981b), Kasper Lippert-Rasmussen (2001), Michael O'Rourke (2002), Peter Vallentyne (2002), Philippe Van Parijs (1991), Andrew Williams (2002). Actualmente los teóricos más interesados en el tema son Sofia Stemplowska (2008), Carl Knight (Knight, 2010) entre otros.

<sup>5</sup> (John Rawls, 1999b)

Uno de los participantes más relevantes de este debate ha sido el economista John Roemer<sup>6</sup>. Este autor sostiene que es correcto compensar las desventajas que no son fruto de un ejercicio de responsabilidad<sup>7</sup> y propone una concepción de responsabilidad adecuada para planificar el diseño de políticas públicas<sup>8</sup>. Su propuesta intenta dar cuenta de cómo podría, una teoría de la justicia, tener en cuenta el diferente grado de responsabilidad de los individuos para adecuar las políticas públicas. Roemer, al igual que Cohen, cree que la responsabilidad es una cuestión de grados que depende en gran medida del contexto y de las oportunidades disponibles que tiene cada persona cuando toma una decisión. La falta de oportunidades favorables, la posición social, los talentos, y el grupo familiar en el que las personas crecen son un ejemplo de factores que no deberían influir en la distribución de bienes porque las personas no tienen control sobre estos elementos. A los fines de lograr la compensación adecuada, Roemer afirma que se deben distribuir recursos para "nivelar el campo de juego" y una vez nivelado el campo de juego y las oportunidades de los individuos, la porción de bienes de cada uno será resultado exclusivo de sus decisiones y de su esfuerzo personal<sup>9</sup>. Si este modelo fuese exitoso, nos permitiría determinar en qué medida cada individuo es responsable por la vida que tiene y comparar el esfuerzo que realiza cada uno, independientemente de las circunstancias en las que se actúa.

<sup>6</sup> El trabajo de John Roemer sobre la discusión responsabilidad e igualdad comprende diversas obras. Véase (1968a, 1966b, 1993; 1995; 1996, 1998).

<sup>7</sup> La obra de Roemer ha tenido un gran impacto en la discusión sobre la relevancia moral de la responsabilidad. Profesor de Ciencia Política y de Economía en el departamento de Ciencia Política de la Universidad de Yale, Roemer participó de las discusiones sobre Marxismo Analítico que llevó a cabo el "Grupo de Septiembre". Su obra puede ser vista como "un esfuerzo por construir un puente" entre el método axiomático propio de la economía y el rigor analítico de la filosofía política anglosajona. (R. J. Arneson, 2000b). Otros miembros del "Grupo de Septiembre" son Gerald A. Cohen, Philippe Van Parijs, Erik Olin Wright, Jon Elster. Sobre la conformación de este grupo y su influencia en el desarrollo del marxismo analítico, véase (Cohen, 2000b; Gargarella, 1995; Guñaraz, 1999; Gutierrez, 1990; Kymlicka, 2002).

<sup>8</sup> La construcción de Roemer es destacada por uno de los principales teóricos del *Luck Egalitarianism*, Richard Arneson como una de las mejores ejemplos de síntesis entre filosofía política y economía (2000b, p. 10). Para una revisión crítica del aporte de Roemer véase también, (Hurley, 2006, p. 181 y ss.)

<sup>9</sup> Roemer sostiene que tanto John Rawls como Amartya Sen, se oponen a la igualdad formal de oportunidades pero además rechazan la igualdad de resultados. Esto los sitúa en una posición intermedia en que defienden un ideal cercano a la igualdad real de oportunidades (Van Parijs). Este tipo de ideales de equidad en las oportunidades permite desigualdades fruto de decisiones individuales. Véase (John E. Roemer, 1996, p. 163 y ss.). Para un análisis profundo de la discusión sobre el principio de igualdad de oportunidades formal, véase (John Rawls, 1971-1998, p.357 y 55)

En este trabajo me propongo aplicar el modelo de igualdad de oportunidades de Roemer al caso de los tributos sobre los talentos. Si el modelo de igualdad de oportunidades puede determinar el grado de esfuerzo personal que cada persona ejerce, y promover una compensación por el esfuerzo realizado, de manera inversa, podría justificar la imposición de un tributo sobre aquel individuo que en similares circunstancias opta por no desarrollar sus talentos naturales, no aprovechar las oportunidades que tiene por haber nacido en cierto grupo social o haber crecido en una familia socialmente influyente y económicamente poderosa. El principio resultante estaría vinculado por un parecido de familia con el principio marxista de contribución *"de cada quien según sus capacidades"*. En este caso el principio sería *"de cada quien según sus talentos productivos potenciales"*. Mostraré que el modelo teórico de Roemer sí justifica un sistema tributario de este tipo. El principal problema al que debe enfrentarse es que pasa por alto la importancia de libertades que son consideradas básicas y que no son incorporadas en su ideal de justicia como igualdad de oportunidades.

Primero, explicaré el modelo de igualdad de oportunidades de Roemer, y en particular analizaré la distinción entre circunstancias y responsabilidad. Luego aplicaré esta estructura teórica al caso de los talentos, mostrando cómo la teoría justifica un sistema de tributos sobre los talentos productivos potenciales. Argumentaré que un sistema de tributos sobre la capacidad productiva potencial podría utilizar como base impositiva la falta de esfuerzo y responsabilidad en el desarrollo o aprovechamiento de oportunidades ventajosas para producir más. En segundo lugar, reconstruiré la objeción de no respetar las libertades de las personas, y para ello utilizaré la noción de libertades básicas que Rawls incorpora dentro de la lista de bienes primarios sociales. Finalmente, evaluaré el modelo de igualdad de oportunidades de Roemer a la luz de esta objeción externa. Argumentaré que dicha objeción es insuperable porque Roemer no ha tenido en cuenta ningún tipo de restricción en la construcción de su modelo. Además, mostraré que no es cierto que su propuesta sea neutral y en este sentido, la objeción también será interna. El modelo de Roemer debería satisfacer las condiciones de publicidad que los principios de justicia de una sociedad bien ordenada satisfarían. La conclusión es que el modelo propuesto no puede presentarse como una teoría de la responsabilidad *"pragmática"* porque no puede ser aceptada por una concepción de la justicia respetuosa de la libertad de ocupación.

## 2. Circunstancias y responsabilidad

Roemer postula que circunstancias son aquellas condiciones internas y externas de una persona sobre las que no tiene control y que in-

fuyen en la formación de su plan de vida o en la formación de los valores por los que considera una vida valiosa. Estas circunstancias incluirían: su contexto familiar (educación y riqueza, número de hermanos, etc.); cultural, nacional y étnico; su salud (física y mental); y su inteligencia o talento natural, entre otras. La sociedad podría dividirse en grupos de individuos que comparten dichas características (grupo 1, grupo 2, grupo 3... grupo  $n$ )<sup>10</sup>. De este modo, por ejemplo, un grupo de personas estaría compuesto por individuos católicos, crecieron en una familia de profesionales, cuyos padres recibieron educación primaria y secundaria, tienen dos o tres hermanos o hermanas, que son saludables mental y físicamente y tienen un IQ entre 95 y 106<sup>11</sup>.

Roemer, al igual que Dworkin, considera que la formación de una concepción de la vida buena, es influenciada por el entorno de una persona<sup>12</sup>. Suponga que cada grupo de personas recibe la misma dotación de bienes externos. Es importante tener en cuenta la característica genérica de las distribuciones de bienes. Vinculado a cada grupo y a cada distribución de bienes determinada, existe un cierto resultado en cuanto a la distribución de concepciones de vida buena. Ahora bien, suponga que tenemos una distribución de bienes tal que el grado de satisfacción general esperado para cada persona de cada grupo es igual dentro de los grupos. Esto quiere decir que la distribución de bienes no da lugar a que surja ninguna causa *individual* por la cual alguien pudiese justificadamente reclamar que se le da un trato injusto. Dentro de cada grupo todos tienen la misma posibilidad de tener una vida valiosa satisfactoria y cada grupo tiene el mismo grado de satisfacción de vidas valiosas.

Veamos como funcionaría en un caso concreto. Roemer compara la situación de dos individuos, llámense Álvarez y Borges. Álvarez no tiene una causa razonable para quejarse respecto de su vida comparada con la vida de Borges, quien pertenece a su mismo grupo. La lista de sus circunstancias, ha contabilizada en la lista de factores que no están bajo su control y por los cuales no son responsables. Cualquier diferencia en la satisfacción del plan de vida dentro de un grupo es producto de la responsabilidad de los individuos miembros. Esto quiere decir que responden a las decisiones de cada miembro del grupo. La lógica que funciona detrás de esto es que todos los individuos comienzan con igual cantidad de bienes externos, las circunstancias han sido neutralizadas y, por lo tanto las

<sup>10</sup> Es razonable asumir que existirán menos grupos que personas.

<sup>11</sup> (John E. Roemer, 1996, p. 242)

<sup>12</sup> Aunque Dworkin piensa que al la persona se identifica con esa concepción de la vida buena, entonces asume responsabilidad por los bienes que necesitará para cumplir su plan de vida. Véase (Dworkin, 2000, p. 285 y ss.).

diferencias en las vidas de las personas no pueden ser sino el resultado de decisiones individuales. Álvarez solo puede quejarse por no obtener el mismo grado de satisfacción que Borges, si afirma que dentro de la lista original de circunstancias sobre las que no tiene control se ha dejado de lado alguna circunstancia relevante. Es decir, sólo tiene un motivo fundado para considerar su situación como injusta si no se han neutralizado todas las circunstancias por las que no es responsable.

¿Podría Álvarez reclamar que existe una injusticia en el hecho de que no obtiene la misma satisfacción en su plan de vida que el que ha obtenido una persona, digamos Anchorena, que pertenece a otro grupo social? El reclamo de Álvarez podría ser entendido como un reclamo de justicia dirigido a cómo su grupo es tratado respecto de otro grupo, esto es, a cómo se han agrupado las circunstancias por las que las personas no son responsables. Dado que, respecto de una cierta distribución de bienes, el nivel de satisfacción promedio en el plan de vida, esperado para cada miembro de cada grupo es igual en cada uno de los grupos, y que además, la distribución de las concepciones de buena vida y la distribución el grado de satisfacción en el plan de vida que le corresponde a cada grupo serán iguales, no existe fundamento para reclamar que su grupo ha sido tratado de manera inequitativa.

En otras palabras, Álvarez no tiene razón para afirmar que su situación es injusta en comparación con la de Borges, quien pertenece al mismo grupo, porque las diferencias en el grado de satisfacción de su plan de vida no es resultado de las circunstancias. Por lo tanto, cualquier diferencia en el grado de satisfacción que existe entre ellos es resultado de factores por los que sí son responsables. Álvarez tampoco puede justificar que su situación sea injusta en comparación con Anchorena, miembro de otro grupo. El nivel de satisfacción promedio esperado dentro de cada grupo es el mismo respecto de cada grupo.

### 3. Aplicación de los principios

El principio ético detrás del modelo de Roemer, es expresado, de manera general, del siguiente modo:

*... la sociedad debe indemnizar a las personas por los resultados negativos que son consecuencia de causas que están más allá de su control,*



pero no de los resultados que son consecuencias de causas que están dentro de su control, y de las que, por lo tanto, son personalmente responsables."<sup>13</sup>

Como comentario preliminar es curioso que Roemer no mencione que debe hacerse con los resultados positivos que resulten de factores que están más allá del control individual. ¿Deben ser redistribuidos o deben mantenerse? Es claro que su intención es determinar cuándo se ha alcanzado la igualdad de oportunidades y específicamente afirma:

*"Mi propia propuesta es que la igualdad de oportunidades para X se obtiene cuando los valores para X son iguales para todos aquellos que ejercitaron un grado comparable de responsabilidad, independientemente de sus circunstancias."*<sup>14</sup>

Creo que conviene hacer dos aclaraciones al respecto. En primer lugar, la noción de circunstancias es determinada según lo que cada sociedad decida que constituyen circunstancias socioeconómicas y genéticas sobre las que el individuo no tiene control<sup>15</sup>. Además, esta idea incluye las particulares concepciones que la sociedad en cuestión tenga sobre el grado en que las personas pueden superar sus circunstancias por actos de su voluntad. Para ilustrar esto último, piénsese que es muy diferente el grado en se concibe que los individuos pueden superar sus circunstancias socioeconómicas y genéticas por actos voluntarios, en una sociedad con una estructura social de castas y una sociedad en donde la movilidad social es amplia. La propuesta de Roemer intenta ser "política" ya que se basa en la descripción de una fórmula matemática (algoritmo o mecanismo) que podría funcionar y sería aplicable al diseño institucional de cualquiera de estas dos sociedades<sup>16</sup>.

En segundo lugar, la determinación de cuándo dos individuos, en diferentes circunstancias, han ejercitado un "grado comparable" de responsabilidad no implica que ejercitan "igual nivel" de responsabilidad. Porque una vez que se ha tenido en cuenta la diferencia en circunstancias socioeconómicas y culturales, puede ser que aunque no se haya ejercitado "igual nivel" de responsabilidad, sí se haya ejercitado un "grado compara-

<sup>13</sup> "The general form of the egalitarian ethic that emerges [...] is that society should indemnify people against poor outcomes that are the consequences of causes that are beyond their control, but not against outcomes that are the consequences of causes that are within their control, and therefore for which they are personally responsible." (John E. Roemer, 1993, p. 147) (Énfasis en el original)

<sup>14</sup> "My own proposal is that equality of opportunity for X holds when the values of X for all those who exercised a comparable degree of responsibility are equal, regardless of their circumstances." (John E. Roemer, 1993, p. 149). (Énfasis en el original)

<sup>15</sup> "...the society in question shall decide, through some process, what it wishes to deem <<circumstances>>." (John E. Roemer, 1998, p. 8)

<sup>16</sup> (John E. Roemer, 1998, p. 2)

ble" de responsabilidad. Para comprender el concepto, antes que brindar una definición, Roemer brinda diferentes ejemplos, uno de los cuales veremos a continuación.

### 3.1. La distribución de recursos de salud

¿Cómo debería distribuirse el costo social de un tratamiento oncológico en el caso de dos personas que han contraído cáncer de pulmón por fumar?<sup>17</sup> La cantidad de años que una persona ha fumado, es determinada en parte por sus circunstancias, y en parte por sus decisiones. Roemer propone su modelo para determinar el grado de responsabilidad de dos personas que tienen diferentes circunstancias. Suponiendo además que el tratamiento de ambas personas tiene el mismo costo.

Primero dividimos a la sociedad en grupos según las siguientes circunstancias<sup>18</sup>: 1) la ocupación laboral, 2) el grupo étnico, 3) el género, 4) el hecho de que sus padres fueran o no fumadores, y 5) el nivel de ingresos. Dentro de cada grupo social, existirán diferentes niveles de comportamiento de los fumadores, y entre los grupos sociales, existirán diferencias respecto a la cantidad promedio de años de fumar. Por ejemplo, en el caso de individuos de 60 años, en el Grupo 1, el promedio de fumador es 15 años, en el Grupo 2, el promedio es 10 años, etc. Es posible afirmar que dos individuos de 60 años, aunque estén en diferente grupo social, han ejercitado un grado comparable de responsabilidad respecto del cáncer de pulmón que contrajeron a causa de fumar, si ambos fumaron la cantidad de años promedio para su grupo.

Así, podemos pensar en dos individuos de 60 años, víctimas de cáncer de pulmón a causa de fumar. Una es Anchorena, profesora universitaria, cuyos padres dejaron de fumar cuando ella tenía 7 años; fumó la cantidad de años promedio de su grupo social, supóngase, 20 años. El otro, Álvarez, es obrero metalúrgico cuyos padres fueron fumadores empedernidos; fumó también la cantidad de años promedio de su grupo social, supóngase, 40 años. Para que la igualdad de oportunidades se satisfaga, ambos deberían recibir la misma compensación social.

### 3.2. El caso de los talentos potenciales no desarrollados

El modelo de Roemer no tiene como objetivo establecer cuando es correcto afirmar que algo es una circunstancia, pues vimos que esto lo pone en manos de una decisión política. Su objetivo es medir el grado de

<sup>17</sup> (John E. Roemer, 1993, p. 150)

<sup>18</sup> (John E. Roemer, 1993, p. 150 y ss.; 1996, p. 276 y ss.)

responsabilidad personal ejercido en muy diferentes circunstancias a los fines de su comparación. Es decir, una vez que se ha establecido (a través de un procedimiento político legítimo) cuáles son los factores que pueden considerarse más allá del control de una persona, el modelo permite medir y comparar el grado (no así el nivel) de esfuerzo personal ejercido por diferentes personas en diferentes circunstancias. De este modo, se puede determinar cuando las diferencias en ingresos y riquezas son el resultado de factores por los que las personas tienen responsabilidad. Pero además, si dos personas comparten las circunstancias y por eso pertenecen al mismo grupo social, cualquier diferencia en sus bienes es el resultado de un ejercicio diferenciado de responsabilidad.

Una vez que podemos comparar el grado de esfuerzo personal ejercido, ¿por qué no podríamos comparar el grado de esfuerzo que la persona no ejerció y que lo hubiera puesto en una situación diferente de la que actualmente tiene? Por ejemplo, si los ingresos de una persona están dados por las siguientes características: 1) ingreso de los padres, 2) educación de los padres, 3) grupo étnico, 4) IQ, y 5) nivel de salud psicofísica; ¿Cuál sería el obstáculo teórico para medir y comparar el grado de esfuerzo que la persona no ejerció para llevar una vida diferente de la que lleva? Si dos personas están en el mismo grupo social, y tienen circunstancias similares, y tienen diferentes niveles de ingresos y riqueza, esta diferencia en su porción distributiva, según Roemer, es el producto de un ejercicio diferenciado de responsabilidad. Es válido deducir que una de ellas se esforzó más que la otra o que la otra se esforzó menos. La persona que se esforzó menos, ¿podría ser multada por no esforzarse de manera semejante? ¿Podría implementarse un tributo con una alícuota progresiva a medida que disminuye la productividad de una persona talentosa?

Si alguno de los individuos de un grupo social obtiene un ingreso debajo de la media obtenida en su grupo, dado que todos los factores que están más allá del control del individuo se han tenido debidamente en cuenta para definir cada clase de individuos, se considera que ese logro por debajo de la media responde a la falta de esfuerzo personal. Este esfuerzo no empleado cae bajo el control de un individuo, y por lo tanto bajo su responsabilidad. El modelo podría aplicarse para diseñar un sistema que en lugar de compensar el esfuerzo comparable en diferentes circunstancias, imponga un tributo sobre la falta de esfuerzo comparable en similares circunstancias. En principio, es menester admitir que es una alternativa teóricamente plausible.

Supongamos que la política redistributiva ideal, debiese igualar las oportunidades para todas aquellas personas que están en la misma escala de responsabilidad empleada, independientemente de cuáles sean sus circunstancias. Esta igualdad puede lograrse a través de la compensación, distribuyendo bienes, o del gravamen, imponiendo tributos. Aunque dos

personas tengan diferentes circunstancias, esto es, se encuentren en diferentes grupos sociales, pueden emplear grados comparables de esfuerzo en la consecución de sus logros educativos o pueden no esforzarse en grados también comparables. La política de la igualdad de oportunidades, implicaría distribuir los recursos de manera que todos los que ejerciten grados comparables de responsabilidad, estén en posición de obtener los mismos logros. Pero esto no dice nada sobre la manera en que se deba distribuir para igualar.

En otras palabras, Roemer pretende nivelar el campo de juego, neutralizando las circunstancias, y de esta manera lograr que los ingresos y riquezas estén determinados solamente por aquello que está bajo el control de los individuos. Las porciones distributivas serían una función de las decisiones y el esfuerzo individual. Esta idea es diferente del principio que afirma "*se debe indemnizar los resultados negativos que son consecuencia de causas que están más allá del control de las personas.*" Determinar que las personas son responsables de sus diferencias en ingresos y riquezas no nos guía en la compensación de aquello por lo que no son responsables (!)<sup>19</sup>.

El problema es que, en primer lugar, nivelar el campo de juego no necesariamente exige *recompensar* el esfuerzo. Por el contrario podría exigir *castigar o gravar la falta o ausencia* de esfuerzo. La falta de ambición personal o la falta de desarrollo de los propios talentos naturales también caen dentro del ámbito de la responsabilidad personal. Una vez que se descuentan las circunstancias, las diferencias en el nivel de ingresos y riqueza de dos individuos es el resultado de diferentes decisiones y esfuerzo individual. Si esto es así, "*igualar las oportunidades para X*" podría alcanzarse mediante recompensas hacia quienes han realizado un esfuerzo comparable en diferentes circunstancias, pero también podría alcanzarse mediante penalizaciones hacia quienes no han realizado un esfuerzo comparable en similares circunstancias. Sería el revés de la expresión de "*si a usted le faltaron oportunidades, vamos a compensarlo*", es decir, "*si a usted le sobraron oportunidades y no las aprovechó, vamos a multarlo.*"

En segundo lugar, recompensar de igual modo el grado comparable de responsabilidad en las decisiones y el esfuerzo individual, supone

<sup>19</sup> Susan Hurley critica la idea de que determinar qué cuestiones son producto de la suerte no justifica ningún patrón de distribución específico. ¿Deberíamos igualar, priorizar la situación de los que menos tienen, distribuir de manera sufcientista o algo distinto? Hurley afirma que cualquier otro resultado distributivo no necesariamente significa darle a las personas lo que les pertenece por ser responsables. Del mismo modo, creo que determinar que cuestiones caen bajo nuestra responsabilidad, no ayuda a determinar cómo debemos distribuir para compensar aquella por lo que no somos responsables y tampoco como debemos responder ante la responsabilidad por no desarrollar los talentos potenciales. Véase (Hurley, 2005, p. 150 y ss.)

que la igualdad de oportunidades ya ha sido alcanzada. De lo contrario, si la igualdad de oportunidades no ha sido alcanzada, el campo de juego no habrá sido nivelado y sería imposible saber cuando dos personas se esfuerzan en grado comparable. En otras palabras, sólo podemos saber cuando dos personas se han esforzado en grado comparable, una vez que hemos identificado y neutralizado las diferencias en sus circunstancias. Como lo presenta Susan Hurley, Roemer confunde dar a las personas lo que *merecen* por haberse esforzado en grado semejante, con dar a las personas lo que les corresponde porque son *responsables* de la decisión que tomaron<sup>20</sup>.

Pese a todo lo dicho, el modelo de Roemer no deja de ser atractivo y teóricamente plausible para diseñar un sistema de recompensas y de penalidades. Siempre que sea posible determinar cuando dos personas han ejercido un grado comparable de responsabilidad, con independencia de sus diferentes circunstancias, también podremos determinar cuando dos personas han ejercido un grado diferente de responsabilidad, teniendo en cuenta similares circunstancias.

#### 4. El tributo sobre los talentos y la igualdad

Hasta ahora hemos analizado la propuesta de John Roemer sobre la igualdad de oportunidades. El principio normativo que defiende su modelo afirma "*La igualdad de oportunidades para X se obtiene cuando los valores para X son iguales para todas las personas, con independencia de las circunstancias*". Este principio sería satisfecho tanto si se recompensa de igual manera el esfuerzo ejercitado, como si se gravara la ausencia o falta de esfuerzo en similares circunstancias. Podría aplicarse para el diseño de un sistema de tributos sobre los talentos productivos no desarrollados, o como una especie de sanción para las oportunidades no aprovechadas.

Esta idea no es teóricamente descabellada. De hecho, es una posibilidad que se discute respecto al sistema tributario ideal y es una de las interpretaciones que se ha dado al principio tributario basado en la "capacidad económica". Este principio sostiene que los ciudadanos deben contribuir monetariamente según su la capacidad de pago (actual o potencial)<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> (Hurley, 2005, p. 106 y ss.)

<sup>21</sup> (Mordeglia, 1985, pp. 276-283; Murphy & Nagel, 2004, p. 20). En algunos sistemas tributarios, como el de España, el principio de "capacidad económica de pago" tiene rango constitucional. Según el doctrinario tributarista alemán Klaus Tipke, este principio es amplia y universalmente reconocido como "...el único principio fundamental que respeta todos los derechos fundamentales de las Constituciones del Estado Social de Derecho". Véase (Tipke, 2002, pp. 33-34). En Argentina, el principio de capacidad contributiva ha sido aceptado jurisprudencialmente como una condición de la constitucionalidad de un tributo, prohibiendo la aplicación de tributos en donde no haya capacidad contributiva (Sagües, 1993, pp. 170-171).

Según Murphy y Nagel, la interpretación del principio de capacidad de pago como "la capacidad de obtener ingresos y acumular riquezas", se considera el principio contributivo ideal. La ventaja de esta interpretación es que un sistema tributario basado en los talentos productivos no provoca desincentivos respecto al trabajo. Aunque alguien no trabaje, deberá pagar impuestos sobre la base de su "capacidad potencial" de generar dinero. Sin embargo, las dificultades prácticas que surgen en la aplicación de este sistema son muchas. No es nuestro objetivo aprovecharnos de estas dificultades prácticas.

Si bien el principal argumento a favor de este sistema está basado en la eficiencia, existen otras razones para justificar un tributo sobre los talentos. También se han propuesto argumentos basados en la equidad. Por ejemplo, John Rawls<sup>22</sup> afirma que el principio de la diferencia podría conformarse al principio de contribución marxista "*de cada quien según su capacidad*", si la sociedad impusiera un impuesto sobre los talentos naturales<sup>23</sup>. Sin embargo, el problema con este sistema de tributos es que interfiere con el valor de la libertad.

En respuesta a una objeción que le realizan Alexander y Musgrave, Rawls afirma que una forma de reemplazar un impuesto sobre los talentos sería incorporar el tiempo de ocio en la lista de bienes sociales primarios a ser distribuidos por las instituciones. Incorporar como bien primario el tiempo de ocio de una persona sirve a los fines de determinar la posición social de un individuo y en tanto mayor sea la cantidad de horas de ocio, tanto más alto será el índice de bienes primarios. La única restricción que impone la *justicia como equidad* para incorporar el ocio como un bien social, es que se ajuste de tal modo que deje a salvo la prioridad de las libertades básicas<sup>24</sup>.

La idea de gravar impositivamente los talentos o el ocio ha sido tildada de violar la libertad de ocupación y de dar lugar a la "esclavitud de los talentosos"<sup>25</sup>. La razón por la que se rechaza la idea de impuestos sobre los talentos, es que si una persona tiene talentos naturales excepcionales, en caso de trabajar al máximo de su rendimiento productivo, pagará un nivel alto de tributos, y si elige no trabajar al máximo o no trabajar en el em-

<sup>22</sup> "Crítica al Programa de Gotha", Karl Marx, citado por Rawls (1974, p. 145).

<sup>23</sup> Brevemente, el principio de la diferencia es el que regula la distribución diferenciada de ingresos y riquezas en la concepción de la *justicia como equidad*.

<sup>24</sup> (John Rawls, 1986, p. 120; 1999a, p. 253).

<sup>25</sup> Nozick va más allá todavía. Afirma que cualquier tipo de redistribución mediante impuestos a los productos del trabajo van a la par con el trabajo forzado. Imagínese que los impuestos otorgan a otros derechos de propiedad sobre "...su persona, sus acciones y su trabajo." Véase (Nozick, 1980, pp. 170-174) En principio Roemer acepta esta "esclavitud de los talentosos" porque cree que en realidad no existe una propiedad de terceros sobre el cuerpo de una persona sino sobre una parte de sus ingresos (John E. Roemer, 1996, p. 262).

pleo más productivo según los talentos que tiene, entonces, deberá pagar tributos elevados de cualquier modo. La base impositiva del tributo sobre los talentos esté directamente vinculada con la productividad potencial. Si una persona es muy talentosa, el tributo que deberá pagar será muy alto y entonces, la decisión de trabajar en lo que ella prefiere no es una opción disponible. Deberá trabajar al máximo nivel de productividad para pagar el impuesto y ésta es la principal objeción en contra. El problema no es que el sistema de tributos interfiera con la libertad de las personas, y que si ese sistema tributario en particular no existiera, los individuos podrían tener otras opciones disponibles. Cualquier sistema tributario produce una interferencia en las opciones disponibles para una persona. El problema es que un sistema tributario basado en la capacidad productiva potencial, no deja a la persona otra opción que trabajar al máximo de sus capacidades. En cambio, si la persona no es talentosa, entonces tendrá la libertad de trabajar en lo que se le antoje, puesto que de cualquier manera, en su caso, el impuesto sobre la capacidad de producción potencial sería muy bajo.

Ahora bien, como vemos, la principal dificultad para implementar un tributo sobre la producción potencial es de índole teórica: un tributo sobre la capacidad potencial de producción violaría la libertad de ocupación. Los ciudadanos de una sociedad regida por los principios de *justicia como equidad* consideran que ésta es una de las libertades básicas que merece una protección prioritaria<sup>26</sup>. Ahora bien, ¿que implica incorporar al tiempo de ocio como un bien social primario? ¿Por qué no existe el mismo tipo de objeción teórica sobre esta idea? La idea de contabilizar el tiempo de ocio de una persona dentro del índice de bienes que determina su posición social no viola la prioridad de las libertades básicas pero sólo bajo una condición: que existan oportunidades disponibles para poder acceder a un trabajo fructífero<sup>27</sup>. Sin embargo, no es el objetivo de este trabajo indagar en las condiciones que, según Rawls, garantizarían incorporar el ocio como un bien social primario.

##### 5. El modelo de Roemer frente a la objeción

El modelo de la igualdad de oportunidades de John Roemer, ¿es capaz de adaptarse a estas objeciones? Si no puede adaptarse a estas restricciones, entonces la idea de sancionar a las personas por la falta o ausencia de un grado de responsabilidad comparable en situaciones similares

<sup>26</sup> (John Rawls, 2001, pp. 157-158)

<sup>27</sup> (John Rawls, 2001, p. 179)

no puede ser aceptado<sup>28</sup>. Incluso aunque pudiera ser teóricamente posible que pudiese determinarse el grado de responsabilidad de cada individuo. Si esto es así, y sostendré que lo es, el modelo de Rosmer, aunque teóricamente sofisticado, permite derivar conclusiones prácticas que deberían ser rechazadas por una concepción de justicia liberal.

Como primera cuestión, determinar el grado de responsabilidad, o mejor dicho, determinar la ausencia o falta de responsabilidad comparable en similares circunstancias, no satisface el requisito de publicidad que deben satisfacer los principios de justicia de una sociedad de ciudadanos libres e iguales. En *justicia como equidad*, los principios de justicia deben ser cumplidos por todos los ciudadanos, que saben que los demás cumplen y que saben que las instituciones de su sociedad también cumplen con estos principios<sup>29</sup>. Dado que la determinación de cuando dos personas han ejercido una responsabilidad comparable en diferentes circunstancias o cuando dos personas no han ejercido una responsabilidad similar en circunstancias similares sólo puede hacerse mediante un mecanismo y una información que no es fácilmente comprensible y que no está a mano de cualquier ciudadano, este modelo no satisface las condiciones de la publicidad<sup>30</sup>.

No satisface otros de los niveles que una sociedad bien ordenada (en términos rawlsianos) debe satisfacer. En primer lugar no todos los ciudadanos estarán en condiciones de reconocer si las instituciones satisfacen los principios de justicia o no. Es decir, no estarán en condiciones de reconocer si la comparación de la responsabilidad que hacen las instituciones, basándose en una "decisión política" es la que deberían hacer. En segundo lugar, la idea de que debe recompensarse el esfuerzo o que debe gravarse la falta de esfuerzo en desarrollar los talentos potenciales deriva de una cierta concepción de lo que es bueno. No podemos asumir que todos los ciudadanos de una sociedad bien ordenada caracterizada por la pluralidad de concepciones del bien, aceptarían que el esfuerzo deba ser premiado, o que la falta de esfuerzo para desarrollar los talentos potenciales que uno tenga, deba ser tomado como una base imponible a los fines de igualar las oportunidades de los ciudadanos. Fundamentalmente porque la idea de que las personas son responsables de desarrollar sus talentos responde a una concepción de la responsabilidad que no necesariamente es compartida por todos. Por ello, no puede justificarse la penalización por tener una concepción del bien que no ordena maximizar el potencial productivo. Además porque no necesariamente es verdad que el

<sup>28</sup> A esto debe añadirse las críticas de paternalismo y perfeccionismo que realizan Scanlon, Hurley y Arneson.

<sup>29</sup> (John Rawls, 2001, p. 120 y ss.)

<sup>30</sup> Sobre este punto, Rawls sostiene que la comparación de las porciones distributivas de las personas debe hacerse sobre una base pública con una métrica objetiva y observable de las circunstancias sociales de las personas. Véase (John Rawls, 1988, pp. 257-258)



mayor beneficio de una sociedad se logre haciendo que todas las personas ocupen un empleo que los haga obtener la mayor cantidad de dinero. Muchas opciones de vida, entre ellas los planes de vida que están destinados a la producción y creación artística serían dejadas de lado porque las personas deberían trabajar para ganar la mayor cantidad de dinero<sup>21</sup>.

Como segunda cuestión, la idea de penalizar a las personas por no desarrollar los talentos potenciales y por lo tanto, no trabajar al máximo nivel productivo no puede ser aceptado si se pretende respetar un conjunto de libertades básicas que tienen prioridad frente a la distribución de bienes económicos. Tampoco puede aceptarse este modelo, si se lo aplica para gravar conductas que no tienden a maximizar el potencial productivo de una persona, por caso, si no aprovecha las circunstancias favorables que tiene. Esto implicaría, por un lado, diseñar las instituciones que distribuyen bienes desde una concepción del bien que considera deseable maximizar las potencias creativas o productivas de una persona. Por ello, el modelo de Roemer es perfeccionista. Por otro lado, la recompensa por el esfuerzo es más cercana a la noción de "merecimiento"<sup>22</sup>. Pero aún así, la noción de que alguien "merezca" un cierto reconocimiento, y pueda hacer un reclamo basado en esta expectativa legítima debe satisfacer los requisitos de simpleza, publicidad y que sea observable abiertamente. Claramente el modelo de Roemer no satisface estas condiciones.

#### Bibliografía

- ARNHEIM, R. J. (1990). Liberalism, Distributive Subjectivism, and Equal Opportunity for Welfare. *Philosophy and Public Affairs*, 19(2), 158-194.
- ARNHEIM, R. J. (2000b). Economic Analysis Meets Distributive Justice. *Social Theory and Practice*, 26(2), 327-346.
- CORLEN, G. A. (1989). On the currency of egalitarian justice. *Ethics*, 99(4), 906-944.
- CORLEN, G. A. (2000b). *If you're an Egalitarian, how come you're so rich?* Cambridge: Harvard University Press.
- DWORKIN, R. (1981a). What is Equality? Part 1: Equality of Welfare. *Philosophy and Public Affairs*, 10(3), 185-246.
- DWORKIN, R. (1981b). What is Equality? Part 2: Equality of Resources. *Philosophy and Public Affairs*, 10(4), 283-345.
- DWORKIN, R. (2000). *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*. Cambridge Mass.: Harvard University Press.
- GARGABELLA, R. (1995). Meritismo analítico, el marxismo claro. *Deux*(17-18), 231- 256.

<sup>21</sup> Así también lo afirman Leon Murphy y Thomas Nagel, véase (Murphy & Nagel, 2004, pp. 123-124)

<sup>22</sup> El análisis de la noción de merecimiento y su importancia para la distribución de bienes en la teoría de Rawls no puede ser analizada aquí por cuestiones de brevedad. Sin embargo soy consciente de que es necesaria para comprender completamente como se articula en la concepción de justicia como equidad la idea de responsabilidad institucional. Esta cuestión deberá ser abordada en otro lugar.

- GUÍÑAZÚ, M. (1999). Marxismo analítico y justicia: ¿Más allá de Rawls? In A. Borón (Ed.), *Teoría y filosofía política*. Buenos Aires: CLACSO.
- GUTIERREZ, M. A. (1990). Para leer al Marxismo analítico: controversias metodológicas e implicancias teóricas. *Doxa*.
- HURLEY, S. L. (2005). *Justice, Luck, and Knowledge*. London: Harvard Univ Press.
- KNIGHT, C. (2010). *Luck egalitarianism: equality, responsibility, and justice*. Edinburgh: Edinburgh University Press.
- KYMLICKA, W. (2002). *Contemporary Political Philosophy. An Introduction* (Second Ed. ed.). Oxford: Oxford University Press.
- LIPPERT-RASMUSSEN, K. (2001). Egalitarianism, Option Luck, and Responsibility. *Ethics*, 111 (3), 548-573.
- MORDOGLLA, R. M., et al. (1966). *Manual de Finanzas Públicas* (2a. ed.). Buenos Aires: A-Z editora S.A. .
- MURPHY, L., & Nagel, T. (2004). *The myth of ownership: taxes and justice*. Oxford University Press. USA.
- NORDICK, R. (1990). *Anarquía, Estado y Utopías* (1a. ed.). México: Fondo de Cultura Económica.
- OTSUKA, M. (2002). Luck, Insurance, and Equality. *Ethics*, 113(1), 40-64.
- PARJIS, P. Y. (1991). Why Surfers Should be Fed: The Liberal Case for an Unconditional Basic Income. *Philosophy and Public Affairs*, 20(2), 101-131.
- RAWLS, J. (1974). Some reasons for the maximin criterion. *The American Economic Review*, 64 (2), 141-146.
- RAWLS, J. (1986). *Justicia como equidad y otros ensayos: materiales para una teoría de la justicia* (M. Á. Rodilla, Trans.). Madrid: Tecnos.
- RAWLS, J. (1988). The Priority of Right and Ideas of the Good. *Philosophy and Public Affairs*, 17 (4), 251-276.
- RAWLS, J. (1999a). *John Rawls: Collected Papers*. Cambridge Mass.: Harvard University Press.
- RAWLS, J. (1971-1999). *A Theory of Justice. Revised Edition*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press.
- RAWLS, J. (2001). *Justice as fairness: a restatement* (Erin Kelly ed. Vol. 1). Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- ROEMER, J. E. (1986a). Equality of resources implies Equality of welfare. *The Quarterly Journal of Economics*, 751-784.
- ROEMER, J. E. (1986b). The mismatch of bargaining theory and distributive justice. *Ethics*, 96-110.
- ROEMER, J. E. (1993). A Pragmatic Theory of Responsibility for the Egalitarian Planner. *Philosophy and Public Affairs*, 22(2), 146-166.
- ROEMER, J. E. (1995). Equality and responsibility. *Boston Review*, 20(2), 3-7.
- ROEMER, J. E. (1998). *Theories of distributive justice*. Cambridge, Mass ; London: Harvard University Press.
- ROEMER, J. E. (1998). *Equality of opportunity*. London: Harvard University Press.
- SAGÜES, N. P. (1993). *Elementos de derecho constitucional* (3 ed. Vol. II). Buenos Aires: Astrea.
- STREMPLOWSKA, Z. (2008). Making Justice Sensitive to Responsibility. *Political Studies*.
- TIJER, K. (2002). *Moral Tributaria del Estado y de los Contribuyentes* (P. M. Herrera Molina, Trans.). Madrid: Marcial Pons.
- VALLENTON, P. (2002). Brute Luck, Option Luck, and Equality of Initial Opportunities. *Ethics*, 112 (3), 529-557.
- WILLIAMS, A. (2002). Dworkin on Capability. *Ethics*, 113(1), 23-39.

**SECCIÓN VIII**  
**SOCIOLOGÍA**



## **LA DISIDENCIA EN LOS JUICIOS POR JURADO: COMENTARIOS SOBRE LA AUTONOMÍA DE DECISIÓN LEGA\***

*Maria Inés Bergoglio\*\**

**Resumen:** La modalidad de participación lega en las decisiones judiciales implementada en Córdoba desde 2006 no impone la exigencia de unanimidad en las decisiones. Sin embargo, en la práctica la unanimidad llega al 85% de los casos. Si bien estos valores resultan algo inferiores a los vigentes en otros sistemas de tribunales mixtos, sugieren la necesidad de reflexionar sobre los márgenes de autonomía efectivos de los ciudadanos comunes durante las deliberaciones en estos tribunales.

Utilizando el conjunto de sentencias 2005 - 2009, así como entrevistas realizadas a magistrados con experiencia en juicio por jurados, el presente trabajo realiza una revisión de los casos decididos por mayoría. Las características de las causas en las que se produjeron disidencias, de los decisores que se pronunciaron en minoría y los argumentos utilizados para fundar esas decisiones se exponen en detalle. Se intenta de este modo contribuir a esclarecer las condiciones que favorecen la autonomía de decisión en los legos.

**Palabras claves:** Juicios por jurado - Disidencias - Autonomía de decisión.

### **I. Introducción**

A diferencia de lo que ocurre generalmente en el sistema de jurados anglosajón, la modalidad de participación lega en las decisiones judiciales vigente en la provincia de Córdoba implementada desde 2005 gracias a la ley 9182 no impone la exigencia de unanimidad para llegar a un veredicto.

La investigación realizada sobre el conjunto de 117 sentencias registradas en juicios por jurado, desde el comienzo de la vigencia del siste-

---

\*Este proyecto ha sido llevado adelante gracias a los subsidios otorgados por la Secretaría de Ciencia y Técnica Universidad Nacional de Córdoba, y el Ministerio de Ciencia y Técnica de la Provincia de Córdoba. Cabe destacar la participación de la estudiante Cynthia Cordón, quien se desempeñó como ayudante de investigación en el proyecto. Se agradece igualmente la cooperación de la Oficina de Jurados del Poder Judicial de Córdoba.

\*\* Doctora en Ciencia Política (UCC) y Especialista en Sociología Política (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid). Profesora Titular, Sociología Jurídica A, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Comunicaciones relativas a este artículo a [mibergoglio@gmail.com](mailto:mibergoglio@gmail.com)

ma en 2005 hasta diciembre de 2009, mostró que, pese a que la unanimidad no es obligatoria, resulta muy frecuente: el 85% de las 188 decisiones adoptadas en estos casos lo fueron con la adhesión de todos los miembros del tribunal.

Si bien estos valores resultan algo inferiores a los vigentes en otros sistemas de tribunales mixtos, estimados por Hans (2008) en 90 - 95%, sugieren la necesidad de reflexionar sobre los márgenes de autonomía efectivos de los ciudadanos comunes durante las deliberaciones en estos tribunales. Cabe preguntarse hasta dónde los ciudadanos comunes que se reúnen para deliberar en la misma sala con los magistrados, tienen oportunidad de expresar autónomamente sus puntos de vista, de aportar a la crítica de las pruebas desde la perspectiva del sentido común, o de contribuir a la interpretación de los hechos con la mirada corriente en la comunidad.

Distintos observadores han adelantado sus dudas en este aspecto. Así, Hendler (2007, p. 7), afirma que el estilo burocrático de los veredictos sugiere que *"Los ciudadanos comunes los firman como una fórmula. Obviamente no tienen idea de lo que significan"*<sup>1</sup>. Por su parte, Coppola (2002) observa el riesgo de que los jueces ejerzan una influencia indebida sobre las decisiones de los legos.

Con el interés de explorar las condiciones que pueden favorecer la autonomía de decisión de los jurados, el presente trabajo profundiza el estudio de las disidencias en este contexto. Después de revisar las reglas de decisión empleadas en otros países, se presenta la experiencia cordobesa, tomando en cuenta tanto las normas legales como las prácticas vigentes. Con este panorama general, se aborda el análisis de los 28 casos resueltos con intervención ciudadana y decididos por mayoría. Se describen las características de las causas en las que se produjeron disidencias y de los decisores que se pronunciaron en minoría. Igualmente se exponen en detalle los argumentos utilizados para fundar esas decisiones.

## II. La disidencia en otros sistemas

El requerimiento de unanimidad en las decisiones del jurado tiene un largo arraigo en el derecho anglosajón. Iniciado en Inglaterra en el siglo XIV, continuó en Estados Unidos como requisito general, tanto en el campo penal como en el civil, durante el siglo XIX. Con el tiempo la estrictez de esta regla ha ido menguando. Actualmente se la mantiene para todos los delitos castigados con más de un año de prisión (felonies) a nivel federal y en todos los estados, salvo Luisiana y Oregón (Diamond, Rose y Murphy, 2006).

<sup>1</sup> En inglés en el original: *"Lay people sign it as a formula. They have obviously no idea of what it means."*

Los argumentos a favor de la unanimidad señalan que, donde se ha alcanzado consenso total en el grupo, tanto la calidad de la decisión como la legitimidad del veredicto son mayores. No obstante, lograr el acuerdo de todos los participantes no resulta sencillo cuando los miembros no están vinculados por relaciones personales, o en contextos donde se registra heterogeneidad cultural (Delli Carpini et al. 2004).

Fuera de Estados Unidos, hoy sólo mantienen la exigencia del acuerdo unánime para el veredicto del jurado algunos estados australianos y Canadá. En muchas jurisdicciones se aceptan decisiones mayoritarias, si después de un tiempo de deliberación formalmente estipulado, no se logra la decisión unánime. En Inglaterra, por ejemplo, basta con diez votos de los doce miembros del jurado para llegar a un veredicto, siempre que se haya cumplido con dos horas de deliberación; en algunos estados australianos el tiempo de debate exigido para flexibilizar el requisito de la unanimidad se extiende hasta seis horas, (Leib, 2006).

Donde la unanimidad es un requisito, la posibilidad de que miembros del jurado no logren conciliar sus puntos de vista con el resto es un problema. Sin embargo, la proporción de casos en los que no es posible procesar las disidencias y llegar a una decisión suele ser relativamente baja<sup>2</sup>. No obstante, estudios empíricos basados en encuestas han mostrado que en casos donde se ha logrado consenso unánime, la proporción de jurados cuyo voto individual difería del finalmente adoptado en el grupo puede ser significativa<sup>3</sup>.

En los países que mantienen tribunales mixtos, la posibilidad de la disidencia está generalmente contemplada en las reglas y no se exige acuerdo de todas las voluntades para llegar a una decisión. En Alemania, donde se incorporan asesores legos a la tarea de los jueces profesionales, se requiere una mayoría de dos tercios para una sentencia condenatoria. Tampoco exigen unanimidad para llegar un veredicto Francia o Italia.

En los estados que han incorporado recientemente sistemas de jurados —como Japón, Ruela o Corea— la tendencia es a abandonar el requisito de la unanimidad, que resulta más difícil de lograr en contextos

<sup>2</sup> En Estados Unidos, Hannaford, Hans y Manssternman. (1999) informan que la tasa total de jurados que no lograron unanimidad (*hung juries*) osciló entre 2 y 3% en el nivel federal entre 1990 y 1997. En las administraciones de justicia estatales, donde se procesa la gran mayoría de los casos, el porcentaje era algo más alto: 6.2% en promedio para el período 1996 - 1998, para los 30 estados de los que se disponían datos. En cambio en Inglaterra, donde el requisito de la unanimidad se ha flexibilizado, Thomas (2010) informa que el porcentaje de jurados que no llegan a un veredicto es del 0.6%.

<sup>3</sup> Waters y Hans (2006) encontraron que un 38% de sus encuestados podían considerarse disidentes, en cuanto su voto individual estaba en desacuerdo con el veredicto finalmente adoptado.

culturalmente heterogéneos como los que caracterizan a las sociedades contemporáneas. Lo mismo ocurre en España, donde se requieren siete de nueve votos para una sentencia condenatoria, mientras que para los pedidos de clemencia basta con cinco votos (Leib 2006). Esta tendencia se justifica generalmente a partir de motivos de eficiencia, en tanto evita la necesidad de juzgar nuevamente los casos en los que el jurado no logró la unanimidad. Se argumenta igualmente que incorporar institucionalmente la posibilidad de la disidencia resulta afín a los valores democráticos (Alder, 2000).

En cambio, los críticos de la regla mayoritaria sostienen que ella reduce la calidad del proceso de toma de decisiones, pues acorta el tiempo de la deliberación y reduce la oportunidad de la minoría de exponer sus puntos de vista. Se aduce que tales cambios terminan afectando la legitimidad y la confiabilidad de las decisiones del jurado (Diamond, Rose y Murphy 2006).

### III. La experiencia cordobesa

En Córdoba, la ley 9182 fijó para el jurado los mismos mecanismos de deliberación que prevé el Código Procesal Penal para los jueces. Terminado el debate, jueces y jurados pasan a deliberar en sesión secreta. Conjuntamente con dos de los jueces técnicos, los legos deciden sobre la existencia del hecho delictuoso y la participación del acusado en él; estas decisiones, en las que no participa habitualmente el presidente del tribunal, se adoptan por mayoría simple.

El presidente del tribunal, que sólo vota en caso de empate, tiene a su cargo la fundamentación del voto de los jueces populares si la decisión de éstos no coincide con la de los demás camaristas<sup>4</sup>. Esta disposición intenta conciliar la participación popular en los juicios penales —habitualmente fundada en la íntima convicción— con el requerimiento constitucional de que las sentencias de los jueces estén racionalmente motivadas. La reducción de las atribuciones del presidente que esta regla implica, ha

<sup>4</sup> *Artículo 44.- Votación y Fundamentos. Los jurados y los dos jueces integrantes del Tribunal, con excepción del Presidente, votarán sobre las cuestiones comprendidas en los incisos 2°) y 3°) del Artículo 41 y sobre la culpabilidad o inocencia del acusado.*

*Si existiera discrepancia entre los dos jueces y los jurados, y éstos formaran mayoría, la fundamentación lógica y legal de la decisión mayoritaria correrá por cuenta del Presidente de la Cámara, excepto que uno de los jueces técnicos haya concurrido a formar mayoría, en cuyo caso la fundamentación será elaborada por este.*

*Si la decisión mayoritaria de los jurados no fuera unánime, los jurados que hayan emitido su voto en sentido contrario a la mayoría podrán adherir al voto de alguno de los jueces que concurrieron a formar la mayoría. En igual sentido, el Presidente de la Cámara deberá motivar la decisión minoritaria de los jurados cuando ninguno de los dos jueces hubiera votado en el mismo sentido que aquellos.*



generado resistencia entre los magistrados; en tres de las sentencias decididas por mayoría revisadas durante la investigación, el tribunal declaró la inconstitucionalidad de esta disposición<sup>6</sup>.

De hecho, aunque la unanimidad no es un requisito legal, se presenta con mucha frecuencia. En los cinco primeros años de vigencia del sistema se emitieron un conjunto de 117 sentencias, en las que se tomaron decisiones sobre 188 imputados. El 85% de estas decisiones fueron decisiones compartidas por todos los miembros del tribunal, tanto legos como profesionales.

En las 28 decisiones restantes<sup>6</sup> se conformaron distintos tipos de bloques a la hora de escribir el veredicto; tal como se puede ver en la tabla 1 adjunta. El modelo más frecuente de minoría es la integrada exclusivamente por ciudadanos comunes, presente en 19 casos; en seis oportunidades, en cambio, encontramos jurados y al menos un juez técnico en la minoría.

Tabla 1 - Casos resueltos por mayoría

Composición mayoría	Nº de decisiones	Composición minoría
Dois jueces técnicos y cuatro o más jurados	19	Jurados exclusivamente
Un juez técnico y cinco o más jurados	5	Un juez técnico y uno o más jurados
Jurados exclusivamente	1	Dois jueces técnicos, y uno o más jurados
Un juez técnico y cinco o más jurados	3	Un juez técnico exclusivamente
Total	28	

Fuente: Elaboración propia sobre el conjunto de las sentencias en juicios por jurado, 2005-2009

En tres oportunidades, el disidente fue un juez técnico, quien formuló un voto diferente al de sus colegas y los miembros del jurado. Puesto que nuestro interés es analizar las circunstancias que favorecen la autonomía de decisión de los jurados, de aquí en adelante nos enfocamos en las veinticinco decisiones mayoritarias en las cuales encontramos ciudadanos comunes en la minoría.

<sup>6</sup> En el apartado 5 de este trabajo se revisan en detalle las fricciones en la relación entre jueces y jurados derivadas de esta situación.

<sup>6</sup> Estas 28 decisiones fueron adoptadas en 33 sentencias, cuya lista completa se encuentra en el apéndice.

#### IV. Las causas con decisiones por mayoría

Durante la investigación relevamos las características de las causas decididas por mayoría, con el interés de identificar eventuales condiciones asociadas a una mayor autonomía de participación de los jurados. Contrastamos en primer lugar las proporciones de votaciones unánimes en Capital y en el interior de la provincia. Suponíamos que en las localidades pequeñas y medianas, donde el nivel educativo general es menor, y la distancia cultural entre magistrados y jurados es mayor, podría registrarse una mayor proporción de decisiones unánimes. Como puede verse en la tabla 2, esta suposición resultó equivocada, pues los niveles de unanimidad registrados en la Capital y en el interior son sustancialmente similares, e incluso ligeramente más bajos en las localidades medianas.

**Tabla 2 - Resultados de la votación en los tribunales mixtos (2005-2008)**

Distrito	Decisiones tomadas	2005	2006	2007	2008	2009	2005 - 2009
Capital	Total	--	14	25	44	37	120
	Unánimes	--	86%	92%	84%	86%	87%
Interior	Total	4	12	20	19	13	68
	Unánimes	75%	92%	80%	74%	92%	82%
Provincia	Total	4	26	45	63	50	188
	Unánimes	75%	88%	87%	81%	88%	85%

Fuente: Elaboración propia sobre el conjunto de las sentencias en juicio por jurado, 2005-2009

Observamos igualmente la evolución en el tiempo de la proporción de decisiones unánimes en ambos tipos de contexto. Es posible que, a medida que este tipo de procesos se vuelve más frecuente, se produzca cierta rutinización de las prácticas y los jueces destinen menos tiempo a la construcción del consenso, lo que redunde en una mayor proporción de decisiones por mayoría. Aunque los datos muestran cierta tendencia a la reducción de las decisiones unánimes desde 2006 en adelante, la relación no alcanza significación estadística.

Analizamos igualmente la proporción de decisiones por unanimidad en los diferentes tribunales, y encontramos diferencias significativas (tabla 3). Un grupo de cámaras –que ha sustanciado la mitad de los casos resueltos con intervención de jurados– registra una proporción de sentencias unánimes similares al promedio. Se observa igualmente otro grupo –que abarca principalmente cámaras del interior– donde la unanimidad es absoluta. En cambio, otro conjunto de tribunales registra decisiones mayoritarias con mayor frecuencia que el promedio general.

Estos resultados sugieren que las prácticas en la organización de los juicios por jurado que llevan adelante diversos tribunales tienen efectos significativos sobre el modo en que los ciudadanos comunes pueden expresar sus puntos de vista durante las deliberaciones.

Los materiales cualitativos reunidos durante la investigación nos mostraron que la organización concreta de los juicios por jurados es bastante diferente según los tribunales. En algunas cámaras, los jueces se esfuerzan por crear las mejores condiciones para la deliberación de los ciudadanos comunes: les dejan tiempo para deliberar solos, mientras los camaristas dialogan en una sala contigua. El grupo se reúne para la discusión compartida sólo cuando los ciudadanos comunes así lo requieren<sup>7</sup>. En cambio, en otros tribunales, magistrados y ciudadanos debaten conjuntamente desde el primer momento, y alguno de los camaristas explica su posición en primer lugar, afirmando la autoridad de los jueces técnicos<sup>8</sup>.

**Tabla 3 - Estilos decisorios según tribunales**

Estilo decisorio	Tasa de unanimidad Lograda	Casos procesados		No. de tribunales
		N	%	
Unanimidad absoluta <sup>a</sup>	100%	43	23,2	6
Alta unanimidad <sup>b</sup>	90%	94	50,8	9
Unanimidad moderada <sup>c</sup>	66%	48	26,0	5
<b>Total</b>	<b>85%</b>	<b>185</b>	<b>100%</b>	<b>20</b>

Fuente: Elaboración propia sobre el conjunto de las sentencias en juicios por jurado, 2005 -2009

<sup>a</sup> Incluye Cámaras de Laboulaye, Villa María, Bell Ville, Doña Ponce, 1° de Río Cuarto y 3° de Capital

<sup>b</sup> Abarca Cámaras 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 10° y 11° de Capital, y Cámaras de Río Tercero y Villa Dolores

<sup>c</sup> Comprende Cámaras 1° y 2° de Capital, 2° de Río Cuarto, y Cámaras de Cruz del Bje y San Francisco

Estas diferencias en la dinámica de los procesos por jurado se encuentran también en el acceso a los materiales de la causa permitido a los

<sup>7</sup> Lampert (2007) ha señalado que el requerimiento de que los ciudadanos comunes deliberen solos hasta que lleguen a un veredicto tentativo - para solo entonces incorporar a los jueces técnicos en la discusión - contribuye a fortalecer la autonomía de los jurados.

<sup>8</sup> *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 evidentemente 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).*

jurados. Aunque la ley 9182 prohibió a los jurados la lectura del expediente —con el interés de afianzar la plena oralidad del proceso— durante el trabajo de campo tuvimos ocasión de comprobar que esa regla no se respeta en muchos casos (Bergoglio 2010)<sup>9</sup>. La variedad de estilos organizativos resulta aquí también evidente, y mientras algunas cámaras sólo permiten la lectura de las constancias cuando se ha terminado el debate, en otros casos los ciudadanos comunes pueden revisar las constancias del expediente desde el segundo día.

La interpretación conjunta de los datos estadísticos y los provenientes de las entrevistas sugiere que el rol de los jueces técnicos en la definición de las condiciones de actuación de los jurados populares, y de los márgenes de autonomía que estos alcanzan, resulta significativo.

#### V. Notas sobre el perfil de los disidentes

Los datos disponibles consignados en los documentos oficiales acerca de los jurados son escasos para elaborar un perfil de los disidentes: apenas su nombre, su género y su voto. No obstante, es posible realizar algunos comentarios. En las veinticinco decisiones que analizamos intervinieron 200 ciudadanos comunes. Se contaban entre ellos 93 mujeres y 107 hombres, mostrando que en la práctica resulta complejo cumplir en todos y cada uno de los casos con la cuota de género fijada por la ley. Sin embargo, si se revisa la distribución del género de quienes suscribieron los votos minoritarios (tabla 4), puede verse una mayor presencia femenina entre los disidentes.

**Tabla 4 - Jurados disidentes según género**

Género	Jurados		Disidentes	
	N	%	N	%
Mujeres	93	46,5%	35	57%
Hombres	107	53,5%	26	43%
Total	200	100%	61	100%

Fuente: Elaboración propia sobre el conjunto de las sentencias en juicios por jurado, 2005-2009

Vale la pena observar que, en un estudio realizado en Estados Unidos sobre más de 3000 jurados participantes en procesos donde no se alcanzó la unanimidad, Waters y Hans (2006) no encontraron que el género produzca diferencias significativas en la probabilidad de sostener una opinión diferente a la mayoritaria. De hecho, esa investigación no encontró

<sup>9</sup> Esta cuestión se desarrolla en detalle en Bergoglio (2010).

relaciones significativas entre las características individuales de los decisores —su edad, género, origen étnico, educación— y la formulación de una postura diferente a la del resto del grupo.

Si bien las sentencias incluyen pocos datos acerca de los ciudadanos que integraron el tribunal, informan la orientación de su voto, una cuestión que merece un análisis detallado. En un contexto signado por el creciente temor al delito, la demanda de endurecimiento del castigo penal tiende a crecer, y es posible preguntarse acerca de su impacto sobre la postura de los jurados en las decisiones judiciales<sup>10</sup>. Como puede verse en la tabla 5, en el 61% de los casos, la posición de los ciudadanos comunes que formulan un voto en disidencia es más blanda que la mayoritaria, sea porque interpretaron que las pruebas eran insuficientes o porque sostenían que correspondían aplicar una calificación menor.

**Tabla 5 - Orientación de las decisiones disidentes según género**

Orientación de la minoría	Jurados en la minoría		Mujeres disidentes en el jurado		Hombres disidentes en el jurado	
	N	%	N	%	N	%
Más blanda: insuficiencia de pruebas o calificación menor	37	61%	23	66%	14	54%
Más dura: la prueba es suficiente para condenar	24	39%	12	34%	12	46%
Total	61	100%	35	100%	26	100%

Fuente: Elaboración propia sobre el conjunto de las sentencias en juicios por jurado, 2005-2009.

La tabla informa igualmente que la orientación más blanda resulta más marcada entre las mujeres (66%) que entre los hombres (54%). Si bien no es conveniente otorgar demasiada importancia a este hallazgo ya que el número de casos analizados es limitado, es interesante observar que, en un ámbito predominantemente masculino, como la justicia penal, el establecimiento de cuotas de género en los jurados puede redundar en una flexibilización de la actitud ante los castigos.

## VI. Los argumentos de la disidencia

Sabemos muy poco acerca del modo en que se conducen los diálogos entre jurados y jueces en la sala de las deliberaciones, y del modo en que los ciudadanos comunes argumentan su posición cuando sus puntos de vista no coinciden con los mayoritarios. De acuerdo a las prescripciones

<sup>10</sup> Para un análisis detallado de esta cuestión, ver Bergoglio y Amietta (2010).

de la ley 9182, sólo los miembros del tribunal y el secretario son admitidos a ese recinto.

La ley limita la palabra de los jurados, quienes sólo se pueden expedir a través de las voces de los jueces técnicos. En las sentencias, la tensión en categorías jurídicas y del sentido común, que recorre habitualmente los procesos por jurado, se resuelve a favor del primero de esos términos. Desde esta perspectiva, resultan claras las limitaciones de estos documentos como fuentes de información, en tanto nos proveen un contacto indirecto con las opiniones de los ciudadanos comunes, que sólo podemos leer re- fraseadas por los camaristas.

Aún así, resulta interesante leer en las sentencias cómo se plantea la interacción entre legos y letrados a propósito de la elaboración de los fundamentos, y cómo se construyen los argumentos de los jueces populares desde la minoría<sup>11</sup>.

### *La interacción entre legos y letrados en la fundamentación del voto*

En seis de las veinticinco decisiones analizadas, la minoría está compuesta por un juez técnico y uno o más ciudadanos comunes. Podemos fácilmente imaginar en estos casos que las argumentaciones del voto minoritario han sido elaboradas por el camarista, a cuya posición se adhieren los legos que lo acompañan en el voto. Ocasionalmente el juez menciona la influencia del diálogo con los ciudadanos comunes sobre su postura. Así leemos en una sentencia en un caso de corrupción:

*Por último, no puedo evitar dejar constancia de la profunda impresión que me causó la deliberación (art. 405 CPP), cuando los Jurados Populares, en su mayoría, se inclinaron por la no culpabilidad de los imputados. Pues dieron razones, aunque simples, que permitieron reforzar los argumentos de mi voto. (Caso Benedetti, 24.06.2008, Cámara San Francisco)*

Tal como se explicó en el apartado 3, cuando la decisión de los jurados no coincide con la de los jueces, corresponde al presidente elaborar la fundamentación de los votos, situación que se presentó en 19 casos dentro del conjunto de sentencias analizadas. Este deber de dar razones, no de lo que él decide, sino de lo que otros deciden o contribuyen a decidir, ha generado ciertas resistencias por parte de los jueces, que se expresan de diversas maneras.

<sup>11</sup> Cabe aclarar que el análisis se limita a las sentencias a nivel de Cámara, sin revisar los pronunciamientos del Superior Tribunal de Justicia en los casos en que se interpuso recurso de casación. Se prevé incorporar la revisión de las decisiones del máximo tribunal en la próxima fase de la investigación.

El rechazo de los jueces a este rol que les asigna la ley se ha mostrado, en primer lugar, como declaración de Inconstitucionalidad. En los casos Medina Allende (07.02.2008, Cámara 9a, Capital); Cuquejo (23.05.2008, Cámara 5a, Capital) y Capdevila (11.06.2008, Cámara 9a, Capital), los camaristas objetaron la adecuación de esta disposición a la Constitución de la Provincia. En consecuencia, el presidente emitió su voto. No obstante, enunció igualmente los argumentos formulados por los ciudadanos comunes integrantes de la minoría.

En otros casos, en cambio, aún sin objetar la constitucionalidad de la norma, el presidente deja claro su desacuerdo con la tarea de fundamentar una decisión que no suscribe, y critica las disposiciones de la ley. Por ejemplo, en el caso Defillippi (11.08.2008, Cámara Cruz del Eje), el presidente sostiene que:

*"que nada fácil resulta la tarea a realizar cuando se comparte la solución dada al caso por los magistrados y jurados populares que emitieron el voto mayoritario. Indudablemente el mecanismo adoptado por la ley, al menos en este punto, muestra la incompatibilidad que se presenta al haber pretendido fundir dos sistemas antagónicos de valoración de la prueba, el de la íntima convicción, con el que se manejan los jurados populares y el de la sana crítica racional con el cual —por imperativo constitucional provincial expreso— se deben basar los magistrados. Indudablemente tener que expresar, de manera lógica y legal, un fundamento a un sentimiento íntimo sin explicación racional aparece de gran dificultad, por no decir, de casi imposible realización."*

En el caso Arias (Cámara 10ª, Capital, 23.08.2007), el magistrado a cargo de la fundamentación de los votos del jurado marca su rechazo a la posición de la minoría y también a la participación ciudadana en las decisiones judiciales:

*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. (...) No cabe duda que al integrar 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. (énfasis en el original).*

En otros casos, en los que el vocal presidente asume sin mayores quejas la tarea que la ley le impone, el texto de la sentencia nos ofrece

Igualmente tanto un registro de los argumentos esgrimidos por los ciudadanos comunes, como la mirada del juez sobre ellos. Pero para comentar esta variedad de situaciones es necesario presentar primero los estilos argumentales encontrados.

### *El estilo de las argumentaciones*

En las discusiones a propósito de la incorporación de la participación ciudadana en los procesos penales, suele expresarse temor frente a los riesgos de que las decisiones se adopten por razones emocionales, o por influencia mediática, sin que medie una reflexión racional sobre la naturaleza de la evidencia presentada. Vale la pena entonces observar cómo se fundamentan las opiniones de los jurados en los diecinueve casos en que sus puntos de vista no coinciden con las de los camaristas.

En catorce de las decisiones analizadas, la argumentación de la disidencia es larga y detallada<sup>12</sup>. Se incluye una crítica de las pruebas, realizada a veces desde la perspectiva del sentido común; se subraya la insuficiencia de la prueba testimonial y se reclama el aporte de otro tipo de evidencia. Un buen ejemplo de este tipo de argumentaciones se encuentra en la sentencia del caso Peralta (04.11.2009, Cámara 11a., Capital)

*Los jurados populares (A. A., D.E. y M. B., dijeron: Que no obstante los argumentos expuestos por el Fiscal de Cámara y el Querellante Particular para fundar el pedido de condena, seguían abrigando en sus mentes la duda respecto a la participación de Franco Leonel Peralta en el hecho. Que no encontraban prueba concluyente de la misma pues por ejemplo, no se habían encontrado huellas dactilares del acusado en el lugar. Que asimismo el perfil genético de las células encontradas en el reloj hallado, no se correspondían con el del acusado. Agregaron que si bien se probó que el acusado mintió, pues negó apoderarse "Lele" y todos los familiares coincidieron en que así le decían, y también dijo que no consumía drogas, cuando varios testigos indicaron que sí lo hacía, eso no era suficiente para considerarlo culpable. Que en consecuencia, no lograban superar ese estado de duda en relación a la participación del encausado, por lo que entendían debía ser absuelto.*

<sup>12</sup> Se consideran ejemplos de este tipo de argumentaciones las presentes en los casos: Luna (06.09.2005, Cámara San Francisco), Víctor Raúl Gómez (12.06.2006, Cámara 1a, Capital), Díaz María E. (20.11.2006, Cámara Villa Dolores), Gallardo (24.09.2007, Cámara 2a Río Cuarto), Medina Allende (07.02.2008, Cámara 9ª, Capital), Castro (09.05.2008, Cámara 8a, Capital), Coquejo (23.05.2008, Cámara 5a, Capital), Capdevilla (11.06.2008, Cámara 9a, Capital), De Filippi (11.06.2008, Cámara Cruz del Eje, Interior), Llendo (27.11.2008, Cámara 8a, Capital), Soriano (23.04.2009, Cámara 1ra, Capital), Romero (04.06.2009, Cámara 4ta., Capital), Peralta (04.11.2009, Cámara 11a., Capital).



En este caso, legos y letrados coincidieron en subrayar las deficiencias del proceso de instrucción:

*Conclusión común de los ocho jurados populares y los dos jueces técnicos*

*Que no obstante la solución dada a la presente cuestión, se debían señalar en el pronunciamiento algunas fallas en la investigación. En primer lugar la falta de secuestro del palo que se empleó para dar muerte a Héctor Peralta, que se encontraba en el lugar del hecho tal como surge palmario de las fotografías glosadas a la causa y de los testimonios de quienes arribaron primeros al lugar. Es decir, se omitió secuestrar nada más y nada menos que "el arma homicida". Tal carencia privó a la instrucción de realizar sobre ese objeto levantamiento de huellas y de material para un examen genético, entre otras medidas que colabrarán al esclarecimiento del hecho. (énfasis en el original).*

También se encuentran causas en las que, frente a la contradicción entre los peritos, mayoría y minoría se dividen siguiendo las opiniones de los técnicos que brindaron sus informes. Así por ejemplo, en los casos Díaz (20.11.2006, Cámara Villa Dolores), y Soriano (23.04.2009, Cámara Ira, Capital), las contradicciones entre el informe psiquiátrico y el psicológico proporcionan los fundamentos divergentes de mayoría y minoría.

En varias de estas causas, al transcribir en términos jurídicos las opiniones de los jurados, los jueces destacan su conducta responsable. 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)<sup>19</sup>.

En otras ocasiones, sin embargo, los jueces marcan su distancia con la posición de los jurados (Caso Gómez, 12.06.2006, Cámara Ia, Capital).

*Todos estos indicios, (cuestión que tanto las partes en sus respectivos alegatos expusieron a los señores miembros del jurado lo que un indicio en materia de prueba significa, al igual que los señores Vocales en el acto de deliberación), los analizan en su conjunto y arriban con certeza de que Oscar Roberto Villafañe participó portando un arma de fuego.*

<sup>19</sup> Del mismo modo, en el caso Carquejo (23.05.2006, Cámara 5a, Capital), el presidente concluye de este modo su fundamentación del voto minoritario: *Por lo demás, estimo que ha expresado su pensamiento con toda claridad.*

En la mayoría de estas argumentaciones, la posición minoritaria se presenta refraseada por los camaristas. En un caso notable, sin embargo, una mujer miembro del jurado solicitó y obtuvo la posibilidad de fundamentar directamente la racionalidad de su actitud. En este texto, en el que denuncia los intentos de manipulación emocional por parte de la defensa, reivindica la autonomía de los jurados en sus decisiones<sup>14</sup>.

Durante la revisión de las sentencias con decisiones mayoritarias, encontramos también casos en que la argumentación de los jurados no está a la altura de lo esperado. En dos ocasiones, los disidentes son muy escuetos en sus comentarios sobre su posición, y la tarea del juez resulta complicada. Por ejemplo, en el caso Bracamonte (06.02.2009, Cámara 1a, Capital), el juez nos relata que sus esfuerzos por dialogar con el jurado popular para fundamentar su postura resultaron infructuosos, *"por lo que pese al mandato legal, no puedo explayarme más sobre esta postura ni dar otros argumentos como para sustentar esta posición"*.

Encontramos igualmente tres casos en que los argumentos del voto disidente, no resultan insuficientes sino inaceptables desde la perspectiva de los camaristas. Así, en la sentencia del caso Arias (Cámara 10ª, Capital, 23.08.2007), el presidente del tribunal critica la posición minoritaria que le toca fundar por estar basada en las características personales del imputado:

*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*

<sup>14</sup> *"fundamento por escrito mi voto negativo para declarar inocentes a los imputados Néstor César Guzmán, Horacio Alejandro Capdevila y Julio César Capdevila, dejo declarado que no tengo amistad o enemistad con ninguna de las partes intervinientes. Aclaro que he recibido por parte de la Justicia instrucciones para desempeñar el cargo, además no es la primera vez que lo ejerzo. Creo que se obvió el perfil del imputado Guzmán, su imputabilidad, ser antisocial, mentaz, consumidor de drogas, tuvo una condena de 36 meses, que su prontuario es averiguado, haber colaborado con la Justicia y escapar lejos (léase la Voz del Interior del día 20/04/2006 (la Doctora Hillman solicita ayuda para lograr su paradero). Además Guzmán en la época que se cometió el asesinato tenía cabello largo, dado que en la rueda de reconocimiento no fue reconocido por la menor podría ser porque en el reconocimiento Guzmán tiene cabello corto. Los testigos en general se retractaron de todas sus anteriores declaraciones, alegando el llamado "apriete policial" del Sr. Comisario Héctor Eduardo Quevedo, a este Comisario nunca se lo llamó a declarar para que explique el supuesto apriete. (...)*

*Como le expresé a los señores Camaristas en presencia de los siete jurados populares manifiesto haberme sentido acosada y prisionada psicológicamente, por parte de la defensa ejercida del imputado Guzmán representada por el Dr. Hairabedian dado que en el momento del alegato para su defendido, realizó una larga arenga en forma enérgica, retórica a los jurados populares, habló del caso Ludmila, del Sr. Medina Allende, que creo ya no venían al caso. Sentí que apelaba a los sentimientos humanos de los jurados y no al Código Penal. Creo que nadie debe ni tiene derecho a influenciar en los jurados populares. Se nos enseñó que no debemos hablar con nadie y después se permite que nos den clase por parte de la defensa como debemos votar".* Caso Capdevila (11.06.2008, Cámara 9a, Capital).

*una consideración efectuada por uno de los disidentes "...Corsetti (víctima) es el que debería estar preso, no Arias (víctimario)."*

En los otros dos casos, el voto minoritario la disidencia es planteada utilizando argumentos que implican desconfianza en las instituciones. Así, en el caso Gómez, leemos en la sentencia (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.*

En el caso Bustos (20.06.2006, Cámara Río Tercero), la falta de credibilidad afecta a la misma institución judicial. Tres jurados mujeres resuelven absolver por el beneficio de la duda, considerando que no se probó la participación de uno de los imputados, a pesar de que el mismo confesó en la audiencia de instrucción.

Es interesante observar que, en el amplio estudio sobre las disidencias en Estados Unidos realizado por Waters y Hans (2008) la falta de confianza en la policía así como las dudas sobre la legitimidad de la normativa aplicable en el caso se encontraban significativamente asociadas al voto en disidencia.

## VII. Comentarios finales

La exploración de las sentencias adoptadas por mayoría de votos mostró que éstas no son características de un contexto geográfico, o una etapa en la implementación de esta innovación institucional. Se encontró, sin embargo, que mientras algunos tribunales adoptan todas sus sentencias por unanimidad, otros registran proporciones de decisiones mayoritarias muy superiores al promedio. Estos datos sugieren que las prácticas organizacionales de las cámaras inciden significativamente en los márgenes de autonomía de que disponen los ciudadanos comunes.

El análisis mostró igualmente mayor presencia de mujeres entre quienes emiten un voto en disidencia. Aunque el número de casos es limitado, por lo que no corresponde enunciar generalizaciones, resulta interesante observar que la inclusión de cuotas de género en un ámbito tradicionalmente masculino como la justicia penal, pueda redundar en una flexibilización de la actitud hacia los castigos<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Estos comentarios son deliberadamente prudentes, en tanto el número de casos incluidos en la tabla 5 - sobre la que se apoyan estas reflexiones - es todavía bajo y requerirá monitorear en el futuro estas tendencias.

La revisión de las sentencias permitió igualmente avizorar las tensiones en la interacción entre legos y letrados a propósito de la construcción de los fundamentos de los votos.

Aunque rephraseados en términos jurídicos, encontramos en las sentencias ecos de las formas en que los ciudadanos comunes expresaron sus puntos de vista. En tres cuartas partes de los casos, las fundamentaciones implican análisis racional de la evidencia, o de las posturas presentadas en el debate por peritos y abogados. En los casos restantes, en cambio, los argumentos esgrimidos resultan excesivamente escuetos, derivan de las características personales de los imputados o revelan desconfianza en las instituciones públicas. No es un dato menor que en estos casos en que la fundamentación resulta insuficiente o inaceptable para los magistrados, la postura legal sea la de absolver.

Los datos reunidos hasta ahora permiten concluir que, en su implementación actual, los márgenes de autonomía de que disponen los ciudadanos comunes resultan significativamente afectados por las prácticas de los distintos tribunales. Esta cuestión sugiere que, para la consolidación de esta innovación institucional, convendría que los mismos magistrados reflexionen sobre el modo en que organizan estos procesos. Vale la pena hacerlo, ya que la revisión efectuada muestra igualmente que, donde se aseguran las debidas reglas de juego para dar adecuado cauce a la deliberación y se registran posturas independientes de las expresadas por los magistrados, el uso responsable de la autonomía de decisión de los ciudadanos comunes es el caso más frecuente.

#### Referencias

ALDER JOHN (2000) "Dissents in Courts of Last Resort: Tragic Choices?", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 2, pp. 221-246. Disponible en <http://eemr.com/abstracts/21571>

BERGOGLIO MARÍA INÉS Y AMIBETTA SANTIAGO (2010), "La dureza del castigo penal según legos y letrados", capítulo en Bergoglio, María Inés (Editora) *Subiendo al estrado: La experiencia cordobesa de juicio por jurados*, Ed. Advocatus, Córdoba, pp. 129-152.

BERGOGLIO, MARÍA INÉS (2010) "Oralidad y Escritura en los juicios por jurados", capítulo en Bergoglio, María Inés (Editora) *Subiendo al estrado: La experiencia cordobesa de juicio por jurados*, Ed. Advocatus, Córdoba, pp. 225-238

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.cejamerica.org/doc/proyectos/Informe\\_cordoba.pdf](http://www.cejamerica.org/doc/proyectos/Informe_cordoba.pdf)

DELLI CARPINI MICHAEL X. FAY LOMAX COOK Y LAWRENCE R. JACOBS (2004), "Public Deliberation, Discursive Participation and Citizen Engagement: A Review of the Empirical Literature" en *Annenberg School for Communication Departmental Papers*, University of Pennsylvania, accesible en [http://repository.upenn.edu/ascp\\_papers/64/](http://repository.upenn.edu/ascp_papers/64/)

DIAMOND, SHARI SHERMAN, MART R. ROSE AND BETH MURPHY (2008) "Revisiting the Unanimity Requirement: The Behavior of the Non-Unanimous Civil Jury", *Northwestern University Law Review* Vol. 100, No. 1, pp. 1-30.

HANNAFORD, PAULA, HANS VALERIE Y THOMAS MURSTERMAN (1999) "How Much Justice Hangs in the Balance? A New Look at Hung Jury Rates" *Judicature*, Vol. 63, pp 59-67, accessible at: [library2.lawschool.cornell.edu](http://library2.lawschool.cornell.edu)

HANS VALERIE (2008), *Jury Systems Around the World, Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 4: 275-297 (doi:10.1146/annurev.lawsocsci.4.110707.172319)

HANDLER, EDMUNDO (2007), *The jury and democracy*. Contribución al USA Meeting, Berlín, Humboldt University, Julio 2007.

LEIB, BIRAN J. (2008) "A Comparison of Criminal Jury Decision Rules in Democratic Countries" *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol 5, pp.629 - 644, accessible en [http://moritzlaw.ohio.edu/ojcl/Articles/Volume6\\_2/LeibFromPublisher.pdf](http://moritzlaw.ohio.edu/ojcl/Articles/Volume6_2/LeibFromPublisher.pdf)

LEMPERT, RICHARD O. (2007) "The Internationalization of Lay Legal Decision-Making: Jury Resurgence and Jury Research", *40 Cornell International Law Journal*, pp. 477 - 488.

THOMAS, CHERYL (2010) "Are juries fair?", *Ministry of Justice Research Series*, February 2010, accessible en <http://www.justice.gov.uk/publications/are-juries-fair.htm>

WATERS NICOLE L. Y VALERIE P. HANS (2008) *A Jury of One: Opinion Formation, Conformity, and Dissent on Juries*, Cornell Law School research paper No. 08-030, Accesible en: <http://ssrn.com/abstract=1297272>

#### Apéndice

#### Sentencias analizadas durante la investigación

CARATULA	FECHA	TRIBUNAL	SEDE
1. Luna Víctor Fernando	06.09.2005	Cámara San Francisco	Interior
2. Víctor Raúl Gómez	12.08.2006	Cámara 1ª	Capital
3. Díaz María E.	20.11.2006	Cámara Villa Dolores	Interior
4. Benítez Walter A.	22.05.2007	Cámara 2a Río Cuarto	Interior
5. Arias	23.08.2007	Cámara 10	Capital
6. Gallardo	24.09.2007	Cámara 2a Río Cuarto	Interior
7. Alam (Villarreal José Eusebio)	09.11.2007	Cámara 7ª	Capital
8. Medina Allende	07.02.2008	Cámara 9ª	Capital
9. Biengrit	30.04.2008	Cámara 2a Río Cuarto	Interior
10. Castro	09.05.2008	Cámara 8ª	Capital
11. Cuquejo	29.05.2008	Cámara 5ª	Capital
12. Capdevila	11.08.2008	Cámara 9ª	Capital
13. Bustos	20.06.2008	Cámara Río Tercero	Interior
14. Benedetti	24.06.2008	Cámara San Francisco	Interior
15. De Philipp	11.08.2008	Cámara Cruz del Eje	Interior
16. Liendo	27.11.2008	Cámara 8ª	Capital
17. Braicamonte	08.02.2009	Cámara 1ª	Capital
18. Soriano	23.04.2009	Cámara 1ra	Capital
19. Romero	04.06.2009	Cámara 4ta.	Capital
20. Rivero	24.07.2009	Cámara 1ra.	Capital
21. Peralta	04.11.2009	Cámara 11a.	Capital
22. Pines	28.07.2009	Cámara Cruz del Eje	Interior
23. Torreal	09.11.2007	Cámara 2a Río Cuarto	Interior



## **ABORDAJE DE LA CATEGORÍA INFANCIA EN LA PRODUCCIÓN ACADÉMICA CÓRDOBA, SIGLOS XIX - XX**

*Nidia Elinaor Bstig*

**Resumen:** Este artículo presenta la perspectiva teórica, los lineamientos conceptuales y metodológicos desde la semiótica (en particular el análisis de la enunciación y otros aspectos) para abordar el análisis de la categoría infancia en la producción académica de la Universidad Nacional de Córdoba. Ofrece una mirada crítica de los elementos de continuidad y discontinuidad entre el discurso laical de la caridad y el discurso asistencial estatal de las primeras décadas del siglo XXI acentuando su dimensión conservadora, y situando las tópicos clásicos (filialidad, abandono, peligrosidad, etc.) que estarían en la base de la cultura institucional del sistema de la minoridad.

**Palabras clave:** Infancia - Filialidad - Abandono - Peligrosidad - Córdoba.

### **Introducción**

Una de las problemáticas más significativas de la infancia a nivel nacional y en la Provincia de Córdoba en particular, se encuentra en la naturalización de la intervención estatal al interior de familias acuciadas por la pobreza con severas dificultades para la crianza de sus hijos.

El Estado, ante estas situaciones de vulnerabilidad, ofrece como única respuesta la separación de la familia fundado en la evaluación de la incapacidad de los padres. Esta modalidad paternalista, propia de la cultura tutelar, goza de presencia y fortaleza, aún hoy, a más de veinte años de la ratificación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, arrastrando prácticas anquilosadas de intervención estatal en el seno de los grupos más vulnerables del espectro social.

---

\* Doctora en Ciencias Sociales (UBA), Magíster en Demografía (UNC) Licenciada en Sociología (UCSE). Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y Profesora e Investigadora Categoría I del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS) y de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). República Argentina. E-mail: [elnidias@gmail.com](mailto:elnidias@gmail.com)

Lo que da cuenta de que el debate en torno a estas prácticas continúa; como también, de la actualidad de la problemática que se aborda en este artículo<sup>1</sup>.

En este trabajo se desarrolla la forma en que se construyó a la infancia en Córdoba, como categoría socio-jurídica desde el siglo XIX y su evolución hacia la "minoridad". Atendiendo a que la historización de esta categoría aparece como un requisito previo a cualquier análisis del surgimiento de los derechos del niño, puesto que resulta imposible hablar acerca de los derechos sin referencia a sus orígenes; habida cuenta de que, como señala Cornelius Castoriadis, todo sistema de derecho, de poder instituido, etc., existe solamente como sistema simbólico sancionado:

...que consiste en ligar a símbolos (a significantes) unos significados (representaciones, órdenes, conminaciones, incitaciones a hacer o no hacer, unas consecuencias) (...) y en hacerlo valer como tales, es decir hacer este vínculo más o menos forzado para la sociedad o el grupo considerado<sup>2</sup>.

También, que el dominio del Estado se ejerce sobre todo en este campo de producción simbólica, y que la institución instituida hace olvidar, como señala Pierre Bourdieu, que es fruto de una larga serie de actos de institución y se presenta con todas las apariencias de lo natural<sup>3</sup>. El simbolismo se adhiere a lo natural, y a lo histórico (a lo que ya está ahí); es por ello que, afirma Bourdieu, la ruptura más poderosa se logra mediante la reconstrucción de la génesis.

Las "relaciones sociales reales"<sup>4</sup> son siempre *instituidas* porque fueron planteadas como maneras de hacer universales, simbolizadas y sancionadas. Aunque las instituciones no se reducen a lo simbólico, son imposibles fuera de ello y constituyen cada una su red simbólica. Todo esto, afirma Castoriadis, hace que emerjan encadenamientos de significantes, relaciones entre significantes y significados, conexiones y consecuencias, a las que no se apuntaba ni estaban previstas.

Por ello, en materia de derechos es imprescindible un enfoque histórico crítico, rastreando los conflictos que tuvieron lugar en sus comienzos, los procesos de acumulación de diferentes capitales, la configuración del campo del poder, su reproducción, etc.; ya que, cuando se tiende a naturalizar estas cuestiones, se corre peligro de perder los derechos en el camino.

<sup>1</sup> Este artículo está basado en la Tesis Doctoral *La construcción socio-jurídica de la infancia. Córdoba Siglos XIX-XX*, Nidia Elíonor del Carmen Bisig, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 2010.

<sup>2</sup> Cornelius Castoriadis, *La institución imaginaria en la sociedad. Vol. I. Marxismo y teoría social revolucionaria*, 1983, p. 201.

<sup>3</sup> Pierre Bourdieu, *Razones prácticas*, 1994, p. 96.

<sup>4</sup> Cornelius Castoriadis, op. cit., p. 215.



Comprender las representaciones de la infancia en el imaginario social provincial y elucidar los condicionantes sociales que sustentan, aún en la actualidad, la pervivencia de niños y adolescentes como objetos del Patronato del Estado y la permanente vulneración de sus derechos, significó reconstruir los recorridos sociales históricos de las representaciones, debates e intereses en torno a la infancia desde una perspectiva sociológico-crítica; como asimismo, analizar la construcción social y jurídica de la infancia en un panorama histórico de la discursividad social desde los años de la consolidación nacional argentina hasta mediado el siglo XX.

Se tomó en consideración el importante rol de la élite académica en la formación de la Nación, donde determinados actores son dominantes, dirigen y delimitan lo decible, se invisten de un poder discursivo inseparable de su poder político, habian desde espacios institucionales y disciplinarios legitimados, como son los ámbitos académicos, jurídico y médico. En el cruce de estos campos de saber, se encuentran tesis, informes, memorias, etc., que constituyeron el corpus y fuentes del trabajo.

Esta investigación se sustentó en fuentes de información documentales centrando la mirada, en el análisis de discursos emitidos por instancias de poder y saber legitimadas, entre las que ocupa un papel significativo la producción académica, fundamentalmente en un núcleo de producción de saber y distribución del poder cultural, la Universidad de Córdoba, cuyo origen data de 1610 cuando los Jesuitas fundan el Colegio Máximo. Esta institución es fundamental en la constitución de la élite letrada, lugar de paso obligado de los actores políticos de la época, que participaron y definieron el nuevo orden posevolucionario. La universidad fue responsable de la formación de la élite gobernante y de la mayoría de los precursores en la constitución jurídico-política de la Nación, quienes cumplieron un rol preponderante en la configuración de las corrientes de pensamiento hegemónicas.

### Metodología y fuentes de información

Mediante un análisis longitudinal se indagó el proceso de construcción de la categoría infancia durante el período comprendido entre la primera legislación nacional que instituye algunos derechos a la población infantil —el Código Civil de 1871— hasta la creación en la Provincia de Córdoba del fuero especializado en 1957 —primer Juzgado de Menores—.

Se empleó un diseño cualitativo que apunta a describir la evolución de las instituciones que regularon la protección y los derechos de y sobre los niños empleando variadas fuentes de información: discursos, informes, ponencias, tesis, anales, actas, memorias, leyes, decretos, estatutos, reglamentos, exposiciones parlamentarias, censos y registros.

Se procuró explicitar el contexto de la producción discursiva, las ideologías, las creencias, las representaciones, el status jurídico de los niños y las fuentes de legitimación. Se trabajó sobre la legislación y la producción académica universitaria para concluir realizando una acotada referencia a la situación actual en la legislación de la provincia desde la incorporación de la ley a nivel nacional de protección integral Ley 26.261 en el año 2005, hasta la recientemente sancionada Ley 8944 Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en la Provincia de Córdoba.

El análisis se centró en dos áreas disciplinarias: Derecho y Medicina. Las fuentes más significativas e innovadoras del estudio realizado son las tesis doctorales, durante el período de tiempo que se delimitó, sólo la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y la de Ciencias Médicas de la Universidad Nacional de Córdoba otorgaban ese grado académico.

El universo de tesis disponible se conformó con 926 ejemplares de presentaciones defendidas desde 1882 hasta 1960, de ellas 367 son tesis para optar al grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales y 559 son tesis de Doctorado en Medicina y Cirugía.

Para la selección del corpus de tesis se realizó un relevamiento en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, orientado por la inclusión de veinticinco voces: hijos, filiación, filiación natural, patria potestad, estado civil, familia, matrimonio, divorcio, adulterio, adulterios, ilegitimidad, legitimación, adopción, cuestión social, problema social, defensa social, prevención, protección a la infancia, menores, delincuencia juvenil, causas sociales de la delincuencia, factores del delito, inmigración, educación, instrucción primaria. Este permitió obtener una primera clasificación de treinta tesis, que fueron digitalizadas, sobre las que se efectuó un mapeo para detectar los principales núcleos temáticos, desde allí se conformaron cinco agrupamientos<sup>5</sup>; que se reagruparon luego en función de la problemática que tratan y su rama de pertenencia en el ámbito jurídico. Trabajo que permitió definir el corpus definitivo constituido por un total de 14 tesis doctorales, conformadas en dos grupos temáticos; sobre ellas se realizó el análisis del

<sup>5</sup> Tesis de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Grupo I: Filiación (del estatuto jurídico de los hijos naturales, adulterinos, incestuosos y sacrilegos). 5 tesis.

Grupo II: Reconocimiento y legitimación. 4 tesis.

Grupo III: Delincuencia juvenil, Los menores delincuentes ante la Ley, protección de la infancia y prevención de la delincuencia. 4 tesis.

Grupo IV: Cuestión social, defensa social, causas sociales de la delincuencia, factores del delito, inmigración, expulsión de extranjeros. 6 tesis.

Grupo V: Matrimonio, adulterio, divorcio, condición jurídica de la mujer, estado civil. 9 tesis.

discurso. El primer grupo se constituyó con aquellos trabajos que tratan temas asociados a las categorías de filiación y las cuestiones coligadas a la misma en el ámbito del Derecho Civil. Mientras que en el segundo grupo se ubica la llamada cuestión social y la preocupación por la delincuencia, ambas ligadas al Derecho Penal.

En la Facultad de Ciencias Médicas, se relevaron aquellos materiales que incluyesen algunas de los siguientes treinta y cuatro tópicos: niños, infancia, jóvenes, primera infancia, adolescencia, leche materna, profilaxis, peste, epidemia, fiebre tifoidea, tuberculosis, sífilis, herencia, higienismo, alcoholismo, prostitución, población, enfermedades varias de los niños, enfermedades congénitas, enfermedades de la infancia, de la juventud, pubertad, el cuerpo infantil, anemia, raquitismo, edad ósea, crecimiento, afecciones gastrointestinales, control de la mortalidad infantil, control higiénico de la lactancia, enfermedades infecciosas, enfermedades genéticas, enfermedades nutricionales. La revisión de estas tesis dio lugar a seis agrupamientos<sup>6</sup> en función de las características de la problemática abordada, conformado por sesenta y seis trabajos que fueron también digitalizados. Luego de la lectura de estas presentaciones, se realizó la selección del corpus definitivo que quedó conformado con 20 tesis que se reagruparon en dos subgrupos. El primero trata sobre Enfermedades de la primera infancia; y el control higiénico de la lactancia. En el segundo grupo se ubicaron aquellos trabajos que tratan sobre enfermedades epidémicas, hereditarias, problemas médico-sociales, higienismo, profilaxis social, etc.<sup>7</sup>

### Lineamientos conceptuales

Las ideas ordenadoras del trabajo remiten centralmente a la obra de Michel Foucault parten de los lineamientos conceptuales de este autor, en sus distintas etapas, que van desde el análisis de la relación poder-saber

<sup>6</sup> Tesis de la Facultad de Ciencias Médicas

Grupo I: Enfermedades varias de la infancia y juventud, el cuerpo infantil en la práctica médica. 15 tesis.

Grupo II: Enfermedades gastrointestinales en la primera infancia, principal causa de mortalidad infantil, regulación de la alimentación, primera crianza, control higiénico de la lactancia, las Gotas de Leche. 14 tesis.

Grupo III: Epidemias y enfermedades comunes, herencia. Profilaxis. 12 tesis.

Grupo IV: Higienismo, problemas médico-sociales, la profilaxis social, prostitución, alcoholismo, tuberculosis, sífilis y peste, Medicina legal. 10 tesis.

Grupo V: Psiquiatría, psiquiatría infantil, patologías mentales, Psicopatologías. Relación con trastornos endocrinos: ovarios y tiroides. 10 tesis.

Grupo VI: Prevención y Protección de la Infancia, planes especiales orientados al control de la población escolar. 5 tesis.

<sup>7</sup> Véase el listado de Tesis analizadas en Fuentes Documentales.

(la relación entre poder, derecho y verdad, cuya función es sentar las bases sociales e institucionales en torno a determinados valores, que se estructuran por la producción, circulación y recepción social del discurso construido acerca de la "verdad") y la producción de dispositivos disciplinarios hasta la biopolítica como regulación de la vida, pero también a aportes de Pierre Bourdieu y Max Weber.

Estos lineamientos giran alrededor de las siguientes dimensiones:

- la relación que existe entre las estructuras sociales, el poder y la imposición de la verdad, como mecanismo simbólico de adoctrinamiento interno;
- el modo en que las relaciones de poder activan las reglas del derecho mediante la producción de discursos de verdad;
- los mecanismos que definen las normas de exclusión y rechazo de comportamientos no adaptados y las intervenciones correctoras de carácter terapéutico/ punitivas, que construyen sujetos que son: objeto de conocimiento, de aprendizaje, de formación, portadores de desviaciones patológicas y de intervenciones moralizadoras y de adiestramiento;
- la definición de esta categoría de individuos que constituye una población marginalizada utilizada para presionar sobre las 'irregularidades' o 'ilegalismos' que "no se deben tolerar";
- los dispositivos para el control: conduciendo las irregularidades o ilegalismos hasta convertirlos en infracciones, mediante un juego de exclusiones y de sanciones parapenales; integrando y canalizando las infracciones hacia las poblaciones que se quieren vigilar;
- la constitución del peligroso, del "otro" que puede afectar el orden social, vinculando atributos físicos, —genéticos o biológicos— con caracteres intelectuales y morales;
- la instauración de tecnologías para la normalización y para la regulación biopolítica de la población;
- los sistemas clasificatorios inscriptos en las estructuras y en el derecho que impone la cultura dominante legítima;
- la eficacia simbólica e instituyente del rol del Estado en la construcción social de las mentalidades y de las subjetividades.

### **Análisis del corpus documental**

Tanto el análisis de las tesis, como de los informes criminológicos y otros documentos académicos, se orientó hacia la reconstrucción de sus esquemas argumentativos y la diferenciación de núcleos temáticos, para relacionarlas en un marco discursivo común.

En primer lugar, se prestó especial atención al nivel de la enunciación, es decir siguiendo a Émile Benveniste<sup>8</sup>, no al contenido del discurso, sino al acto único de su decir, cuyas huellas pueden rastrearse en el texto escrito; principalmente, en la figura del enunciador.

Tomando en consideración que, por una parte, resultaba previsible encontrar semejanzas en el nivel formal de las tesis, en la disposición y tipo de argumentos utilizados; así como, en su contenido, era de esperar un horizonte de ideas comunes y postulados morales compartidos. Lo cual se debe a que fueron producidas dentro de lo que Foucault llama un "régimen discursivo": en cada época, el discurso está regido por un régimen que determina lo decible, y aún lo pensable (así como, en negativo, las zonas oscuras de lo que no puede ser dicho, ni aún pensado); y, por otra parte, las tesis tienen en común la pertenencia a una institución y a las disciplinas que las habilitan, lo que también restringe y modela su discurso.

De este modo, el nivel de la enunciación puede articularse con un régimen discursivo implicado en todo dispositivo de poder-saber, visible en la estructura argumentativa de las tesis. Ésta se aborda desde la *Retórica* en su apropiación por Roland Barthes<sup>9</sup>, quien realiza una relectura de este antiguo arte de decir como un muestrario de herramientas que dotan de eficacia a los textos, esto es un conjunto de reglas y saberes de discurso compartidos, un metalenguaje y un "imperio"<sup>10</sup>.

La retórica permite articular enunciado y enunciación: entre lo que se dice y el cómo se dice actúa la intencionalidad de quien habla e intenta convencer. Así, un análisis de los argumentos se centró en las autoridades

<sup>8</sup> Émile Benveniste define "enunciación" como el acto individual de apropiación de la lengua. Para este autor, el sistema lingüístico sólo adquiere completa significación cuando es actualizado por el hablante en el momento de la enunciación. En textos escritos, el estudio de la enunciación implica analizar la huella que la voz enunciativa deja en su discurso. Así, fenómenos enunciativos como la cita o referencia a otros autores en un texto pueden estudiarse como marcas de la presencia de otros *enunciadores* en un discurso. Otros aspectos se relacionan con la actitud del enunciador hacia lo que dice: la inclusión de la propia subjetividad en forma de valoraciones, la modalización, la distancia o personalización, entre otros mecanismos.

"Enunciador" refiere a una figura textual que, en tanto construcción discursiva, es incorrecto igualar con la persona real del autor, aunque se relacionen. Así, en un discurso que se pretenda científico y, por lo tanto, objetivo, se entiende que el enunciador es portador de las ideas del autor. Véase Émile Benveniste, *Problemas de lingüística general I y II*, 1977.

<sup>9</sup> Véase Michel Foucault, *El Orden del Discurso*, 1970.

<sup>10</sup> Véase Roland Barthes, *La aventura semiológica*, 1990.

<sup>11</sup> La retórica da acceso a algo que hay que designar como una "supracultura": la del Occidente, histórico y geográfico: ha sido la única práctica (junto con la gramática, nacida después de ella) a través de la cual nuestra sociedad ha reconocido al lenguaje su soberanía (Karlota, como dice Gorgias) que era también socialmente, una "señorialidad"; la clasificación que ella le impuso es el único rasgo verdaderamente común de constelaciones históricas sucesivas y diversas, como si existiera, superior a las ideologías de contenidos y a las determinaciones directas de la historia, una ideología de la forma (...). *Ibid.*, pp. 88-89.

citadas, el recurso a las pasiones, en la reconstrucción de un esquema axiológico que remite a una *Doxa* epocal —entendiendo *doxa* como la opinión común, las ideas sobre diversos asuntos, de la vida cotidiana, de cuestiones morales, etc., que representan un fondo de creencias compartidas entre autores que pueden representar posturas encontradas o defender distintas ideologías—.

Un rasgo común de las tesis radica en que el sujeto que habla en cada una se construye desde la pertenencia a un "nosotros" legitimado por la misma auto-representación positiva que autoriza sus palabras por apelación a autoridades extranjeras —especialmente francesas— y se posiciona verticalmente como superior a otros sujetos que construye en el discurso, en tanto los nombra, clasifica y les asigna un deber-ser según el cual los califica. Es el caso de los niños, pero también la mujer, el obrero, el inmigrante, etc.; estos sujetos no son introducidos como enunciadorees —otros en el discurso—, con lo que se habilitaría el diálogo o la polémica, no les corresponde una voz: no dicen, son dichos.

Por otra parte, el registro programático —por el cual las tesis proyectan soluciones a los problemas que describen, las cuales estarían a cargo del mismo grupo social al que pertenece el "nosotros" de los autores— evidencia un poder de hacer, que se superpone y confunde con el de decir, contrastante con el rol pasivo asignado a esos "otros" sujetos<sup>12</sup> del discurso.

En segundo lugar, y una vez delimitado el discurso sobre infancia, en el análisis del contenido de estos textos, una primera lectura permitió identificar las recurrencias y cruces de ciertos núcleos temáticos a nivel del enunciado. Con ellos se elaboró una isotopía<sup>13</sup> de la que resultó el mapa de una *tópica*. Ésta permitió organizar el análisis, más allá de sus consecuencias directas en la interpretación.

La lectura de las tesis reconstruyó entonces un trazado de los núcleos temáticos que tienen a la infancia en un lugar más o menos central. En un recorrido imaginario desde el discurso académico jurídico al médico pueden enumerarse de este modo: *legitimidad, inmigración, delincuencia, cuestión social, profilaxis social, herencia, alcoholismo, prostitución, degeneración, patologías mentales, epidemias (fiebre tifoidea, sífilis, tuberculosis, peste), maternidad, alimentación de la primera infancia*. Este trazado resulta útil en tanto permite relacionar temas aparentemente inconexos en tesis tan diversas, de campos en principio alejados como el Derecho y la Medicina.

<sup>12</sup> La palabra "sujeto" puede entenderse aquí en su acepción de resultado de una "sujeción", puesto que no se les asigna capacidad de decir, ni de hacer.

<sup>13</sup> Refiere al trazado que relaciona los lugares comunes en un corpus textual.

Así, en el listado previo, se observa una creciente articulación entre un número de problemas sociales con recurrencias en el tratamiento de ciertas enfermedades; lo que, se observará, ocurre efectivamente en el discurso. Los tópicos deslindados organizan el relato del análisis realizado y pueden identificarse en cada acápite que se expone sobre el discurso académico institucional.

Se distingue, en tercer lugar y como ya se adelantó, una *programática* deslindada en las tesis. Se trata de las instituciones y dispositivos de control diseñados y presentados como necesarios, como un hacer futuro del "nosotros" de la enunciación.

Desde el Derecho, como discurso que propone la Ley, se diseña todo un dispositivo de protección/reclusión de la infancia, desde la caridad hasta los reformatorios. En Medicina, algunas tesis llegan a plantear soluciones a problemas médico sociales, proyectando instituciones específicas como las Gotas de leche, los Consultorios protectores de la infancia; acciones como vacunación, controles en las escuelas; legislación referente a los servicios sanitarios, etc.

Estas instituciones implican además una *disciplina del cuerpo*, visible en, por un lado, la construcción médico discursiva del cuerpo infantil, desde un poder y un saber; por otro, en su regulación en el derecho, desde una biopolítica en la que se constituye la categoría de ciudadano delimitada por sus exclusiones, según un criterio de utilidad y un régimen de trabajo.

Finalmente, para inferir de este análisis de la forma y el contenido del corpus textual, conclusiones sobre la ideología del grupo dirigente que contiene a los autores de las tesis en tanto actores sociales, se utilizó una herramienta que, sin agotar el análisis, resulta útil para describir el relato de Nación que estos autores construyen. Se trata del modelo actancial básico de Algirdas Julius Greimas<sup>24</sup>, cuya categoría de esquema narrativo y actantes (sujeto, objeto, destinador y destinatario)<sup>25</sup> permite describir lo que se ha llamado en el análisis la "metáfora familiar". Ésta constituye un esquema narrativo básico identificable como estructura profunda de la

<sup>24</sup> Este modelo del que ya se ha puesto en evidencia sus limitaciones, en tanto superada por la crítica pos-estructuralista, se evaluó como una herramienta adecuada para la descripción metafórica de la construcción de la Nación. Cf. Greimas, A. J. *Semántica estructural*, 1971.

<sup>25</sup> De acuerdo con la teoría de Greimas, en el marco del enunciado elemental, el sujeto se relaciona con el actante, cuya naturaleza depende de la función en la que está inscripto. El objeto se refiere a la posición actancial susceptible de recibir vertimientos, mediante la proyección del sujeto, de sus determinaciones o de los valores con los que el sujeto está en función. El destinador es qué o quién motiva al sujeto a cumplir su objetivo. Es una fuerza que mueve al sujeto a ejercer una función. El destinatario es quien o que recibe las meta acciones del sujeto. Véase Greimas, A. J. y Courtés, J. "Actante" en *Semántica. Diccionario razonado de la teoría del lenguaje*, 1990.

mayor parte de las tesis. En éste, el lugar de *sujeto* lo ocupa invariablemente el propio sujeto de decir, dentro de un plural identificado con la clase social de pertenencia: la élite intelectual y política. El *objeto* varía según los núcleos temáticos abordados; principalmente, la infancia en disyunción con los valores "cuidado", "familia", "educación", "salud" o, en un marco más general, la Nación, que debe ser conducida a un destino de riqueza y pureza racial. El lugar de *destinador* puede estar ocupado por la Patria, Dios, o la Ciencia; según sean las posiciones más conservadoras o liberales, variando a lo largo del período. Por último, el *destinatario* es el mismo sujeto que, investido de poder y saber, deviene *sujeto de hacer*, particularmente en su dimensión programática.

A partir de ese esquema, se han podido relacionar los diversos tópicos por condensadores semánticos que los atraviesan. La "metáfora familiar" se desprende de la concepción paternalista de gobierno y dirección de la sociedad que la élite se atribuye; permite articular a los sujetos-otros (el niño, la mujer, el obrero) en torno a la filiación, la herencia y el abandono.

### La categoría infancia en la producción académica de Córdoba

Al interior del discurso académico de fines del siglo XIX y principios del XX en Córdoba, los espacios de aparición de la infancia son escasos. El niño raras veces adquiere la categoría de sujeto. La infancia se encuentra asociada a problemas sociales, al tratamiento de la filiación y a la cuestión social, así como a la preocupación de la niñez como población, que corresponde a los médicos. 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 categoría infancia se ha ido constituyendo en un cruce de poderes, saberes e intereses que poco tienen que ver con alguna pretendida esencia del niño. Estos demuestran la construcción de sujetos que ponen de manifiesto el discurso social del momento y, específicamente, de los sectores sociales que ejercen el poder de decir y de hacer.

Se abordan como ejes temáticos deslindados por el análisis de la producción académica universitaria cordobesa, tres dimensiones o núcleos temáticos: la *filiación legítima o ilegítima*; la *delincuencia infantil* en el marco de la *cuestión social*; y la *medicalización del cuerpo infantil* alrededor de los problemas de mortalidad y alimentación; temas éstos que atañen directa o indirectamente a la infancia tratados en tesis de derecho y medicina, en ponencias y en informes criminológicos y de medicina social.



Las cuestiones de filiación se presentan en las primeras tesis para optar al Doctorado a fines del siglo XIX y con mayor frecuencia en los primeros años del nuevo siglo, arrastrando una discusión de la sociedad colonial. No se intenta en ellas una definición del niño como tal, sino como "hijo de", desde su latente peligrosidad para el patrimonio y el poder simbólico de la élite que sostiene ese discurso. El núcleo temático de la filiación representa un conflicto que enfrenta las ideas conservadoras, de tinte marcadamente religioso, a las propuestas liberales de la incipiente ilustración. Ideas que se corresponden a posiciones sociales de los actores en el campo político y aún en el económico. La caridad inmiscuye en ellas sus valoraciones y modos de nombrar a los niños. La filiación como problema jurídico implicaba una clasificación de "hijos" en categorías según parámetros no sólo legales, sino moral-religiosos, en un estilo propio de la codificación de la época. Se contraponen la filiación legítima a la filiación natural.

Desde los ámbitos de poder se promovía y legitimaba, mediante regulaciones específicas, la seguridad de la "familia legítima". Por un lado, mediante una legislación excluyente de los derechos de quienes se encontraban unidos fuera del matrimonio y su descendencia; por el otro, bloqueando las acciones tendientes al reconocimiento de los derechos de los hijos naturales. El niño sólo aparece con la categoría "prestada" del discurso de la caridad: el abandonado, excluido del núcleo familiar que representa la sociedad toda<sup>16</sup>.

Sólo después del 1900, aparecen nuevas problemáticas sociales, que vienen de la mano de otra realidad urbana, producto de los cambios que trae el siglo XX con la inmigración y los nuevos discursos hegemónicos de las metrópolis que se importan como emergentes: los de la criminología, la antropología criminal y demás ciencias positivas que se articulan al proyecto de construcción de la Nación. Problemáticas en las que juega un papel muy importante la oleada inmigratoria de esos años, llevan a un intento por caracterizar, definir y poner límites a la infancia. Aparece entonces el "niño delincuente", con un estatuto ambiguo en el que tal sujeto no es culpable ni penalizable; pero tampoco totalmente niño, desde que se restringe o quita su libertad, dentro de un propuesto sistema correccional.

Tal sistema se justifica con los caracteres de una educación familiar y cristiana, cuando se propone un juez de menores en el que se condensan las figuras del padre de familia y del Estado y se reutiliza el discurso

<sup>16</sup> Sobre este tema remito a los siguientes artículos: Nédia Elinor Bisig "La infancia en debate. Hijos ilegítimos y abandonados delincuentes en Córdoba (1871-1914)", en ESTUDIOS Digital N° III, 2010; "La infancia en las prácticas y en los discursos" en SOCIOLOGÍA Y CIENCIAS SOCIALES. Conflictos y desafíos en América Latina y el Caribe, 2010; y "Discurso académico-institucional y representaciones de la infancia. Córdoba 1884-1914" en ANUARIO XI, 2009.

de la caridad, en su caracterización del abandono: el "niño delincuente" es configurado entonces, como "niño abandonado", sin lazos familiares, completamente disponible para el aparato correccional.<sup>17</sup>

El abandono se configura como una categoría fundamental a la hora de hablar de niños, de hacerlos aparecer en el discurso social.

Funciona, en el universo discursivo del análisis, como un eufemismo: "niño abandonado" aparece para nombrar a esa infancia que queda fuera de la familia y que resulta objeto del discurso legal.

La noción señala siempre una ausencia, el abandono es el resultado de una acción: rechazo o huida, de aquel mayor que, por deber superior, debiera cuidar del niño. El abandono es una carencia, resulta de un programa narrativo trunco, en el que los destinatarios son Dios y la Naturaleza y el niño un objeto de valor. Los padres, en este relato, desoyen el mandato natural y divino de cuidar a sus hijos.

Esta ausencia no siempre es total y no se limita a la falta física de los padres, como se verá con la figura del abandono moral. El niño abandonado resulta marcado por la ausencia que clama por reparación, impone un deber, instiga al hacer. La caridad y la programática asistencial se presentan como instituciones por las que la élite asume el rol vacío de sujeto destinatario de ese hacer.

El abandono se construye así como condición de posibilidad para intervenir la vida de estos niños fuera de la familia. En épocas coloniales, la filantropía generó las primeras instituciones orientadas a la población desamparada. En el cambio de siglo, un nuevo régimen discursivo cancela la caridad, aunque se toman prestados sus dispositivos, como se observa en el tratamiento de la delincuencia infantil.

El niño abandonado suscita entonces pasiones encontradas: compasión y miedo. Así se entiende cómo se articularán a su alrededor el discurso religioso-caritativo y el positivista prevencional, sin aparente conflicto. Este proceso se da en la transición al siglo XX, cuando esta figura se acerca a la del delincuente, conformando un sujeto ambivalente, en peligro y peligroso. El control social, articulado desde el Estado, se presenta entonces como la solución pública, coherente con la metáfora de la Nación - familia, para "incorporar" a estos sujetos abandonados.

La figura del niño abandonado constituye un espacio en el que se configura el "otro" de la normalidad social en el discurso sobre la infancia.

<sup>17</sup> Respecto de este núcleo temático véase: Nidia Elinor Bisig: "La infancia abandonada- delincuente en el Discurso Académico. Principios del Siglo XX - Córdoba Argentina" en *JURÍDICAS* Vol.6 2009; y "Representaciones de la Infancia y Racismo en el Discurso Académico - Principios del Siglo XX Córdoba Argentina" en *CONTRIVERSIAS Y CONCURRENCIAS LATINOAMERICANAS* N° 2. ALAS, 2009.

Es por el abandono que el niño queda fuera de la familia, y por extensión, de la sociedad. Así, el delito se enlaza directamente con formas de desobediencia a la autoridad paterna.

La ley que funda el Patronato de Menores, ley 10.903 reza en su artículo 14 que los jueces de lo criminal y correccional deberán disponer preventivamente de la "persona menor de 18 años, acusado o como víctima de un delito" si ésta se encuentra en abandono material o moral, o en peligro moral. Se destaca que esta "persona" puede ser indistintamente acusado o víctima, cualquiera sea el ingreso en lo judicial, el niño cae bajo el poder del juez. El abandono es el elemento aglutinador en este caso<sup>18</sup>.

El abandono se amplía más allá de la ausencia de los padres o de la persona a cargo del niño. Incluye la orfandad, como ausencia de los padres por muerte, prisión o desconocimiento; pero también se habla de abandono cuando los padres o figuras equivalentes son juzgados como "viciosos" o "de mala vida". Estos pueden entonces estar presentes y sin embargo mantener a los niños en estado de abandono "material" o "moral". Tal diferenciación, por otra parte, es clave en cuanto la incorporación del segundo término permite que se introduzca un terreno lúbil de la doxa en el discurso jurídico.

Así, acerca de los "materialmente abandonados", se hace referencia a la permanencia en "habitaciones perjudiciales a su salud o en promiscuidad moral". Por un lado, se hace corresponder el espacio, la habitación, a una cualidad moral y por otro, se desdibuja la diferencia con el abandono moral.

Ese espacio liminal permite incluir entre los niños abandonados a una amplia población, según la voluntad de un enunciador (que puede o no coincidir con los sujetos institucionales legislador, juez, etc.) que se afirma como capaz de discernir en asuntos morales.

Entre las condiciones del abandono moral, las culpas recaen en primer lugar sobre los padres o mayores a cargo. Abandonado moral es el niño mendigo o vago, o el menor de dieciséis que ejerza "alguna ocupación en la vía pública sin permiso de la autoridad". Luego, en las dos últimas, este peso recae sobre los propios niños, según la misma noción que lo criminaliza.

<sup>18</sup> La Ley 10.903, define en su artículo 21: "A los efectos de los artículos anteriores, se entenderá por abandono material o moral o peligro moral, la incitación por los padres, tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuentación a sitios inmorales o de juego o con ladrones o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido 18 años de edad, vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos, o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o a la salud".

Así se enlistan indiferenciadamente los que se niegan a educarse y desobedecen a sus padres, con los que cometen delitos o contravenciones, o siquiera mantienen "trato con persona viciosa o de mala vida": un argumento circular va del abandono a la delincuencia.

Es el juez quien decide si hay o no abandono, y a partir de allí puede internarlo o bien colocarlo, el menor puede permanecer bajo ese poder "por tiempo indeterminado y hasta los 21 años"<sup>19</sup> siempre en cuanto "abandonado".

Las instituciones que se proponen reúnen en un mismo espacio a los abandonados y a los delincuentes. Se programa para ellos una educación de tipo agrícola y basada en la enseñanza de oficios. En principio, porque las instituciones ideales son colonias hogares o granjas, siempre alejadas de la ciudad, simbólicamente condensadora del peligro social, corrupciones y vicios varios. La re-educación de los niños en esa lógica utilitaria se diferencia de la educación "normal", ya que se orienta a la constitución de sujetos "útiles" al Estado según un pensamiento economicista.

La solución pública, por la guarda del Estado, lo ingresa a un aparato asistencial que se configura completamente a mediados del siglo XX con el fin de remediar su situación, pero que nunca le quitará los caracteres subjetivos del abandono.

En conclusión, abandono incluye más de lo que la noción denota, y excluye a las clases altas. El abandono, finalmente, es una noción vigente hasta la actualidad. Resultado de una acción, una violencia, sobre el cuerpo del niño; según una concepción relacional, negativa, de la filiación que ata al individuo a la familia.

El correlato privado de la solución al problema del abandono (frente al asistencialismo estatal) reside en la adopción y la adopción por una familia se presenta como la única salida posible para el niño abandonado.

El tercer núcleo temático se enmarca en el discurso médico-académico y abarca desde la *desnutrición infantil* hasta la *psiquiatización* del niño<sup>20</sup>. Iniciado el siglo XX, en la sociedad como en el ámbito universitario, los médicos cumplen un papel cada vez más importante, expresan su opinión y son consultados acerca de cuestiones jurídicas y políticas. Ello responde a la importancia que los saberes médicos tenían en el discurso de época y su gran influencia en los proyectos jurídicos. La preeminencia de su

<sup>19</sup> Art. 15 de la Ley 10.903.

<sup>20</sup> Respecto de este acápite remito al artículo: Nidia Elinor Blázquez, "La infancia en la cuestión social: entre el poder médico y el saber legal (Universidad de Córdoba, mediados del siglo XX)" en *TRABAJO Y SOCIEDAD* N° 13, 2009.

ciencia en el campo intelectual tiene como consecuencia que ésta tife las demás disciplinas, como ocurre con el Derecho; con el cual se articula en su tratamiento de la infancia. Cuando el Higienismo trasciende lo médico para centrarse en lo social, modelando todo un sistema de sujeción, desde el tratamiento de la desnutrición infantil, se configuran tópicos sobre la infancia, especialmente relacionados con la pertenencia social de los niños.

Los enunciadores, se conforman como parte de un "nosotros" que remite a una clase social, la elite letrada que se erige en representante del Estado y en sujeto de hacer; ella se plantea la programática asistencialista como un plan para recobrar a la "normalidad social" a niños y jóvenes, teniendo la "grandeza colectiva" como destino.

Una utopía de Nación futura cuyos sujetos son los niños, destino que se cumplirá en sus cuerpos cuando, adultos, alcancen la categoría cuasi-ontológica de ciudadanos.

Prima la sociedad ante el individuo: se apuesta al destino colectivo, al que el niño, futuro ciudadano, sacrificará su vida. Ello justifica la protección a la infancia como una inversión tendiente a asegurar el desarrollo de nuevas generaciones, "sanas" y "sin vicios", que constituyen verdaderos aportes demográficos, políticos, económicos, etc., a la comunidad.

El asistencialismo, entonces, se resignifica como el hacer del Estado, de la clase gobernante o elite que ocupa el lugar del padre, sobre un sujeto pasivo del que se espera, sin embargo, una contrapartida en el futuro.

En este sentido, el discurso en términos foucaultianos<sup>21</sup>, denota que allí donde aún no se habla de ciudadanos, se trata de preservar los cuerpos, la vida misma que se presta a la Nación, se evidencia ese deslizarse de la cuestión de la infancia desde la prevención del delito hacia un dispositivo asistencialista general. Se trata del cuidado del cuerpo infantil como extensión del cuerpo nacional, se evidencia una transición desde lo que Foucault denomina el control disciplinario de los cuerpos a la regulación de la vida de las poblaciones.

Uno de los ámbitos en los que más evidente se hace este paso de lo disciplinar a lo biopolítico (de una tecnología disciplinaria del cuerpo a una regularizadora de la vida, con el cuerpo como espacio de lucha en ambas) es en el de la protección a la madre y al niño recién nacido, especialmente, en tesis que tratan el problema de la mortalidad infantil.

Aparece entonces la infancia en un nuevo aspecto: como población, la masa de individuos mantiene las características de inferioridad

<sup>21</sup> Véase Michel Foucault, *Defender la sociedad*, 2000.

y de promesa de futuro. La biopolítica, que transforma al ciudadano en especie, se vuelve hacia los niños como realidad biológica primera, etapa pre-humana en la que el ordenamiento de la vida se da en forma de proyecto<sup>22</sup>.

Un cuerpo por antonomasia, interiorizado como débil pero también depositario de la utopía mayor: el futuro de la Nación. En esa paradoja se instaura a la infancia: cuerpo débil, ser dependiente, pero también depositario de la utopía nacional, del futuro de la raza argentina. La protección del cuerpo del niño se funde y extiende con el de la madre y, desde esa unidad indisoluble, a la familia y a la sociedad.

En ese contexto, los niños constituyen una realidad biológica primaria y, por ese orden primitivo, conforman el sujeto colectivo más propicio para iniciar el ordenamiento de la vida, tanto como para el proyecto de identidad nacional.

En este sentido, se entiende la naturalización de la concepción darwinista aplicada a la sociedad, cuya resultante es un racismo etario y de clase: ésta se produce al interior de los estudios jurídicos universitarios, un campo de saber legitimado, permeable a la legislación y a la opinión común.

Conjurando la amenaza de la delincuencia, se apela al miedo, pasión que movilizaría a un hacer: la sociedad debe tomar parte; de la misma manera, funciona la distopía de la raza nacional degenerada un futuro escatológico inminente, si no se aplican las medidas programadas, que pueden asimilarse a las tecnologías reguladoras de la vida que describe Foucault.

Hacia mediados de siglo XX, el poder disciplinario deja paso y se complementa con el poder biopolítico. La infancia, en este marco, constituye un grupo poblacional especialmente permeable a las tecnologías de regulación de la vida.

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, se 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.

<sup>22</sup> En términos de Giorgio Agamben, el niño aparecería así como puro *bios*, no conviven en él *bios* y *zoe*, la pura vida y la vida política, respectivamente. La consecuencia de considerar al hombre como mera vida, es que ésta puede ser sacada de todo contexto social, político, cultural, y tratada como proyecto, como plan, como objeto de experimentación, etc.

## Conclusiones

La "anormalidad" de la persona, que habilita la sujeción por el Estado a través de diferentes dispositivos, se ha establecido históricamente según el nacimiento u origen; el cual implicaba tanto el nacimiento (herencia del pecado de los padres, de propensiones amorales, o tendencias mórbidas: enfermedad, locura, alcoholismo) como el medio en el que se desarrollaba la infancia (ambiente de vicio); ambos conjugados en la llamada "herencia de los caracteres adquiridos".

En la actualidad, la condición del anormal se ha hecho extensiva a la familia, según una nueva figura punible, la "violencia familiar". El ambiente degradado de la familia obrera, inmigrante o simplemente pobre de antaño, según la reproducción del discurso hegemónico, es hoy el medio violento del que urge sustraer al niño víctima, en prevención de un futuro victimario, siempre en nombre del "Interés superior del niño"<sup>23</sup>.

Separados de su familia, los niños acaban en instituciones de amparo asociadas a la Secretaría de Niñez y Adolescencia —que asiste a los niños bajo estas circunstancias— no tan distintas y con nombres similares a las instituciones de acogida y abrigo que el dispositivo caritativo fundara hace siglos. Por otra parte, la constante dependencia del control de los jueces, cuya autoridad patriarcal y absoluta continúa en Córdoba, vuelve casi irrisoria la denominación "niños", cuando es evidente que el dispositivo vertical de la minoridad funciona aún, asentado en fuertes cimientos.

Todo lo expuesto da cuenta de las severas dificultades para desarticular la conformación de un campo de poder construido sobre la naturalización de la sustracción de la infancia, su identidad, su familia, su cultura, sus potencialidades... en nombre de una protección que no se configuró hacia ella sino que instituyó y naturalizó alrededor de los pobres el entorno siniestro de la privación de la libertad, la eliminación de la identidad, el ocultamiento y negación del origen y la apropiación de la vida.

Círculo simbólico tan horroroso como trágico, que se materializó en su infausta potencialidad más perversa y execrable y en sus formas más macabras, en los años 70, sobre los hijos de los recientes amenazadores del orden instituido. Generando vidas y destinos, tanto o más trágicos, que los de aquellos que, adultos ya, desde hace décadas, transitan instituciones y desandan los recorridos de su infancia en busca de sus ("ocultadas", "preservadas", "negadas", "desaparecidas") identidades de origen.

<sup>23</sup> Remito a la aplicación de "medidas excepcionales" en el articulado de la Ley 2263 Ley de Violencia Familiar y de la Ley 2944 Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en la Provincia de Córdoba.

En tanto estas perspectivas ideológicas vinculadas a la cultura de judicialización y a la minoridad sigan presentes, la protección de derechos no pasará de ser un discurso vacío para legiones de niños ("expositos", "ilegítimos", "vagos", "abandonados", "delincuentes", "anormales", "víctimas", "explotados", "vulnerados" según el período y denominaciones que la palabra hegemónica inventó para nombrarlos) que pertenecen a la inmensa mayoría de familias pobres.

Éstas familias seguirán padeciendo las consecuencias de la omisión del Estado en cuanto aquellos que no saben, no pueden, o no quieren garantizar y/o restituir sus derechos continúan adjudicándoles la responsabilidad de sus carencias y situación de miseria.

Mientras tanto, sus hijos, seguirán sujetos al entramado judicial mediante la aplicación de "medidas excepcionales", las que se constituyen en patrimonio exclusivo, nuevamente, de los niños de los pobres.

#### BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, Giorgio. (2003). *Homo sacer: el poder soberano y la nuda vida I*. Pre-textos, Valencia, España.
- BARTHES, Roland. (1985). *La aventura semiológica*. Paidós, Barcelona, 1990.
- BUSIG, Nidia Elidor del Carmen. (2010). *La construcción socio jurídica de la infancia. Córdoba Siglos XIX-XX* Tesis Doctoral. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.
- BUSIG, Nidia Elidor. (2009) "La infancia en debate. Hijos ilegítimos y abandonados delincuentes en Córdoba (1871-1914)", en *Estudios digital* N° III, Octubre 2010 Centro de Estudios Avanzados Universidad Nacional de Córdoba.
- (2009) "La infancia abandonada-delincente en el Discurso Académico. Principios del Siglo XX - Córdoba Argentina" en *Justicias* Vol.6 N° 1, Centro de Investigaciones Socio Jurídicas Universidad de Caldas, Manizales, COLOMBIA. Enero-Junio de 2009.
- (2008) "Representaciones de la Infancia y Racismo en el Discurso Académico - Principios del Siglo XX Córdoba Argentina" en *CONTRAVERSIAS Y CONVERGENCIAS LATINOAMERICANAS N° 2 año 1* ALAS Asociación Latinoamericana de Sociología. Septiembre de 2008.
- (2008) "La infancia en la cuestión social: entre el poder médico y el saber legal (Universidad de Córdoba, mediados del siglo XX)" en *TRABAJO Y SOCIEDAD* Indagaciones sobre el trabajo, la cultura y las prácticas políticas en sociedades segmentadas N° 13, Vol. XII. Santiago del Estero, Argentina. Primavera 2008.
- (2008) "La infancia en las prácticas y en los discursos" en *SOCIOLOGÍA Y CIENCIAS SOCIALES. Conflictos y desafíos en América Latina y el Caribe. El contexto y la región Interrogados* Vol. 2 T. 2. Encuentro PRE-ALAS 2008 Editorial Universitaria de la Universidad Nacional del Nordeste Resistencia, 2010.
- (2008) "Discurso académico - institucional y representaciones de la infancia Córdoba 1894-1914" en *ANUARIO XI* Centro de Investigaciones Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba. La Ley, Córdoba, 2009.
- BOURDIEU, Pierre. (1984). *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*. 2ª edición. Editorial Anagrama, Barcelona, 1987.



CASTORHEDIS, Cornelius. (1963). *La instrucción imaginaria en la sociedad. Vol. 1 Marxismo y teoría social revolucionaria*. Ed. Tusquets, Barcelona.

FOUCAULT, Michel. (2003). *La verdad y las formas jurídicas*. Editorial Godies. Barcelona.

— (2000). *Defender la sociedad*. Fondo de Cultura Económica. Argentina.

— (2000). *Los anormales*. Fondo de Cultura Económica. México.

— (1970). *El Orden del Discurso*. Tusquets Editores. Buenos Aires. 2008.

GREIMAS, A. J. (1966) *Semiótica estructural*. Gredos, Madrid. 1971.

GREIMAS, A. J. y COURTRES, J. (1980). *Semiótica. Diccionario razonado de la teoría del lenguaje*. Gredos. Madrid.

SAUSSURE, Ferdinand de. (2001). *Curso de Lingüística General*. Editorial Losada. Buenos Aires.

WEBER, Max. (1992). *Economía y Sociedad*. Fondo de Cultura Económica. Argentina.

#### Fuentes Documentales

ÁLVAREZ PRADO, Juan R. (1910). *Principios de defensa social*. Tesis presentada para optar al grado de doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Est. Tip. y Casa Editora de R. Domenici. Córdoba.

BIRMANN, Gregorio. (1933). *Los Menores desamparados y delincuentes en Córdoba Estudio psico-patológico, médico-social, criminológico y médico-legal*. Tomos I y II. Talleres Gráficos de la Penitenciaría. Córdoba.

BONEGA, Dionisio. 1911). *La presunción*. Tesis presentada para optar al grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Est. Tip. La Industrial. Córdoba.

CÁRCANO, Ramón J. (1894). *De los Hijos Adulterinos Incestuosos y Sacrilegos*. Tesis para el Doctorado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Imprenta de "El Interior". Córdoba.

CABERAS, Antonio. (1906). *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.

CASAS, Carlos Alberto. (1942). *Protección a la infancia y prevención de la delincuencia juvenil*. Trabajo de Tesis (no publicado), presentado para optar al doctorado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

DE LA COLINA, Fermín. (1902). *Mortalidad infantil*. Tesis inaugural para optar al grado de Doctor en Medicina y Cirujía(sic). Facultad de Ciencias Médicas Universidad Nacional de Córdoba. Imprenta Los Principios. Córdoba.

DOMÍNGUEZ, Benjamín. (1904) *Consideraciones generales sobre la mortalidad infantil por el aparato digestivo en los niños de 0 a 2 años*. Tesis inaugural para optar al grado de Doctor en Medicina y Cirujía(sic). Facultad de Ciencias Médicas Universidad Nacional de Córdoba Imprenta y Casa Editora de R. Domenici. Córdoba.

GARCÍA VERA, Luis. (1951). *La protección al niño abandonado y contravenidor*. Córdoba: [s.n.].

GARCILAZO, Angel E. (1920). *Incompatibilidad del Matrimonio con la tuberculosis y la sífilis*. Tesis presentada para optar al título de Doctor en Medicina y Cirujía(sic). Facultad de Ciencias Médicas Universidad Nacional de Córdoba. Talleres gráficos La Elzeviriana. Córdoba.

GÓZALEZ ALBARRACÍN, Enrique. (1920). *Alcoholismo*. Tesis presentada para optar al título de Doctor en Medicina y Cirujía(sic). Facultad de Ciencias Médicas Universidad Nacional de Córdoba. Talleres gráficos Del Viso. Córdoba.

JUÁREZ, Francisco E. (1906). *Mortalidad infantil por afecciones gastrointestinales*, Tesis Inaugural presentada para optar al grado de doctor en medicina y cirugía: Imprenta Mitre, Córdoba.

LA SERNA, JUAN M. (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.

LÓPEZ, Manuel. (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.

MAZZI, Ruggero. (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. Est. Tip. la Italia de A. Biffignandi. Córdoba.

MORRA, José. (1908). *Delito sociológico y legal*. Tesis para optar al Grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. La Artística. Córdoba.

MOURICA, Eduardo. (1908). *Factores del delito*. Tesis presentada para optar al Grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. La Gutenberg. Córdoba.

NORRIS, Narciso M. (1904). *Factores del delito*. Tesis. Presentada a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Para optar al grado de Dr. en jurisprudencia, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Est. Tip. Constitución. Córdoba.

RÍOS, Elmarino. (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.

VÉLEZ, Juan B. (hijo). (1920). *Ensayo sobre higiene social americana*. Tesis presentada para optar al título de Doctor en Medicina y Cirujía(sic.) Imp. La Minerva. Córdoba.

ZAVALA, Jorge. (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.



## CRÓNICA DE UN DESPOJO. LA LUCHA POR LA TIERRA: EL CASO DEL MOVIMIENTO CAMPESINO DE SANTIAGO DEL ESTERO

*María Alejandra Cluffolini\**  
*Sabrina M. Villegas Guzmán\*\**

**Resumen:** El presente artículo tiene por objetivo aportar elementos que permitan avanzar en la comprensión de las luchas por la tierra, tomando como referencia la experiencia del Movimiento Campesino de Santiago del Estero. Para ello, partimos de la situación por la que atraviesa el capitalismo global, su impacto sobre Latinoamérica, las características del modelo extractivo-exportador en Argentina a partir de la expansión del agro-negocio, y por último, la situación en la provincia de Santiago del Estero. Luego, nos abocamos al problema de la tierra, y para finalizar, destacamos las estrategias de lucha y resistencia que el movimiento campesino desarrolla para hacer frente a la problemática.

**Palabras claves:** Desposesión - Agro negocio - Lucha por la tierra - Movimiento campesino.

### **I. Introducción. La continuidad del esquema colonial en la periferia**

América Latina es actualmente el escenario de un proceso de reprimarización de la economía, caracterizado por la generalización de un modelo extractivo-exportador. Este proceso marca una dinámica diferenciada a la forma en que se produjo la acumulación capitalista en los países centrales durante el pasado siglo XX.

Concretamente, nos referimos a la depredación creciente de los bienes comunes globales (tierra, aire, agua) y a la degradación ambiental producto de estas actividades, todas inspiradas en una concepción donde la naturaleza es sólo mercancía.

Si bien autores como Harvey (2004), destacan que ésta preocupación ya estaba presente en Marx y Luxemburgo, en su opinión tanto uno

---

\* Doctora en Ciencias Sociales (UBA). Docente e investigadora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC) y de la Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales (UCC). Directora del Colectivo de Investigación El llano en llamas (UCC-UNC). E-mail de contacto: [macluffolini@yahoo.com.ar](mailto:macluffolini@yahoo.com.ar)

\*\* Abogada (UNC). Maestranda en Antropología (FFyH-UNC) y Doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales (FDyCS-UNC). Docente adscripta a la Cátedra de Sociología Jurídica (FDyCS-UNC). Becaria CONICET. Integrante del Colectivo de Investigación El llano en llamas (UCC-UNC). E-mail de contacto: [sabvillagas@hotmail.com](mailto:sabvillagas@hotmail.com).

como otro, creyeron entender que se trataba de una etapa originaria del capital, o bien que era exterior al sistema capitalista. De acuerdo al autor, ésta forma de acumulación no corresponde a un momento previo al capital ni es externo al sistema, sino que se trata de un proceso en pleno curso, al que prefiere denominar como "acumulación por desposesión".

En palabras de Harvey (ibíd.: 115) "La acumulación por desposesión puede ocurrir de diversas maneras y su *modus operandi* tiene mucho de contingente y azaroso. Así y todo, es omnipresente, sin importar la etapa histórica, y se acelera cuando ocurren crisis de sobreacumulación en la reproducción ampliada, cuando parece no haber otra salida excepto la devaluación".

En sentido similar, Cluffolini (2006) señala que las lógicas de explotación en el capitalismo sufren mutaciones de acuerdo a las necesidades de estructuración y reestructuración del capital. De esta manera, se renuevan formas de explotación a través de mecanismos de fragmentación y de expropiación.

Si bien la expropiación capitalista tuvo desde siempre como lugar privilegiado al salario, en los países de la periferia la expropiación resultó cooptada a su vez por la lógica de la dominación colonial, poniendo especial atención en lo colectivo y social. Dentro de esto, y aunque no de manera exclusiva, se concentró en los recursos naturales o bienes comunes: tierra, agua, minerales, etc. (Cluffolini, ibíd.).

Estas reflexiones constituyen el marco más amplio y abstracto en el que inscriben las profundas transformaciones operadas en Argentina a partir de la década de 1980 y que encuentra su mayor desarrollo durante la década de los 90<sup>1</sup>, cuyas notas centrales son la desregulación y la liberalización de los flujos comerciales y financieros. A partir de ese momento, se inicia para nuestro país una nueva etapa en la que los mercados se constituyen en árbitros de la política económica.

Este "giro de política" tiene un impacto enorme en la realidad agraria, imponiendo cambios que entran en tensión con las formas de vida y producción características del pasado siglo XX<sup>2</sup>. Entra especialmente en

<sup>1</sup> Por su parte, Swampa (2008: 31-32) identifica, en los últimos veinte años, dos fases del capitalismo neoliberal en América Latina: "Un primer momento, en los noventa, marcado por la desregulación económica, el ajuste fiscal, la política de privatizaciones (de los servicios públicos y los hidrocarburos), así como por la introducción generalizada de los agribusiness (los cultivos transgénicos mediante la siembra directa)", y una segunda fase "caracterizada por la generalización de un modelo extractivo-exportador que apunta a consolidar y ampliar aún más las brechas sociales entre los países del Norte y el Sur, en base a la extracción de recursos naturales no renovables".

<sup>2</sup> Esta afirmación no pone en duda el hecho de que la Argentina tuviera un marcado desarrollo del capitalismo en el sector agropecuario desde fines del siglo XIX. Sin embargo, entendemos que ese desarrollo estuvo circunscripto a las llamadas zonas pampeanas, no extendiéndose

contradicción con dichas formas la actual manera de gestionar la producción, cuyo aspecto más novedoso es la creciente injerencia de las grandes empresas transnacionales en las decisiones de producción y en las tecnologías a aplicar (por caso: técnicas de siembra directa, uso de semillas transgénicas, utilización de productos fitosanitarios, etc.), así como también en el manejo de los dividendos que de ella resultan.

Las exigencias de estas corporaciones son —ni más ni menos, y en consonancia con el nuevo orden y división de trabajo mundial—, las de convertir al país en una región mono productora de soja<sup>3</sup>. De esta manera, el paisaje agrario se modifica para dar lugar a la producción de cereales en gran escala, en reemplazo de los cultivos tradicionales<sup>4</sup>.

En su expansión el agro-negocio avanza continuamente sobre nuevos territorios otrora destinados a otras formas de producción y relación con la tierra. En pocas palabras, la territorialización del modelo del agro-business implica la desterritorialización/apropiación de territorios campesinos, indígenas u otros territorios del Estado (Fernández, 2006).

En este sentido, el avance de la frontera agropecuaria hacia zonas extrapampeanas —por caso: las provincias que componen las regiones del Nordeste y Noreste del país— tiene profundas consecuencias sociales y ambientales: pequeños y medianos productores rurales arrinconados por el modelo, campesinos expulsados por nuevos inversores, trabajadores rurales desocupados, desruralización y procesos de migración a las ciudades, creciente deforestación, contaminación ambiental producto del uso indiscriminado de "agrotóxicos", son sólo algunos de sus efectos.

Incluso puede afirmarse que este avance del capital, con sus tecnologías y dinámicas de producción, revitaliza viejas prácticas del colonialismo, como las de arrasar a su paso con las tradiciones, costumbres y poblaciones a las que llegan. Por otro lado, tropezamos con el hecho de que estos procesos de desposesión/expropiación no ocurren sin oposición. Alrededor del mundo, observamos una amplia resistencia por parte de las

---

aplicable al resto del territorio. También constituyeron una excepción los ingenios azucareros (Tucumán, Salta y Jujuy) y la industria vitivinícola (Mendoza y San Juan).

<sup>3</sup> Los datos arrojados por el Censo Nacional Agropecuario (CNA) realizado en el año 2002 señalan que de un total 12.938.127 has. de superficie implantada con oleaginosas, el 83.7% lo ocupa el cultivo de soja. Los resultados provisionales del CNA 2008 muestran una disminución del total de hectáreas sembradas con oleaginosas (10.408.513 has. —sin especificar la superficie total de soja). Fuente: INDEC.

<sup>4</sup> Esta circunstancia adquirió mayor notoriedad a partir de la devaluación de la economía en el año 2002 y de la suba del precio de los cereales en el mercado internacional. De acuerdo a Peralta Ramos (2007), la pérdida de valor del peso implicó una transferencia de ingresos desde el resto de la sociedad hacia los productores de bienes primarios y hacia los exportadores. A su vez, ante la imposibilidad de obtener financiamiento externo como consecuencia de la crisis económica local, los grandes exportadores —al ser los principales tenedores de divisas— pasaron a ocupar un rol central en la economía y en la toma de decisiones.

poblaciones que entienden a éste avance tras recursos y bienes comunes, como una forma que pone en peligro la posibilidad misma de la vida.

En lo que sigue, procuraremos centrarnos en el estudio de una de estas experiencias de lucha y resistencia de la región noroeste del país: el Movimiento Campesino de Santiago del Estero (MOCASE). El objetivo de este artículo es presentar las características principales que asume la lucha por la tierra en esta provincia. Para ello, en un primer momento, recuperaremos de manera muy breve la historia de explotación de los recursos naturales, como un elemento más para comprender la situación macroestructural de Santiago del Estero en la actualidad. Seguidamente, nos centraremos en las particularidades que asume la problemática de la tierra atendiendo a la forma de vida de los habitantes rurales, a sus medios de subsistencia, a la tenencia de la tierra y los sentidos que le son asignados. Por último, haremos mención de la forma en que está organizado el MOCASE y de los distintos mecanismos que activa la organización para resistir y permanecer en el territorio.

Los datos que a continuación se trabajan son el resultado del trabajo de campo realizado en el año 2007 en el marco del proyecto "Territorios de Utopías. Experiencias y expectativas en las luchas sociales urbanas y campesinas de hoy"<sup>5</sup>. El corpus está compuesto por 14 entrevistas en profundidad<sup>6</sup> a integrantes del MOCASE. La técnica que se utilizó para el análisis de las mismas fue el análisis de contenido. El mismo consiste en rastreo y registro de frecuencias o constantes lingüísticas como modo de aprehender la materialidad interna de los discursos.

## II. Recuperando un poco de historia. La explotación de los recursos naturales y el surgimiento del MOCASE

La explotación desenfadada de las riquezas naturales no es algo novedoso en la provincia de Santiago del Estero. Basta con mencionar la célebre y triste historia de la compañía argentina de capitales extranjeros

<sup>5</sup> Se trata de una investigación realizada por el Colectivo de Investigación El llano en llamas, del que participan miembros del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC) y de la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales (UCC).

<sup>6</sup> Con la finalidad de preservar la identidad de los sujetos entrevistados, las entrevistas están identificadas a partir de la sigla "MOCASE" seguida del número de entrevista. Ejemplo: MOCASE1. Las entrevistas fueron transcritas de acuerdo a los siguientes códigos: ER Entrevistador; EO Entrevistado; MAYÚSCULAS elevación de voz/tonos fuertes; () funciones extraverbales; ... pausas breves; (...) partes incomprensibles de la grabación; (-) interrupción por parte de otras personas; ¡¿? preguntas y exclamaciones.

conocida como "La Forestal"<sup>7</sup> que desarrolló sus actividades en el Gran Chaco<sup>8</sup> desde fines del siglo XIX. Hacia 1914, Santiago del Estero contaba con 65 obrajes forestales de extracción de madera para durmientes, postes y leña (Barsky y Gelman, 2009). Millares y millares de hectáreas de bosque nativo fueron arrasadas para cubrir las crecientes necesidades del ferrocarril en plena expansión y la incipiente industria. En su lugar, sólo quedó la devastación y el desierto<sup>9</sup>. Con la tala sin límites desapareció a su vez la principal fuente de trabajo y riqueza para miles de familias: el monte.

De acuerdo al Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas del año 2001, el 31,3 % de la población de Santiago del Estero tiene necesidades básicas insatisfechas (NBI), lo cual la ubica entre las provincias más pobres de la Argentina. A su vez, es importante destacar que más de un 33% de sus habitantes vive en el medio rural<sup>10</sup>, porcentaje significativo si se piensa que el total nacional apenas supera los 10 puntos.

Si nos adentramos en la situación de tenencia de la tierra en la provincia, el Censo Nacional Agropecuario (CNA) del 2002<sup>11</sup> pone al descubierto que de 20.949 explotaciones agropecuarias<sup>12</sup> (EAP), 10.119 carecen de límites definidos<sup>13</sup>. Del total de las EAP sin límites definidos, 6064 se identifican como ocupaciones de hecho. Por su parte, los resultados anticipados del CNA 2008 indican que de un total de 15.395 EAP, 4426 lo son

<sup>7</sup> Instalada en la provincia de Santa Fe en 1902 con el nombre de Compañía Forestal del Chaco. Más adelante, en 1906, se asoció con capital inglés y se convirtió en "The Forestal Land, Timber, Railways and Co. Ltd." Esta empresa contaba con una red de ferrocarriles propia, siendo una referente clave del mercado mundial de extracción de taimo y quebracho. En Santiago del Estero el quebracho colorado contiene una más baja proporción de taimo, por lo que era utilizado principalmente como madera de construcción (durmientes para el ferrocarril, postes de telégrafos y alambrados), mientras que el quebracho blanco cubría las necesidades de carbón de leña que requerían las locomotoras y las industrias (Barsky y Gelman, 2009).

<sup>8</sup> Se trata de la región compuesta por la provincia del Chaco, norte de Santa Fe y noreste de Santiago del Estero.

<sup>9</sup> No menos puede decirse de la situación de los haceros, sometidos a la más dura explotación, carentes por completo de todo derecho laboral. Con la esperanza de obtener un salario abandonaron sus campos para marchar hacia los obrajes, donde ni siquiera recibirían dinero, sino que se les retribuía con vales finalmente canjeables en la propiedad que era propiedad del mismo obraje (García 2003).

<sup>10</sup> De un total de 804.257 habitantes en la provincia, 272.852 se encuentran en el medio rural (INDEC 2001). El Censo Nacional de Población, Hogares y Vivienda realizado en el año 2010 aún no cuenta con resultados definitivos. Los resultados provisionales arrojan un total de 896.461 habitantes, pero no indican qué porcentaje corresponden al medio rural.

<sup>11</sup> Se trata del último CNA del que se cuenta con resultados definitivos.

<sup>12</sup> Unidad de estadística definida por el CNA 2002-2008.

<sup>13</sup> Se trata de unidades que se caracterizan por tener límites imprecisos o bien carecer de ellos. Por lo general, estas tierras forman parte de unidades mayores, como por ejemplo los campos comuneros o las comunidades indígenas. También pueden ser parte de parques o reservas nacionales y otros tipos de propiedad, tanto estatal como privada (CNA 2002, la negra nos pertenece).

sin límites definidos, sin especificar en este caso el número de ocupaciones de hecho.<sup>14</sup>

Estos datos, cuyos porcentajes contrastan con la situación existente en otras provincias, son reveladores de la condición de irregularidad en la tenencia de la tierra, y dan cuenta a su vez, de la importante presencia de comunidades campesinas e indígenas en el territorio provincial.

Es en este escenario de extensos territorios ocupados de manera muy precaria en términos legales, pero con un arraigo de generación; en el que los procesos de extracción y desforestación han afectado de manera dramática las condiciones de vida, donde emerge el 4 de agosto de 1990, en la localidad de Quimilil una organización provincial que llevaría el nombre de MOCASE<sup>15</sup>.

Estructurado principalmente en pos de la defensa de la tierra, el MOCASE fue creciendo con el correr de los años hasta constituirse en un actor social destacado de la política local y nacional. Su cuestionamiento al avance del agro negocio, la advertencia sobre las consecuencias que dicho modelo traería aparejadas, así como las constantes acciones de lucha y resistencia que protagonizaron sus miembros, le valieron ese lugar en la escena pública.

Diferencias en las formas de comprender la construcción política hicieron que el movimiento perdiera su unidad en noviembre del año 2001 y se dividiera en dos sectores. Un sector permaneció ligado a la Federación Agraria Argentina y mantuvo su estructura de autoridades, mientras que el otro ingresó dentro de la Coordinadora Latinoamericana de Organizaciones del Campo (CLOC) y de la Vía Campesina Internacional<sup>16</sup>.

Las entrevistas que componen este artículo pertenecen al primero de los grupos mencionados.

### III. El problema de la tierra

La vida de los habitantes del interior de la provincia de Santiago del Estero está asociada a un conjunto de privaciones de distinto orden: falta de trabajo, insuficiencia de los servicios de salud y educación, comunicación y mal estado de caminos, escasez de agua, y sin duda, coro-

<sup>14</sup> Las variaciones intercensales 2002-2008 muestran una disminución de 6554 EAP. A su vez, es neto el descenso de EAP sin límites definidos (-5693). Estas variaciones funcionan como indicadores del proceso de concentración de la propiedad de la tierra y de su regularización. Fuente: INDEC.

<sup>15</sup> Ver nota publicada en el diario Página 12 el 4 de agosto de 2010: "El mocase, un hito en la defensa de la tierra". Consultada en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-150699-2010-08-04.html> (Fecha de consulta: 20 de julio de 2011).

<sup>16</sup> Este último sector se identifica como MOCASE-VC.



nándolo todo, una situación de irregularidad e inseguridad en lo que hace a las formas de tenencia de la tierra.

Estas difíciles condiciones que la provincia presenta la han convertido en un territorio expulsor de población que migra hacia otras provincias en búsqueda de un jornal que les permita cubrir su sustento (por citar ejemplos: a la zafra azucarera en Tucumán, a la cosecha del algodón en el Chaco, etc.). En la actualidad, los jóvenes se enfrentan a la misma disyuntiva de generaciones anteriores: continuar en el campo con economías de subsistencia o bien migrar en busca de otras oportunidades.

Esa economía se basa en actividades como ganadería mayor y menor, agricultura, y en menor medida, producción de artesanías<sup>17</sup>. El producto que se obtiene de las distintas actividades está destinado a cubrir las necesidades del grupo familiar, mientras que el excedente es vendido en el mercado a través de medios informales. Lo cierto es que ese excedente escaso y la informalidad de su comercialización permiten catalogarla como una economía de subsistencia.

Esta situación de fragilidad y pobreza, hace que en el relato de los entrevistados, la problemática de la tierra adquiere un lugar central<sup>18</sup>. En este sentido y como referimos anteriormente, las transformaciones que trastocaron el mundo rural han impactado de manera extraordinaria en este contexto. Decimos extraordinaria porque no solo han cambiado los

<sup>17</sup> En este caso, la producción artesanal apareció como una alternativa económica cuando crecieron las dificultades para desarrollar la agricultura y la cría de animales. Así lo relata una telera de la zona de Lorito: "[...] y...comenzamos nosotros así... porque éramos agricultores, y con el tema ese de que se comenzaron a vender las tierras, y teníamos es régimen tan fuerte de 50 años de gobierno, a los pequeños minifundistas, era como que al gobierno NO LES SERVIA, entonces, acaparaban el agua los grandes terratenientes y a nosotros no sacaron, nos dejaron afuera, con el tema agua. Y ahí fue cuando nosotros comenzamos a ver que la agricultura no nos servía, porque, sí bien por ahí es cierto que a veces con la lluvia las plantas llegaban a crecer a media altura, y venía una sequía, se nos secaba todo. Éramos productores de alfalfa, de batata, corsemito. ER: ¿usted de qué tiempo me está hablando? BO: y de 10 años atrás más o menos. Y se comenzó con el mal manejo de agua, digo "mal manejo" porque nosotros, este, que somos así productores, 5 o 6 hectáreas, para el gobierno no contábamos. Se alquilaba a las grandes empresas de afuera, se les daba el agua a ellos. Y bueno, ahí nos venimos todos abajo. Y buena, el que podía dedicarse a la cría de animales, se dedicaba a la cría, y el que no tenía animales empezó como nosotros, a ser artesanos, a sacar las cosas, a vender en la ruta, a tallar así cualquier madera, darle cualquier forma, así de un animal, y bueno, para poder vivir, porque era muy crítica la situación nuestra, al no tener nada en los cercos, no se podía continuar: más la vida ahí" (MOCASE14)

<sup>18</sup> Así surge de distintas entrevistas: "Nosotros el PROBLEMA más grande la necesidad es el agua y los títulos de la tierra... eso es lo que nosotros necesitamos... TENER NUESTRAS TIERRAS, para así vivir bien, no venir alguien y los digan... porque no sabemos en qué momento nos pueden sacar, porque pueden decir "vengo y te saco porque yo soy el dueño", pero los dueños somos nosotros. Pero nosotros queremos estar seguros de eso [...]" (MOCASE06)  
"que son problemas de tierra, problemas de producción, problemas de agua, problemas de la deforestación, problemas...que son problemas y..." (MOCASE11)

modos y producciones típicas sino que también han vuelto a la tierra un bien codiciado. Esas tierras que antes se consideraban improductivas ahora con las nuevas tecnologías adquieren un valor inusitado. Lo cierto es que a partir de entonces la propiedad de la tierra que por generaciones han ocupado familias sin preocuparse por su estatus legal, se ve sometida al interés y la voracidad del capital.

En definitiva, la adhesión al nuevo modelo productivo, y con ello a la posibilidad de generación de importantes excedentes económicos para la provincia, tendría como contracara los desalojos forzados<sup>29</sup>, las ventas fraudulentas de campos, el violento accionar de los empresarios, la policía y la justicia contra los pobladores ancestrales y la tala indiscriminada del monte<sup>30</sup>.

La situación general de tenencia de la tierra está mediada por la figura de la posesión<sup>31</sup>. Si bien en la mayoría de los supuestos, el tiempo de la posesión supera los 20 años exigidos por la ley para iniciar el procedimiento de usucapión, las dificultades económicas por las que atraviesa el campesinado santiagueño impidieron regularizar a tiempo esta situación<sup>32</sup>. También debe señalarse que en algunos casos la inseguridad fue

<sup>29</sup> "Sí, ya están topando el monte, están dejando toda la tierra... y han estado desmontando compañeros, yo no he estado... y allá prácticamente, no sé a dónde ha habido casas pero sí... a vecinos sí, que los querido desalojar [...] Sí, cerca... pero de ahí lo han levantado y se han ido... porque la gente ha ido y los han enfrentado ellos... o sea, se quedaban, se quedaban pa siempre o quedaba cualquiera ya ahí... porque si no lo hacen ellos, la misma policía no les hace justicia a veces..." (MOCASE04)

<sup>30</sup> Ese carácter paradójico de la llegada del "progreso" aparece en el relato de los entrevistados en relación a la construcción de un dique en el departamento Figueroa que al tiempo que podría solucionar los enormes problemas de agua que enfrenta la población, elevaría el valor de las tierras, y con ella la posibilidad de enfrentar procesos de desalojo: "[...] cuando... se solucionó el tema del dique, cuando hagan, nos hagan... cuando tengamos riego, vamos a hacer... porque hoy por hoy, sí tenés sembrado pero no, no es lo mismo como lo que tenés con riego ¿no? Ello y eso está muy pasado, el tema de la... del dique y eso a... o te parece que está pronto a salir? EO: (ríe)... y bueno novedades hay pero... eso lo sé, pero eso también nos va a tener consecuencias... problemas de la tierra, por si se hace el dique, por el hecho de que no tenemos (-) ER: ¿por qué? EO: ...con derechos no hacés nada, porque tenemos que tener títulos de la tierra ER: pero ¿por qué, por qué la mejora del dique te traería problemas?... no entiendo EO: te... te trae las dos cosas, serían... mejoramiento para calidad de vida, y a la vez, problemas de tierra" (MOCASE05)

<sup>31</sup> Recordemos que el artículo 2351 del Código Civil Argentino define a la posesión en los siguientes términos: "Habrá posesión de las cosas, cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad".

<sup>32</sup> "Sí. Pero generalmente ahora se conoce como Registro de Propietarios, se conoce ya que los que vienen ya son... propios dueños de la tierra, porque se hacen... no hacen 20, ni 30 años, son cientos de años que han venido de generación del... padre, del abuelo, que siempre han vivido ahí..." (MOCASE04)

"No, nosotros no tenemos títulos de tierra, estamos... nuestros padres nuestros abuelos, nos hemos quedado donde han estado ellos, no tenemos propiedad. Era un tal Julián, que

producida por el propio Estado provincial al otorgar títulos precarios a las familias<sup>23</sup>.

Para comprender la lucha por la tierra, es importante destacar los diversos significados que le son asignados. En este sentido, decimos que para el campesino la tierra tiene un carácter polisémico. Desde un punto de vista material es, sin duda, el espacio donde se desarrolla la producción que permite la subsistencia. Si tomamos otros puntos de vista, la tierra es también herencia de los antepasados. De acuerdo a esta perspectiva, permanecer en ella implica de cierto modo honrar el espacio de vida donde nacieron y vivieron distintas generaciones, es un espacio de pertenencia.

A su vez, la tierra está ligada a la identidad, "sin tierra no se es". Mantenerse en ella es parte de la conservación de una cultura, una tradición y un determinado conjunto de creencias. Se trata de preservar una forma de vida "campesina" -a la que se concibe como dura y sacrificada- que encuentra su opuesto en la vida que se desarrolla en las ciudades<sup>24</sup>.

vive aquí en Santiago, pero gracias a Dios nunca hemos tenido problemas de tierra, hasta ahora, HASTA AHORA" (MOCASE09)

"La tierra es fiscal, ¿no? Nosotros sabemos que la fiscal, o sea por tierra que sigan haciendo, viviendo dentro; tengo más de veinte años adentro, de hecho que me corresponde. ER: Claro EO: Es mi posición, es mía. O sea que eso tenemos claro, me parece que gracias a Dios Figueroa casi todo tiene en claro que es así la tierra. El tema fiscal como propiedad, eso bueno, nos han dejado crecer, nacer y vivir ahí entonces formamos parte de esa tierra" (MOCASE10)

<sup>23</sup> "Le otorgan por...no sé cuántas hectáreas...50 hectáreas...eso les daba el gobierno anterior de este gobierno, que estaba, ha sacado una ley y les daba a la gente...y...son PARA QUE TRABAJEN, ha visto, y...para que vayan trabajando, para que le resten a la Provincia, supuestamente" (MOCASE04)

"Eh...no, no hay todavía, no ha llegado... porque nosotros cuando estaba el gobierno, cuando estaba Juárez hace diez años atrás nos dieron 5 hectáreas de terrenos para que estemos ahí [...] ER: y el gobierno se las dio y ustedes tienen el título de propiedad (-) EO: no, no... es un papel, como que él nos decía que entremos y... hagamos mejoras nada más (ruidos) pero dicen que no es un título real. Que tendría que ser... [...] EO: nosotros hemos nacido y criado ahí, somos nosotros los dueños, ni aunque el gobierno nos haya dado ese papel... nosotros tenemos el derecho de... tener nuestra tierra... sea ahí y en otro lado [...]... porque la mayoría tenemos en otro lado" (MOCASE06)

<sup>24</sup> "Sí, la verdad que de la vida en el campo habría muchas cosas para contarte, porque... nosotros somos (-) como campesinos, tenemos una vida, quizás... crítica, pero para nosotros a la vez... es muy linda porque sabemos que dentro de la vida del campo está nuestra cultura, está nuestra forma de vida, entonces... hoy creemos que los únicos que podemos valorar eso son los propios campesinos, y estamos buscando la forma de (-) y venimos buscando desde hace mucho tiempo, por lo menos que... esto se lo valore, se lo respete, se lo... porque nosotros... los objetivos principales serían que... defendas nuestra cultura, nuestras creencias, que sigan quedando en el lugar de origen porque en realidad viene de muchas generaciones" (MOCASE02)

"pero hay gente que tiene un hábitat de vida en el campo que es muy difícil hacerla cambiar. Traería a la ciudad es mataría a la gente. O traerla a la vera de la ruta o a la orilla de un pueblo, RS MATARLA. Y ¿de qué va a vivir? Si la gente en el campo vive de lo poco que produce" (MOCASE12)

Otro aspecto a tener en cuenta al momento de abordar la lucha por la tierra en el medio rural santiagueño es la costumbre de producir en forma mancomunada<sup>25</sup>. De esta manera, se poseen (y disfrutan) en común extensiones de tierra para pastoreo de animales, pozos de agua, represas, etc. Esta característica trae como consecuencia que los límites entre los distintos fundos no se encuentren debidamente delimitados, lo cual tiene sus repercusiones en el reconocimiento judicial de la posesión.

#### IV. A donde no hay organización ahí van...

La alternativa que se presenta como capaz de enfrentar los problemas que atraviesa el campesinado es la organización. En otras palabras, lo que moviliza al campesino a abandonar su aislamiento –producto en parte de la distancia que lo separa de la ciudad- y juntarse con otras personas, es la creencia de que solo no puede oponerse al avance de la frontera agropecuaria y al resto de las dificultades de la vida en el campo. Para resistir a los grandes poderes y defender su modo de vida, se hace necesario “juntar fuerzas para hacer más liviana la lucha”<sup>26</sup>.

Entre todas las dificultades, regularizar la tenencia de la tierra adquiere un carácter medular, ya que de su solución dependen el resto de

<sup>25</sup> “Porque yo veo que... los grandes empresarios vienen y... quieren sacarte a la calle como se dice y después nosotros sin tierra no somos nada porque vivimos de la ganadería, la siembra y... si nos... viene (...) ¿Nosotros a dónde vamos a ir? No vamos ir al pueblo porque... somos campesinos en realidad, lo mismo que la gente del pueblo no puede llevarla a vivir al campo, yo lo veo así, ¿no?” (MOCASE13)

<sup>26</sup> “Eh...es todo comunitario...es todo comunitario porque allá... bueno, todo lo que es el campo santiagueño, creo que la modalidad de la gente es tener el uso comunitario... sea para todo, ponelo...para, para, para el pastoreo de los animales, si vos tienes eh, una represa, ponelo, es comunitaria, si tienes un pozo surgente es comunitario, eh, también, ponelo, que si vos necesitás sacar madera, bueno también es, ponelo, es comunitario todo eso, como que...y eso queremos seguir preservando” (MOCASE11)

<sup>28</sup> “Y... uno ve... porque yo estoy a 300, más de 300 kilómetros de aquí de ciudad capital y solos no hacemos fuerza. Entonces organizádotte, este...es una forma de hacer más liviana toda esta lucha” (MOCASE07)

“A mí me ha motivado, eso que nosotros, el mismo trabajo, la misma necesidad del campo. Porque yo te he contado, yo siempre me he criado y he trabajado de la agricultura y ganadería. He visto caer, he visto venir abajo y nosotros no teníamos como salir adelante (ruido). Eso ha sido lo primero, de que he dicho ¿y aquí a dónde vamos? No, no seguimos, no hay un hombre, ¿qué hacemos? Bueno, entonces no queda otra que tenemos que juntarnos. Bueno eso es lo que me ha motivado. La falta de agua para el riego, ver cómo hacemos, cómo conseguimos, cómo nos organizamos para luchar por eso que es nuestro, lo que es la tierra... todas esas cosas son las que...” (MOCASE10)

“eh...no, no allá nadie tiene título de propiedad...y nosotros nos organizamos, ponelo, por ese problema, porque nosotros...bueno, vemos que, que el problema es nos venía, se nos venía encima en ese momento...bueno, cuando nos organizamos ponelo, al problema no lo teníamos, es como que nosotros (-) [...] nosotros sabíamos que dentro de poco, ponelo, que no iba a pasar muchos años y que íbamos a tener el problema que alguien no iba a querer quitar las tierras, ¿no?, y por eso nos organizamos” (MOCASE11)

las problemáticas<sup>27</sup>. De esto último no debe seguirse que la organización no intente estrategias para afrontar, asimismo, la falta de agua, mejorar la producción y la comercialización, tener acceso a la educación y a la salud, ampliar la comunicación, entre otras cuestiones.

Como venimos señalando, para luchar por la tierra se requiere estar organizado. En este punto, es importante destacar que el MOCASE cuenta con una personería jurídica. Por ello, tiene un sistema de autoridades —Comisión Directiva— que se eligen cada dos años por los socios<sup>28</sup>, de acuerdo a lo previsto en el Estatuto de la Institución. A su vez, el MOCASE se encuentra dividido en zonales. En algunos casos, las zonales se constituyeron como personas jurídicas y poseen sus propias autoridades<sup>29</sup>. El hecho de gozar de personería jurídica facilita el acceso de la organización a préstamos y subsidios que se destinan a la realización de diversos proyectos: productivos, de capacitación, de comercialización, etc.

Una de las tareas centrales del movimiento es promover la demanda y defensa de los derechos de los campesinos a través de distintas actividades educativas y de capacitación. De acuerdo a los entrevistados, el haber permanecido durante muchos años ignorando los derechos que los asisten (en especial en lo relativo a la posesión de la tierra) favoreció el abuso de distintos actores: empresarios, terratenientes, policía, cuerpos de seguridad privada, etc. Acceder a la información se presenta, entonces, como una herramienta fundamental para resistir los intentos de desapropiación<sup>30</sup>.

27 El importante lugar que ocupa la incha por la tierra aparece en distintos relatos: "PARA EL MOCASE ES UN TEMA PRIORITARIO. Es solucionar la problemática de tierra, de que el campesino no llegue un día sábado (...) y tenga una topadora frente a su casa. O que venga a la ciudad y vuelva, y a la noche se encuentre su casa con (...). Y es que a veces somos tan pocos los que nos jugamos para ir a acompañar a ese campesino [...] Estamos resistiendo como podemos" (MOCASE12)

"[...] y nosotros por eso nos integramos al MOCASE, para solucionar el problema de tierra" (MOCASE13)

28 Al momento de la realización de las entrevistas, el MOCASE contaba con 5600 familias socias de acuerdo a información brindada por la Vice-Presidenta de la organización.

29 En el año 2007 las organizaciones zonales eran 13. Entre ellas pueden nombrarse: PRO-CAFI -Productores Campesinos de Figueroa; CUPAF -Comisiones Unidas de Pequeñas Producturas Agropecuarias de Figueroa; OCCAP -Organización Campesina de Copo, Alberdi y Pellegrini; ACUL -Asociación Campesina Unida de Loxeto; Asociación de Pequeños Productores de Jurés; etc.)

30 La importancia de conocer los derechos aparece en distintas entrevistas: "y el MOCASE busca el fortalecimiento de...digamos, de la vida de cada uno, de entre todos, ha visto, de llevarnos siempre bien, y de estar comunicados, pa que no pase a veces quizás lo que...lo que puede pasar en otro lado, no sé...dándote una capacitación como que te da a conocer, te da a entender cuáles son...las cuestiones que puedes hacer, cuáles no...para mí es eso, pero no sé..." (MOCASE04)

"Si porque si nosotros no nos organizamos no somos nada, sin organizarse, si...no se...organizamos todo, no vamos hacer nada, nunca vamos a tener ...vamos a seguir mismo

Al momento de hacer frente a quienes se presentan como sus "enemigos" el MOCASE arbitra distintos mecanismos. En este sentido, sus antagonistas no son sólo los empresarios ávidos de tierra para la producción agrícola y/o pecuaria, sino también los agentes del Estado (principalmente la policía y los miembros del Poder Judicial) que actúan en connivencia y complicidad con aquellos<sup>31</sup>. Estas formas de actuación del poder del Estado se ponen de manifiesto, por ejemplo, mediante la pasividad que se demuestra ante las denuncias que realizan los campesinos ante la policía<sup>32</sup>. Al tiempo, se acusa a esta institución de llevar adelante amenazas y todo tipo de atropellos contra los pobladores rurales. Por su parte, también de acuerdo al relato de los entrevistados, el Poder Judicial sólo escucha a una

que éramos antes, cambie el gobierno o no cambie lo mismo vamos a seguir, porque el nosotros estamos desunidos no vamos a poder hacer nada, ni tampoco vamos a aprender los derechos si nos vamos hasta... salir a... a ver qué lo que es un derecho a... APRENDER ALGO, porque así se aprende solamente" (MOCASE06)

"Eh por ejemplo ahora con este tema de la tierra que van y se te presentan eh... la organización está... con el tema de remate de Ceibal. Está luchando con eso. De gente que va hacer como propuestas, ah... ah... a ver como la gente este... entrega las tierras. O sea, es el tema de brindarles información, de decirle a la gente cómo se tiene que defender" (MOCASE07)  
 "la que se creó, bueno sí, el objetivo fundamental eh, defender el campesino del tema tierra... después organizarse para practicar lo del tema tierra... para que nadie venga a usurparnos ... sepa usar los derechos, los derechos que tenemos, a veces no, no sabemos los derechos que nos corresponden y... no podemos discutir... el tema" (MOCASE08)

<sup>31</sup> "eh siempre, bueno, nosotros de enemigos los tenemos a los empresarios, no es que nosotros estamos EN CONTRA de los empresarios, sino a los empresarios, bueno, este... que no respetan el derecho que... que tenemos, ponéle, como... como, como ser humano, como ciudadano, ¿no? Eh... porque ellos saben, ponéle, que estas tierras están habitadas por, por personas... y bueno y al estar tanto años ya tienen derechos y... pero ellos directamente vienen, ponéle, y te quieren sacar... sin primero, tratar bueno de, de hablar, llegar a un acuerdo, no, directamente van, ponéle, con... como la policía, los jueces, son todos con a favor... entonces con eso van... y van, ponéle, directamente a escarte [...] claro, porque aparte imagínate, ellos saben que no, no... que la gente, ponéle... como vive y cuanto años hace que vive y en vez de darte una solución, apoyarte, ponéle, bueno te tratan de desalojar, porque yo lo veo ahora cuando nosotros estamos, estamos estorbando para sus negocios, somos un estorbo, tanto para el gobierno, para el gobierno Nacional, Provincial, para los empresarios, para la justicia, estamos siendo un estorbo y no saben como sacarnos, ponéle, para ellos seguir con sus negocios, porque ellos lo que te dicen es, ponéle, "El progreso para Santiago del Estero, bueno, va a llegar con la... cuando, cuando vayan las empresas y, y implementen, ponéle, esta, la ganadería en grandes extensiones o ganadería en grandes extensiones", y bueno, es como que... ellos te dicen que van a venir a solucionar el problema de empleo, del (-)" (MOCASE11)

<sup>32</sup> "eh... siempre porque la policía siempre, eh... no te quieren recibir las denuncias cuando así, tenés problemas de tierras, ponéle, de, no, no nunca te recibe las denuncias. AHORA sí, por cansancio, ponéle, y... y aparte como, como ven que las organizaciones sociales como que... como que tienen más fuerza o pueden, o directamente, ponéle también, este... pueden tener contacto con, con autoridades, con las autoridades, ponéle, MÁXIMAS del gobierno entonces es como por ese lado tienen, este... bueno, es como que tienen miedo, ponéle, de que vos (-) las denuncies" (MOCASE11)

de las partes, aquella que tiene más poder, haciendo caso omiso de las demandas que presentan los pequeños productores<sup>33</sup>.

Conforme lo venimos anunciando, la organización desarrolla distintas estrategias de lucha. Este "repertorio de protesta" (Tilly, 1986) está compuesto por gestiones ante los organismos gubernamentales, actividades de difusión, marchas, cortes de ruta, resistencia a desalojos, etc.

La actividad de gestión ocupa un lugar importante en el discurso. La misma consiste en acudir ante distintas dependencias del Estado con el objetivo de intentar un diálogo que permita acercar posiciones entre las partes en conflicto para así evitar el enfrentamiento directo. De esta forma, la organización participa de comisiones especiales integradas por distintos sectores del gobierno (miembros de la Secretaría de Justicia, de la Secretaría de Derechos Humanos, entre otros) y de la sociedad civil (mayormente se trata de ONG's) formadas especialmente para encontrar soluciones a la problemática de la tierra.

Al mismo tiempo, las reuniones que se desarrollan con distintas agencias del Estado están atravesadas por la intención de "hacer conocer cómo viven los campesinos" a quiénes se considera que lo ignoran. En este punto, existe la creencia de que muchos de los errores que los funcionarios públicos cometen están fundados en su desconocimiento del medio rural<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> "y sentimos como que para nosotros la justicia está muy lenta... como que, falta brindarse... el diálogo más fuerte porque sabes que cuando haya una denuncia, un desalojo... se agiliza más cuando la persona tiene plata, porque vos vienes a través de un abogado presentas a un juez, el juez mira eso y lo mira con... una agilidad que... ha sido presentada por un abogado y dice bueno, esto es lo correcto y hay que actuar en base a ese escrito y sin embargo lo concreto es que... yo creo que lo concreto para un juez es que lo conozcan las dos partes para trabajar, porque aquí en Santiago la mayoría de las cosas se actúan en base a escuchar a un solo lado y... siempre vos sabes cuál es la campaña que no se escucha, siempre la del pequeño productor, la del campesino entonces siempre actúan con mentiras o con cosas que nosotros (...) hemos comprobado en varios lugares donde se presentan escritos, inventos de escritos, y bueno, el juez actúa en base a esos escritos y somos castigados los más humildes" (MOCASE02)

<sup>34</sup> Uno de los ejemplos de supuesto desconocimiento podría verse en la ejecución de políticas públicas como la construcción de viviendas rurales. En lugar de ser construidas en el predio que posee el campesino, se construyen sobre la ruta, obligando al beneficiario a abandonar su tierra y mudarse. En opinión de un entrevistado: "Yo creo que el gobierno a veces no conoce la vida del campo, él escucha hablar del campo pero no conoce la vida real del campo y la vida real del campo la conocemos nosotros, y por eso, en las oportunidades que hemos tenido de estar con el Gobernador, supongamos, con el jefe de Gabinete, con el Ministro de Justicia, nosotros tratamos de que él conozca. [...] o que la vivienda rural... por ejemplo... te sirve, qué sé yo, que esté sobre la ruta... creo que el mismo gobierno, por falta de conocimiento, a veces comete errores y te dice, "Bueno yo te doy una vivienda rural pero tenés que estar sobre la ruta"... dice el gobierno, y capaz que yo... yo por ejemplo si me dicen "Vení a vivir sobre la ruta", yo voy a preferir vivir en mi rancho porque yo por ejemplo tengo todas mis cosas y mi trabajo ahí donde vivo, entonces yo creo que a todas esas cosas les hacen por falta de conocimiento" (MOCASE02)

En esta vía del diálogo también se hace presente la voluntad de "acercar propuestas al gobierno, no sólo problemas"<sup>35</sup>. De esta manera, se presentan planes de ordenamiento territorial<sup>36</sup>, propuestas productivas, etc. a los funcionarios públicos que contienen posibles soluciones a las problemáticas.

Sobre el lugar y la importancia acordada por el MOCASE a la actividad de gestión, resulta oportuno mencionar las circunstancias por las que atravesaba la provincia de Santiago del Estero al momento de la realización de las entrevistas. En este sentido, la especial confianza demostrada por los miembros de la organización puede explicarse a partir del cambio de gobierno acaecido en el año 2005 en el que asume Gerardo Zamora -hecho interpretado por los entrevistados como el "fin del reinado de los Juárez" que mantuvieron su poder sobre la provincia durante medio siglo y un posible inicio de diálogo con el Estado<sup>37</sup>.

Si las soluciones a los problemas no llegan a través de la utilización de estos mecanismos —incluido el trámite judicial—, a la organización no le queda más alternativa que el recurso de la fuerza por medio de distintas acciones directas: cortes de ruta o, según una denominación propia de los entrevistados, acciones de autodefensa.

En otros términos, cuando los derechos no pueden hacerse valer por la vía de la institucionalidad aparece en escena la autodefensa como

<sup>35</sup> Fero como te decía, nosotros estamos tratando de llegar a todos los lugares que podamos llegar, para hacer conocer cómo vive el sector campesino, cómo son también las gestiones que... porque nosotros no solamente traemos problemas para el gobierno y las autoridades, sino que traemos propuestas... (MOCASE02)

<sup>36</sup> "y bueno el principal problema ahora que estamos teniendo es el de las tierras...directamente porque, bueno, ahora, ya en todos los puntos que está Boquerón bueno, hay personas, empresas que, que están reclamando, ¿no?...y bueno lo que cuesta, porque...si nosotros como organización estábamos trabajando ya en, en ordenamiento territorial, lo que significa delimitar, ponerle, qué cantidad de hectáreas le pertenece a cada comunidad, y después hacer, está...el trabajo de mensura, que es para tener los planos, ¿no?" (MOCASE11)

<sup>37</sup> En palabras de los entrevistados: "Hoy es como que esa puerta se ha abierto... yo por ejemplo, soy ahora una persona que, hace tres o cuatro años atrás, si vos me hablabas de la casa de gobierno capaz que no sabía que contestarte porque ni me imaginaba lo que era la casa de gobierno y hoy, si vos me decís, 'Hay que hacer una gestión en la casa de gobierno', es como que vos vas, entras y no demoras nada... yo creo que eso... ahí se nota la diferencia, no sé si por la parte del terreno... creo yo que del mismo gobierno, imagináte aquí, hace sido cincuenta años de un gobierno que se lo ha criticado mucho, se lo sigue criticando, y entonces vos de pronto ves estas cosas en la casa de gobierno entonces si sentís que esta parte del gobierno ha cambiado" (MOCASE02)

"Eh antes, eh... no ni siquiera podíamos acercarnos a la casa de gobierno o sea, donde tenían solución. Y ahora quien nos pone más las trabas son los policías porque vos vas a presentar la denuncia y no te la reciben. Y... sí, hay mucha gente que está sobretodo buscando, porque el tema es bastante complejo y entonces entre todos buscamos la solución. Y ahora es como que hay una apertura del...del gobierno y bueno... es un desafío y empezar a hablar y..." (MOCASE07)



último recurso a ser usado. Si la justicia no actúa, o si al hacerlo privilegia los intereses de los grandes poderes sin escuchar a los pequeños productores, la organización procura su propia justicia<sup>35</sup>.

De esta manera, las formas en que se desarrolla la lucha por la tierra por parte del MOCASE podrían presentarse en el siguiente orden: recurrir a la justicia administrada por el Estado, hacer parte en el juego político ofrecido por el poder administrativo, o buscar como última ratio la propia justicia.

El importante lugar asignado a la gestión ante los organismos públicos provinciales y federales, así como la confianza en las instituciones del Estado, nos lleva a preguntarnos si ello ha conllevado algún cambio para las familias campesinas organizadas en relación a la tenencia de la tierra. De momento, la respuesta parece ser negativa.

## V. Consideraciones finales

A lo largo de este artículo, pretendimos aportar elementos que permitan avanzar en la comprensión de las luchas por la tierra que tienen lugar en distintas provincias del país. Para ello, tomamos como referencia la experiencia del MOCASE, por tratarse de una de las organizaciones campesinas más antiguas y con mayor nivel de desarrollo.

En un primer momento, ubicamos las luchas *en contexto*. Realizar esta tarea comprendía caracterizar la situación por la que atraviesa el capitalismo global y su impacto sobre los países del sur, particularmente sobre la región latinoamericana. Asimismo, era necesario destacar las características que asume el modelo extractivo-exportador en Argentina a partir de la expansión del agro-negocio, y por último la situación en la provincia de Santiago del Estero.

35 De esta manera son relatados algunos episodios de "autodefensas": "Bueno ese es un libro que dos años se ha publicado que está en remate. Y bueno la (-) todo el terreno está con familias, con animales, con instrucciones entonces quieren rematar eso sin... sin considerar que hay familias. Entonces bueno, se está buscando de ver si hay freno, y bueno si se re (-) si se remata ver la forma de usar la autodefensa porque... y de ahí siguen compra no dejarle tomar posesión porque, hacer valer tu derecho de que estás ahí" (MOCASB07)

"no, eh pasando el río, al frente nomás acá, y lo encerraron con alambre y bueno los de la organización fuimos más o menos diez personas y pedimos hablar con él, con el dueño, se negó, no quiso venir, nos decían ya viene dentro de dos horas, y nos tenían así, y bueno vos sabes que decidimos romperle el alambre, y hemos roto casi cuatro kilómetros más o menos nosotros... de alambre (...) y nosotros... cien personas más o menos, y bueno, gracias a Dios no nos pasó nada, dicen que han traído a Gendarmería después que nos venía persiguiendo cuando volvíamos a las casas... y bueno, había unos custodios ahí que, logramos quitarles las armas, que nos hacían tiros, y como nosotros éramos muchos les quitamos las armas y vinimos pa la policía y depositamos ahí (...) y bueno de ahí nos siguieron el caso, vos sabes que el abogado nos siguió el caso y... no tenían nada, ningún papel (-) (MOCASB08)

Luego, nos abocamos al problema de la tierra, poniendo en consideración la situación socio-económica de las familias campesinas, las formas de producción, la situación general de la tenencia de la tierra y los sentidos que le son asignados.

Finalmente, abordamos el aspecto organizativo, destacando la forma en que está organizado el MOCASE y las estrategias de lucha y resistencia que desarrolla para hacer frente a la problemática de la tierra.

Con todo, este artículo -pese a las limitaciones derivadas de su extensión- es útil para mostrar un estado de la cuestión campesina en Santiago del Estero.

Posteriores lecturas pueden realizarse sobre las implicancias derivadas de la priorización de determinadas formas de lucha. Nos referimos, por ejemplo, al lugar acordado a la gestión ante los gobiernos actuales, y a la confianza en el juego político institucional, máxime si se tienen en cuenta las dificultades por las que atraviesan los Estados latinoamericanos (aún aquellos con gobiernos de marcado corte social, como el caso de Bolivia o Venezuela) en establecer modelos alternativos de desarrollo, no centrados de manera (casi) exclusiva en la extracción de recursos naturales.

#### Bibliografía utilizada

- BARSKY O. Y GELMAN J. (2009) *Historia del Agro Argentino. Desde la conquista hasta comienzos del siglo XXI*. Buenos Aires. Editorial Sudamericana.
- CIUFFOLINI M.A. (2009) "Pensando el presente. Una construcción de herramientas conceptuales para comprender las luchas sociales" en CIUFFOLINI M.A. (Comp.) *En el Hato todo quema: movimientos y luchas urbanas y campesinas en la Córdoba de hoy*. Córdoba. EDUC. Págs.21-44.
- GARAY L. (2003) "Los traumas de la colonización santiagueña" en SANTUCHO L.H. *Santiago en Hatos. Del santiagueñazo al crimen de La Dársena*. Buenos Aires. Nuestra América Editorial. Págs.13-23.
- HARVEY D. (2004) *El nuevo imperialismo*. Madrid. Akal. Pág. 101-140.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS. Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2001. Publicado en <http://www.indec.mecon.ar>
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS (2007) Censo Nacional Agropecuario 2002: Total del país: Resultados definitivos. Buenos Aires. INDEC.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS. Censo Nacional Agropecuario 2006. Resultados provisionarios. Publicado en <http://www.indec.mecon.ar>
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS. Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010. Resultados provisionarios. Publicado en <http://www.indec.mecon.ar>
- MANCANO FERNÁNDEZ B. (2006) *Territorio, teoría y política*. inédita.
- FERNALTA RAMOS M. (2007) *La Economía Política Argentina: Poder y Clases Sociales (1930-2006)*. Buenos Aires. Fondo de Cultura Económica.

## **CORRUPCIÓN Y REFORMAS JUDICIALES EN CÓRDOBA**

*Rodríguez, José Eugenio\**  
*Rusca, Bruno\*\**

**Resumen:** La falta de respuesta judicial a hechos de corrupción deteriora la imagen de la justicia y la legitimidad del sistema democrático. En la provincia de Córdoba se implementaron diversas reformas judiciales para reducir la impunidad en los casos de corrupción.

Las reformas mencionadas respondieron a estrategias de política criminal distintas. En un modelo la respuesta a la corrupción es aportada por la intervención de los especialistas, en el otro viene dada por la participación popular en el proceso.

En el presente trabajo nos proponemos estudiar los resultados de estas estrategias, a partir del análisis de sentencias, datos estadísticos y entrevistas a protagonistas de los procesos.

**Palabras clave:** Corrupción - Delitos de cuello blanco - Reformas judiciales - Juicio por jurados.

### **Introducción**

En los últimos años en nuestro país, la corrupción se ha convertido en un tema presente en la agenda pública de manera continua junto con otros problemas que se han vuelto crónicos, como la inseguridad frente al delito o el temor a la desocupación. Los datos empíricos disponibles muestran que la preocupación por este problema no disminuye entre los ciudadanos comunes, quienes perciben, asimismo, que las políticas públicas para combatirla generan pocos avances.

En la provincia de Córdoba, la cuestión ha dado origen a ciertas reformas de la organización judicial que han implicado el reemplazo de un modelo basado en la especialidad en el juzgamiento de estas infracciones

---

\* José Eugenio Rodríguez es Lic. en Sociología, adscripto en la cátedra "A" de Sociología Jurídica de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales (U.N.C.) E-mail: [eugenio1914@hotmail.com](mailto:eugenio1914@hotmail.com).

\*\* Bruno Rusca es abogado, adscripto en la cátedra "A" de Sociología Jurídica de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales (U.N.C.) E-mail: [brunorusca@yahoo.com.ar](mailto:brunorusca@yahoo.com.ar).

Este trabajo integra el proyecto *Procesos de cambio en la cultura jurídica: análisis desde la experiencia del juicio por jurados*, llevado adelante gracias a los subsidios otorgados por la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional de Córdoba, y el Ministerio de Ciencia y Técnica de la Provincia de Córdoba.

caracterizadas por su complejidad técnica, para pasar a otro fundado en la participación popular, con miras a mejorar la transparencia en el funcionamiento de la administración de justicia.

En este trabajo nos proponemos estudiar los efectos que han tenido dichas transformaciones en el aparato de justicia penal, a partir del análisis de datos estadísticos, casos jurisprudenciales, y entrevistas a jurados, abogados y magistrados. Antes de abordar estas cuestiones, resulta necesario sin embargo clarificar conceptualmente la noción de corrupción, y documentar las percepciones sociales acerca de este problema a partir de información empírica a nivel nacional.

### I. Delitos de Cuello Blanco y Corrupción

El delito de 'cuello blanco' ha sido definido por el sociólogo norteamericano Edwin Sutherland como "...un delito cometido por una persona de respetabilidad y status social alta en el curso de su ocupación".<sup>1</sup> Si bien el autor acuñó el término para referirse especialmente a las ilegalidades y transgresiones cometidas por miembros de las corporaciones económicas, en el presente trabajo utilizamos también este concepto para hacer alusión a los delitos protagonizados por los miembros de la clase política. De hecho, ambos fenómenos se encuentran íntimamente relacionados y forman, en la mayoría de las ocasiones, parte de la misma trama.

No constituye un desatino afirmar que la Argentina es un país en estado de corrupción permanente<sup>2</sup>. Dicho de otro modo, el drama de la corrupción se ha extendido a todos los ámbitos de intercambio de la sociedad como así también trasvasa todos los estratos sociales. Desde las transgresiones menores de la vida cotidiana hasta las más oscuras negociaciones en las altas esferas de decisión. No obstante, en lo que aquí concierne, el análisis se centrará en el tipo de corrupción que envuelve a la burocracia estatal, a la clase política en posiciones decisorias y a los agentes de la sociedad civil (sobre todo el empresariado).

Casi a diario los ciudadanos deben interactuar con un agente estatal y las irregularidades que se cometen a este nivel resultan importantes al momento de forjar una imagen sobre el funcionamiento del aparato del

<sup>1</sup> Sutherland, Edwin H. "El delito de cuello blanco." Editorial B de I. Buenos Aires. (2006). p. 9.

<sup>2</sup> En una reciente encuesta realizada por Poliarquía Consultores acerca de la percepción de la ciudadanía sobre los principales problemas del país, la corrupción apareció en cuarto lugar (detrás de la inseguridad, el desempleo y los problemas económicos). A su vez, la Argentina calificó en el puesto 105 (entre 180 países) en el ranking de corrupción elaborado Transparencia Internacional en 2010, siendo una de las naciones que peor puntaje obtuvo en Latinoamérica. Si bien estos indicadores tienen varios aspectos cuestionables, al menos permiten hacernos una somera idea acerca de la relevancia que adquiere este problema en nuestro país.

Estado, más aún si los episodios de esta índole son perpetrados en los altos niveles de gobierno. No es necesario remarcar que el flagelo de la corrupción no constituye una mera cuestión de imagen, sino que recala mucho más profunda. Impacta en el centro neurálgico del orden institucional: su legitimidad. O, si se prefiere en palabras de Sutherland: *"Los delitos de cuello blanco traicionan la confianza y, por consiguiente, generan desconfianza; esto disminuye la moral colectiva y produce desorganización social a gran escala."*<sup>3</sup>

Siguiendo a Juan Pegoraro<sup>4</sup>, la mayoría de las definiciones académicas, a las que cabe agregarles las nociones que circulan en la prensa y en el imaginario colectivo, postulan a la corrupción como la desviación de la conducta de un funcionario (o un conjunto de funcionarios) para beneficiar intereses privados a cambio de alguna clase de recompensa. Así, desde esta perspectiva, toda corruptela implica una desvirtuación de la naturaleza de algo para lo que ha sido creado. Entonces, para que haya corrupción tiene que haber un corruptor. En el tipo de fraudes que aquí interesa lo normal sería que se establezca una interrelación de complicidad entre el corruptor y el corrompido. La clave de esta potencial asociación está en que un actor posee justamente lo que el otro necesita. Normalmente se considera que el arreglo adopta la siguiente fórmula: el funcionario estatal, quien posee el deber y el monopolio de control sobre determinado tipo de acciones o transacciones, renuncia a su función a favor de su "socio" (el actor privado) a cambio de alguna dádiva o beneficio. Por su parte, éste último obtiene el provecho de violar la restricción al precio de implicar al responsable del control. Como puede advertirse, el modelo sugiere que es el sujeto privado quien oficia de corruptor. No obstante, esto no necesariamente siempre es así; pueda operar perfectamente a la inversa. Puede suceder que sea el agente del Estado quien fuerza al privado a obrar de tal manera. En la práctica resulta muy difícil vislumbrar que parte ejecuta uno u otro rol dado que se trata de un universo oscuro y a veces insondable.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Sutherland, Edwin H.: *Op cit.* p. 13.

<sup>4</sup> Pegoraro, Juan S.: *La corrupción como cuestión social y como cuestión penal* en revista *Delito y Sociedad*. Año VIII - N°13 (1999).

<sup>5</sup> En esta misma sintonía Gian Franco Pasquino define a la corrupción política de la siguiente manera:

*"Se destaca así al fenómeno por medio del cual un funcionario público es impulsado a actuar de modo distinto de los estándares normativos del sistema para favorecer intereses particulares a cambio de una recompensa. Corrupto es, por lo tanto, el comportamiento ilegal de aquél que ocupa una función en la estructura estatal (...). La c. es entendida como una transacción o un intercambio entre quién corrompe y quien se deja corromper. Normalmente se trata de la promesa de una recompensa a cambio de un comportamiento que favorezca los intereses del corruptor. Este intercambio negativo es mejor definido como coacción. La c. es justamente una alternativa a la coacción, alternativa que se produce cuando las dos partes son lo bastante poderosas como para hacer la coacción muy costosa o incapaces de recurrir*

Ahora bien, el abordaje de la materia desde este punto de vista tiene dos implicancias negativas. En primer orden, recae demasiado en un enfoque de tipo penal-moral un tanto distante de la mirada sociológica que aquí se propicia. Segundo, como bien señala Pegoraro, "...al centrar el foco en el actor corrupto se está compensando en alguna medida el fracaso del carácter preventivo del sistema penal". Así, el autor nos revela el carácter conservador y deficiente de esta perspectiva.

En contraposición, Pegoraro, situándose dentro de lo que podríamos denominar una vertiente crítica, plantea una tesis mucho más ambiciosa para interpretar la problemática en Argentina. En un artículo publicado hace una década, sostenía que no se puede pensar la corrupción separadamente de la ola de reformas que implicó la instauración del neoliberalismo en nuestro país. Dice al respecto:

"Considero que en el marco de las políticas neoliberales de mercado y por lo tanto de una nueva forma de acumulación capitalista, la corrupción es una palanca formidable y casi podríamos decir *imprescindible* para lograr los cambios que se han producido y se siguen produciendo en la vida social."<sup>6</sup>

Desde su óptica, no alcanzan las explicaciones en torno al rédito económico que obtienen los funcionarios con el accionar corrupto, sino que hay que inscribir dichos comportamientos en el marco de una trama compleja que abarca a una parte considerable de la clase dirigente. Es decir, el político no genera dinero ilegalmente en beneficio propio solamente, sino que realiza las tareas correspondientes que reclama su facción para posibilitar la acumulación de recursos -y poder- en beneficio del conjunto. Cabe destacar que estos grupos de poder no se conforman con dirigentes políticos exclusivamente. Precisamente la densidad de esta suerte de corporación reside en que participan grupos empresariales, sectores de la prensa, funcionarios del Poder Judicial, dirigentes sindicales, etc. que van tejando alianzas tácticas para la concreción de sus intereses particulares.

Otro punto a considerar, es que las estructuras que tiene en mente el autor adquieren tal complejidad que disponen de las ramificaciones suficientes como para lograr instrumentar las mediaciones necesarias para desactivar las posibles acciones en su contra que pueda iniciar el sistema penal. Así se explica que en tiempos de neoliberalismo el clima de impunidad, o como dice el autor la "certeza de impunidad", sea más acentuada que antaño. De esta manera, puede imaginarse la configuración de un organigrama paralelo a los organismos institucionales oficiales que en teoría

a ella." Pasquino, Gian Franco: Véase la entrada corrupción política en: *Diccionario de Política*, Bobbio (et. al.), Ed. Siglo XXI. (2000).

<sup>6</sup> Pegoraro, Juan: *Op. cit.* p 15. El subrayado nos pertenece.

ordenan la vida económica y política. En esta estructura que se desenvuelve en las sombras existen cargos específicos con roles bien diferenciados que se ocupan de la administración de los fondos ilegales, trafican información reservada, negocian acuerdos ocultos, etc. La verticalidad sumada a la disciplina con que el aparato funciona (lo que implica pactos de silencio, sanciones al comportamiento disidente o, inclusive, autónomo, entre otras prácticas), son de importancia cardinal para entender la inmunidad con que opera. De ahí que muy rara vez sus figuras principales se vean comprometidas, pese a las innumerables acciones judiciales que se inician en su contra.

En resumen, como se ha pretendido poner de manifiesto, es posible conceptualizar la corrupción centrando el análisis en la burocracia estatal y en el desempeño de sus funcionarios o ampliar el ángulo de toma e inscribirla, a modo de epifenómeno, dentro de un proceso de transformación económico-social más estructural. Independientemente de cuál de las dos perspectivas sea la más acertada, no cabe duda de que la prevención y persecución de los delitos de cuello blanco debieran ser prioritarias para cualquier sistema de Administración de Justicia en Latinoamérica, y unos de los objetivos fundamentales en el diseño de la política criminal del Estado. En primer lugar, porque este tipo de ilegalidades tienen importantes consecuencias para el patrimonio estatal y la economía nacional, pero también, y fundamentalmente, porque los delitos de cuello blanco afectan y lesionan la legitimidad del sistema democrático.

## II. La Corrupción en la Opinión Pública

Otro aspecto que concierne a la problemática de la corrupción que no puede ser soslayado, es el proceso de percepción social que se produce en torno a la misma. Si bien un análisis de esta dimensión excede los alcances de un trabajo de estas características, cabe hacer explícitos dos supuestos sobre los que se asienta nuestra perspectiva.

En primer lugar, la relación entre la percepción social de la corrupción a nivel de la opinión pública y la frecuencia objetiva de tales hechos dista de ser lineal. Los altos niveles de corrupción que registran las encuestas de opinión para nuestro país, no necesariamente implican la existencia de una gran cantidad de casos de corrupción reales (aunque este pueda ser el caso de la Argentina); igualmente, pueden darse aumentos o disminuciones en las tendencias de percepción sobre la corrupción que no necesariamente derivan de variaciones de la corrupción efectiva. Segundo, la continua proliferación de denuncias sobre corrupción no puede ser entendida sin tener en consideración las profundas transformaciones ocasionadas por la consolidación del proceso de mediatización de la arena política.

En relación a la primera afirmación, resulta oportuno traer a colación los datos generados por la Corporación Latinobarómetro sobre la valoración social en torno a la corrupción en el país. La primera formulación que se puede realizar a partir de los datos disponibles, es que el mal de la corrupción se percibe como un problema de importancia cardinal en la sociedad de nuestro tiempo. Como puede observarse en la siguiente tabla, entre 1997 y 2001, un 89,5% -promedio- de los argentinos consideraba a la corrupción como un problema "muy serio".

**Tabla 1. ¿Cuán serio es el problema de la corrupción hoy en el país?**

	1997	1999	2000	2001
Muy serio	88,10%	86,20%	85,40%	94,40%
Algo serio	11,10%	13,00%	8,90%	4,80%
Poco serio	0,70%	0,90%	1,30%	0,70%
No es problema	0,10%	-	0,40%	0,10%

Fuente: Latinobarómetro ([www.latinobarometro.org](http://www.latinobarometro.org)). Datos obtenidos de las muestras correspondientes a Argentina, procesados especialmente para esta investigación.

A esto podemos sumarle que entre 1990 y 2002 dicha cuestión fue evaluada como un flagelo siempre en aumento. Estos fueron los resultados a la siguiente pregunta: *De la lista de problemas que le voy a leer ¿cree Ud. que han aumentado mucho o poca, han disminuido mucho o poco o han permanecido igual en los últimos cinco años?* En el caso de la corrupción los entrevistados respondieron:

**Tabla 2. Percepción de la evolución de la corrupción en Argentina**

	1996	1996	1997	1998	2000	2001	2002
Aumentado mucho	72,70%	69,00%	92,40%	91,40%	67,50%	80,40%	90,90%
Aumentado poco	13,90%	5,50%	4,80%	3,50%	5,40%	3,80%	3,10%
Permanecido igual	9,80%	4,90%	2,40%	4,80%	5,80%	6,80%	5,70%
Disminuido poco	2,90%	0,50%	0,50%	0,38%	1,30%	1,00%	0,28%
Disminuido mucho	0,70%	-	-	-	0,30%	0,20%	0,20%

Fuente: Latinobarómetro ([www.latinobarometro.org](http://www.latinobarometro.org)). Datos obtenidos de las muestras correspondientes a Argentina, procesados especialmente para esta investigación.



Si se promedian los valores para quienes respondieron que ha aumentado mucho, vemos que el 87,47% de los argentinos tenía esa consideración en aquel tiempo. En años recientes, la construcción de la encuesta de Latinobarómetro ha enfocado la corrupción como un problema crónico del país, y se ha concentrado en recoger la evaluación ciudadana de las acciones oficiales.

Si contamos, en cambio, con datos recientes para la siguiente pregunta: *¿Cuánto cree Ud. que se ha progresado en reducir la corrupción en las instituciones del Estado en estos últimos 2 años?*

**Tabla 3. Percepción del progreso contra la corrupción**

	2004	2005	2006	2007	2008
Mucho	3,50%	4,80%	2,90%	2,00%	3,10%
Algo	21,80%	31,00%	26,10%	13,70%	19,90%
Poco	36,20%	35,30%	36,40%	39,90%	37,60%
Nada	38,50%	29,20%	34,70%	44,40%	39,40%

Fuente: Latinobarómetro ([www.latinobarometro.org](http://www.latinobarometro.org)). Datos obtenidos de las muestras correspondientes a Argentina, procesados especialmente para esta investigación.

Como se observa en la tabla entre un 64,5% y un 77%, dependiendo el año, respondió que se avanzó poco o nada en reducir la corrupción en el Estado.

Más allá de los señalamientos que se les han hecho a los sondeos de opinión<sup>7</sup>, los datos presentados nos permiten manifestar que el drama de la corrupción es un tema profundamente instalado en el imaginario colectivo. Es difícil hacerse una idea sobre el grado de repercusión que suscitaba esta cuestión en otras épocas (posiblemente también haya sido alto), no obstante hay elementos como para pensar que en la actualidad se ha incrementado la difusión de los episodios de corrupción.

En tiempos donde la política asume progresivamente las formas de video-política<sup>8</sup>, un aspecto a tener en cuenta es el uso político de los hechos de corrupción y su cobertura periodística en clave de escándalo. Pérez Perdomo<sup>9</sup> señala que para que se produzca la divulgación de los escándalos de corrupción, es necesario que algunos elementos estén dispuestos

<sup>7</sup> Para una crítica aguda sobre la dinámica de las encuestas de opinión, véase Pierre Bourdieu: "La opinión pública no existe" en *Cuestiones de Sociología*, Ed. Akal (2006).

<sup>8</sup> La noción pertenece a Giovanni Sartori y se encuentra desarrollada en *Homo videns. La sociedad televisiva*, Ed.aurus (1996).

<sup>9</sup> Pérez Perdomo, Rogelio, *Escándalos de corrupción y cultura jurídico-política: un análisis desde Venezuela*, en *Globalization and Legal Culture*. Oñati Summer Course 1997. Edited by Johannes Feest, 1998.

de tal manera que se generen incentivos para su difusión. Así, en primer lugar, se requiere la existencia de una clase política fragmentada, donde las distintas facciones compitan entre sí de modo tal de que la denuncia de los ilícitos permita desprestigiar a los adversarios. De lo contrario, sería muy poco probable que actores que tienen acceso privilegiado a los manejos de los recursos del Estado filtren información a quienes no lo tienen. Por otro lado, es importante que los medios de comunicación sean independientes del poder político para poder así transmitir los episodios y ponerlos en conocimiento de la ciudadanía. Por último, es clave que el sistema institucional también sea independiente, para que existan garantías de que no se va a sancionar a los escandalizadores, aún cuando caigan en prácticas difamatorias. Así, al no haber costos de escandalización, es que se produce un escenario favorable para la propagación casi ilimitada de denuncias contra diferentes personalidades de la vida política.

En Argentina dichas condiciones están dadas, lo cual nos posibilita explicar, aunque sea hipotéticamente, por qué hay una mayor cantidad de denuncias sobre corrupción de funcionarios u hombres ligados a la política por sobre otro tipo de actores sociales. A su vez, nos permite entender, en alguna medida, por qué hay una mayor percepción social de la corrupción ligada al campo de la política en contraposición a otros ámbitos, cuando no pocas veces son las dos caras de una misma moneda.

En una encuesta reciente realizada en Córdoba una clara mayoría de los entrevistados identificó al sector político como el espacio donde más hechos de corrupción se producen. Éste es el detalle de los resultados que arrojó el estudio:

**Tabla 4. Percepción de la corrupción en distintos grupos sociales**

	Muchos	Bastantes	Pocos	Ningunos
Corrupción políticos	71,2%	22,8%	4,6%	1,5%
Corrupción sindicalistas	62,2%	24,9%	11,7%	1,3%
Corrupción funcionarios	42,8%	41,3%	14,1%	1,8%
Corrupción policías	38,8%	40,8%	21,8%	2%
Corrupción empresarios	25,3%	40,1%	32%	2,6%
Corrupción jueces	19,8%	34,2%	41,9%	4,1%
Corrupción gente común	11,5%	29,3%	54,8%	4,6%
Corrupción periodistas	6,8%	24%	55,4%	12%

Fuente: Encuesta realizada en el marco de la investigación "Participación ciudadana en las decisiones políticas: contribuciones a la consolidación institucional" financiada por SECYT y Ministerio de Ciencia y Técnica de la Provincia de Córdoba.

Para finalizar, podemos apuntar junto con Pérez Perdomo, que la corrupción es también un fenómeno culturalmente construido, en la me-

dida en que las acciones que se perciben como corruptas cambian de una época a otra y también de una sociedad a otra. Dentro de esa construcción se tiende a acentuar los fraudes que involucran a funcionarios y/o figuras políticas, dejando en un segundo plano los hechos de corrupción tan o más extendidos que involucran a agentes del campo privado.

### III. La Creación del Fuero Penal Económico y Anticorrupción Administrativa

La sanción de la legislación que dispuso la creación del fuero penal económico y anticorrupción estuvo precedida por una serie de disputas entre el gobierno provincial y distintos actores sociales.

En el año 2001 se creó la Oficina Anticorrupción<sup>10</sup>, un órgano que actúa bajo la órbita del Poder Ejecutivo y tenía como función principal recibir denuncias y realizar investigaciones preliminares sobre hechos de corrupción en el ámbito del Estado provincial. Luego de una serie de graves denuncias, que desembocaron en investigaciones judiciales en contra de altos funcionarios del gobierno provincial, el Fiscal Anticorrupción Luis Juez fue destituido en octubre de 2002, medida que desató varias manifestaciones populares en respaldo de su actuación<sup>11</sup>.

En segundo lugar, el gobierno y el Tribunal Superior de Justicia fueron protagonistas de duros enfrentamientos iniciados a partir del año 2002. El conflicto institucional tuvo varios capítulos. Se inició a partir de la iniciativa del Poder Ejecutivo de declarar la emergencia judicial, que implicó la suspensión del funcionamiento del Consejo de la Magistratura y la efectivización de jueces y fiscales sustitutos<sup>12</sup>, continuó con la elaboración del presupuesto para el Poder Judicial<sup>13</sup>, y con diferencias en relación a los mecanismos de sorteo de las causas en las fiscalías de instrucción.<sup>14</sup>

En este contexto se sanciona la ley provincial 9122<sup>15</sup>, la cual puso en marcha el Fuero Penal Económico y Anticorrupción Administrativa, estableciendo una serie de órganos especializados para la investigación y juzgamiento de hechos de corrupción y delitos de "cuello blanco". También dispuso que para los juicios referidos a estos delitos, la Cámara en lo Criminal Económico debía integrarse obligatoriamente con dos jurados populares. Desde el partido de gobierno se fundamentó la reforma legislativa en

<sup>10</sup> Ver art. 50 ley 8835.

<sup>11</sup> "Marcha de apoyo a Luis Juez en pleno centro". La Voz del Interior. 11/10/2002.

<sup>12</sup> "Se profundiza la división entre magistrados sustitutos". La Voz del Interior. 8/11/2002.

<sup>13</sup> "Otro foco de conflicto entre el Gobierno y el Tribunal Superior". La Voz del Interior. 10/11/2002.

<sup>14</sup> "El Tribunal Superior aceptó propuesta de Fiscales". La Voz del Interior. 20/11/2002.

<sup>15</sup> B.O. Cba., 8/8/2003.

la necesidad de lograr una mayor eficacia en la persecución de delitos que han adquirido un alto grado de complejidad:

"Debe existir un órgano judicial que de una sensación de castigo seguro; un órgano que esté en condiciones de limitar al máximo el tiempo entre el momento del hecho delictivo y su condigno castigo. Con esto lograremos no sólo el objetivo de sancionar las conductas antisociales, sino que aportará además, efectos disuasorios reales"<sup>16</sup>.

La inclusión obligatoria de jurados populares escabinos también obedeció, según palabras de los impulsores del proyecto, a la necesidad de legitimar el Poder Judicial:

"Con la integración obligatoria del Tribunal de Juicio con los Jurados Populares, se multiplicará el efecto disuasorio de la sanción, ya que esa participación popular no sólo reforzará el compromiso social de luchar contra esta clase de delitos, sino también se revalorizará el rol del Poder Judicial dentro del sistema democrático"<sup>17</sup>.

Desde la oposición no se ahorraron cuestionamientos al proyecto oficial. Algunos legisladores argumentaron que la concentración de todas las causas de corrupción en un solo fiscal de instrucción, respondía a la necesidad de lograr un mayor control político sobre la investigación judicial:

"Con relación a las tareas de investigación que deberá llevar a cabo el Fiscal de Instrucción en lo Penal y Económico, creemos que el hecho que se deposite esta tarea en uno sólo, tornará en improbable la finalidad de dar curso a un cúmulo de causas de imposible o dificultosa investigación. Pero hay un detalle que aún es peor: un sólo fiscal investigará las causas de corrupción administrativas y sabido es que este sólo fiscal recibe órdenes directas del Fiscal General, que también sabido es tiene dependencia política directa del Señor Gobernador, que es quien lo nombra."<sup>18</sup>

Finalmente el proyecto fue aprobado sin modificaciones y se hizo realidad en Córdoba el fuero especializado para la persecución y juzgamiento de los delitos de cuello blanco.

#### IV. La Ampliación de la participación popular - La ley 9182

Durante un año de funcionamiento, el flamante fuero penal económico y anticorrupción estuvo muy lejos de satisfacer las expectativas de

<sup>16</sup> 29ª Sesión Ordinaria de la Honorable Legislatura de la Provincia de Córdoba, 6 de Agosto de 2008.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

eficiencia y celeridad. Los magros resultados obtenidos con su implementación, sólo dos causas elevadas a juicio, pusieron en duda las virtudes de la reforma y abrieron el camino a nuevas modificaciones.

En primer término el gobierno había anunciado el proyecto de creación de una nueva fiscalía anticorrupción. La iniciativa causó polémica en distintos sectores políticos y recibió severas críticas del Poder Judicial, ya que el oficialismo pretendía nombrar "a dedo" al titular de la nueva fiscalía, lo que finalmente determinó que se diera marcha atrás con la propuesta y se presentara otro proyecto para el fuero. Las nuevas modificaciones en este caso consistieron en la creación de dos secretarías, una para la fiscalía y otra para el juzgado de control, a los fines de proveer mayores recursos para los órganos encargados de intervenir en la etapa de la investigación. Asimismo se dispuso la reducción de los delitos comprendidos en el fuero, para evitar que estos órganos especializados se vieran sobrecargados en la investigación de delitos menores, que según el Tribunal Superior de Justicia y la Asociación de Magistrados constituía la principal causa de la congestión del fuero.<sup>19</sup>

Pero la reforma más novedosa y la que tuvo mayor trascendencia mediática fue la implementación de un sistema de jurados populares de ocho miembros para el juzgamiento de los delitos económicos y de corrupción. El por entonces gobernador de la provincia José Manuel de la Sota explicó a los medios de comunicación los objetivos de la propuesta:

"Los ciudadanos dirán quién es culpable y quién es inocente, es decir, el pueblo de Córdoba va a poder castigar a través de su gente a los funcionarios ladrones, coimeros, cualquiera sea el poder que integren, y también a grandes delincuentes económicos, para que se acabe esto que muchos piensan que un ladrón de gallinas va preso, y los grandes delincuentes de guantes blancos gozan de buena salud y andan por la calle."<sup>20</sup>

Con la inclusión de los jurados populares el poder político pretendió dar un mensaje contundente a la sociedad, mostrar que en la provincia se perseguía y se sancionaba la corrupción y los delitos económicos. Fue así que en la fundamentación del proyecto legislativo se anunció con bombos y platillos la modificación al sistema de juzgamiento: "Por primera vez en el país se plantea que los delincuentes de guantes blancos sean juzgados por la sociedad en su conjunto"<sup>21</sup>.

Durante el debate en la legislatura provincial algunos miembros de la oposición cuestionaron la reforma en el fuero. Estos legisladores sos-

<sup>19</sup> "De la Sota defendió los cambios judiciales". *La Voz del Interior*. 5/08/2004.

<sup>20</sup> "Ciudadanos juzgarán a corruptos". *La Voz del Interior*. 4/08/2004.

<sup>21</sup> Publicado en Ferrer, C. y Grandy, C. "El nuevo juicio penal con jurados en la provincia de Córdoba. Ley N° 9187 comentada." *Mediterránea*. Córdoba, 2005, p.173.

tuvieron que los cambios propuestos no surtirían efectos positivos en la lucha contra la corrupción, dadas las deficiencias estructurales en el sistema judicial:

"...el sistema penal cordobés sólo atiende causas con presos, no así aquellas que denominamos "de guantes blancos", por lo que es mentir -no voy a agregar otro adjetivo calificativo porque podría decir mentir descaradamente- decir que vamos a perseguir estos delitos y a castigar con la participación del pueblo, cuando la realidad, al menos en Córdoba, indica que todas las causas de este tipo terminan con el sobreseimiento de los imputados, si los hay o por prescripción por el paso del tiempo sin que la causa tenga trámite."<sup>22</sup>

Asimismo, legisladores de la Unión Cívica Radical propusieron como alternativa la conformación de un jurado popular especializado, integrado con abogados y especialistas en ciencias económicas, dado el nivel de complejidad de los delitos comprendidos en el fuero:

"Como tercer punto central de nuestro proyecto de Unión Cívica Radical planteamos la utilización de un sistema mixto, proponiendo la integración obligatoria del tribunal con cuatro jurados legos, de los cuales uno deberá reunir la calidad de abogado y el otro especialista en ciencias económicas, ya que consideramos —no para todos— que la especialidad de los delitos comprendidos en este fuero, dada por la modalidad, la complejidad y por las características de quienes las cometen y por la especialización de los medios para cometerlos, es necesario que el jurado este integrado con gente que tenga los conocimientos específicos en estas áreas."<sup>23</sup>

En definitiva las reformas al sistema de juzgamiento de los delitos de cuello blanco se plasmaron con la sanción de la ley 9182, la cual acogió sin modificaciones todas las propuestas formuladas por el partido oficialista. Estos cambios surgieron como resultado de una fuerte crisis de legitimidad institucional, y debido a las disputas que se desataron en la arena política, caracterizada por el descreimiento de la población en los partidos políticos tradicionales y la emergencia de un nuevo actor que construyó su popularidad exclusivamente en torno a la lucha contra la corrupción.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> 34ª Sesión Ordinaria de la Honorable Legislatura de la Provincia de Córdoba. 22 de Septiembre de 2004. Publicada en Ferrer, C. y Grundy, C. *Ob. Cit.* p.160.

<sup>23</sup> 34ª Sesión Ordinaria de la Honorable Legislatura de la Provincia de Córdoba. 22 de Septiembre de 2004. Publicada en Ferrer, C. y Grundy, C. *Ob. Cit.* p.157.

<sup>24</sup> El ex fiscal anticorrupción Luis Juez se presentó como candidato a intendente en la ciudad de Córdoba en octubre de 2003, y se impuso ampliamente sobre el resto de sus competidores con más del 55 por ciento de los votos. Su discurso político giró alrededor de denuncias de corrupción a funcionarios del gobierno provincial, y la promesa de una nueva forma de hacer política basada en la transparencia y la honestidad. "Juez, Vamos a cambiar la política" en *La Voz del Interior*. 5/10/2003.

La ley N° 9182<sup>25</sup>, estableció en su art. 2° que para el juzgamiento de los delitos comprendidos en el fuero penal económico y anticorrupción<sup>26</sup>, las Cámaras con competencia en lo Criminal deben integrarse con ocho jurados populares.

Con el objetivo de legitimar las instituciones y reconstruir la confianza en el Poder Judicial<sup>27</sup>, los legisladores promovieron la inclusión de ciudadanos legos para el juzgamiento de delitos de gravedad institucional, y en aquellos donde estén implicados funcionarios públicos en el ejercicio de sus obligaciones.

Hasta la sanción de dicha ley este fuero especial, que sólo existe en el centro judicial Capital de la Primera Circunscripción judicial, estaba integrado por una Fiscalía en lo Penal Económico, un Juzgado de Control en lo Penal Económico y una Cámara en lo Criminal Económico, con competencia exclusiva para el juzgamiento de estos delitos. A partir del dictado de las leyes N° 9181 y 9182, si bien se mantuvieron los órganos encargados de intervenir en la investigación, se eliminó la Cámara en lo Criminal Económico, y los juicios por los delitos comprendidos en el fuero pasaron a ser competencia de todas las Cámaras en lo Criminal de la Ciudad de Córdoba<sup>28</sup>. Los legisladores oficialistas argumentaron que la especialidad en el juzgamiento de los delitos del fuero penal económico y anticorrupción, resultaba incompatible con la ampliación de la participación popular que se promovía:

"También hemos agregado, señor presidente, la sustitución del artículo 1° de la ley 9122 que establece expresamente la exclusión de la Cámara en lo Penal, porque nos parece un contrasentido asignar el sistema

<sup>25</sup> B.O. Cba., 9/11/2004.

<sup>26</sup> Dentro de la competencia del fuero penal económico y anticorrupción administrativa se encuentran numerosos delitos contra la Administración pública, algunas defraudaciones cuando en las mismas hayan participado miembros de sociedades comerciales, bancarias o financieras, Usura, Quiebras y Concursos fraudulentos, y algunos fraudes contra el comercio y la industria.

<sup>27</sup> Urquiza, María Isabel y Rusca, Bruno: "Usaría como Dioses. El juicio por jurados en Córdoba en los discursos de los debates constitucionales de 1987 y parlamentarios de la ley 9182" en Anuario XI, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales U.N.C. (2008)

<sup>28</sup> "Que la ley n° 9181 (BOC, 27/10/04) ha modificado el art. 1° de la ley 9122, manteniendo la competencia material en lo penal económico y anticorrupción administrativa en forma exclusiva y excluyente para el Centro Judicial Capital de la Primera Circunscripción Judicial sólo para los órganos judiciales que intervienen en la investigación penal preparatoria (Fiscalía de Instrucción y Juzgado de Control en lo Penal Económico)."

La referida modificación implica que la Cámara en lo Criminal Económico ha perdido la competencia que la ley 9122 le confería, por lo que corresponde en primer lugar su cambio de denominación por el original (anterior al dictado de la citada ley) como Cámara en lo Criminal de Primera Nombración y que la misma ingrese, a partir del primer día hábil del año dos mil cinco, al sistema de distribución de causas a Juicio..." Acuerdo Reglamentario N° 736 - Serie "A". T.S.J.

de juicio por jurados con amplia mayoría de la participación ciudadana y mantener una Cámara específica del rubro. Entonces a partir de la sanción de esta ley adquieren la competencia en los delitos que la misma prevé absolutamente todas las cámaras del Centro Judicial Primero con asiento en la ciudad de Córdoba.<sup>30</sup>

En resumen, puede decirse que las reformas implicaron el abandono del modelo que privilegiaba la especialidad en el juzgamiento de estas infracciones, justificado por su alta complejidad técnica, para pasar a un modelo basado en la mayor participación popular con el objetivo de brindar transparencia en el funcionamiento de la justicia. A continuación analizaremos el impacto que tuvieron estas medidas en el sistema judicial, y si a partir de su implementación se han registrado avances en la persecución y sanción de la criminalidad económica y la corrupción política.

#### V. Administración de Justicia y delitos de cuello blanco

Un análisis de las estadísticas del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba muestra con claridad que la gran mayoría de las sentencias que dictan las Cámaras del crimen corresponden a causas en las cuales el acusado se encuentra privado de su libertad. Esta tendencia es aún más fuerte en la primera circunscripción judicial<sup>31</sup>, donde las sentencias recaídas en causas sin preso representan sólo entre el 3% y el 4% del total de sentencias dictadas<sup>32</sup>.

**Tabla 5. Primera Circunscripción Judicial**

	2005	2006	2007	2008	Total
Sentencias Totales	1041	1043	1024	873	3981
Sentencias Causas s/preso	72	20	27	36	145
Porcentaje Sentencias Causas s/preso	6,85	1,92	2,64	3,07	3,63%

Fuente: Estadísticas del Poder Judicial procesadas para esta investigación.

<sup>30</sup> 34ª Sesión Ordinaria de la Honorable Legislatura de la Provincia de Córdoba. 22 de Septiembre de 2004. Publicada en Ferrer, C. y Grundy, C.: *Ob. Cit.*, p.104.

<sup>31</sup> La primera circunscripción judicial tiene su asiento en la ciudad de Córdoba capital y comprende los departamentos Capital, Santa María, Río Primero, Tutoral y Colón.

<sup>32</sup> Según datos publicados por el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, disponibles en <http://www.justiciacordoba.gov.ar>. Se han tomado para el presente trabajo las sentencias dictadas a partir del año 2005, dado que es cuando se ponen en marcha los juicios por jurados populares, y hasta el año 2008, ya que no han sido publicadas las estadísticas correspondientes al año 2009.



El bajo porcentaje de sentencias no se debe a la inexistencia de causas sin preso, sino a la prioridad que se le otorga al juzgamiento de las causas con preso. Como se observa en el cuadro que se muestra a continuación, las causas sin preso representan el 48% del total de causas que ingresan a las Cámaras del Crimen en la primera circunscripción judicial<sup>32</sup>.

**Tabla 6. Primera Circunscripción Judicial**

	2005	2006	2007	2008	Total
<b>Total de Causas Ingresadas</b>	2401	2023	1674	2134	8232
<b>Causas Ingresadas S/Preso</b>	1212	931	808	1026	3967
<b>Porcentaje Causas Ingresadas S/Preso</b>	50,48	45,03	48,27	48,08	48,07%

Fuente: Estadísticas del Poder Judicial, procesadas para esta investigación.

Si bien no contamos con estadísticas específicas sobre la cantidad de causas del fuero penal económico que se encuentran actualmente en las Cámaras del Crimen, los datos precedentes brindan un panorama desalentador para el juzgamiento de delitos de cuello blanco, dado que en prácticamente la totalidad de las causas que se tramitan por estos hechos el imputado se encuentra en libertad durante el proceso.<sup>33</sup>

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que los procesos penales económicos adquieren ciertas particularidades que los hacen de mayor complejidad que los procesos penales ordinarios. Se trata de causas donde abunda la prueba documental incorporada en el expediente, lo cual supone importantes dificultades para que los jurados puedan comprender los pormenores de la maniobra delictiva, dado que por expresa disposición legal tienen vedado el acceso a las constancias del expediente<sup>34</sup>.

Asimismo los órganos encargados de la investigación deben acudir con frecuencia a especialistas técnicos para lograr comprender y esclarecer el hecho delictivo. Como lo han expresado Arocena y Balcárces:

<sup>32</sup> Según datos publicados por el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, disponibles en <http://www.jujusticiacordoba.gov.ar>.

<sup>33</sup> El dictado de la prisión preventiva depende entre otros factores de la improcedencia *prima facie* de la condena de ejecución condicional para el caso de que se llegare a una sentencia condenatoria en el juicio (art. 281 C.P.P. de la Provincia de Córdoba). La condena de ejecución condicional constituye una facultad del tribunal de dejar en suspenso la pena impuesta, cuando la misma no supere los tres años de prisión (art. 26 C.P.). En virtud de que en la mayoría de los delitos comprendidos en el fuero penal económico y anticorrupción es aplicable en principio la condena de ejecución condicional, por las escalas penales previstas en abstracto para estos hechos, es sumamente infrecuente el dictado de la prisión preventiva.

<sup>34</sup> El art. 34 de la ley 9162 dispone que: "Los integrantes del jurado no podrán conocer las constancias de la investigación penal preparatoria y sólo tendrán acceso a la prueba producida o incorporada durante la audiencia del debate".

"[E]n la mayoría de los casos, el fiscal necesita de discursos científicos 'prestados' atento los aspectos tecnocráticos de los hechos involucrados en la delincuencia económica, como un expediente imprescindible para deslindar los extremos relevantes del supuesto de hecho concreto y aquéllos sin ninguna trascendencia en orden al reproche jurídico penal."<sup>35</sup>

La complejidad de este tipo de delitos plantea serios interrogantes sobre el grado de participación real y los aportes que puedan realizar los ciudadanos legos, tal como lo señala un Fiscal de Cámara del Interior de la Provincia:

"¿Vos te imaginás en una malversación de caudales o en una administración fraudulenta?, por supuesto que no te digo que no vayan a entender, pero siempre tiene que haber una explicación técnica, porque ni nosotros entendemos muchas veces como es el manejo, pero para llegar a lo que significa la administración fraudulenta, tienen que saber la técnica, es decir el tipo penal, que los lleva necesariamente a conocer las condiciones de la figura."<sup>36</sup>

Además de la escasa atención que el aparato judicial presta a las causas sin preso, la libertad del delincuente económico y la intervención de un bufete caracterizado por su alto nivel de idoneidad técnica, organización empresarial y capacidad de lobby, influyen en la dificultad para lograr el esclarecimiento de los hechos. Como explican los ya citados Arocena y Balcarce:

"... la defensa técnica se desembaraza de los esfuerzos dirigidos preponderantemente a lograr la exención o recuperación de la libertad, poniendo todo su empeño en la articulación de una estrategia defensiva dilatoria, a través de expedientes tales como la interposición de nulidades, recursos, excepciones procesales o todo otro producto de ingeniería procesal con la única vocación de prolongar indefinidamente el *statu quo* procedimental."<sup>37</sup>

En síntesis, nos enfrentamos a procesos de alta complejidad técnica donde los especialistas y peritos científicos asumen cada vez mayor protagonismo, a imputados que suelen ostentar una importante cuota de poder y capacidad de influencia, a defensas ejercidas por grandes empresas jurídicas y que, liberadas de la carga de lograr la libertad de su cliente, concentran todos sus esfuerzos en el ejercicio de estrategias dilatorias y a un aparato judicial que prácticamente se limita a juzgar las causas con pre-

<sup>35</sup> Arocena, Gustavo A. y Balcarce, Fabián I. "Derecho Penal Económico Procesal", p.14. Disponible en <http://www.cidipe.com.ar/>.

<sup>36</sup> Entrevista con Fiscal de Cámara del Interior de la Provincia de Córdoba.

<sup>37</sup> Arocena, Gustavo A. y Balcarce, Fabián I. *Op. cit.*, p. 18. Disponible en <http://www.cidipe.com.ar>.

so. Frente a este aciago panorama tiene sentido preguntarse: ¿Qué grado de participación ciudadana es posible?

## VI. La participación ciudadana. Algunos casos en la Provincia

Desde la implementación de la ley 9182, se han realizado doce juicios por jurados por delitos comprendidos en el Fuero Penal Económico y Anticorrupción, en todas las circunscripciones judiciales de la provincia de Córdoba.

En primer lugar, se advierte que todos los juicios realizados corresponden a causas donde la acusación versa sobre hechos de corrupción y el imputado es un funcionario público, pero no se ha realizado hasta el momento ningún juicio por delitos económicos. A su vez, la mayoría de los casos han tenido lugar en el interior de la Provincia<sup>28</sup>, y sólo se celebraron cinco juicios en la ciudad de Córdoba.<sup>29</sup>

En segundo lugar, los procesos que alcanzaron la etapa del juicio se sustanciaron en general contra funcionarios de baja jerarquía, y en varios casos la acusación tuvo como objeto irregularidades menores sin consecuencias para el patrimonio estatal.

Se destaca particularmente la causa seguida contra el Secretario de Cultura de la Municipalidad de Río Tercero, Diego Alberto Magni, en la que se le imputó la comisión del delito de peculado<sup>30</sup>, por una diferencia de ciento diez pesos en una rendición de viáticos. Finalmente el acusado fue absuelto por unanimidad dado que tanto el Tribunal, integrado con jurados populares, como la defensa y el propio Fiscal de Cámara, concluyeron que más que una maniobra delictiva, se trataba de un "error administrativo" sin consecuencias patrimoniales para el Municipio:

"Quedaba todavía un resabio posible de delictuosidad; y es que Magni hubiese presentado documentación o recibos falsos, para percibir un beneficio por la magra suma de \$ 110, que sin embargo motivó este exorbitante desgaste jurisdiccional. Ningún documento, testimonio, o prueba existe de tal actitud (...) En verdad, tantas dudas pudieron justificar una imputación fiscal inicial, pero en esta etapa del proceso en que se exige plena prueba y certeza absoluta, ni los jueces técnicos ni el propio jurado (que varias opiniones realizaron en tal sentido), encontramos (comparando el dictamen Fiscal), la inexistencia de ilícito penal (sin perjuicio de

<sup>28</sup> Benedetti (2008), Castro (2009), Comellas (2007), Funes (2009), Fragapane (2008), Magni (2007), Benítez (2010)

<sup>29</sup> Casallino (2008), Moyano (2009), Nievas (2008), Bertolotti (2010), Gloria (2010).

<sup>30</sup> "Magni, Diego Alberto p.s.a. de Peculado" (Expte. Letra "M", N° 2, año 2007)

la irregularidad administrativa que provocó consecuencia debida, ya que se le descontó esa suma al acusado de sus propios haberes)<sup>42</sup>.

Uno de los procesos quizás con mayor trascendencia mediática, fue el seguido contra el Intendente de la ciudad de Arroyito, Gustavo Benedetti, y el Secretario de Hacienda y Finanzas, Mauricio Cravero. A ambos funcionarios se los acusó del delito de abuso de autoridad y falsedad ideológica, por la adjudicación de una obra de enarenado de calles de la ciudad por contratación directa, cuando en principio debían realizar el llamado a licitación pública. La contratación cuestionada se efectivizó en el año 2003 con la empresa "Los Incas", a pocos días de asumir en sus funciones el Intendente radical, quien, a pesar de estar imputado en un proceso penal, fue reelecto en el año 2007 con el 63 por ciento de los votos, contando con un amplio respaldo popular.<sup>43</sup>

La conducta reprochada a los funcionarios consistía en el incumplimiento del procedimiento administrativo establecido por la Carta Orgánica Municipal, pero desde un primer momento quedó descartado cualquier tipo de enriquecimiento personal o perjuicio patrimonial para las arcas municipales, dado que "... el precio por metro cúbico ofrecido por la empresa Los Incas era inferior al de los otros oferentes (\$ 4,84 contra \$ 6,30 del Sr. Maranetto y \$ 4,95 de la constructora Estiño)."<sup>44</sup> Tanto los vecinos que reclamaban el arreglo de las calles, quienes acudieron al juicio como testigos propuestos por la defensa, como los medios de comunicación locales<sup>45</sup>, destacaron que la obra era sumamente necesaria para resolver graves problemas en la zona sur de la ciudad.

Finalmente el lunes 9 de junio del año 2008, la Cámara en lo Criminal de la ciudad de San Francisco absolvió por mayoría a los acusados. La participación de los ciudadanos fue decisiva, dado que cinco jurados votaron por la absolución, contra el voto de otros 3 jurados y los dos jueces técnicos que se inclinaron por la condena. El presidente del Tribunal desempató la votación, manifestando que acordaba con la postura de los jurados populares: "*Por último, no puedo evitar dejar constancia de la profunda impresión que me causó la deliberación (art. 405 CPP), cuando los Jurados Populares, en su mayoría, se inclinaron por la no culpabilidad de los imputados. Pues dieron razones, aunque simples, que permitieron reforzar los argumentos de mi voto.*"<sup>46</sup>

<sup>42</sup> "Magni, Diego Alberto p.s.a. de Peculado" (Expte. Letra "M", N° 2, año 2007) El resultado en negrita nos pertenece.

<sup>43</sup> *La Voz de San Justo*, 1/07/2008, p. 34.

<sup>44</sup> "Benedetti, Gustavo Ariel y Cravero, Mauricio Andrés p.s.a.s. Abuso de autoridad y Falsedad Ideológica en concurso material" (Expte. Letra "B", N° 43, año 2007, Sec. N° 2).

<sup>45</sup> "*Se conocerá hoy el fallo en el juicio al intendente Benedetti*". *La Voz de San Justo*, 9/07/2008.

<sup>46</sup> Benedetti, Gustavo Ariel y Cravero, Mauricio Andrés p.s.a.s. Abuso de autoridad y Falsedad Ideológica en concurso material" (Expte. Letra "B", N° 43, año 2007, Sec. N° 2).

La determinación de la responsabilidad de los acusados presentaba cierto grado de complejidad, dado que para establecer la existencia del delito de abuso de autoridad, es necesario conocer previamente cuáles son las normas legales aplicables a la contratación. Uno de los jurados entrevistados relató la dificultad para comprender la acusación:

"Bueno, el primer día sí, no entendíamos nada, ¿viste? Pero después ya cuando fueron pasando los testigos ya nos fuimos dando cuenta cómo... y aparte preguntamos entre nosotros, los jurados populares, qué opinaban... no opinar sino qué habían entendido, por qué se lo acusaba de una cosa o la otra, viste. Y bueno, nosotros fuimos sacando conclusiones de qué se trataba, viste. Porque tendrían que habernos dicho desde un primer momento... bueno eh... "las causas de que se lo acusa es por tal y tal cosa", no? Me parece. Después durante el juicio nos fuimos enterando"<sup>45</sup>

Más allá de las cuestiones técnicas, es interesante la valoración del jurado popular sobre los hechos imputados al funcionario público, ya que lejos de caer en una perspectiva moralista, calificó su conducta como un error menor en el marco de una disputa política:

"...porque esto para mí fue político, viste? Yo lo tomé por ese lado. Y este muchacho fue... la causa fue abierta antes de la segunda elección, y la ganó de nuevo, quere decir que tan mal no estaba actuando, esta persona viste? Si tuvo algún problemita, bueno... A lo mejor por la falta de experiencia también, somos seres humanos, viste. Pero, para mí no era para juzgarlo"<sup>46</sup>

El proceso más importante realizado en la ciudad de Córdoba, por la jerarquía del funcionario acusado, fue sin duda el seguido contra el ex-fiscal de Instrucción Gustavo Nievas. El funcionario fue condenado por unanimidad por el delito de exacciones ilegales en concurso real con defraudación so pretexto de remuneración, dado que se comprobó que había exigido dinero al padre de un imputado a cambio de que obtuviera su libertad<sup>47</sup>. En los restantes juicios celebrados en la ciudad de Córdoba se juzgó a funcionarios de baja jerarquía y por hechos de corrupción sin consecuencias patrimoniales para el Estado provincial<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> Entrevista con jurado popular.

<sup>46</sup> Entrevista con jurado popular.

<sup>47</sup> "Nievas Gustavo Daniel Ibar - Defraudación so pretexto de remuneración - Exacciones ilegales" (nto. 106740, año 2008).

<sup>48</sup> Todos los juicios terminaron con la condena de los acusados, con excepción del proceso seguido contra el ex intendente de la localidad de Santiago Temple Hugo Gloria, quien resultó absuelto por el beneficio de la duda. "Gloria, Hugo Ramón p.a.a. de Negociaciones incompatibles de los funcionarios públicos, etc." (Expte. "G" - n° 167421, año 2008, Secretaría N° 21).

## Conclusiones Finales

Los altos objetivos plasmados en los proyectos legislativos, los discursos grandilocuentes de sus impulsores, y las predicciones que anunciaban del fin de la impunidad de los grandes delinquentes, contrastan con los paupérrimos resultados alcanzados en el campo judicial. Efectivamente, a partir de la creación del fuero penal económico y anticorrupción, en un período de seis años, sólo se han realizado cinco juicios por delitos de corrupción en la primera circunscripción judicial y no existe una sola sentencia por delitos económicos. De modo tal que, a la luz de estos resultados y atento a los objetivos declamados por sus promotores, las reformas institucionales en la materia pueden calificarse sin miramientos como un auténtico fracaso.

Independientemente de la inclusión de los jurados populares y la discusión sobre el modelo de juzgamiento de estos delitos de cuello blanco, el problema central sigue siendo la limitación del aparato de justicia, que, como lo muestran las estadísticas del Poder Judicial en la primera circunscripción judicial, prácticamente se reduce a juzgar las causas con preso. En este sentido, la supresión de la Cámara en lo Criminal Económico dispuesta por la ley N° 9181 significó un claro retroceso en miras al logro de la eficiencia en la persecución penal, no tanto por las exigencias de especialización, sino por la necesidad de contar con un tribunal que se aboque exclusivamente al juzgamiento de los delitos económicos y de corrupción.

Astimismo, se destaca en algunos operadores judiciales, la percepción del problema de la corrupción como una infracción moral del funcionario público más que como un fenómeno estructural de la sociedad argentina. Como sugiere un vocal de Cámara: *"Es que la corrupción, en última instancia, es un problema moral. El corrupto es un enfermo moral. La cuestión de corromperse es una cuestión de principios"*<sup>69</sup> Desde nuestra perspectiva se hace imprescindible a los fines del diseño de una política criminal eficiente en la materia, el abordaje de la delincuencia política y económica como "hecho social", irreductible a problemas de moralidad individual, y como parte de un entramado complejo de relaciones entre distintos grupos de poder. De lo contrario, seguiremos naufragando en medidas aisladas y espasmódicas, incapaces de concebir una política integral para combatir el grave daño que la corrupción produce en la legitimidad de nuestros sistemas democráticos.

<sup>69</sup> "Nieves Gustavo Daniel Ibar - Defraudación so pretexto de remuneración - Emociones Ilegales" (nro. 106740, año 2008).

**Bibliografía**

- AROCENA, GUSTAVO A. - BALCARCE, FABIÁN I. "Derecho Penal Económico Procesal." Disponible en <http://www.cijlde.com.ar>.
- BALCARCE, FABIÁN I. "Un nuevo concepto de competencia material en el proceso penal cordobés". Disponible en <http://www.cijlde.com.ar>.
- BERGOGLIO, MARÍA INÉS (ED.). "Subiendo al Estrado. La experiencia cordobesa del juicio por jurado". Advocatus. Córdoba. 2010.
- BISCAY, PEDRO M. "La Justicia Penal y el control de los delitos económicos y de corrupción" en revista *Sistemas Judiciales*, Buenos Aires. a 6. n° 11 (2006).
- BOBBIO (et. al.), "Diccionario de Política" Ed. Siglo XXI. (2000)
- BOURDIEU, PIERRE. "Cuestiones de Sociología", Editorial Akal (2008).
- FERRER, C. Y GRUNDY, C. "El nuevo juicio penal con jurados en la provincia de Córdoba. Ley N° 9182 comentada." Mediterránea. Córdoba, 2005.
- PROGROBO, JUAN S. "La corrupción como cuestión social y como cuestión penal" en *Revista Delito y Sociedad*. Año 6 - Número 13 - 1999. Editorial La Colmena. Buenos Aires.
- PÍREZ PERDOMO, ROGELIO. "Escándalos de corrupción y cultura jurídico política: un análisis desde Venezuela", en *Globalization and Legal Culture*. Ofsted Summer Course 1997. Edited by Johannes Feest. 1999.
- SARTORI, GIOVANNI. *Homo videns. La sociedad teledirigida*. Editorial Taurus 1998.
- SUTHERLAND, EDWIN H. "Delitos de cuello blanco". Editorial B de I. Buenos Aires. 2009.
- ÚRBQUIZA, MARÍA ISABEL - RUSCA, BRUNO. "Y serás como Dioses. El juicio por jurados en Córdoba en los discursos de los debates constitucionales de 1887 y parlamentarios de la ley 9182". Anuario XI, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (U.N.C.) 2008.







## LA JURIDIFICACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN CÓRDOBA Y ARGENTINA

Mariana N. Sánchez Busso\*

**Resumen:** A pesar de haber Argentina suscrito y aprobado la mayoría de los tratados y convenciones internacionales referidos a la problemática de la violencia contra la mujer desde hace casi 20 años (como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de 1994), el retardo en el reconocimiento jurídico de la violencia intrafamiliar de género como un problema social grave que debe dejar de invisibilizarse en la vida privada, se advierte tanto a nivel provincial como nacional. En el año 2006 la provincia de Córdoba sanciona la Ley N° 9283 (Ley de Violencia Familiar); y muy recientemente —en marzo de 2009— a nivel nacional, la Ley N° 26485 de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales.

Este trabajo revisa la forma en que en nuestro país se ha juridificado la problemática de la violencia de género a partir de las normativas citadas, y la adecuación de las mismas a normas internacionales ratificadas sobre el tema. Es posible apreciar que los avances legislativos no sólo no se terminan de adecuar cabalmente a las directrices de la Convención Belém do Pará, sino que además no resultan las herramientas idóneas para lograr una conciliación en la sociedad que genere el cambio cultural buscado. Con las confusiones, falencias y falta de concreción que las normativas presentan, es posible que aún no se las internalice como las herramientas adecuadas para luchar contra el flagelo de la violencia contra las mujeres.

**Palabras clave:** mujeres, violencia de género, Derecho, violencia familiar, Ley de Violencia Familiar N° 9283, Ley de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales N° 26.485.

### 1. El contexto latinoamericano

En la República Argentina y en la mayor parte de Latinoamérica la violencia de género es un problema que ha comenzado a reconocerse

\* Doctora por la Universidad de Zaragoza, Programa de Doctorado en *Sociología Jurídica e Instituciones Políticas*. Magister en Métodos y Técnicas de Investigación en Ciencias Sociales por la Universidad Blas Pascal. Abogada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora Adjunta en la Cátedra de Sociología Jurídica en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora categorizada dentro del Programa Nacional de Incentivos.  
E-mail: msanchez@derecho.unc.edu.ar

como tal en épocas muy recientes, a pesar de su existencia milenaria como en cualquier otro rincón del mundo. En la región, ha sido el sistema jurídico pero también la propia sociedad los que han retrasado su reconocimiento y soslayado su importancia como fenómeno social.

A diferencia de lo acontecido en el continente europeo, o más precisamente en España, las modificaciones alcanzadas por los sistemas jurídicos tendientes al reconocimiento, prevención y sanción de la violencia de género, fueron producto —no mayormente de la fuerza de los movimientos feministas locales— sino de la acción del movimiento de mujeres a nivel internacional y de la fuerte presión de los organismos internacionales sobre estos países para que acataran lo ratificado por la mayoría de ellos en las convenciones suscritas.<sup>1</sup>

El 9 de junio de 1994, y como resultado de un Encuentro de Juristas realizado en 1991 y de diversas Consultas Interamericanas sobre Mujer y Violencia llevadas a cabo por la Comisión Interamericana de Mujeres a partir de 1990, en Belém do Pará (Brasil), se aprueba la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*, usualmente denominada *Convención Belém do Pará*. La misma es suscrita y ratificada por los países de la región, entre ellos Argentina.

La Convención parte de considerar que “el reconocimiento y respeto irrestricto de todos los derechos de la mujer son condiciones indispensables para su desarrollo individual y para la creación de una sociedad más justa, solidaria y pacífica.” Afirma asimismo en su Preámbulo que “la violencia contra las mujeres constituye una violación a los derechos humanos y libertades fundamentales, una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres.”

En su artículo 1 se define expresamente el concepto de violencia contra la mujer, señalándolo como *cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a las mujeres, tanto en el ámbito público como en el privado.*

Este tipo de violencia, sigue la Convención en su artículo segundo, puede tener lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, sea que el agresor comparta o haya compartido

<sup>1</sup> Es en 1995, cuando la mayor parte de los países Latinoamericanos —entre ellos Argentina— aún no contaban con modificaciones sustanciales en sus sistemas jurídicos a favor de la igualdad de género y de lucha contra la violencia de género, que la Asamblea General de Naciones Unidas urgió a los Estados parte a reforzar las sanciones penales, civiles, laborales y administrativas para perseguir y erradicar todo tipo de violencia contra la mujer, tanto en el ámbito público como privado. El Secretario General, mediante su discurso en el día Internacional de la Mujer, recomienda a los Estados otorgarle a la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, pleno carácter vinculante.

el mismo domicilio que la mujer; también puede tener lugar dentro de la comunidad, en el lugar de trabajo, en instituciones educativas o de salud, por ejemplo; o puede ser el resultado de aquella violencia perpetrada o tolerada por el propio Estado o sus agentes, sea donde fuere que ésta ocurra.

Un vasto artículo 7 enuncia los deberes de los Estados, entre los que podemos destacar: la obligación de incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas o de otra naturaleza, necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; adoptar medidas jurídicas para disuadir al agresor de hostigar, intimidar o amenazar a la mujer; modificar o abolir leyes o reglamentos a fin de modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o tolerancia de la violencia contra la mujer; fomentar el conocimiento de los derechos humanos de la mujer; diseñar programas de educación formal y no formal orientados a modificar los patrones socioculturales de conducta; fomentar la capacitación del personal de la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley; ofrecer a las víctimas de violencia servicios especializados para su atención; garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer con el fin de evaluar la eficacia de las medidas adoptadas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer; y, de manera novedosa, alentar a los medios de comunicación a elaborar directrices adecuadas de difusión que contribuyan a erradicar la violencia contra la mujer en todas sus formas y a realzar el respeto a la dignidad de la mujer.

La Convención constituye el instrumento contra la violencia de género más sólido con el que cuenta la región. Las respuestas de los países latinoamericanos y más precisamente de nuestro país a las iniciativas sugeridas por esta Convención se han traducido en plantear algunas reformas en los ordenamientos normativos, enunciando nuevos derechos de la mujer; y en la promulgación de leyes especiales, en particular sobre violencia familiar o violencia doméstica. Lamentablemente, pese a estos avances legislativos, el fenómeno de la violencia contra la mujer sigue representando una realidad cotidiana oculta tras otras problemáticas de violencia familiar<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Una realidad cotidiana, decimos, que queda aparentemente diluida en los casos de violencia en la familia, especialmente sobre niños pequeños, problema éste sí relevante para la opinión pública. La terminología "violencia de género" no es utilizada con tanta frecuencia como el "violencia familiar", dejando diferentes problemáticas ocultas y confusas bajo una misma terminología.

Los datos para la provincia de Córdoba (Argentina) revelan que las denuncias sobre violencia familiar de género crecen abrumadoramente. Entre agosto de 2006 y febrero de 2007, el Poder Judicial recibió un total de 8.815 casos; esto es, un 31% más que los registrados hasta

## 2. El ordenamiento jurídico argentino

Sería erróneo afirmar que Argentina en los últimos años no ha avanzado en la elaboración y promulgación de normas tendientes a combatir la violencia intrafamiliar o la violencia de género. La reforma Constitucional de 1994 a través del inc. 22 del art. 75 de la Constitución de la Nación Argentina, le otorga rango constitucional a los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos ratificados por Argentina; entre ellos, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Por la misma reforma, la Constitución Argentina cuenta además con el inc. 23 del art. 75, el que encomienda al Congreso de la Nación legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades, de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución (y, por ende, de los surgidos por los tratados internacionales ratificados por Argentina con rango constitucional).

La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convención Belém do Pará, fue ratificada por Argentina el 5 de julio de 1996 y convertida en Ley Nacional N° 24632. Si repasamos nuevamente sus arts. 7 y 8, en los que enumera dicha Convención las obligaciones atinentes a los Estados, sí podemos afirmar —y sin temor a equivocarnos— que el Estado Argentino ha avanzado muy poco en el cumplimiento de las mismas. Amén de las modificaciones legislativas, la perspectiva de género no ha sido incorporada efectivamente en políticas sociales destinadas a, por ejemplo, modificar patrones de conducta o implementar programas eficaces de rehabilitación. Es más,

---

agosto del año 2006, alcanzando las 46 denuncias al día por *violencia familiar*. Los datos confirman, además, que son las mujeres quienes mayormente se constituyen en víctimas en un 78% de los casos denunciados y son los varones los que en un 88% se erigen como agresores. Fuente: Foro Social contra la Violencia Familiar.

Las estadísticas para la Ciudad de Buenos Aires registradas durante el 2006 por el Consejo Nacional de la Mujer nos muestran que se recibe un pedido de ayuda cada 20 minutos. Se trata en su mayoría de mujeres de entre 25 y 44 años, de las cuales, el 50% trabaja fuera de su casa -28% profesionales- y el otro 50% son amas de casa. El 91% de los victimarios es masculino y el 9%, femenino; entre éstos, la mayoría pertenece a clases medias y altas: empleados, profesionales, fuerzas de seguridad y empresarios. El 82% de los maltratadores es la propia pareja. Más de la mitad de las mujeres que solicitan ayuda supera los 6 años de convivencia violenta. Una reciente investigación sobre este tema en la Ciudad de Buenos Aires, muestra que las mujeres comienzan a ser desproporcionadamente víctimas de las distintas formas de violencia a partir de los 19 años de edad (representan el 88% de las víctimas de 19 a 30 años y el 90% entre las mujeres de 31 a 50), al mismo tiempo que se incrementa notablemente la proporción de varones denunciados por hechos de violencia (que son el 90% de los denunciados en la franja de 19 a 50 años). *Violencia Familiar. Aportes para la discusión de políticas públicas y acceso a la justicia*, ELA, Buenos Aires, 2009.

Argentina en la actualidad no dispone de un sistema nacional homogeneizado de investigación y recopilación de estadística sobre esta problemática.

Reconociendo una tardía aunque cierta adecuación legislativa, el ordenamiento jurídico argentino ha realizado modificaciones ineludibles sobre terminología sexista en el Código Penal (mediante la ley 25067 de 1999); ha promulgado leyes parciales — algunas a nivel nacional y otras a nivel provincial — que atienden a distintas manifestaciones de violencia en la familia; y muy recientemente, en marzo de 2009, se ha sancionado la Ley 26485 dirigida a *sancionar* y *proteger integralmente* la violencia contra las mujeres en ámbitos interpersonales, aunque con un nivel de operatividad incipiente dada su estrenada reglamentación el 19 de julio de 2010.

De cualquier modo, así realizadas, las modificaciones no se corresponden plenamente con las expresas directrices aconsejadas por la Convención Interamericana de Belém do Pará. Como República Federal, Argentina no cuenta en la actualidad con ninguna ley provincial que regule específicamente la violencia exclusiva contra la mujer en el ámbito familiar; la mayor de las veces, las legislaciones diluyen este singular problema dentro de otro mayor como la violencia intrafamiliar o la violencia doméstica, sin siquiera mencionarlo ni proponer erradicarlo combatiendo las causas que lo originan.

En materia de violencia intrafamiliar, Argentina promulgó en 1994 y luego del fracaso en años anteriores de normativas más acabadas, la Ley 24417 sobre Protección contra la Violencia Familiar. Dicha normativa vino a llenar el inadmisibles vacío legal existente sobre el tema aunque — en términos generales — aporta pocas cuestiones novedosas para el tratamiento de la violencia intrafamiliar. De todos modos, puede considerarse en este país el puntapié inicial de concienciación tanto en el ámbito jurídico como en el social de la importancia de este fenómeno.

Compuesta sólo de 10 artículos, de los cuales el último obedece a protocolos de publicación, el bien jurídico protegido por la Ley 24417 resulta en definitiva ser la paz y el orden familiar, puesto que es la propia unidad familiar la que trata de preservarse de la violencia. Es precisamente al primer artículo de la ley el que señala que cualquier integrante del grupo familiar que sufre lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de algún otro integrante del mismo, podrá denunciar este hecho de forma verbal o escrita ante el Juez de Familia y solicitar medidas cautelares. Sin precisar qué entiende la ley por maltrato físico o psíquico (puesto que las lesiones pueden ser interpretadas como las definidas por el Código Penal Argentino), la ley sí precisa lo que entiende por grupo familiar; esto es, el originado en el matrimonio o las uniones de hecho.

Si bien podemos considerar a esta Ley como un intento de marco propicio para iniciar cambios necesarios a nivel nacional y provincial (habla de la necesidad de un accionar interdisciplinario, aparece por primera vez la noción de "urgencia" frente a ciertos casos y recoge rudimentariamente las nociones de "género" y "sujetos de derecho" de los niños y adolescentes impuestas por mandato constitucional), y entendería como una instancia que pone en marcha el proceso de visibilidad legislativa de esta problemática a nivel nacional (puesto que en su artículo 9º *invita* a las provincias a dictar normas de igual naturaleza a las previstas en ella), podemos detectar en la misma no sólo lagunas y omisiones importantes sino —además— graves problemas relacionados con su adecuación a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. En efecto, la Ley 24417 de Protección contra la Violencia Familiar de 1994 viene a llenar un vacío legislativo existente en Argentina, pero lo hace de manera escasa y haciendo caso omiso a las recomendaciones y obligaciones que las Convenciones Internacionales suscritas señalaban, muy especialmente en relación con la protección de la mujer en el ámbito familiar, quien es la principal víctima de la violencia machista. En efecto, podemos concluir<sup>3</sup> que la ley que comentamos intenta dar idénticas respuestas a problemáticas de género diferentes dentro de la familia, no tiene alcance para todo el país, no establece ninguna clase de sanciones, y prevé una audiencia de mediación para resolver una situación de violación de derechos humanos expresamente prohibida por los organismos internacionales.

Recientemente, en 2009, la Nación Argentina por primera vez sanciona una ley para proteger exclusivamente los derechos de la mujer en los ámbitos de sus relaciones interpersonales. Luego de más de 20 años de haber ratificado la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convención Belém do Pará, y luego de haberse sometido en reiteradas oportunidades a informes devastadores de la CEDAW que denunciaban el estado de indefensión jurídica y social en el que se encontraban las mujeres, la República Argentina sanciona el 11 de marzo de 2009 la Ley Nº 26485 de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales.

<sup>3</sup> Y siguiendo las consideraciones efectuadas por Cristina Motta y Marcelo Rodríguez, *Mujer y justicia: el caso argentino*, Serie de Informes del Fondo de Apoyo Operativo de Género Nº 3, Equipo de Género de LCSPG, Región de América Latina y el Caribe, Banco Mundial, 2000; y Gabriela Tortosa y Susana Matabacas, "Violencia familiar: análisis de la Ley 24417 - Protección contra la violencia familiar, *Rev. Hosp. Mat. Inf. Ramón Sardá*, XIV Nº 2: 72-80, 1995.

Debemos reconocer que la nueva normativa se considera un avance de suma importancia en el reconocimiento y tratamiento integral de los derechos de las mujeres, como así también de la protección de los mismos frente a problemáticas de violencia de las que sólo ellas son parte. En primer lugar, la novedad radica en la definición que la misma otorga, aunque de manera escueta y firtada, a la violencia de género como violencia basada en una relación desigual de poder. En este sentido, en su artículo 4 dispone que se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Respondiendo a directivas internacionales, la Ley 26485 también señala que quedarán comprendidas como conductas violentas en los términos definidos por el art. 4, las perpetradas desde el Estado o por sus agentes.

Garantizando expresamente todos los derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (y también la Convención sobre los Derechos de los Niños), la llamada también en Argentina Ley Integral<sup>4</sup> pretende promover y garantizar en virtud de su artículo 2: a) La eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida; b) El derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia; c) Las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos; d) El desarrollo de políticas públicas de carácter interinstitucional sobre violencia contra las mujeres; e) La remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres; f) El acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia y g) La asistencia integral a las mujeres que padecen violencia en las áreas estatales y privadas que realicen actividades programáticas destinadas a las mujeres y/o en los servicios especializados de violencia.

La normativa pretende constituirse en el instrumento rector de diferentes políticas públicas para combatir los distintos tipos de violencia que también enumera y define (art. 5): la física, la psicológica, la sexual, la económica y patrimonial y la violencia simbólica. Entendida esta última como la violencia que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos, transmita y reproduzca dominación, desigualdad y

<sup>4</sup> Así, Ley Integral, es llamada la Ley Orgánica 1/2006 de Medidas de Protección Integral contra la violencia de Género de España.

discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad. Así busca actuar sobre estas formas de violencia en los diferentes ámbitos en donde se manifieste o pueda manifestarse, incluyendo la que denomina violencia doméstica; esto es, la ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar (no personifica una figura masculina como autor de esta violencia), independientemente del espacio físico donde esta ocurra.

Siguiendo la tendencia legislativa en esta materia, la Ley 26485 no prevé sanciones ni penalizaciones contra el hombre que ejerce violencia, aunque innova prohibiendo explícitamente las audiencias de mediación o conciliación (artículo 28). De todas maneras, se conserva la obligación del juez de citar a las partes a una audiencia para escucharlas (por separado) no habiendo transcurrido más de 48 horas de la denuncia o constatación del hecho violento.

Si bien la ley 26485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres se encuentra vigente desde 2009, lo cierto es que su reglamentación se concretó recién el 27 de julio de 2010 por el Decreto 1011/10. En este sentido, hasta que las asignaciones presupuestarias no se concreten en función de los objetivos planteados y efectivamente el mecanismo no comience a funcionar, no podremos evaluar las consecuencias de su promulgación.

Vale aclarar, finalmente, que esta Ley de violencia contra las mujeres recientemente sancionada en Argentina, no deroga la Ley de Violencia Familiar 24417 ni las leyes provinciales sobre el tema, que rigen preponderantemente desde los años 90 en las jurisdicciones locales. Afortunadamente, si comparamos la reglamentada Ley Nacional 24417 con las leyes provinciales, la mayoría aprobadas en la década de los 90 con posterioridad a la Ley Nacional, podemos afirmar que hubo avances en la conceptualización de la problemática y en la especificidad de los procedimientos. No obstante, todas conservan algo en común: la finalidad de prevenir, asistir o paliar un tipo específico de violencia, la denominada *violencia familiar*.<sup>5</sup> Asimismo, las mismas no reflejan en todos los casos la claridad de

<sup>5</sup> A pesar de las lagunas y divergencias en su aplicación, la Ley 24417 puso en marcha un proceso de viabilidad de esta problemática en el nivel nacional que se manifestó -principalmente- en las respuestas de los gobiernos y legislaturas provinciales con la aprobación de Leyes al respecto en distintas jurisdicciones del país. Previo a la sanción de la Ley Nacional, aparecen como antecedentes en materia de legislación provincial, la Ley de Tierra del Fuego en 1992 y la de San Juan de 1994. La provincia de Tucumán, mediante una disposición legal de 1992, declara de interés social las acciones destinadas a la erradicación de la violencia familiar en su territorio. A partir de 1995 y en especial desde 1996 con la ratificación de la Convención de Belém do Pará por el Congreso Nacional, comienza una sucesión de sanciones legislativas provinciales en materia de violencia familiar, siendo una de las más recientes la Ley N° 9283 de Violencia Familiar de la provincia de Córdoba, sancionada el 1 de marzo de 2006.



objetivos de la Convención de Belém do Pará. La intención de esta última de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres queda diluida en estas leyes provinciales que sancionan la violencia intrafamiliar, sin mencionar la específica violencia de género ni ahondar en eliminar sus orígenes<sup>6</sup>. En este marco, podemos concluir que las normas de las jurisdicciones provinciales han prestado más atención a los niños y niñas que sufren violencia que a las mujeres adultas que la padecen en sus relaciones de pareja.

### 3. La protección de la violencia familiar en la provincia de Córdoba Ley N° 9283 del 1 de marzo de 2006

A pesar de haber Argentina suscrito y aprobado en la mayoría de los casos los tratados y convenciones internacionales referidos a temas vinculados con esta problemática desde hacía más de 10 años, el retardo en el reconocimiento de la violencia intrafamiliar como una problemática social grave que debe dejar de invisibilizarse en la vida privada, fue aún más acentuado en la provincia de Córdoba que aún no contaba en 2006 con una Ley que regulara dicho flagelo.

Una vez más la realidad sobrepasó los márgenes jurídicos previstos y obligó —ante la profunda conmoción de toda la comunidad— a la sanción de una *apremurada* normativa que respondiera en alguna medida a tan trágica realidad.<sup>7</sup>

Tal como el mismo Consejo Nacional de la Mujer lo expresa, del análisis de las distintas leyes de violencia familiar sancionadas en nuestro país, aparece, de manera explícita o implícita, que el bien jurídico protegido es la familia. Asimismo, todas las Leyes provinciales a igual que la Ley nacional disponen la competencia en materia civil, recogiendo criterios que sustentan o definen como más favorable esta instancia, ya que se busca solucionar conflictos más que caracterizar como delitos las distintas causales que recogen. Lo anterior se presenta con independencia de impulsar la intervención de la justicia penal en los casos que así corresponda. De esta manera, la gravedad del daño sufrido pasa a ser el parámetro distintivo para la intervención, en la jurisdicción civil o penal.

<sup>6</sup> Entre las que podemos citar las leyes de Tierra del Fuego (Ley N° 039 de 1992: "Ley de Procedimiento Judicial de Protección a las Víctimas de Violencia Familiar"), Chaco (Ley N° 4.175 de 1996: "Ley de Violencia Familiar"), Chubut (Ley N° 4.118 de 1995: "Régimen de Denuncias por Violencia Familiar"), Corrientes (Ley N° 5.019 de 1995: "Ley de Protección contra la Violencia Familiar"), Formosa (Ley N° 1160 de 1996 modificada por la Ley N° 1191 de 1996 de "Violencia Familiar"), Santiago del Estero (Ley N° 8.306 de 1996: "Creación de los Juzgados de Familia y su Competencia"), Misiones (Ley N° 3.325 de 1996: "Denuncias por lesiones o maltrato físico o psíquico a integrantes del grupo familiar"), Santa Cruz (Ley N° 2.466 de 1997: "Ley de Violencia Familiar"), Santa Fe (Ley N° 11.829 de 1997: "Ley de Violencia Familiar"), San Luis (Ley N° 5.142 de 1998: "Violencia Familiar"), Catamarca (Ley N° 4.943 de 1998: "Técnica de la Violencia Familiar") y La Rioja (Ley N° 8.580 de 1998: "Ley de Prevención de la Violencia Familiar"), entre otras.

<sup>7</sup> Una sucesión de trágicos hechos de violencia familiar comenzaron a tomar estado público y a inundar a la comunidad cordobesa de una profunda sensación de inseguridad. El hecho

El 1 de marzo de 2006 la Legislatura de la Provincia de Córdoba sancionó la Ley N° 9283 denominada *Ley de Violencia Familiar*. Dicha ley se encuentra actualmente en vigencia conjuntamente con sus respectivas reglamentaciones, ubicando a la Provincia de Córdoba en una tardía *vanguardia* de todas las legislaciones provinciales.<sup>4</sup>

La Ley de la provincia de Córdoba N° 9283 de Violencia Familiar, está organizada en dos grandes partes. La primera, la que regula el procedimiento judicial una vez detectado un caso de violencia familiar; y una segunda parte es la referida a la prevención de este flagelo a partir de la creación por parte de la ley del Programa de Erradicación de la Violencia Familiar.

Así, la reciente Ley 9283 de Violencia Familiar, viene a agrupar en un solo texto normativo no sólo las medidas o herramientas de las que los jueces pueden disponer para hacer cesar la violencia, sino además conceptualizaciones y garantías de protección de las posibles víctimas y algunas otras medidas no jurídicas; causales por las que suele llamársela en los ámbitos oficiales como una *ley integral*.

Es más, la Ley 9283 cuenta en su propio articulado con algunos preceptos que contienen los *principios fundamentales* que la informan<sup>5</sup>. Así, podemos advertir en el mismo primer artículo de la normativa que las disposiciones contenidas en la citada Ley son de *orden público e interés social*, principios que refuerzan la importancia de utilizar esta herramienta jurídica para posicionar al tema de la violencia familiar en el ámbito público y como un problema del que todos somos partes y víctimas. La *oralidad*, *celeridad* y la *gratuidad* aparecen también como principios orientadores

---

más detonante y que impulsa ya definitivamente la precipitada sanción de la Ley 9283 fue un siniestro hecho de violencia familiar en el que un policía y padre de familia le quitó la vida a sus cuatro hijos menores de edad para luego suicidarse.

<sup>4</sup> Existían ya a nivel provincial algunas medidas legislativas de poca trascendencia para regular los casos de violencia familiar y que se encontraban dispuestas en diferentes normativas. Tal es el caso de la Ley Provincial N° 7878, sancionada el 28 de junio de 1988 que crea los Tribunales de Familia en la ciudad de Córdoba y prevé la organización, competencia y procedimiento en dicha jurisdicción, la que en su artículo 21 inciso 4° prevé la exclusión del violento del hogar como una medida cautelar urgente. También la Ley Provincial N° 7970, sancionada el 17 de octubre de 1990, que crea un banco de datos materno-infantil y prevé el registro de la violencia ejercida sobre las futuras mamás en las fichas de historias clínicas prenatales que las propias madres debían llenar. Igualmente la Ley Provincial N° 7379 sancionada el 20 de febrero de 1986 que crea el Centro de Asistencia a la víctima del delito; dicho centro se constituyó para la atención a menores de edad que hayan resultado víctimas de delitos o de actos dañosos para su personalidad. Y finalmente, dentro de las más destacadas, la Ley Provincial N° 7861, sancionada el 29 de noviembre de 1989 que ordena crear una Comisión permanente de Prevención de la Violencia Doméstica con el objeto de evitar la desintegración familiar y la reproducción del maltrato como modelo de interacción familiar. Aunque destacada, cabe acotar que esta Comisión que dicha Ley creó, nunca se puso efectivamente su marcha.

<sup>5</sup> Tal como lo señala Alejandro Ósca, *Violencia Familiar*, Advocatna, Córdoba, 2006, p. 92 y ss.

en la normativa, al establecer el artículo 19 que *El procedimiento será gratuito..., actuado y aplicando las normas del proceso abreviado*. La Ley 9283 mejora, en cierto sentido, el procedimiento de acceso a la justicia de forma gratuita<sup>10</sup> brindando un camino más rápido y fácil a las víctimas para obtener asesoría, asistencia y patrocinio letrado. También pueden identificarse el protagonismo y la inmediatez del juez en relación con la causa, con la víctima y con el propio procedimiento, principio este último que otorga al magistrado la posibilidad de actuar —incluso de oficio— en un marco amplio de medidas de acuerdo a su propio criterio, tal como lo evidencian los artículos 21, 22 y ss. de la citada Ley<sup>11</sup>. Por último, la Ley 9283 prevé en su artículo 27 que *en todos los casos el principio orientador será prevenir la revictimización, prohibiéndose la confrontación o comparecimiento conjunto de la víctima y el agresor*, como una forma de evitar un daño adicional a la víctima<sup>12</sup>.

En cuanto a las conceptualizaciones que contiene, la Ley 9283 de Violencia Familiar define al grupo familiar, esto es al ámbito de aplicación de la ley, de una manera novedosa o diferente a como la han definido otras leyes provinciales o la propia ley nacional. Dice su artículo 4° que se entenderá por grupo familiar al *surgido del matrimonio, de uniones de hecho o de relaciones afectivas, sean convivientes o no, persista o haya cesado el vínculo, comprendido entre ascendientes, descendientes y colaterales*.

Esta conceptualización de grupo familiar, ajustada a una más real composición de familia en la actualidad, es tomada además como una novedosa justificación de por qué la ley defiende al grupo familiar y no a la mujer específicamente. Sostiene Alejandra Vigo, una de las principales mentoras de esta ley:

*Esta nueva definición de grupo familiar para este tipo de leyes deviene a que hoy tenemos una nueva composición familiar... Hoy dentro de la familia conviven familias, es decir, un grupo familiar dentro de un gran grupo familiar. Por eso es que ya no podemos ni siquiera hablar de la violencia específicamente hacia la mujer, porque han surgido reiterados casos y están constituidas o instituidas, mejor dicho, la*

<sup>10</sup> Previsto por la Ley 7963 de Asistencia Jurídica Gratuita de fecha 12 de junio de 1990.

<sup>11</sup> *El juez podrá adoptar las siguientes medidas cautelares y otras análogas*, dice el art. 21. *El juez ordenará a quien entienda conveniente, la supervisión de su cumplimiento*, dice el 22. *Las medidas adoptadas tendrán el alcance y la duración que el juez disponga*, dice el art. 23. Los subrayados me corresponden.

<sup>12</sup> Daño que, como sostiene Alejandro Ossola a quien seguimos en este acápite, deberán tomar en consideración los propios órganos jurisdiccionales encargados de tratar los problemas de violencia doméstica, que no deben constituirse, al judicializarse su problemática, en ámbitos de una nueva victimización de las personas afectadas por este tipo de violencia. A. Ossola, *op. cit.*, p. 94.

*violencia contra los ancianos, la violencia contra los niños y por supuesto la violencia hacia las mujeres...*<sup>19</sup>

Es notable y hasta sorprendente leer este tipo de argumentaciones que se encuentran en clara flagrancia con las recomendaciones y convenciones dictadas por los organismos internacionales que afirman la necesidad de instaurar en países como Argentina una ley específica que regule la violencia que se ejerce exclusivamente sobre la mujer y no sólo en su rol dentro de la familia. Volver a resguardar a la mujer dentro del ámbito familiar, es reproducir jurídicamente la importancia que ésta tiene en el contexto familiar, en su rol como madre, como cuidadora, como sostenedora emocional del hogar. Y, además, volver a mezclar o diluir la defensa de los derechos humanos de las mujeres en un ámbito en el que se entrelazan formas de violencia disímiles.

En relación con la violencia, la Ley 9283 define en su artículo tercero qué deberá ser entendido por violencia familiar:

**Artículo 3 Ley 9283:** A los efectos de la aplicación de la presente ley, se entenderá por violencia familiar, toda acción, omisión o abuso dirigido a dominar, someter, controlar o agredir la integridad física, psíquica, moral, psicoemocional, sexual y/o la libertad de una persona en el ámbito del grupo familiar, aunque esa actividad no configure delito.

La definición no sólo habla de actos, sino también de omisiones y abusos. Es interesante destacar cómo la ley cordobesa también avanza en la definición de violencia familiar y declara que esas acciones u omisiones están dirigidas a *dominar, someter, controlar o agredir*. En este artículo tercero de la Ley 9283, se presenta un concepto de violencia en el que se intenta abarcar la mayor cantidad de conductas posibles, dado el ámbito de aplicación que pretende regular: el familiar. Aunque, a primera vista, la lectura del concepto de violencia familiar pareciera estar definiendo lisa y llanamente la violencia ejercida exclusivamente contra la mujer en el ámbito doméstico, al hablar de dominación, sometimiento y control. Un padre puede resultar en alguna ocasión violento con su hijo y provocarle un daño físico o psíquico sin tener como trasfondo el sometimiento o el control. De todas formas, está más que claro que lo que este artículo pretende definir es la violencia que puede presentarse entre los miembros de una relación familiar, oscureciendo y solapando los diferentes razonamientos que llevan hacia una u otra clase de violencia según la víctima de que se trate.

<sup>19</sup> Alejandra Vigo, disertación en el Congreso Nacional contra la Violencia Familiar organizado por el Foro Social contra la Violencia Familiar, 11 y 12 de mayo de 2007, Córdoba, mimeo.

La Ley que estamos comentando avanza en sus conceptualización y también define los diferentes tipos de violencia que pueden presentarse en las relaciones familiares: la física, la psicológica o emocional, la violencia sexual y la violencia económica.

**Artículo 5 Ley 9283:** Se considera afectada toda persona que sufra alguno de los siguientes tipos de violencia:

a) **Violencia física**, configurada por todo acto de agresión en el que se utilice cualquier parte del cuerpo, algún objeto, arma, sustancia o elemento para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física de otra persona, encaminado hacia su sometimiento o control.

b) **Violencia psicológica o emocional**, originada por aquel patrón de conducta, tanto de acción como de omisión, de carácter repetitivo, consistente en prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, amenazas, actitudes devaluatorias o de abandono, capaces de provocar, en quien las recibe, deterioro o disminución de la autoestima y una afectación a su estructura de personalidad.

c) **Violencia sexual**, definida como el patrón de conducta consistente en actos u omisiones que infrinjan burla y humillación de la sexualidad, inducción a la realización de prácticas sexuales no deseadas y actitudes dirigidas a ejercer control, manipulación o dominio sobre otra persona, así como los delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, respecto de los cuales esta ley sólo surte efectos en el ámbito asistencial y preventivo, y

d) **Violencia económica**, provocada por acciones u omisiones cuya manifiesta ilegitimidad implique daño, pérdida, transformación, sustracción, destrucción, ocultamiento o retención de bienes, instrumentos de trabajo, documentos o recursos económicos, por las cuales las víctimas no logran cubrir sus necesidades básicas, con el propósito de coaccionar la autodeterminación de otra persona.

Tras la lectura del artículo, podemos advertir que se trata de un extenso detalle descriptivo de los diferentes tipos de comportamiento que pueden entenderse como violentos, aunque —queremos entender— no se trata de un listado exhaustivo.

Vale la pena observar y comentar el *carácter repetitivo* que aparentemente exige la ley para que se configure la violencia psicológica o emocional, la cual además pareciera que debe causar o provocar en quien la recibe, deterioro o disminución de la autoestima y la afectación a su estructura de

personalidad. Esto es, la mujer deberá soportar varios insultos, amenazas o coacciones de su marido para que la Justicia la escuche; y además, demostrar que esa situación la ha afectado en su autoestima y en su estructura de personalidad. Lo cual puede significar que, aquellas mujeres que reciben insultos y amenazas todos los días pero que cuentan con una estructura fuerte de personalidad (esto es, que lo aguantan y toleran), no serían pasibles de ser víctimas de este tipo de violencia, y lo que es peor aún, que esta clase de hombres en estas circunstancias no serían considerados hombres violentos ni autores de violencia psicológica o emocional contra su mujer.<sup>14</sup> La visión de la mujer como la conciliadora, que debe soportar, aguantar cierto tipo de "conflictos" en pos de la paz familiar, se hace una vez más presente en estas definiciones de violencia que la Ley 9283 presenta. Y la imagen del hombre que "en ciertas ocasiones" puede permitirse la licencia de *desprestigiar, corregir o desprestigiar* a su mujer, siguen siendo consentidas.

Lo novedoso de incluir la violencia económica como una forma de agresión familiar, se destaca como una herramienta extra de protección de las mujeres, puesto que las principales víctimas de violencia económica son ellas dentro del hogar, cuando se le ocultan o retienen bienes o documentos, cuando es privada de su cuota alimentaria o cuando se limitan sus recursos económicos a los fines de coaccionar su libertad de actuar. Es este punto, completamente consensuado en foros internacionales, el que puede considerarse de un claro avance con respecto a esta ley provincial.

El capítulo II de la Ley de Violencia Familiar de la provincia de Córdoba regula la jurisdicción y competencia de la misma. Su artículo 9 señala que son los *Tribunales de Familia, los jueces de Menores y los juzgados de Primera Instancia con Competencia Múltiple* del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, quienes *entenderán también* (esto es, además de todas las otras problemáticas que tratan) *en cuestiones de violencia familiar, personales o patrimoniales que se deriven de ella*. Y el artículo 10 agrega que *los juzgados en materia de familia y las fiscalías serán competentes para atender situaciones de urgencia referidas a violencia familiar*.

Asimismo y creando mayor incertidumbre, los artículos 28 y 29 de la misma Ley 9283 regulan la posibilidad de que intervenga un juzgado con competencia en materia penal o un juzgado con competencia en materia de menores en una situación de violencia familiar, debiendo éstos remitir

<sup>14</sup> No podemos dejar de observar en este punto que la apreciación de repetitividad o habitualidad como características necesarias para configurar la violencia psicológica, no solamente se encuentra plasmada en los ordenamientos normativos respectivos, sino además en las propias construcciones conceptuales que hacen los principales protagonistas de la Administración de Justicia cordobesa relacionados con la violencia familiar y de género, recabadas mediante técnicas cualitativas en SANCHEZ BUSSO, Mariana; *Ciancia y Derecho. El sistema penal como transformador de la realidad social*, Editorial Académica Española, 2012.

dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de haber tomado conocimiento de los hechos, testimonio completo de las actuaciones y de la resolución adoptada al juez con competencia en materia de violencia familiar. Pero igualmente, por otro lado, los juzgados con competencia de urgencia en materia de violencia familiar, comunicarán los hechos con apariencia delictiva que hayan llegado a su conocimiento, dentro de las veinticuatro (24) horas, al juzgado con competencia penal de turno, sin perjuicio de continuar la acción propia y las medidas provisionales que hubiere adoptado.

Aún más: el artículo 10 del texto de la reglamentación de la Ley de Violencia Familiar 9283 prevé que en los días y horas inhábiles, el fiscal de Instrucción penal deberá evaluar la urgencia y gravedad de los hechos denunciados, diluyendo en este caso el objetivo de evitar la penalización de la violencia doméstica y afectando la competencia de los Fiscales de Instrucción.

Es este quizá el punto más conflictivo y ambiguo que la Ley 9283 presenta. Las críticas a este respecto recaen sobre: por un lado, la situación del Fuero de Familia de la provincia de Córdoba, el que se ha visto colapsado por la abrumadora cantidad de denuncias que se presentaron inmediatamente luego de la sanción de esta Ley<sup>15</sup>, "poniendo en riesgo los recursos humanos y tornando sumamente dificultoso el funcionamiento tanto del nuevo proceso de violencia familiar como los trámites ordinarios propios del fuero"<sup>16</sup>; y por otro lado, la confusión y ambigüedad de la Ley que no particulariza de modo preciso cuál es el tribunal competente que tendrá a su cargo la atención y tratamiento de los casos de violencia familiar.

*La manifiesta confusión a este respecto, la ambigüedad y el desorden, cuando no la carencia de un método coherente, llega a tal punto que quizá no se equivoque quien afirme que el tribunal, juzgado o fiscalía que debe entender en esta materia se encuentra en un estado de cuasi-indeterminación<sup>17</sup>.*

Y es que, en el tratamiento judicial de la problemática que esta Ley 9283 intenta regular, las normas deben ser concretas y claras para que el damnificado no tenga que trasladar su conflicto de Tribunal en Tribunal o esperar resoluciones diferenciadas según sea la competencia del Juzgado

<sup>15</sup> A sólo 3 días de sancionada la Ley 9283, la policía de la provincia de Córdoba efectuó 24 procedimientos para excluir de sus hogares a hombres acusados de violencia contra familiares. Esta sucesión de medidas ordenadas por los juzgados de Familia, se produjo a partir del mismo día de sanción de la nueva ley de violencia familiar que, en menos de 72 horas, dio lugar a 144 denuncias por ese motivo. Fuente: Diario La Voz del Interior, "Mayoría de violentos debe dejar el hogar", Sección Sociedad, del 28 de junio de 2006.

<sup>16</sup> Francisco Ruysent Bas y Diana Sorzini Astudillo, "Un nuevo ámbito jurisdiccional: la violencia doméstica" en *Semanario Jurídico, Fallos y Doctrina*, Año XXIX, Edición especial N° 9, Marzo 2007, p. 1-32.

<sup>17</sup> Alejandro Ossola, *Ley de violencia familiar*, ob.cit., p. 111.

que se trate. La celeridad y efectividad en el cumplimiento de los objetivos de la Ley, dependen en gran parte de una concreta delimitación de la competencia a actuar.

*Esta situación de escasa definición y atribución de competencias a distintos tribunales de la misma jurisdicción produce en la práctica el problema de la multiplicidad de causas, o el congestionamiento del tribunal que lleve adelante las denuncias con rapidez y efectividad*<sup>16</sup>.

En relación con la denuncia, están capacitadas para hacerla las personas integrantes del grupo familiar que describe el artículo 4, pero también cualquier otro ciudadano que haya tomado conocimiento de los hechos de violencia (artículo 13 Ley 9283)<sup>17</sup>. Están obligados a realizarla el Ministerio Público y/o los representantes de menores, incapaces, ancianos o discapacitados; y también lo están quienes se desempeñan en organismos asistenciales, educativos, de salud y de justicia público o privados (artículo 14). La Ley mencionada avanza un poco más en relación con la denuncia y afirma que el funcionario público que incumpla total o parcialmente con el deber que la ley le exige de denunciar, será sancionado de manera severa (artículo 18 Ley 9283). De esta forma, la Ley busca mayor participación y responsabilidad ciudadana y que —especialmente los funcionarios públicos— tengan una responsabilidad extra de denunciar los casos de violencia que lleguen a su conocimiento o también cuando tengan sospechas serias de que puedan existir.

La denuncia puede realizarse en todas las unidades judiciales de la provincia, en los Tribunales de Familia, en los Juzgados de primera instancia de competencia múltiple, (juzgados que están creados en el interior de la provincia), los juzgados en materia de familia, las fiscalías y los juzgados de paz (juzgados que se encuentran mayormente en el interior de la provincia). La denuncia se formalizará mediante un formulario especial creado a tal efecto y manteniendo en reserva la identidad del denunciante. Este también puede considerarse un avance importante y que era urgentemente necesario, para que definitivamente las autoridades de aplicación comiencen a contar con datos concretos y certeros sobre la realidad de la violencia intrafamiliar en Córdoba. Igualmente, el personal que receptorá la denuncia debe ser (según lo estipula la Ley

<sup>16</sup> Graciela Medina, *Visión Jurisprudencial de la Violencia Familiar*, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 74 y ss.

<sup>17</sup> La reglamentación de la Ley comentada ha ido un poco más allá y expresa en su artículo 13 que las denuncias de las niñas, niños y adolescentes deberán ser receptoras en toda oportunidad, aún sin sus representantes legales.



de Violencia Familiar de la provincia de Córdoba en su artículo 15) personal capacitado no sólo para recepcionar sino también para orientar y canalizar reclamos, inquietudes y presentaciones en materia de violencia familiar<sup>20</sup>. Por último, este personal también está obligado a entregar al denunciante una copia de su denuncia.<sup>21</sup>

El procedimiento judicial, gratuito y sumario como ya fue señalado, es regulado por la Ley 9283 en su Capítulo IV y abarca dos principales ejes: las medidas urgentes que puede ordenar el órgano jurisdiccional y el diagnóstico de situación mediante el abordaje interdisciplinario de un equipo técnico destinado a ese fin que permitirá al juez decidir más certemente la dirección que seguirá el procedimiento.

**Artículo 20 Ley 9283:** En toda cuestión de violencia familiar, además de las medidas previstas en la legislación vigente, el juez -de oficio, a petición de parte o del Ministerio Público- deberá disponer todas las medidas tendientes a la protección de la vida, la integridad física o emocional de la víctima, la libertad y seguridad personal, así como la asistencia económica e integridad patrimonial del grupo familiar. A tal efecto, la autoridad de aplicación dispondrá la creación de una unidad de constatación de los hechos denunciados, que funcionará todos los días durante las veinticuatro (24) horas y su integración será determinada por vía reglamentaria.

Resulta interesante desatacar la redacción de la primera parte del artículo precedente que no *faculta* al juez sino que le *impone* como deber disponer las medidas necesarias para resguardar los bienes jurídicos protegidos por la ley: la vida, la integridad física, psicológica, económica y sexual, así como el desarrollo psicoemocional del grupo familiar. Nótese además, que el artículo no habla de la protección de las víctimas sino de la protección del *grupo familiar*, puntualizando una vez más la tutela perseguida hacia la protección integral de la familia como unidad. De todas formas la obligación impuesta al juez se encuentra íntimamente vinculada

<sup>20</sup> Cuestión que, tal como los propios protagonistas entrevistados sobre el tema en este mismo trabajo de investigación expresan, resulta una de las principales deficiencias que aún no ha podido resolverse y que genera consecuencias nada deseables. Mariana Sánchez, *Género y Derecho. El sistema penal como transformador de la realidad social*, ob. cit.

<sup>21</sup> Y esta última no es una cuestión menor, puesto que hasta el momento en que fue sancionada esta Ley 9283 en la provincia de Córdoba, toda persona que realizaba una denuncia de violencia familiar no recibía ninguna constancia de esa denuncia, lo que implicaba -por cierto- notables inconvenientes para proseguir con las acciones judiciales o asistenciales que le correspondiesen.

a los objetivos primordiales que la ley persigue en su artículo 1: la prevención, detección temprana, atención y erradicación de la violencia familiar.

Igualmente, la ley prevé la adopción por parte del juez de algunas medidas cautelares que permitan comenzar a tratar la situación de violencia desde el mismo momento urgente de la denuncia. Las medidas están previstas en el artículo 21 de la Ley de Violencia Familiar 9283 y tienen carácter enunciativo y no taxativo. Entre ellas caben destacar: disponer la exclusión del agresor de la residencia en común con la víctima y la entrega inmediata de sus efectos personales; disponer el reintegro al domicilio o residencia de la víctima que hubiese salido de ella por motivo de los hechos denunciados; prohibir, restringir o limitar la presencia del agresor en la casa o en el lugar de trabajo de la víctima; prohibir al agresor comunicarse o relacionarse de cualquier forma con la víctima o con las demás personas afectadas, o testigos o denunciadores del hecho; en caso que la víctima fuera menor o incapaz, otorgar su guarda provisoria (si así lo estima); establecer, si fuese necesario y con carácter provisional, el régimen de alimentos, tenencia y visitas; entre otras.

De todas las medidas cautelares previstas en el artículo 21, tres de ellas resultan de importancia. La primera, prevista en el inciso c), se refiere a la facultad del juez de disponer —*inaudita parte*— cuando razones de seguridad lo aconsejen, el inmediato alojamiento de la o las víctimas en el establecimiento hotelero o similar más cercano al domicilio de éstas, o el alojamiento temporario en la residencia de familiares o allegados que voluntariamente acepten lo dispuesto. La medida resulta algo no tan extraña como imaginativa, puesto que de alguna manera se intenta suplir con lo que la provincia de Córdoba increíblemente aún no posee en cantidad suficiente, albergues o refugios para víctimas de violencia familiar<sup>22</sup>. Se trata de una medida importante porque frente a esta desprotección material se garantiza realmente el momento urgente de la atención a la víctima, que generalmente acude desprotegida a solicitar ayuda y no puede permanecer en su hogar esperando que el procedimiento judicial resuelva las medidas pertinentes. Lo más sensato hubiese sido solicitar la inmediata exclusión del violento del hogar por medio de la Policía, pero la Ley no se ha atrevido a llegar hasta ese punto y vuelca sobre las propias víctimas (generalmen-

<sup>22</sup> Los albergues oficiales casi son inexistentes. Si podemos mencionar el albergue llamado Casa de la Mujer que funciona en la misma Unidad Judicial de la Mujer en la ciudad de Córdoba. De todas formas el albergue surgió como tal para resguardar sólo a mujeres y niñas víctimas de delitos sexuales y no de violencia familiar o intrafamiliar de género. Si bien en la actualidad, y dada la carencia de lugares como éste, también mujeres víctimas de violencia pueden ser alojadas, el albergue aún está preparado para dar asistencia y contención en momentos de alta crisis y durante sólo las primeras horas difíciles por las que pueden transitar las víctimas, tal como nos expresa la presidenta de la Comisión de Violencia del Consejo Provincial de la Mujer en la entrevista designada como A 5 en Mariana Sánchez, *Género y delito...* ob. cit.

... y la responsabilidad de ... "suar" su propia ... residencia mientras se insten las medidas cautelares.

Otra de las medidas importantes es aquella que faculta a los jueces a incautar las armas que el agresor tuviera en su poder y que quedarán en custodia. Y se trata de una medida importante puesto que también pueden incautarse armas a los propios agentes públicos, como los policías o guardias de seguridad, si hubiesen sido denunciados como violentos.

La última medida señalada por el inciso f) del artículo 21 de la ley cordobesa que estamos comentando, sostiene que el juez podrá disponer la asistencia obligatoria del agresor a programas de rehabilitación. La medida es importante simbólicamente, aunque débil en su aplicación. La asistencia obligatoria no es prevista ni regulada en ningún otro artículo de la Ley 9283 y no tiene cómo ser seguida en su cumplimiento por el juez, ni menos aún ser pasible de sanciones frente a algún incumplimiento.

El artículo 25 de la Ley 9283 enuncia que, una vez adoptadas las medidas cautelares establecidas en el artículo 21, el tribunal -de oficio- ordenará realizar un diagnóstico de situación entre los sujetos involucrados. Este informe será realizado por un equipo interdisciplinario y tiene por objeto determinar los daños o hechos de violencia sufridos por la víctima y evaluar las circunstancias de peligro o riesgo. En este punto, cabe señalar que si bien es el espíritu de la Ley prever esta medida accesoria lo más pronto posible, la falta de estructura, presupuesto y recursos humanos de los *abarrota* Juzgados de Familia de la provincia, puede que no permita cumplir con esta disposición en la forma deseable.

En general las medidas cautelares o urgentes enumeradas por la Ley en los artículos precedentemente citados pueden considerarse, dentro del contexto jurídico de la provincia de Córdoba, innovadoras y absolutamente necesarias, dada la naturaleza del hecho en cuestión y la finalidad perseguida por la ley. Una protección a la víctima reforzada, amplia y rápida es absolutamente indispensable en este tipo de procesos, caracterizados por la necesidad de proporcionar respuestas jurisdiccionales expeditas a cuestiones cuya solución no admite demoras.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> A pesar de ello, es posible aún encontrar opiniones de reconocidos expertos en la materia que acusan a la Ley 9283 de habilitar a los órganos judiciales para que tomen estas medidas con un *exceso de ligereza teniendo en cuenta las severas implicancias personales y sociales que pueden ocurrir. Entendemos que por las características y naturaleza que tienen, disponerlas amerita conducirse con prudencia y cautela y cumplir con exigencias propias ya que proceder de otro modo puede permitir que sean tomadas afectando la garantía constitucional del debido proceso y la defensa en juicio.* Alejandro Úrcola, *Ley de violencia familiar*, ob. cit., p. 150 y ss. Una vez más, las interpretaciones formalistas, rígidas y lógicas de las leyes no permiten ver cuál es el bien jurídicamente relevante a proteger en estos casos en donde están siendo "posiblemente" violados derechos humanos.

La otra parte relevante de esta Ley de Violencia Familiar de la provincia de Córdoba es la establecida en el Capítulo V en el que se regula sobre las políticas públicas de prevención. En el artículo 32 se señala que como prevención en esta temática se entiende *la promoción de una cultura que favorezca la creación de un marco objetivo de equidad, libertad, igualdad, entre los miembros de una familia, eliminando las causas y patrones conductuales que generan y refuerzan la violencia familiar*. A tal efecto, la Ley ordena crear como política pública de prevención y atención el Programa de Erradicación de la Violencia Familiar que contendrá acciones como prevenir la violencia familiar mediante la divulgación y sensibilización de la problemática; impulsar procesos de modificación de patrones socioculturales; promover el estudio de las causas y consecuencias de este flagelo; capacitar y concienciar al personal relacionado con la atención de las víctimas; implementar el otorgamiento de un apoyo económico dinerario a las víctimas, con la condición de que se sometan a tratamientos especiales interdisciplinarios; implementar una línea telefónica gratuita; entre otras.

Por último, cabe destacar que si bien la Ley 9283 abre la posibilidad de una vía paralela para la denuncia penal, la víctima podrá efectuarla sólo si lo desea conjuntamente con las vías civiles que incluyen por ejemplo la demanda de divorcio. De todas formas, la lectura general y particular de esta ley cordobesa sobre violencia familiar muestra con evidencia que los procesos, mecanismos y acciones que regula para combatirla, no están dirigidos al otorgamiento de sanciones o reproches jurídicos o penales<sup>24</sup> (y como consecuencia sociales) sino a la obtención y ejecución de tratamientos médicos, psicológicos o sociales que recompongan la relación familiar o, en el mejor de los casos, que ponga fin a las situaciones de violencia.

\*\*\*

Las apreciaciones realizadas en este ensayo sobre la normativa que regula las problemáticas de violencia y género en la República Argentina, presentan un incipiente acercamiento a un análisis jurídico riguroso pero nos permiten obtener un primer panorama acerca de lo que Argentina, y más precisamente Córdoba, transitan como sociedades en la lucha contra la violencia sobre la mujer en el ámbito intrafamiliar.

<sup>24</sup> "Les aconsejamos a los jueces de familia que traten de evitar el recurso a fuerzas policiales, ya que se trata de no penalizar estas conductas, y la imagen de la policía está muy unida con lo penal, por eso son preferibles otros caminos, como la actuación de los oficiales de justicia", estas son palabras de la Dra. Esther Caffare de Battistelli, vocal del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba en relación con la Ley y el procedimiento que comentamos. Fuente: Pedro Lipcovich, "Con los golpes a otra parte", Página 12, 30 de marzo de 2006.

Para entender este marco jurídico argentino, debemos recordar que el país cuenta con un sistema federal de gobierno en el que aunque las competencias originarias corresponden a las provincias, los códigos de fondo —como el Código Penal de la Nación Argentina que es el único que regula exclusivamente en materia de delitos— competen únicamente a la Nación, la que en definitiva es la principal garante del cumplimiento de los derechos humanos de los que habitan el suelo argentino.

Este Código Penal de la Nación Argentina nada dice en relación con la violencia hacia las mujeres, o la violencia intrafamiliar. No hay tipo que se ajuste a dicha configuración. Es más, no existe la palabra mujer en el marco regulativo del Código Penal que no esté vinculada a su posición como madre, o equiparada a los menores de edad para señalar que su condena deberá cumplirse en establecimientos especiales. Se trata de un Código arraigado fuertemente a principios jurídicos clásicos que aún no se ha atrevido a avanzar en la defensa cierta de categorías de personas específicas y especialmente vulnerables.

Si repasamos el *Contra Informe que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* llevó adelante en 2006 con el propósito de realizar un aporte al seguimiento del Estado Argentino en el cumplimiento de la Convención Belém do Pará<sup>25</sup>, podremos asegurar que los principales aspectos cuestionables —aún con las últimas normativas citadas— siguen sin cumplimentarse definitivamente. Los mismos se centraron en los siguientes puntos:

- a. Cualquiera sea su denominación, la concepción prevaleciente en las normativas existentes es generalmente de armonización de conflictos y con una lógica que prioriza la preservación de la familia por sobre los derechos humanos de las personas.
- b. Pese a que se reconoce que las principales víctimas son las mujeres, no se incorpora en el análisis de la problemática lo que establece la Convención Belém do Pará. En este sentido, es absolutamente clara la apreciación del *Contrainforme* citado, puesto que de la lectura de las normativas analizadas se puede concluir que son leyes destinadas mayormente a la protección de la mujer víctima de violencia en la familia. No obstante, ninguna de ellas se anima a llamarla por su nombre, y con la clara intención de continuar tomando a la familia como el principal ámbito de protección, se niega una realidad social incuestionable que muestra que es la condición del género el factor central de riesgo. Esta observación podría ser menos cuestionable

<sup>25</sup> *Contrainforme, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, CLADEN Argentina, octubre de 2006.*

- en la actualidad con la reciente Ley Nacional 26485, mas no en las vigentes leyes provinciales.
- c. La formación y capacitación, en forma obligatoria y permanente, del personal gubernamental y de los operadores de justicia desde la perspectiva de género no se observa con rigurosidad, lo que impide aún más la identificación de este problema obstaculizando su tratamiento.
  - d. El Estado Argentino no cuenta con indicadores específicos, registros, ni estadísticas locales, regionales y nacionales certeras y rigurosas. Es una de las carencias más significativas que se resume principalmente en la falta de un diseño de investigación uniforme que permita arrojar datos verosímiles, comparables y coordinados que faciliten el acceso a la información necesaria. Este déficit tampoco contribuye a visibilizar la problemática ni aporta elementos de juicio y conocimiento a favor de la elaboración de políticas públicas.
  - e. Al no establecerse en el Código Penal de la Nación Argentina una figura típica de violencia contra la mujer, no existen sanciones específicas de esta naturaleza para el agresor que hostiga, amenaza o pone en peligro la vida de la mujer atentando contra su integridad. Sólo las derivadas de las lesiones y los homicidios en general. Igualmente, tampoco se prevén a nivel nacional, ni tampoco en el ámbito de la provincia de Córdoba, algún tipo de reparación civil o indemnización por daños o gastos causados por el maltrato<sup>24</sup>, ya que en el caso de imponerse multas, éstas no están destinadas a la reparación de las víctimas, sino que entran en el circuito de las finanzas estatales.
  - f. Los programas de tratamiento para agresores o perpetradores de actos de violencia contra la mujer, en algunos casos sólo están presentes en el texto de la leyes y no en otra parte. Igualmente, los programas puestos en marcha son incipientes, aislados y cuentan con una débil herramienta de control por parte de los Juzgados o autoridades para velar por su cumplimiento.
  - g. El sistema de justicia argentino no cuenta con la infraestructura adecuada para dar tratamiento a esta problemática. El no contar con una justicia especializada hace que los sobrecargados Juzgados de Familia tengan que contar además con una *carga competencial* extra que representa la violencia. Pero aún más grave en la provincia de Córdoba, donde en el interior no existen juzgados de familia, por lo que la temática de familia en general y de violencia familiar en

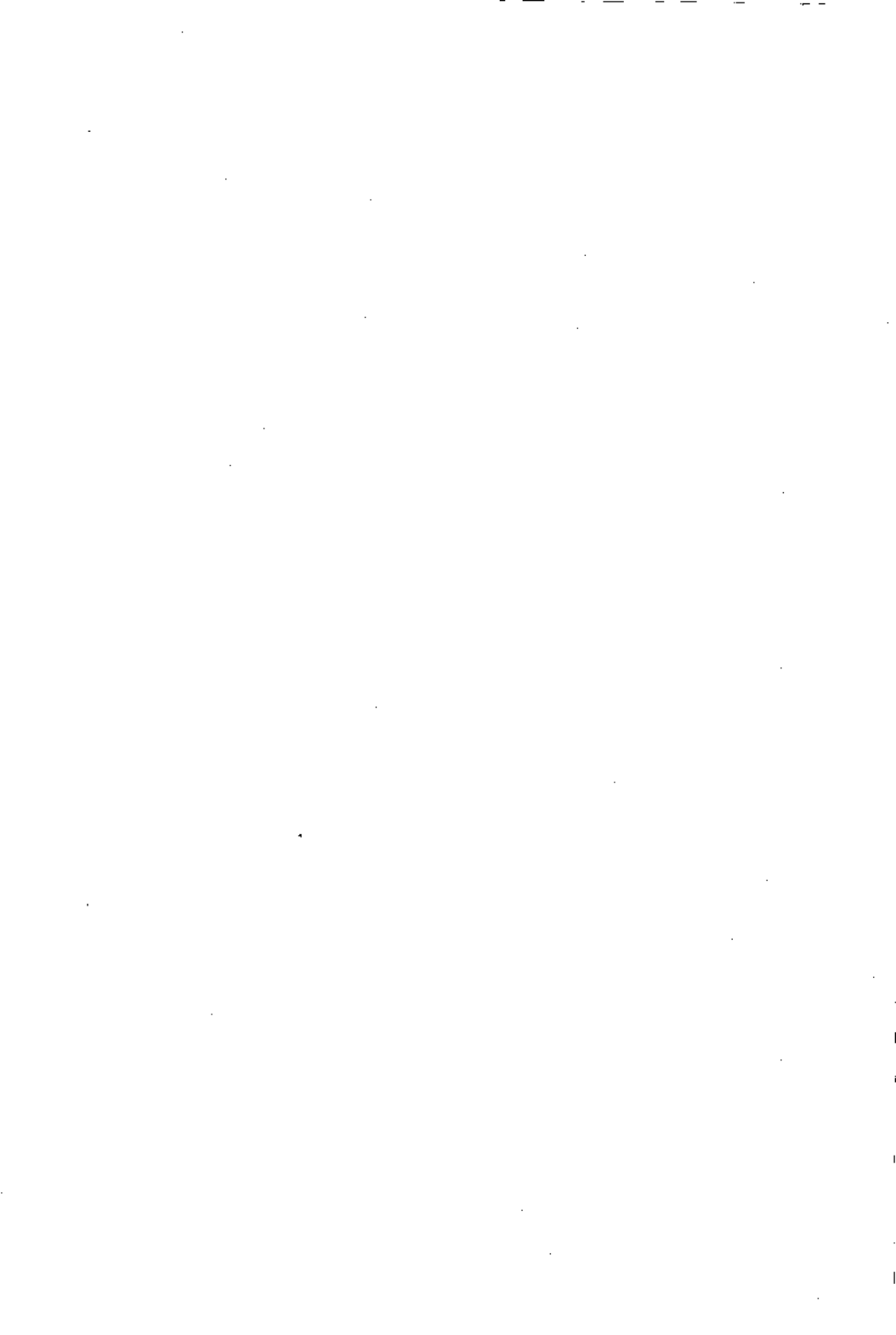
<sup>24</sup> Sólo hace en este sentido la legislación de la provincia de Santa Cruz mediante la Ley 2.466 de Protección contra la Violencia Familiar.

particular, es atendida por los Juzgados de competencia múltiple o jueces no especializados en la materia.

En definitiva, es posible apreciar que los avances legislativos aún no son suficientes para lograr una concienciación en la sociedad necesaria para comenzar a generar el cambio cultural buscado. Con las confusiones, falencias y falta de concreción que las normativas presentan, es posible que aún no se las internalice como las herramientas adecuadas para luchar contra el flagelo de la violencia contra las mujeres. En un contexto más amplio, pueden ser entendidas como una herramienta más dentro del conjunto de acciones públicas de prevención que deben desarrollarse rigurosamente en todos los niveles del Estado. Pero su eficacia dependerá de todo un conjunto de políticas sociales de prevención y del apoyo de todas las organizaciones de la sociedad civil para que el cambio comience lo más pronto posible.

La Ley 24417 y las leyes provinciales citadas como la 9283 de la provincia de Córdoba, sólo avanzan muy tímidamente en este camino efectivo de concreción de respeto de los derechos humanos de algunos grupos. Pero además, las diferencias entre las legislaciones provinciales provocan un desigual acceso de las mujeres a la justicia y una disgregación de esfuerzos que no permiten crear a nivel nacional la conciencia suficiente para abordar este flagelo. Se estima que con la unificación de estos criterios a nivel nacional mediante la reciente reglamentación correspondiente de la novedosa Ley de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones personales, N° 26485, el avance en materia de defensa de derechos humanos de la República Argentina pueda ser concretado efectivamente.







## LOS JÓVENES UNIVERSITARIOS SU VISIÓN DEL PASO DEL ESTUDIO AL TRABAJO

*Leopoldo Schapira\**  
*Josefina Schapira\*\**

**Resumen:** Esta investigación forma parte de una serie centrada en el mundo laboral de los jóvenes de entre 18 y 25 años, su cultura del trabajo, sus expectativas, las expectativas de los empleadores, las relaciones entre ambos, y en este caso sus percepciones, creencias, actitudes que vinculan su formación universitaria con su vida laboral.

Los resultados describen a los jóvenes universitarios como un grupo optimista y con menos temores para ingresar al mundo del trabajo que el conjunto de su generación, respaldados en su formación pero sin considerar por ello que no deban seguir estudiando una vez recibidos.

**Palabras Clave:** Jóvenes universitarios - Formación académica - Mundo laboral.

### FICHA TÉCNICA

**Encuesta sobre la Formación Universitaria y el Mundo del Trabajo desde la Perspectiva Estudiantil** realizada entre la matrícula presencial de la Universidades cordobesas.

Voluntarios de Inclusión Social Sustentable tomaron 934 entrevistas coincidentales en los cinco establecimientos educativos universitarios a alumnos de más de 40 carreras distintas, entre los días 18, 19 y 20 de Abril de 2011 de una muestra aleatoria representativa con un nivel de confianza del 95% y un error estimado de  $\pm 7\%$ .

Como en las investigaciones anteriores, la presente sirve de insumo a un Congreso de la Fundación Inclusión Social Sustentable, en este caso el Séptimo que tuvo lugar en la Ciudad Universitaria bajo el título: "Cultura del Trabajo: nuevos escenarios educativos y laborales" en Mayo de 2011

El estudio sobre Los Jóvenes y la Cultura del Trabajo realizado en 2009 se utiliza como punto de comparación sobre las percepciones<sup>1</sup>,

\*Schapira, Leopoldo: Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC.

\*\*Schapira, Josefina: Socia Gerente de Perspectivas Sociales, consultora de investigaciones sociales y de mercado

creencias, valores, actitudes y conductas de este grupo de universitarios en relación al total de la población joven de entre 18 y 25 años.

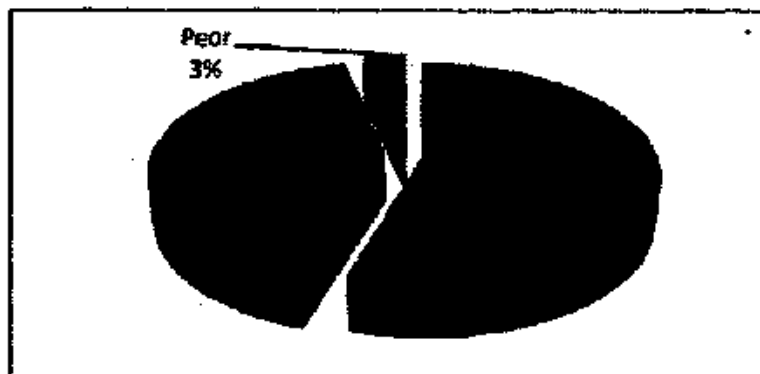
## RESULTADOS

### 1. Un segmento positivo y optimista

Los jóvenes universitarios son optimistas con relación al futuro tanto a nivel individual como en lo concerniente a La Argentina.

Mantienen la confianza en la idea del progreso sostenido de La Argentina. Cuando en Europa, por primera vez desde la posguerra, son cada vez menos los que creen que su situación económica será mejor que la de sus padres<sup>1</sup>, los universitarios de Córdoba, están convencidos que progresarán en comparación a sus padres y, además, que sus hijos los superarán (Cuadros 1 y 2). Nueve de cada diez, además piensan que a lo largo de su vida lograrán, cuanto menos, cubrir sus necesidades básicas.

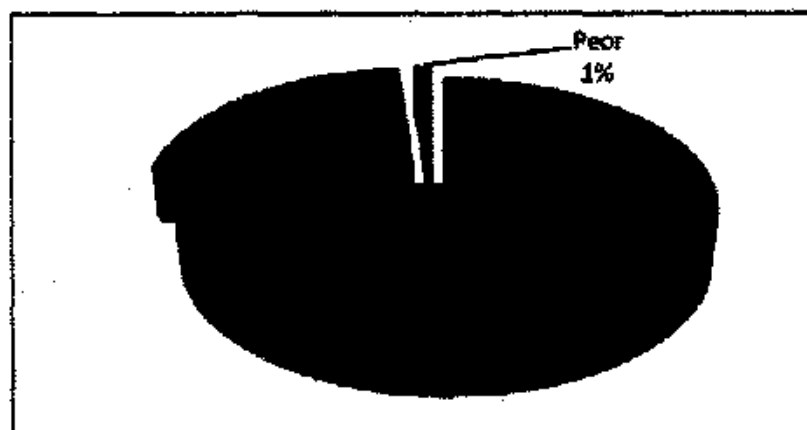
### GRAFICO 1: ¿CREÉS QUE ECONÓMICAMENTE A VOS TE VA A IR MEJOR, IGUAL O PEOR QUE A TUS PADRES?



Fuente: Relevamiento Propio Abril 2011.

<sup>1</sup> Schapira, Leopoldo; Schapira Josefina, «Jóvenes y Empleadores», el Rompecabezas de Obetáculos hacia la Inclusión Laboral-, Anuario XII, págs. 667 a 678.

<sup>2</sup> Se desprende de la encuesta publicada por Gallup en <http://www.gallup.com/poll/147360/optimism-future-youth-reaches-time-low.aspx>

**GRAFICO 2: ...Y A TUS HIJOS ¿CREES QUE ECONÓMICAMENTE LES IRÁ MEJOR, IGUAL O PEOR QUE A VOS?**

Fuente: Relevamiento Propio Abril 2011

Este optimismo no es propio de los universitarios sino más bien común a los jóvenes de Córdoba (de hecho, la proporción de optimistas entre los jóvenes universitarios es ligeramente inferior al del conjunto de los jóvenes relevados en 2009).

En donde sí se diferencian de los otros cordobeses de su edad, pero que no cursan estudios de grado, es en la confianza que tienen en su inserción laboral y en conseguir, como fruto de su esfuerzo, la prosperidad económica. El 83% no comparte la idea de que en este país trabajés o no trabajés nunca vas a dejar de ser pobre (Cuadro 1), lo que es significativamente menor a lo que piensan el total de los jóvenes en el tramo etario de entre 18 y 25 años (2009)

**CUADRO 1: EN ESTE PAÍS, TRABAJÉS O NO TRABAJÉS, NO VAS A DEJAR DE SER POBRE**

	% Universitarios 2011	% Todos los Jóvenes 2009
Nada de acuerdo	46,6	29,1
Poco de acuerdo	34,5	40,4
Bastante de acuerdo	10,5	6,5
Muy de acuerdo	5,7	23,9
NS/NC	0,6	
Total	100,0	100,0

Fuente: Relevamiento Propio Abril 2011 y Relevamiento Propio 2009

**2. Un segmento impulsado por sus vocaciones y haceredor de sus destinos**

Las motivaciones que los impulsaron a elegir su carrera fueron mayoritariamente vocacionales

**CUADRO 2: RAZÓN MÁS IMPORTANTE EN LA ELECCIÓN DE LA CARRERA**

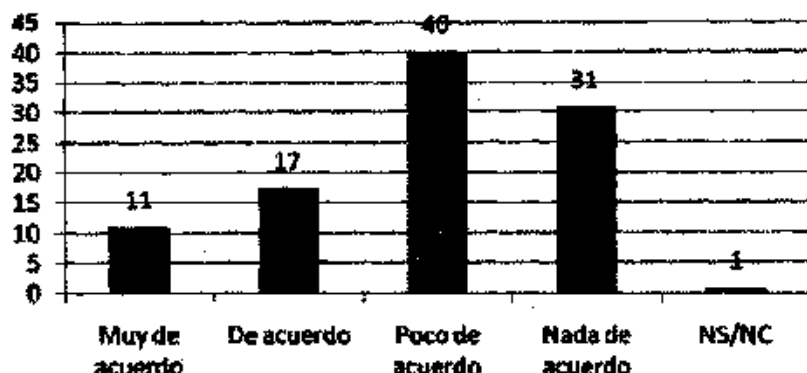
	Porcentaje
Tus gustos e intereses	41,9
Lo que te gustaría verte haciendo en el futuro	11,8
La salida laboral	37,9
Lo que sabés hacer bien, tus habilidades	9,5
Total	100,0

Fuente: Relevamiento Propio Abril 2011

Muchos, a pesar de no haber elegido la carrera pensando en el mercado laboral, no tienen miedo a no conseguir trabajo vinculado a su profesión.

Se ha detectado que el 71% cree que no va a ser difícil conseguir trabajo en algo vinculado a su profesión, porcentaje que asciende al 90% entre los alumnos de la UTN y los alumnos de carreras Humanistas y Tecnológicas.

**GRAFICO 3: CREO QUE VA A SER MUY DIFÍCIL UNA VEZ RECIBIDO CONSEGUIR TRABAJO EN MI PROFESIÓN- en %**



Fuente: Relevamiento Propio Abril 2011

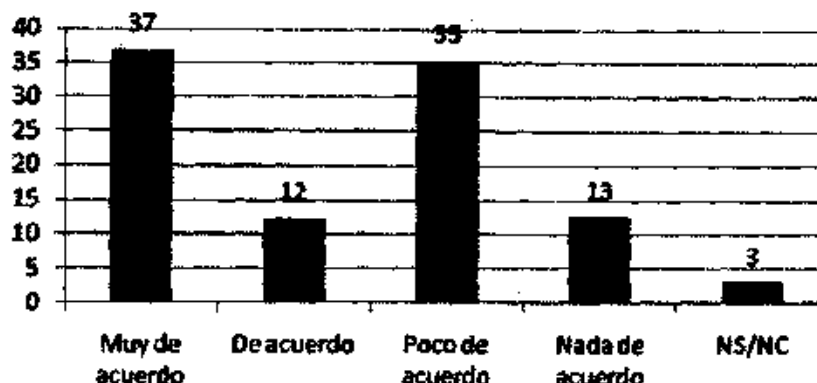
La creencia en la utilidad laboral de su formación universitaria divide a los jóvenes en casi parte iguales: el 54% está de acuerdo con la proposición **"AÚN CON FORMACIÓN UNIVERSITARIA, CUANDO EMPIECE A TRABAJAR EN LA PRÁCTICA VOY A ESTAR CRUDO"**. Aún así se muestran más sólidos que el conjunto de los jóvenes de 18 a 25<sup>3</sup> años entre los que un 80% está convencido que **"LOS JÓVENES LLEGAMOS MUY CRUDOS A NUESTRO PRIMER TRABAJO, TIENEN QUE TENERNOS MUCHA PACIENCIA"**.

La división en partes iguales se hace más notoria con un 48% que está tanto de acuerdo como en desacuerdo con la idea que **"EL PLAN DE ESTUDIOS ESTÁ BIEN ORIENTADO A LAS DEMANDAS DEL MERCADO"** (Gráfico 4).

Las mayores proporciones de quienes juzgan críticamente a la enseñanza en relación a las necesidades del mundo laboral, se encuentran entre los alumnos de las carreras de las áreas de Ciencias Sociales y Ciencias Naturales. En tanto que los más conformes son los de las carreras Tecnológicas y las Económicas.

<sup>3</sup> Jóvenes y Empleadores, el Rompecebezas de Obstáculos hacia la Inclusión Laboral, Opus cit.

#### GRAFICO 4: EL PLAN DE ESTUDIOS ESTÁ BIEN ORIENTADO A LAS DEMANDAS DEL MERCADO - en %



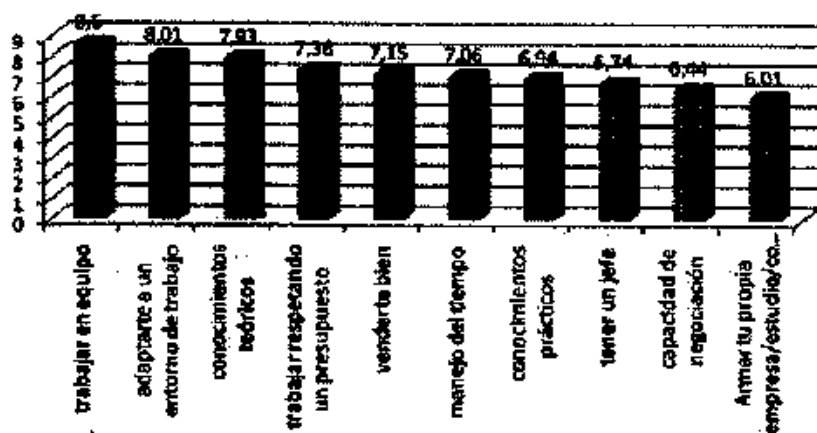
Fuente: Relevamiento Propio Abril 2011

Quienes confían en su formación, confían en sus posibilidades laborales, lo que se hace más notorio entre los que este año se están iniciando en la vida universitaria que son también quienes están más convencidos del acople entre el plan de estudios a las demandas del mercado.

Pero estas creencias fluctúan a lo largo de la carrera cuando se va complejizando la mirada sobre el ejercicio profesional y aumenta el temor de las posibilidades de inserción laboral.

Por su parte, los alumnos de las Universidades privadas creen, en mayor proporción, que van a llegar crudos al primer empleo, que los de las públicas, pero se sienten más confiados de encontrar un trabajo acorde a su formación

**GRAFICO 5: DEL 1 AL 10 CUÁN CAPACITADO CREÉS QUE VAS A ESTAR CUANDO TE RECIBAS PARA EL EJERCICIO PROFESIONAL EN RELACIÓN A..... - en %**



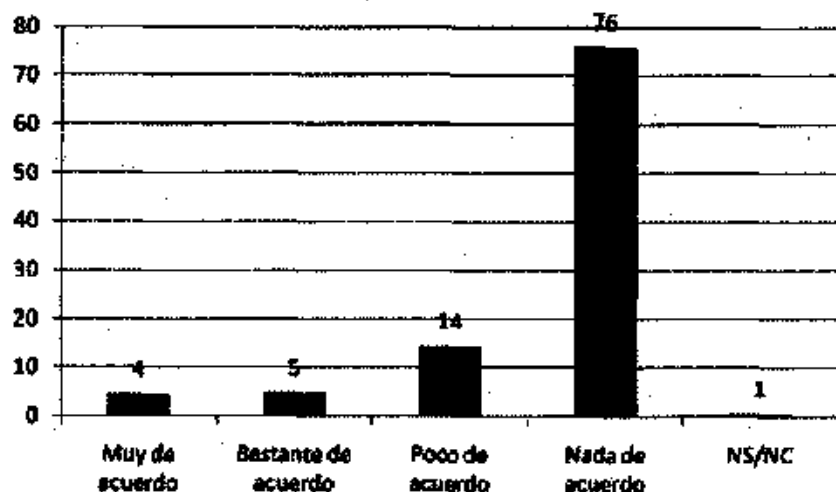
Fuente: Relevamiento Propio Abril 2011

#### 4. Constantes en sus proyectos estudiantiles

Los jóvenes universitarios priorizan su formación a su inserción laboral, se supone que mientras sus ingresos se lo permitan.

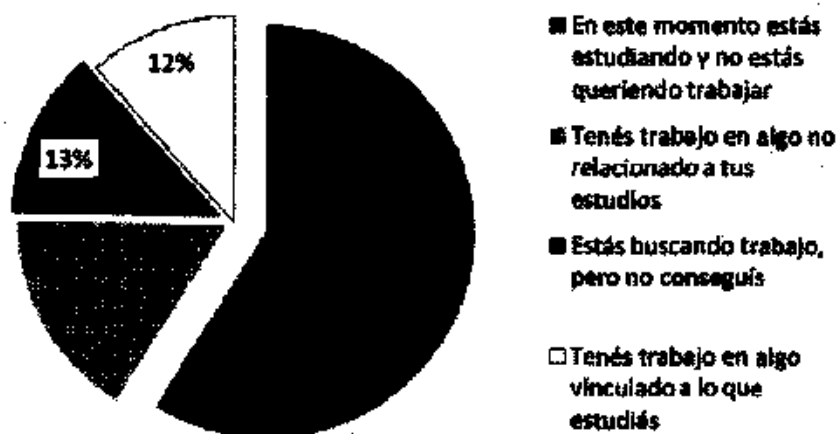
Los jóvenes se muestran dispuestos a postergar su inserción laboral para seguir estudiando si sus recursos se lo permiten. El 90% se mantienen en ese sentido.

### GRAFICO 6: HE CONSIDERADO DEJAR DE ESTUDIAR Y EMPEZAR A TRABAJAR- en %



Fuente: Relevamiento Propio Abril 2011

### GRAFICO 7: CON RELACIÓN A TU SITUACIÓN LABORAL, DIRÍAS QUE...



Fuente: Relevamiento Propio Abril 2011



### 5. Confiado en su propia iniciativa para enfrentar el mundo del trabajo

Más de un tercio quisiera dedicarse al ejercicio liberal de sus profesiones (Cuadro 3). Y más de un tercio también cree que en 10 años eso será lo que estará haciendo (Cuadro 4). Un 22% a su vez cree que le gustaría combinar su actividad independiente con otros ámbitos de trabajo como las empresas, el sector público y la academia en ese orden. Es decir, que de manera exclusiva o articulada con otra actividad, la mitad de los estudiantes desearían ejercer de manera independiente.

El mundo de la empresa como el sector público atraen a un 13% en cada caso. Los hombres se proyectan más al ámbito empresarial y las mujeres al Público. El Sector Público (atrae más a los estudiantes del área de las Ciencias Sociales, sobretudo a los futuros abogados).

#### CUADRO 3: ...Y CUANDO PENSÁS EN EL EJERCICIO PROFESIONAL ¿CÓMO TE GUSTARÍA TRABAJAR?

	Porcentaje
De manera independiente	55,6
En el sector público	13,1
En una empresa	13,2
Independiente + empresa	3,6
Independiente + sector público	9,5
Público + Academia	6,3
Independiente + Academia	3,7
Vida académica	2,9
Empresa + Público	1,1
Empresa + Academia	0,4
No sabe	6,5
Total	100,0

Fuente: Relevamiento Propio Abril 2011

**CUADRO 4: PROYECCIÓN DE EJERCICIO PROFESIONAL A 10 AÑOS**

	Porcentaje
De manera independiente	35,3
En una empresa	16,3
En el sector público	15,2
Independiente+ empresa	5,7
Independiente + sector público	7,4
Vida académica	5,7
Público + Academia	4,5
Independiente + Academia	2,1
Empresa + Público	1,0
Empresa + Academia	0,4
No sabe	5,3
Total	100,0

Fuente: Relevamiento Propio Abril 2011.

**6. Los jóvenes universitarios parecen poco dispuestos a renunciar a sus proyectos vocacionales**

**CUADRO 5: QUISIERA TRABAJAR EN LO QUE ME DE DINERO AUNQUE NO SEA LO QUE MÁS ME GUSTA**

	% Universitarios 2011	% Jóvenes 2009
Nada de acuerdo	46,7	30,9
Poco de acuerdo	31,2	22,6
Bastante de acuerdo	15,6	34,3
Muy de acuerdo	4,2	12,2
NS/NC	0,2	
Total	100,0	100,0

Fuente: Relevamientos Propios Abril 2011 y 2009.

El 80% no está dispuesto a renunciar a su vocación en perfecta asociación estadística con la motivación en la elección de la carrera universitaria. Estos valores contrastan con los resultados de la encuesta de 2009 al conjunto de jóvenes de entre 18 y 25 años.

**7. Un grupo que cree que con el título no basta, que hay que seguir estudiando**

La formación permanente aparece como una necesidad entre los jóvenes universitarios.

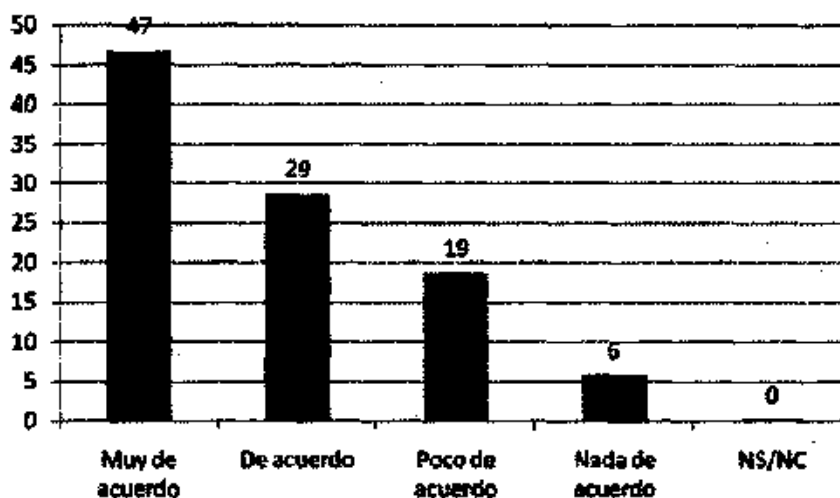
Hay consenso (75%) de que para poder hacer carrera, el título de grado es insuficiente (Cuadro 13). Es sólo un punto de partida para continuar estudiando. Esto es más notorio entre las mujeres, los alumnos de las tres universidades privadas, los alumnos de Ciencias Médicas y los de Ciencias Naturales.

La necesidad de formación continua no parece estar tan vinculada a la percepción de la velocidad del cambio en los conocimientos y la tecnología como a que el enfoque "generalizado" (universalista) de la educación de grado no responde a los requerimientos más específicos que plantea como necesarios el ejercicio profesional.

En este aspecto, como en todo lo vinculado a la adecuación de la enseñanza al mundo del trabajo, las opiniones están divididas por mitades: un 42% cree que va a tener que estudiar temas más específicos al mundo del trabajo, en tanto que un 43% no está de acuerdo en esto (Gráfico 10). Sólo los estudiantes de Ciencias Naturales (41%) están preocupados por la caducidad del saber aprendido en la universidad al momento de ejercer.

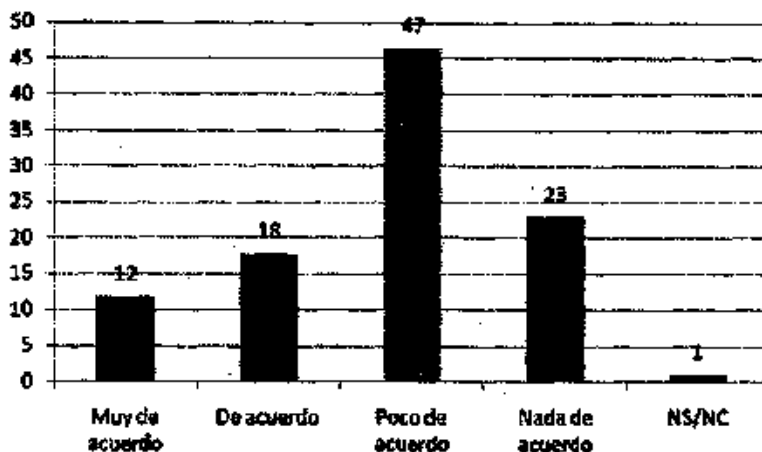
La sensación de la caducidad de lo aprendido crece a medida que aumentan los años de cursado de los estudiantes.

#### GRAFICO 8: PARA HACER CARRERA, HOY EL TÍTULO UNIVERSITARIO NO ALCANZA, HAY QUE SEGUIR ESTUDIANDO - en %



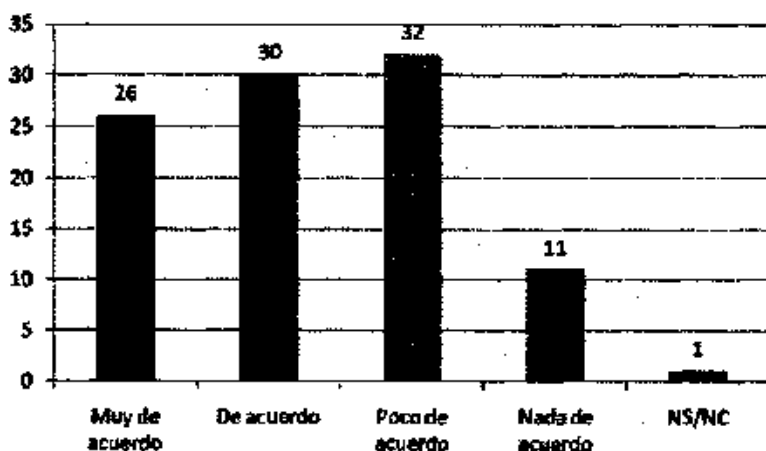
Fuente: Relevamiento Propio Abril 2011.

**GRAFICO 9: CON LA VELOCIDAD DE LOS CAMBIOS DE CONOCIMIENTOS Y TECNOLÓGICOS, CUANDO ME RECIBA MUCHO DE LO QUE ESTUDIÉ YA NO ME VA A SERVIR - en %**



Fuente: Relevamiento Propio Abril 2011

**GRAFICO 10: LA FORMACIÓN QUE RECIBO ES MUY GENERAL, PARA EJERCER PROFESIONALMENTE VOY A NECESITAR ESTUDIAR COSAS MÁS ESPECÍFICAS - en %**



Fuente: Relevamiento Propio Abril 2011

### 8. Los temores al mundo del trabajo

En esta temática, los jóvenes universitarios se encuentran mejor parados que el conjunto de su generación de entre 18 y 25 años. De hecho, en la posición inversa como puede verse en los Cuadros 6 y 7.

#### CUADRO 6: LAS EMPRESAS BUSCAN A LOS JÓVENES PORQUE ES MÁS FÁCIL USARNOS Y DESCARTARNOS

	% Universitarios 2011	% Todos los jóvenes 2009
Nada de acuerdo	17,0	
Poco de acuerdo	31,5	
Muy de acuerdo	26,6	
Bastante de acuerdo	22,9	
NS/NC	2,9	
Total	100,0	100,0

Fuente: Relevamientos Propios Abril 2011 y 2009

#### CUADRO 7: ...Y EN RELACIÓN AL MUNDO LABORAL, ¿A CUÁLES DE ESTAS TRES SITUACIONES POSIBLES LE TENÉS MÁS MIEDO?

	% Universitarios 2011	% Todos los jóvenes 2009
A trabajar en algo que no te guste	44,2	23,8
A no conseguir trabajo	34,4	28,6
A que tu jefe/ la empresa te explote	21,3	47,6
Total	100,0	100,0

Fuente: Relevamientos Propios Abril 2011 y 2009

### Conclusiones

Los jóvenes estudiantes universitarios de Córdoba, cuya dimensión poblacional equivale a los habitantes de la ciudad de Villa María, se manifiestan optimistas sobre el presente y su futuro laboral y social. Llama la atención que sus decisiones y proyecciones de futuro estén regidas principalmente por aspectos motivacionales y vocacionales, teniendo en cuenta, en menor medida, los requerimientos del mercado laboral. Esta

actitud parece estar favorecida porque sólo el 11% tiene que mantenerse con su trabajo (lo que implica que sus padres son los que aprueban y sostienen sus orientaciones) y por la ausencia de una planificación educativa superior que oriente los recursos hacia un modelo futuro de producción.



## LES NIÑXS Y ESTXS NIÑXS. UNA APROXIMACIÓN A LA CONSTRUCCIÓN INSTITUCIONAL DE SUBJETIVIDADES DE NIÑXS Y ADOLESCENTES EN EL NUEVO CONTEXTO

Tania Vega Narvaiz\*  
Gastón Puccetti\*\*  
María Orozco\*\*\*  
Candelaria García Reyna\*\*\*\*

**Resumen:** Este trabajo se inscribe en el marco del proyecto "Infancia y derechos: la construcción de identidad en el nuevo contexto institucional" y forma parte de los avances de dicha investigación. En ella nos proponemos reflexionar acerca de la estructura de las instituciones, como fuente de incidencia en la construcción de identidades de niños y adolescentes a partir del análisis del material empírico relevado. Uno de los objetivos planteados, es el de profundizar la comprensión en torno a las racionalidades institucionales que operan en la elaboración y puesta en funcionamiento de políticas públicas, programas y prácticas estatales que tematizan la niñez y adolescencia como espacio de acción posible y escenifican la particularización del principio de la universalidad.

**Palabras Claves:** Universalización - Identidad - Niños y adolescentes - Racionalidad.

### Introducción

El presente artículo delinea las peculiaridades que definen el conjunto de las relaciones que se tejen entre los niños<sup>1</sup> y adolescentes y un

\* Magister en Sociología Jurídica. Profesor Asistente (Semi-encuadra), Interina, cátedra -C-Sociología Jurídica (UNC) Miembro del Equipo de Investigación que dirige la Dra. María Inés Leje (Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales -CIJS). Contacto: [taniaveganarvaiz@yahoo.com.ar](mailto:taniaveganarvaiz@yahoo.com.ar)

\*\* Abogado (UNC), maestrando en Derecho y Argumentación (UNC) Adscripto Cátedra B Sociología Jurídica (UNC) [gastonpuccetti@gmail.com](mailto:gastonpuccetti@gmail.com).

\*\*\* Lic. en Comunicación Social (UNC), maestranda en Antropología (UNC), Titular Antropología (UCC) [tyhadna@gmail.com](mailto:tyhadna@gmail.com)

\*\*\*\* Estudiante de Abogacía (UNC) [candelariareyna@gmail.com](mailto:candelariareyna@gmail.com)

<sup>1</sup> Proponemos la categoría de niños porque consideramos que en ella se condensan y "corporizan" los principios de universalización y de no discriminación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en adelante CIDN, pilares trascendentales del paradigma de la Protección Integral. Con ello queremos resaltar una de las rupturas, quizás la más relevante, con el paradigma de la situación irregular. Consideramos que en las categorías "niños/as" se sigue reproduciendo una concepción binaria de género, entendido y asociado por lo general al "uso genital" macho/hembra (varón/mujer). Por el contrario, concebimos al género como una construcción social, que lejos de plasmarse en cuerpos "biológicos" (identificación de

espacio institucional estatal en el que convergen racionalidades diversas. El hilo conductor que nos permitirá destejer esa trama significativa de relaciones y que orientará este análisis se corresponde con uno de los supuestos que forma parte de la doctrina de la protección integral, este es, el considerar a los niños adolescentes como "sujetos de derechos". Cambio conceptual que expresa una ruptura sustancial respecto a la concepción sobre infancia. El carácter de sujetos de derechos que proclama esta doctrina, rescata a los niños y adolescentes como "seres humanos" titulares de todos los derechos reconocidos en las normativas vigentes, remitiéndonos así al principio de universalización<sup>2</sup>.

La universalidad adquiere en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) su formulación en el principio de la "no discriminación" delineado en el artículo 2<sup>o</sup> que supone el reconocimiento de la igualdad de derechos para todos los niños y adolescentes. Explícitamente cuestiona la discriminación por el origen étnico, así como la intervención selectiva sobre familias e individuos bajo determinado tipo de circunstancias.<sup>4</sup>

No obstante esto, algunas paradojas rondan la nota de "universalidad" o, si se quiere, de no-discriminación que se predica como elemento

---

género con la anatomía), comprende "identidades de género" (integra el cuerpo, el deseo y la sexualidad, etc.) es decir, lo que cada persona manifiesta y expresa como propia. Consideramos que la categoría niños incluye a todas las identidades y, es en ese sentido que, los principios de universalización y no-discriminación "se hacen" posible. Para profundizar sobre esta perspectiva ver Cabral, Maira "La paradoja transgénero", En *Boletín electrónico del proyecto sexualidades, salud y derechos humanos en América Latina*. Boletín Nro. 18 Año 2. Disponible en [www.ciudadaniasexual.org](http://www.ciudadaniasexual.org).

<sup>2</sup> "La Universalidad es un principio vigente consustancial al reconocimiento original de los derechos humanos. Se destaca por ser inherente a la condición humana. Todas las personas son titulares de los derechos humanos y no pueden invocarse diferencias de regímenes políticos, sociales o culturales como pretexto para ofenderlos o menoscabarlos. Este principio plasmado, en la Declaración Universal, se reafirma en la Declaración adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en el año 1993" (Puentes: *Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artos 1 y 2: UNICEF/ Instituto Interamericano de Derecho Humanos*). Bajo el esquema clásico de los derechos humanos, éstos son universales a la persona humana. Es decir, los principios de igualdad entre todas las personas y el principio de no discriminación son constitutivos del mismo.

<sup>3</sup> CIDN "Artículo 2. 1. Los Estados Partes en la presente Convención respetarán los derechos enunciados en esta Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus tutores. 2. 2. Los estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar que el niño sea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, de sus tutores o de sus familiares

<sup>4</sup> FREITES BARRIOS, Laisa Mercedes. "La convención internacional de los derechos del niño, apuntes básicos". En. *Revista Educación*, Vol 12 N° 42. Universidad de los Andes de Venezuela. pg. 436. Disponible en: <http://redalyc.uscm.mx/pdf/356/35614629002.pdf>.



definitorio y se relaciona "con las especificaciones formadas históricamente, generadas culturalmente y socialmente modeladas por comunidades particulares."<sup>5</sup>

Este trabajo se inserta en el marco del proyecto "Infancia y derechos: la construcción de identidad en el nuevo contexto institucional"<sup>6</sup> y forma parte de los avances de dicha investigación. En ella nos propusimos reflexionar acerca de la estructura de las instituciones, como fuente de incidencia en la construcción de identidades de niñas y adolescentes a partir del análisis del material empírico relevado<sup>7</sup>. Uno de los objetivos planteados, es el de profundizar la comprensión en torno a las racionalidades<sup>8</sup> institucionales que operan en la elaboración y puesta en funcionamiento de políticas públicas, programas y prácticas estatales que tematizan la niñez y adolescencia como espacio de acción posible y escenifican la particularización del principio de universalidad.

Consideramos que las racionalidades institucionales se ven reflejadas en los discursos de los distintos agentes que intervienen, sea mediata o inmediatamente, en la construcción de la identidad institucional. Para el caso que nos ocupa el objeto empírico de análisis es la institución Lelike-

<sup>5</sup> BENHABIB, Seyla. "Ono Universalismo. Sobre la unidad y diversidad de los derechos humanos". En ISGORIA, *Revista de Filosofía Moral y Política*. N° 39, julio-Diciembre, 2008 p. 195.

<sup>6</sup> El proyecto de investigación dirigido por la Dra María Ines Laje se denomina: *Infancia y derechos: la construcción de identidad en el nuevo contexto institucional-2010/2011*. fue acreditado y obtuvo subsidio de la Secyt UNC y se encuentra radicado en el Centro de Estudios Jurídicos y Sociales.

<sup>7</sup> Los registros fueron producidos a partir de las tradicionales técnicas cualitativas de recolección y construcción de datos empleadas en el método etnográfico, tales como observación participante, entrevistas, revisión de fuentes documentales oficiales y no oficiales y de material bibliográfico. Diversos autores como Hammersley y Atkinson, Elena Achilli o M. Valls coinciden en que las estrategias de construcción de datos cualitativos pueden resumirse en los expresados más arriba. Para la elaboración del presente texto se trabajó concretamente con las entrevistas realizadas a personal de la escuela, a familias y las notas de campo que se elaboraron a partir de la aplicación de la técnica de observación participante. También se realizó un detallado análisis de material documental producido en la institución (memorias, asuntos, circulares, encuestas, notas, avisos, reglamentos, etc.), documentos del Gobierno de la Provincia de Córdoba y de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia publicados en la web oficial.

<sup>8</sup> Valga aclarar que, por racionalidad se entiende la convergencia entre acción y relación social que se asienta en una estructura intencional para cuya comprensión es necesario postular la naturaleza cultural de los motivos y razones que las alimentan. Hablar de racionalidad implica hablar del sentido de las acciones sociales. Por sentido se entiende los motivos, razones, valores o las intenciones que constituyen una acción y la hacen existir como tal; la tornan inteligible, comprensible y explicable. Para un análisis profundo acerca del concepto de racionalidad, además de los clásicos weberianos se puede consultar el texto de ORTIZ, Gustavo. *El vuelo del búho. Textos filosóficos desde América latina*. Ed. UNRC, CEA y Agencia Cba Cultura, 2003.-

len<sup>9</sup> pues, constituye un lugar paradigmático que, por un lado, emerge en el complejo escenario sociopolítico en que Córdoba intenta adecuarse a la Ley Nacional 26061 y por otro, concentra en un mismo lugar una serie de acciones estatales destinadas a materializar los principios de aquella normativa.

Para diferenciar el proceso de construcción de identidad de los niños y adolescentes de los agentes institucionales, llamaremos a los primeros "agentes institucionalizandos"<sup>10</sup> y a los segundos "agentes institucionalizantes".

En tal proceso, es imprescindible tener presente la intervención de los "agentes institucionalizantes", pues sus prácticas marcan y condicionan el proceso construcción de identidades y subjetividades. Consideramos que estas prácticas son atravesadas y generadas por saberes disciplinarios, expectativas y marcos interpretativos que orientan la acción en un sentido determinado, sea éste intencional o no. Desde esta perspectiva es que abordaremos los discursos de los agentes.

En el presente trabajo, nos centraremos en el principio de universalización dentro del espacio institucional, Lelikelen, indagando si éste condiciona y modifica la aplicación del mismo en el proceso de construcción de identidades y subjetividades de los niños que transitan en él. En suma, procuramos analizar como se articula la relación entre universalidad y particularidad en el caso específico de la constitución de Lelikelen como espacio material y simbólico. En tanto que, su creación busca expresar la universalidad del derecho a la educación y el acceso al trabajo pero de una manera diferencial, particularizando un conjunto muy definido de adolescentes y jóvenes a los que denomina la "población destino" y una serie de prácticas cuyo objetivo se orienta a la "valoración social, promoción educativa y laboral para la inclusión, y de desjudicialización"<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Lelikelen, es una institución destinada a "la formación socio-educativa y laboral de jóvenes en situación de vulnerabilidad social" según se presenta a sí misma en la página web oficial. Se inaugura oficialmente en el año 2005. Se autodefine como un "espacio de promoción de derechos para los adolescentes al brindarles oportunidades de inclusión social desde la educación y la práctica laboral. En Lelikelen se trabaja para equiparar oportunidades garantizando los derechos de acceso a la educación, el desarrollo artístico y expresivo, y la formación laboral a jóvenes de entre 14 y 21 años que se encuentren en situación de vulnerabilidad social. Promoviendo la autonomía responsable de sus alumnos para el ejercicio de una ciudadanía plena en el marco de una experiencia social de convivencia solidaria." Disponible en: <http://www.cba.gov.ar/vercanal.js?tidCanal=59561>, también en: <http://seonaf.cba.gov.ar/index.php/2010/10/19/centro-socio-educativo-y-laboral-lelikelen/index.html>.

<sup>10</sup> Con la utilización del gerundo señalamos el carácter dinámico, continuo, permanente y aún no acabado del proceso de institucionalización que afecta e impacta en la construcción de identidad de los niños y adolescentes.

<sup>11</sup> Así aparece expresado en un texto que recupera la misión y visión que orienta a la Escuela. El texto tiene la forma de un manuscrito y carece de datos que puedan ser útiles a su citación es por ello que se omiten aquí.

## I. Universalización y principio de no-discriminación en la CIDN

Son múltiples los análisis realizados de la situación jurídica de la infancia desde la ratificación de la CIDN por parte del Estado Nacional. En efecto, al implicar el acogimiento de la doctrina de la "Protección Integral", se erige como un hecho que marcó la asunción de obligaciones legales tendientes al reconocimiento de la calidad de "sujetos plenos de derechos" de los niños, lo que se tradujo en una modificación sustancial de la manera en que los mismos y sus derechos son reconocidos.

Como remarca García Méndez<sup>12</sup>, esta nueva legalidad: "(...) reformula en forma radical la comprensión de vínculo entre condición jurídica (derecho) y condición material de la infancia (realidad)". Adentrándose en la cuestión vinculada a la relación derecho-realidad, manifiesta que desde la CIDN se crean dos tipos de derechos: los positivos, que aluden a situaciones que, de no verificarse en la realidad se erigen en violaciones a los mismos -por ejemplo, derecho a la salud, a la educación, entre otros-; y derechos negativos, los que, de manera contraria a los ya mencionados, aluden a situaciones que en caso de acaser se constituyen en violaciones a los dispositivos de la CIDN. Dicho de otra manera, estos últimos "(...) se refieren tanto a la remoción de obstáculos discriminatorios, más específicamente a aquellos que el Estado, la sociedad o la familia no pueden hacer con la infancia, ya no percibida como un mero objeto de la compasión-represión, sino como un verdadero sujeto de derechos"<sup>13</sup>. De manera correlativa, la violación a los mismos se produce, en el primer caso, por la realización de una omisión o incumplimiento al deber legal que la norma crea; en el segundo, en la generación o en el sostenimiento de la situación desfavorable que la norma identifica.

Como puede apreciarse, nos encontramos con que este nuevo panorama relativo a los derechos de los niños provee de un nuevo marco para la vigencia, a su vez, del "principio de no discriminación". La noción misma de "derechos negativos" puede erigirse como una pauta analítica de una cierta generalidad, quizá mayor a la requerida para el análisis del principio de no discriminación en el marco del presente, pero que resulta de utilidad si se la toma como introductoria para identificar el acogimiento del principio mencionado a nivel normativo en la CIDN, y su vigencia en la realidad.

<sup>12</sup> GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. "Infancia: Legalidad democrática, Derecho y Realidad". *Isonomía Revista de Filosofía y Teoría del Derecho* N° 4, abril de 1996. Disponible en: <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01474063322636394254480/isonomia04/iso13.pdf>

<sup>13</sup> *Ibidem*.

Sin pretender realizar exégesis del texto de la CIDN, por cuanto el principio presenta variadas ramificaciones y especificaciones en el campo de distintos derechos reconocidos de forma explícita por la Convención -por ejemplo: igualdad de oportunidades en el acceso a la educación; igualdad en la participación en la vida cultural, artística y de esparcimiento; protección contra discriminación por causa de opiniones o creencias de sus padres, entre otros-, simplemente nos limitaremos a manifestar que el mismo goza de recepción expresa en su texto, con una generalidad tal que se erige en uno de sus principios centrales.

Siguiendo a Adriana Vianna, podemos problematizar la cuestión de la "producción de infancia universal" a través de la CIDN. En concreto, la autora menciona cómo mediante tal instrumento legal se reconoce a los niños la desigualdad legal y jurídica en que se encuentran respecto de los adultos, pero desde la óptica de la protección. Ello en base a considerar que existe "*tensión entre la concepción del niño o del adolescente como individuo, portador de derechos análogos a los conferidos a individuos adultos, y su condición particular de alguien considerado 'en formación'*".<sup>14</sup> Puede advertirse entonces que la construcción de estas categorías teóricas expresan desigualdades políticas, sociales y jurídicas.

### Principio de igualdad y principio de no-discriminación

En estrecha relación con la clasificación de los derechos señalada por García Méndez, que nos introduce al "*principio de no discriminación*" como integrante de los derechos negativos, Eduardo Rabossi<sup>15</sup> señala que existe una relación entre el "*principio de igualdad*" y el "*principio de no discriminación*", de manera tal que el segundo deriva del primero. En tal sentido, formula el principio de igualdad en los siguientes términos: "*en todos los aspectos relevantes los seres humanos deben ser considerados y tratados de igual manera, es decir, de una manera uniforme e idéntica, a menos que haya una razón suficiente para no hacerlo*".<sup>16</sup> Asimismo, remarca: "*es consistente con el principio de igualdad que los seres humanos sean tratados de manera diferencial, en tanto las diferencias en juego sean relevantes*".<sup>17</sup> Es decir que el principio de igualdad puede ser relativizado toda vez que exista un cierto estándar relevante que lo justifique. Tal planteamiento, empero, nada dice aún respecto de cuáles han de ser los

<sup>14</sup> VIANNA, Adriana de Resende Barreto, "Derechos, moralidades y desigualdades. Consideraciones acerca de procesos de guarda de niños". En: VILLATA, CARLA. *Infancia, justicia y derechos humanos*. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2010.

<sup>15</sup> RABOSI, Eduardo: Derechos humanos: el principio de igualdad y la discriminación. En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 7, septiembre-diciembre de 1990.

<sup>16</sup> *Idem.*, pág. 176.

<sup>17</sup> *Idem.*, pág. 177.

estándares mencionados, ni quiénes los legitimados para identificarlos o crearlos.

Por su parte, al principio de "no discriminación" lo enuncia de la siguiente manera: "a menos que exista una razón reconocida como relevante y suficiente, según algún criterio identificable y aceptado, ninguna persona debe ser preferida a otra"<sup>19</sup>. De ello se colige que tal principio exige que no existan preferencias *injustificadas* de una persona sobre otra. Ahora bien, nuevamente, nos encontramos con que el esquema de Rabossi parte de la necesidad de "justificar" el apartamiento del principio de no discriminación, sin establecer cuáles han de ser los criterios que habiliten tal operación. Por consiguiente, la formulación del principio en los términos expuestos es pasible de las mismas críticas que las realizadas anteriormente sobre la identificación de los estándares relevantes -o los agentes legitimados para su identificación o creación que justifican el apartamiento del principio de igualdad.

Al analizar las modalidades de la discriminación, Rabossi sostiene que la misma puede ser tanto "de facto", cuando se produce como consecuencia de la aplicación de normas jurídicas sin que necesariamente la norma sea por sí discriminatoria, como "de iure", que se efectiviza en el contenido mismo de la norma. De ello se colige que no se encuentra cumplimentado el sostenimiento del principio de igualdad por el mero hecho de que un sistema jurídico establezca su consagración formal (aún con el rango de jerarquía constitucional), así como con la enunciación de su mantenimiento como uno de los objetivos de la aplicación de las políticas públicas estatales, sino que, materialmente, la aplicación de todo el andamiaje jurídico puede resultar discriminatorio.

La respuesta que da Rabossi a los interrogantes relativos a la aceptabilidad moral de los estándares que justifican el tratamiento desigual parte de considerar la necesidad de revisar el contenido de sistemas jurídicos antiguos. En efecto, según considera, tal tarea permite "(...) advertir en qué medida el derecho reflejaba en esas épocas casos de desigualdades sistémicas, dado que normalmente cada individuo poseía un status dentro de la sociedad". Esta acción revisora, ligada a la concepción de los sistemas jurídicos positivos como fieles reflejos de las valoraciones "(...) que tienen vigencia en una sociedad dada en una época dada", nos permite justificar la manera en que los criterios que otrora se presentaban como legítimos en lo relativo a la construcción jurídica de la categoría "menor", deben necesariamente ser descartados en cuanto a su validez en toda política pública actual que pretenda ser acorde a la nueva concepción de la infancia.

<sup>19</sup> Ídem, pág. 179.

En efecto, si bajo el influjo del paradigma de la "Situación Irregular" estaba justificada la intervención estatal con fines tutelares procurando brindar a los niños tratamiento en casos de peligro o abandono material o moral, era porque se partía del status de "menor" como objeto de protección y no como sujetos de derechos. Bajo el paradigma de la protección integral tal status ya no es admitido a nivel legislativo, razón por la cual el rol del Estado y de las políticas públicas relativas a infancia ya no se encuentran normativamente justificadas al pretenden ampararse en tales situaciones de "abandono material o moral", u otras similares.

Por consiguiente, cuadra cuestionar si la creación del "Centro Socio Educativo y Laboral Leikikelen", que pretende "hacer efectiva la satisfacción de los derechos vulnerados de la población adolescente en situación de vulnerabilidad social y económica", al erigirse como un espacio dirigido a un sector socio-económico determinado, no se posiciona como un supuesto de violación injustificada, en los términos de Rabossi, al principio de igualdad.

Para seguir avanzando en esta reflexión, proponemos trasladar la mirada desde las normas y reglamentaciones hacia las redes de relaciones sociales, desentrañando los esquemas interpretativos en los que se asientan las prácticas concretas de los "agentes institucionalizantes", encargados de instrumentar "medidas de protección y promoción de derechos". Ello permite complejizar y problematizar el esquema conceptual que se utiliza, dando cuenta y analizando cuáles son y cómo operan las categorías teóricas y los principios de la CIDN reflejadas en ellas, en las prácticas de los agentes institucionalizantes. En qué medida se verifica la continuidad del paradigma de la "situación irregular" y, por último, de qué manera interviene y condicionan todo ello en el proceso de construcción de identidades de los niños y adolescentes.

## II. Agentes institucionalizantes: Leikikelen<sup>19</sup>

Leikikelen se inaugura oficialmente en 2005 como parte de un conjunto de acciones tendientes a estar más a tono con la nueva norma-

<sup>19</sup> El término Leikikelen viene del mapudungun y significa "abrir los ojos". Oficialmente se argumenta que *abrir los ojos* es una metáfora que en definitiva traza la misión de la escuela, "abrir una puerta al desarrollo personal y educativo de chicos en situación menos favorable". Pero, ¿quién debe "abrir los ojos"? La sociedad toda, el Estado, los niños y adolescentes, sólo éstos niños y adolescentes, los "vulnerables", los en "riesgo". Al parecer, abrir los ojos les cabe a estos últimos... Los últimos, aquellos que están en situación menos favorable como reza el lema de la escuela. ¿Para que abrir los ojos? Para incluir-se, para insertar-se, dice la escuela. ¿Y que significa esto? ¿Es que acaso están afuera? ¿Afuera de donde? Para muchos niños y adolescentes ser considerado y llamado vulnerable o en riesgo, en situación menos favorable, los sitúa en ese lugar extraño y liminal que despierta sentimientos contradictorios y acciones paradójicas, un lugar a medio camino entre la compasión y el desprecio.

tiva<sup>20</sup>. La primera peculiaridad de su aparato burocrático es la convivencia de tres Ministerios en un mismo espacio físico (Ministerio de Educación, Ministerio de Industria, Comercio y Trabajo y SENAF), cuyo principal desafío es articular programas, líneas de trabajo y coordinar las tareas de un personal administrativo diverso. Es importante señalar que la inauguración se realiza de la mano de la re-funcionalización del Complejo Esperanza<sup>21</sup>. Para esa fecha, la escuela aún dependía de la Subsecretaría de Protección Integral del Niño y el Adolescente en Conflicto con la Ley Penal. Esa subsecretaría fue creada a partir de la Ley 9.060 en el año 2002, junto a la Ley 9.053 intentando adaptar el sistema vigente a los lineamientos de la CIDN<sup>22</sup>.

*"Buena en un principio Lelikelén surge para pibes del programa de libertad asistida y para chicos que estaban saliendo con un régimen transitorio de salida de los institutos de mediana contención" (...)" (Jefe Administración, Octubre 2010)*

Así, Lelikelén, en tanto agente institucionalizante, singulariza un espacio material y simbólico como efecto del largo y lento proceso de cambio del paradigma de la Situación Irregular al de Protección Integral<sup>23</sup>.

Desde este marco, realizamos los siguientes interrogantes: ¿Cómo opera, en el espacio particular de Lelikelén, la constitución de la identidad de niñas como sujetos de derechos?. ¿Las niñas sujetos de derechos

<sup>20</sup> TEDESCO, Graciela. *Entre Calles, Sectores y Casas*. Ediciones Al Margen. La Plata, 2009, pág. 57-58

<sup>21</sup> Corresponde al conjunto de los institutos correccionales que funcionaban a 20km de la ciudad de Córdoba en las dependencias de la localidad de Bower

<sup>22</sup> Cabe recordar que en el año 2005 se sanciona la Ley 26.061 con la que queda deroga la Ley 10.083 del Patronato o "Ley Agote" vigente desde 1919.

<sup>23</sup> La noción de proceso de Norbert Elias se comprende a la luz de su inquietud por recuperar el análisis de las transformaciones de larga duración de las estructuras sociales (proceso de conformación de los Estados) y de las estructuras de la personalidad (proceso de la civilización). En ese marco, se interroga acerca de las condiciones sociales que hacen que una idea, un pensamiento o una tendencia en el conjunto de la evolución social logre ser dominante en un momento histórico dado y luego eclipse dando origen a un nuevo concepto, idea o tendencia. Concluye que en el curso de la evolución social general tienen lugar cambios estructurales no planeados, no intencionados que debieran ser considerados y analizados desde una perspectiva de largo plazo si se pretende comprender mejor el conjunto de la evolución social. El fenómeno de Lelikelén bien puede comprenderse desde la perspectiva de proceso que plantea Elias tanto por su carácter de "ruptura" con una tradición administrativa de larga data como por aquellos aspectos de su funcionamiento que mande en vigencia el sistema anterior. El Lelikelén es el resultado de cambios planeados o no es algo que queda por analizar en miras, lo que es evidente, es que no emerge de un día para otro ni como consecuencia única de la modificación de la legislación sino incardinado a la gama completa de cambio que comenzaron a sucederse desde la ratificación de Argentina a la CIDN. ELIAS, Norbert. *La Civilización de los padres y otros ensayos*. Ed. Norma. Bogotá, 1996, también puede verse, ELIAS, Norbert. *El Proceso de la Civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*. Ed. FCE. Buenos Aires, 1967.

como categoría universal emergen, efectivamente, en la particularización de la práctica institucional y en el conjunto de niñas y adolescentes que Leikelen re-conoce para sí? ¿Qué se encuentra cifrado en ese conjunto de "diferenciaciones" que hacen *especial y abierta* a Leikelen?

### Construyendo identidades: Leikelen y sus niñas y adolescentes

Pensada como efecto de un proceso o como dirá Foucault de un "acontecimiento", la institución adquiere relieve significativo para el análisis. La noción de acontecimiento permite delinear las condiciones materiales de emergencia de Leikelen y la complejidad de su estructura interna. Por otra parte, favorece una lectura de su origen al margen de la fundación canónica, insertándola en el cruce temporal de las relaciones entre las instituciones de derecho, justicia, educación, política y economía. Finalmente favorece el descentramiento de los relatos oficiales y la de-construcción de la visión mítica que se construye en torno a un hecho singular<sup>24</sup>.

Dirá Foucault, con miras a definir el acontecimiento, que éste: "no es ni sustancia, ni accidente, ni calidad, ni proceso; el acontecimiento no pertenece al orden de los cuerpos. Y sin embargo no es inmaterial; es en el nivel de la materialidad, como cobra siempre efecto, que es efecto; tiene su sitio, y consiste en la relación, la coexistencia, la dispersión, la intersección, la acumulación, la selección de elementos materiales; no es el acto ni la propiedad de un cuerpo; se produce como efecto de y en una dispersión material."<sup>25</sup>

El acontecimiento en que incardina Leikelen está compuesto por elementos de naturaleza variable que sucintamente presentamos de la siguiente manera: elementos de naturaleza político-administrativos y elementos de naturaleza social. Estos se corresponden con la configuración interna que tiene la escuela en tanto espacio relacional y heterotópico como con la definición y construcción de su *población de destino*. Como heterotopía Leikelen se erige como emplazamiento heterogéneo, de encrucijadas y metamorfosis, un lugar donde hacer posibles experiencias extraordinarias entre diversos grupos *sociales* (adolescentes-Estado) y con las que se ponen en tensión las relaciones de poder y de saber existentes. Volveremos sobre este punto más adelante.

La creación de la escuela visibiliza una serie de adecuaciones en materia legislativa que implicó, fundamentalmente, un viraje de sentido en la construcción de aquél sobre quien recae la acción estatal. Ya no se trata

<sup>24</sup> LEVI-STRAUSS, Claude. "Cuando el mito se convierte en historia". En: LEVI-STRAUSS, Claude *Mito y Significado*. Ed. Alianza, 1986, Buenos Aires, pág. 57

<sup>25</sup> FOUCAULT, Michel. *El orden del discurso*. Ed. Tusquets, Buenos Aires, 1994, pág. 57



de *menores* sino de *sujetos de derechos*. La nueva concepción supuso una reconversión del modo de actuación del Estado respecto a la población hasta entonces considerada "*menor*".

En ese escenario la escuela se presenta como espacio de lucha entre visiones opuestas sobre la adolescencia y la niñez y de disputa entre diferentes esferas de la administración estatal. En palabras de Bourdieu, "...lo que está en juego en las batallas simbólicas es la imposición de la visión legítima del mundo social y de sus divisiones, esto es, el poder simbólico como poder constructor del mundo"<sup>26</sup>. Aparece también como lugar que legitima y concentra algunos esfuerzos destinados a prevenir, reparar y restituir derechos vulnerados o en vías de serlo.

En Lelikelen la acción estatal articula en un mismo proyecto tres grandes áreas, que habían funcionado en esferas separadas, la instrucción formal, el mundo del trabajo y la (des)-institucionalización. Esta articulación implicó en parte establecer una distinción que, si bien se corresponde por entero al aparato administrativo, —pues traza los límites, posibilidades y áreas de intervención dentro de los que puede moverse el poder judicial y debe accionar el poder ejecutivo—; también distingue entre sujetos vulnerados o en peligro de serlo de aquellos que, por sus condiciones sociales se presupone que no lo son. Lelikelen se fundamenta como proyecto en la necesidad de "hacer efectiva la satisfacción de los derechos vulnerados de la población adolescente en situación de *vulnerabilidad social y económica*, de la ciudad y periferia de Córdoba". La vulnerabilidad no es entendida no como una posibilidad, la de sufrir un daño, que atañe a toda niñez o adolescente por su propia condición sino como una realidad materializada en la singularidad de quienes están fuera del sistema escolar, fuera del circuito formal de trabajo, o en la órbita de las instituciones de internación.

Si recordamos que la creación oficial de la escuela en 2005 se realiza de la mano de la re-funcionalización del Complejo Esperanza, advertiremos que nace "inserta" en ese universo singular de lo correccional y aunque fuera de su espacio geográfico se encuentra, sin embargo, dentro. Como lugar real se constituye en un amplio espacio pluridimensional que define acercamientos y distancias sociales<sup>27</sup>, que marca la diferenciación entre niñxs-adolescentes y *menores*.

<sup>26</sup> BOURDIEU, Pierre. *Poder, derecho y clases sociales*. Ed. Desclee de Brouwer, Bilbao España, 2001, pág. 124.

<sup>27</sup> Ídem. pág. 16 y 47. Sobre la constitución del espacio social puede verse también, BOURDIEU, Pierre. *Campos de poder y reproducción social: elementos para un análisis de las dinámicas de las clases*, Ferreira Editor, Córdoba, 2006 pág. 20.

Así, el acto de inauguración oficial o, literalmente, de "creación" de Lelikelen instaure y legitima la línea demarcadora que separa ámbitos de acción estatal que se disputan un mismo objeto sino y fundamentalmente, consagra el objeto a partir del cual tiene sentido la presencia del límite: garantizar la protección de "estas chicas", las vulnerables. Proteger vulnerables es, en alguna medida, "crear" a quien requiere una acción de protección y cuidado<sup>28</sup> diferencial de las acciones de protección y cuidado que requiere toda niña por su misma condición de niña.

Recuperando lo que planteamos más arriba, actualmente la escuela se significa "fuera" o separada del campo de lo correccional dadas las modificaciones en la estructura burocrática habidas a partir de la adhesión a al Ley Nacional 26.061. Sin embargo, se advierte que sigue vinculada a él a través de múltiples instancias, menos directas y más solapadas, como las trayectorias de algunos de sus miembros o la visita esporádica de guardiacárceles<sup>29</sup>.

*"Yo entré a trabajar el 21 de septiembre del 95 como profe de Educación física en los Institutos de Bover y bueno desde ahí ininterrumpidamente me he mantenido en el sistema, simplemente he ido cambiando de función y de cargo (profesor y Jefe Administración en octubre de 2010) - Bueno, yo llego acá, vengo del correccional de mujeres, de Cecam. (Preceptora, Diciembre, 2010)"*

La presencia de personal policial en la puerta de ingreso a la Escuela, por ejemplo se explica como "lo que quedó" del proceso de cambio, y aunque se asume que no tienen intervención directa con las chicas, excepto si se produce una trifulca en el hall de ingreso, están allí para garantizar la "seguridad". Es común observar la visita a la escuela de los operadores de Libertad Asistida que realizan el "seguimiento" de quien ha sido externado bajo esa modalidad. En ocasiones las chicas pueden ser retirados de la escuela por personal policial si media una orden de detención.

*"Cuando llegué, el clima del colegio estaba convulsionado. Se los veía agitados, pregunté que sucedía, me contó que dos policías de civil se presentaron con una orden para llevarse a un chico. (...) Una Coordinadora habla por teléfono con alguien, corta y dice 'La Esquina dice que si hay una*

<sup>28</sup> BOURDIEU, Pierre. "Los ritos de iniciación". En: *Revista. Honor y Gracia*, Madrid 1992

<sup>29</sup> "Entra al Colegio una persona adulta, hombre y pregunta por un chico. Un preceptor lo recibe y comienzan a recorrer la escuela, suben y bajan, salen y entran, dan vueltas. El preceptor entra a la preceptoría y pregunta, ¿X vino? Si le dice otra preceptora. El primer preceptor responde, Bueno porque el padre lo está buscando. Responde ¿Qué padre? Si ese que está ahí parado es guardia del (mencionó un instituto correccional). "Pero me dijo que es el padre" La preceptora se ríe y hace un gesto con la cara. Entonces pregunta es común que vengan los padres? La preceptora se ríe. "nooo, para nada. es un milagro el vienen. Aunque se cansen de llamarlos, nunca vienen, salvo que tengan que pedir algo. Que no les pagaron la Beca, que no les dieron los cospales. Pero éste no es padre, es un guardia, se debe haber escapado el pen-dejo". (Notas de Campo, Octubre 2010)

*orden se lo tienen que llevar" (...) cerca de las 14.30 se lo llevaron, previo hacer ingresar al resto de los alumnos a las aulas para que no presenciaran el operativo" (Notas de Campo, marzo 2011).*

### Universalización y principio de no-discriminación en Lelkelen

La diferenciación aparece signada en muchas prácticas institucionales. Tomamos por caso las adecuaciones curriculares de los contenidos y modalidades de enseñanza tanto en la instrucción primaria (sistema semi-presencial) como en la secundaria (sistema modular). La adecuación señala una distinción que pone de manifiesto el límite social existente entre un tipo de niño y adolescente de otros. La distinción se realiza en una clave que acerca peligrosamente a la concepción del "menor"<sup>20</sup>, toda vez que las adecuaciones se referencian como "beneficios" que se otorgan, o se conceden<sup>21</sup>.

El interrogante que se impone es si la diferenciación de contenidos efectiviza la universalidad del derecho a la educación, y con ello permite reducir la brecha que separa incluidos de excluidos, o bien, refuerza el acceso desigual a la instrucción formal dadas ciertas condiciones materiales de existencia. Si éste fuese el caso, la adecuación más que universalizar se presenta como *adaptación a* una situación social asumida como natural. En la misma tónica, los talleres que se imparten y proponen, generalmente orientados al *trabajo de tipo manual* o autogestionado (peluquería, cocina, herrería, reparación de electrodomésticos, maquillaje, corte y confección, pastelería, servicio de salón, entre otros) conducen a indagar sobre el carácter de los mismos y las implicancias sociales que tienen. Es necesario dilucidar si estas propuestas, enmarcadas y generadas bajo un sistema socio-económico determinado, no hacen más que reproducir la fuerza de trabajo menos valorada contribuyendo así al sostenimiento y profundización de las desigualdades sociales.

<sup>20</sup> VIANNA, Adriana. *El mal que se advierte. Política y memoria en Río de Janeiro, 1910-1920*. Ed. ADHOC. Buenos Aires, 2007, pág. 28. En torno a la construcción de la categoría infancia se remite al trabajo de Philippe Ariès, *El niño y la vida familiar en el antiguo régimen*. Madrid, Ed. Isturza, 1987. También el trabajo de Mary Belli "No hay menores de la calle"; en: *Revista No hay derecho*, Buenos Aires, Núm. 6, Junio de 1992. ó "Modelo de la protección integral de los derechos del niño y otro de la situación irregular. Un modelo para armar y otro para desarmar". En: *Rev. Justicia y Derechos Humanos* N° 1. Unicef, 1999. Disponible en: [http://www.unicef.cl/unicef/public/archivos\\_documento/202/Justicia\\_N\\_1.pdf#page=8](http://www.unicef.cl/unicef/public/archivos_documento/202/Justicia_N_1.pdf#page=8)

<sup>21</sup> CRAGNOLINO, E y LORENZATTI, María del Carmen. "La inclusión educativa de los jóvenes implica la inclusión social? Políticas destinadas a la incorporación de los jóvenes pobres en la escolaridad básica.

Disponible en: <http://publicaciones.fyu.unc.edu.ar/index.php/tema-centro/articulo/view/total/100/96>

Como decíamos, la gama de Talleres de Oficio busca, indirectamente traccionar y retener al postulante en el ámbito escolar en caso que su instrucción formal esté inconclusa para que luego pueda insertarse en el mundo del trabajo "formal" y asalariado. Los talleres *dotan* de habilidades *certificando* saberes<sup>22</sup> que, en muchos casos ya se poseen pero que no son reconocidos como legítimos hasta tanto no se atraviese el tamiz institucional. Por otra parte, la gama de oficios que se ofrecen traza para sus participantes un futuro laboral que se acerca mucho a los puestos iniciales y temporarios del sector formal, el autoempleo y la amplia gama del sector informal de la producción<sup>23</sup>. La *necesidad* de trabajo que se adjudica a los participantes de los talleres en clave de reconocimiento social, es al mismo tiempo la *necesidad* del Estado de accionar<sup>24</sup> con un grupo social específico<sup>25</sup>. La selección de los oficios se encuentra en consonancia con lo que la institución considera como la "demanda" del mercado laboral y lo que presupone que son las actividades más adecuadas para la población de destino en función de su procedencia social y sus niveles de instrucción.

Continuando con los diversos modos en que la escuela marca una diferenciación, señalamos que su funcionamiento general, y no sólo en el aspecto de la instrucción formal y del trabajo, se significa como "*adaptado a estos chicos*"<sup>26</sup>, "*abierto*" y "*especial*".

El término *especial*<sup>27</sup> es frecuentemente utilizado para indicar la procedencia social y geográfica de los chicos, "los en conflicto con la ley", y "los hermanos de", "los amigos de", "los vecinos de", pero también como el adjetivo que mejor define qué es Lelikelen, su complejidad estructural y

<sup>22</sup> Al finalizar un Taller de Oficio, si se han cumplido, los requisitos de asistencia y demás, el Ministerio de Industria y Comercio otorga unos diplomas o Certificados que poseen validez oficial y que legitiman el conocimiento adquirido.

<sup>23</sup> JACINTO, Claudia. "Los jóvenes, la educación y el trabajo en América Latina. Nuevos temas, debates y dilemas". Disponible en: <http://www.oit.org/public/spanish/region/ampro/ciudad/cvuh/ibarrota/pdf/jacinto.pdf>, pp.90 y 99.

<sup>24</sup> DAVILA LEON, Oscar. "Políticas Sociales, Jóvenes y Estado: o el síndrome del Padre Ausente". Revista *Última Década*. Viña del Mar, Chile. N° 11, 1999. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/195/19501112.pdf>

<sup>25</sup> AEDALA, Ernesto. "Jóvenes, Educación y Empleo en América Latina". Disponible en: [http://www.portaldelarentend.org/files/empleoyjuventud\\_oit.pdf](http://www.portaldelarentend.org/files/empleoyjuventud_oit.pdf).

<sup>26</sup> "Es una charla informal, la Coordinadora del Secundario refiriéndose a la adecuación curricular, que se hizo para Lelikelen, del sistema de módulos de los correccionales y el sistema de educación de adultos de la provincia, que se hizo para Lelikelen, decía: esto es una prueba piloto, piloto, pero piloto. Andante a tercer año y ahí vas a encontrar el grupo realmente piloto" Notas de campo del 5 de octubre de 2010.

<sup>27</sup> "(...) porque no es una escuela no se si llamarla normal, es una escuela normal pero digo la diferencia es que acá no entras a las ocho y medía y salís a las doce y te vas a tu casa. Porque al ser tuyo el lugar y saliste a las doce de clases y te quedaste en el comedor, después te quedaste charlando o por ahí te quedaste a una clase de música o a lo mejor te quedaste a tomar un mate o me quedo un rato por si hay o sea el chico se queda." (Preceptora, Mayo 2011.)

sus acciones diferenciales respecto a otros colegios, como el permiso de fumar cigarrillo durante los recreos, asistir a los talleres con hijxs pequeñxs o la virtual inexistencia de sanciones como la suspensión o la expulsión y su reemplazo por los llamados "actos reparatorios".

La apertura señala, entre otras cosas, una característica singularísima de la escuela y es el hecho de que lxs chicxs "*nunca se van del todo*"<sup>28</sup> muchos continúan asistiendo a la escuela aún cuando no realicen ninguna actividad en ella, pasan a ver a algún preceptor, a tomarse un mate, a conversar, o simplemente a estar.

Al respecto es necesario destacar que aquí advertimos que la institución revierte su carácter de "institucionalizante-normalizadora" y se transforma en un espacio de encuentro, "*un lugar de día con una escuela adentro... venir aquí implica otra cosa*" (Preceptora mayo de 2011).

Esta resignificación del espacio, que señala la preceptora, hace estallar el principio de universalización de la institución educativa, irrumpiendo nuevamente la diferenciación que señaláramos al comienzo. Sin embargo, el destello es diferente: bajo esta mirada se está "des-pensando" la propia institución. El proceso de diferenciación continúa operando, porque sigue distinguiendo lugares y espacios para lxs "*niñxs y adolescentes*" y para los "*menores*"; los "*espectales*". En este caso, esta diferenciación colocaría a los niños y adolescentes como los "excluidos"<sup>29</sup> y no a los "menores". Desde esta clave, la institución podría presentarse como posible espacio emancipador en lugar de espacio normalizador y disciplinario. Sin embargo, también es necesario destacar, que en tanto espacio emancipador, éste sólo parece darse en los intersticios, en los márgenes de la institución. Se construye justamente allí donde es posible "saltar" los vericuetos que norman lo que *debe ser una escuela*, lo que *debe ser el trabajo*. El espacio emancipador aparece en clave de vínculos más claramente afectivos y de reconocimiento individual, que de autoridad.

La "población" que Lalikelen define para sí conforma un universo multiforme integrado por adolescentes y jóvenes que han transitado por

<sup>28</sup> "los chicos siguen viniendo, siguen referenciando al colegio, algunos vienen por que es el único lugar donde se sienten mirados, pero hay varios chicos que se sienten mirados y normalmente los más conflictivos por que pobres no han tenido un lugar donde alguien los mire, no te digo que los atiendan, simplemente que los miren." (Preceptor, Mayo 2011)

<sup>29</sup> La noción de exclusión es compleja y polisémica tal como señala Robert Castel en un excelente trabajo que pone en cuestión la categoría. Al respecto postula que hablar de exclusión requiere necesariamente pensar en términos de proceso y no de situaciones, pues los rasgos constitutivos de la exclusión no se encuentran dentro mismo de las situaciones sino en un conjunto de componentes que trazan un estado de cosas, pero que como estado carece de sentido en sí mismo. La exclusión, para Castel es efecto de un proceso que se origina en el centro y no en la periferia. CASTEL, Robert. *El ascenso de los incertidumbres*. Ed. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 2010.

instrucciones preventivas; también por quienes se encuentran en la órbita del régimen correccional; un amplio abanico de chicos denominados "los hijos de", "los hermanos de", "los vecinos de", "los primos de", el conjunto de los que abandonaron la instrucción formal o de aquellos que, por diversas razones, no la iniciaron, conforma un amplio espectro singularizado como los "chicos en riesgo o vulnerables". Esa marcación está investida de una plétora de significados que se conjugan en un factor unificador de las individualidades: la pertenencia a sectores populares y marginales, geográficamente situados en los llamados barrios pobres. Son los que, en el lenguaje corriente de la institución, son referenciados como un "tipo de", "chicos problemáticos", aquellos que deben "salir a la sociedad", los "chicos carenciados", los "dependientes de la teta del estado", los "sin relaciones, sin redes", "los de la calle"<sup>40</sup>, en definitiva los "menores". Esa configuración de atributos del habitante medio de la escuela es compartida también, en ocasiones, por el propio grupo de pares<sup>41</sup>. Se trazan así las jerarquías que distinguen unos de otros y el universo simbólico que da sustento a las prácticas institucionales<sup>42</sup>.

La diversidad de elementos particulares que corporiza en la singularización de una "población" es pertinente sólo en la medida en que permite distinguir un *tipo específico de población juvenil o de niños* de otra y en ese sentido, legitimar acciones estatales diferenciadas<sup>43</sup>. El término

<sup>40</sup> "La orientación básica y fundamental de los talleres es la inclusión social y laboral de "estos chicos", "este tipo de chicos, problemáticos" (Miembro del Equipo Técnico, diciembre 2010) "La implementación fue más fácil que otra cosa porque estas cuestiones generalmente en este tipo de población cuando parten del gobierno, pasa mucho de boca en boca, muchísimo de boca en boca, este tipo de población, todas estas cuestiones cuando hay becas, cuando hay subsidios, son los primeros en enterarse... porque tienen una cuestión cultural, es mi opinión personal, de seguir con la teta del estado, entonces no sé si está bien o mal, digo, ahhh, se enteran muy rápido de estas cosas, cuando llega el bolsón de PAICOR, cuando no va a llegar te lo reclaman sin que llegas, porque están muy expectantes a que el gobierno siga armanando esta gran población carenciada, ... carenciada, económica, social, emocionalmente, estructuralmente, familiarmente, todos los mentes que se te ocurran... Jefe Administración Octubre 2010) "que el chico salga a la sociedad, socialílice, trabaje. (preceptor, Diciembre 2010) "eran chicos más vulnerables, que vos te das cuenta que necesitan eh más afecto después se abrió en educación; la posibilidad de recibir chicos que no eran aceptados en otros colegios, por edad, por indisciplina pero no grave así." (Preceptor, Noviembre, 2010).

<sup>41</sup> "acá estamos todos mezclados, los que venimos de barrio y los de la calle, y nos confundimos y no somos iguales, no era bien que nos metan a todos en la misma bolsa" (Alumno de Secundaria y de Taller, Mayo 2011). (...) "a la escuela van chicos con problemas, no sé que se drogan, que estuvieron en institutos, y también de barrio como yo, que no somos iguales" (Ex alumno de Taller, Mayo 2011)

<sup>42</sup> Es interesante en este punto recuperar los aportes de Robert Castel y su análisis sobre la noción de exclusión como práctica que legitima la asignación de un estatuto especial a ciertos grupos sociales a partir del cual legitimar determinadas acciones. CASTEL, Robert. *El estado de las incertidumbres*. Ed. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 2010., pág. 266-267

<sup>43</sup> ROUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio y Población*. Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2009, pág. 63.

"población", refiere tanto a quienes asisten a la escuela, los talleres y demás actividades como a esa red de fenómenos socialmente relevantes asociados a la visibilización social de ese heterogéneo conjunto de niños y adolescentes considerados en "riesgo" o "vulnerable".

En este marco y, de acuerdo a Bourdieu, la escuela "dedicada a la perpetuación y la legitimación de jerarquías"<sup>44</sup> presentes socialmente, "mantiene las diferencias sociales, demarcando sus fronteras"<sup>45</sup>. Así, aquellas medidas que se presentan como igualadoras de asimetrías sociales, son generadoras de procesos de diferenciación, clasificación y por tanto, (re) productoras de desigualdades.

### Algunas reflexiones finales

A partir de Berger y Luckman, podemos sostener que las instituciones como *"objetivaciones que cumplen el papel de regular y orientar los comportamientos humanos... estableciendo de antemano pautas que lo canalizan en una dirección determinada"*<sup>46</sup> no pueden ser analizadas excluyendo las acciones concretas de quienes les han dado forma, aún cuando se las presente, al mundo social y a la experiencia humana, como existiendo más allá e independientemente del accionar de los sujetos. Es en este sentido que resaltamos la relación dialéctica entre sociedad e individuos, ya que es lo que permite no otorgar status ontológico a las instituciones. De esta manera, es posible pensar las representaciones sociales en un continuo proceso de construcción, de-construcción y re-construcción, permitiendo la comunicación entre los grupos y conformando así su propia identidad, la cual se constituye en el proceso dialéctico entre la sociedad y el individuo y que "implica adjudicarse un lugar específico en el mundo"<sup>47</sup>.

El lugar físico donde funciona Lelikelen, no es Lelikelen. Lelikelen es la materialización de un mundo de relaciones que poco tiene que ver con la arquitectura que la contiene, aunque ciertamente, ella exprese esas tramas relacionales de múltiples formas. El espacio Lelikelen aparece en clave de emplazamiento heterotópico<sup>48</sup>.

En sentido amplio y siguiendo a Foucault se puede entender a la heterotopía como lo *otro* dentro del cuerpo social. La particularidad de eso otro tiene que ver con el tipo de relación en que entra con la totalidad social. Un lugar heterotópico se caracteriza porque en él aparecen, domi-

<sup>44</sup> *Idem*, pág. 111.

<sup>45</sup> BOURDIEU, Pierre. *Capital cultural, escuela y espacio simbólico*, Ed. Siglo XXI, 2006, pág. 97

<sup>46</sup> BERGER, Peter y LUCKMANN, Thomas. *La construcción social de la realidad*. Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 2006, pág. 80

<sup>47</sup> *Idem*, pág. 166

<sup>48</sup> FOUCAULT, Michel. "Los Espacios Guros". En: *Astrágalo*, n° 7, septiembre de 1997.

nan o pueden subvertirse unas reglas que no son las acostumbradas, socialmente hablando, como es el caso del permiso de fumar o de asistir al colegio con hijos pequeños. Los heterotópicos son lugares que pueden ser tolerados, pero en la medida en que no provoquen inconformidad y peligro para la sociedad en general. Si Lelikelen se presenta como alternativa a la internación en instituciones, al encierro, su existencia es tolerada y permitida sólo si no genera problemas para el "afuera".

En cuanto heterotopía Lelikelen es el lugar de posibilidad de unas experiencias extra-ordinarias en las cuales poner en tensión las relaciones de poder y de saber existentes. En ellas lo Otro se vuelve tolerable y pensable pues ocupa un lugar en donde no representa peligro. El "menor" puede ser pensado en términos de adolescente si es ubicado en ese espacio en donde por la asignación del rol de estudiante o aprendiz de un oficio puede ocupar un lugar dentro del cuerpo social.

Lelikelen yuxtapone espacios que normalmente serían, o deberían ser incompatibles en un mismo lugar. Es una escuela tanto como lugar de tránsito; espacio para aprender un oficio y trabajar, pero al margen del mundo laboral. Es la trama de afectividad y lazos humanos tanto como lugar de disciplina y corrección de las conductas. Un espacio de luchas por el ejercicio del poder y por la definición del Otro, como de compromiso social. Un espacio en donde los adolescentes se transforman en *adultos* y *ciudadanos* incorporando las exigencias y responsabilidades que el afuera les demanda.

Cabe interrogarse entonces, si la particularización y el conjunto de diferenciaci3nes que traza Lelikelen expresa la identidad diferencial de un colectivo social que demanda acciones estatales específicas y que por ello *in-visibiliza* la universalidad de la categoría ni3; o bien, actúa como el límite que consagra la distinción entre "menor", y ni3s y adolescentes, reproduciendo en clave de "vulnerabilidad y riesgo" la desigualdad estructural en la que históricamente se ha situado a esa porción de ni3s y adolescentes signados como *menores*.

Notamos que, más allá del cambio de nominación de estas categorías, propio de cada una de las doctrinas sobre infancia, la fragmentación y segmentación que refleja la categoría "menor", sigue presente y encriptada en los discursos y prácticas de los actores institucionalizantes. Esta fragmentación que se traduce en la categoría niño-abandonado-pobre-infractor, propia de la doctrina de la Situación Irregular, continúa operando en las prácticas de los agentes institucionalizantes, re-definiendo al *menor* como "vulnerable". Cuando planteamos la necesidad de abordar las racionalidades institucionales señalamos que era necesario dilucidar la relación entre acciones y relaciones sociales para comprender el sentido que ellas revisten, independientemente de su visibilidad



discursiva, haciendo emerger el conjunto de razones y motivaciones en que ellas se estructuran. Trazar el mapa de las diferenciaciones que particularizan, en Lelikelen, el principio de la universalidad nos ha permitido vislumbrar como, en la transformación de estructuras estatales, la creación de nuevas categorías, el conjunto de prácticas concretas destinadas a la *protección*?, aún centellea impávido el universo simbólico que gestó al "menor".

### Bibliografía

- ABDALA, ERNESTO, "Jóvenes, Educación y Empleo en América Latina". Disponible en: [http://www.portaldelajuventud.org/files/empleoyjuventud\\_nit.pdf](http://www.portaldelajuventud.org/files/empleoyjuventud_nit.pdf)
- BELOFF, MARY, "Modelo de la protección integral de los derechos del niño y otro de la situación irregular. Un modelo para armas y otro para desarmar". En *Justicia y Derechos Humanos* N° 1. Unicef, 1999. Disponible en: [http://www.unicef.cl/unicef/public/archivos\\_documento/202/Justicia\\_N\\_1.pdf#page=8](http://www.unicef.cl/unicef/public/archivos_documento/202/Justicia_N_1.pdf#page=8)
- BELOFF, MARY, "No hay menores de la calle", en: *Revista No hay derecho*, Buenos Aires, Núm. 6, junio de 1992.
- BENHABIB, SEYLA, "Otro Universalismo. Sobre la unidad y diversidad de los derechos humanos" En *ISEGORIA, Revista de Filosofía Moral y Política*. N° 39, Julio diciembre, 2008.
- BENGER, PETER Y LUCKMANN, THOMAS, *La construcción social de la realidad*. Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 2006.
- BOURDIEU, PIERRE BOURDIEU, "Los ritos de iniciación", *Rv. Honor y Gracia*. Madrid, 1992.
- BOURDIEU, PIERRE, *Campos de poder y reproducción social: elementos para un análisis de las dinámicas de las clases*, Ferrería Bóitor, Córdoba 2006.
- *Capital cultural, escuela y espacio simbólico*, Ed. Siglo XXI, 2006.
- *Poder, derecho y clases sociales*. Ed. Deaclee de Brauwer, Bilbao España, 2001.
- *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*. Ed. Anagrama. Barcelona, 1997
- CABRAL, MAURO, "La paradoja transgénero". En *Boletín electrónico del proyecto sexualidades, salud y derechos humanos en América Latina*. Boletín Nro. 18 Año 2. Disponible en: [www.ciudadanosexual.org](http://www.ciudadanosexual.org).
- CASTEL, ROBERT. *El ascenso de las incertidumbres*. Ed. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 2010.
- CHAGNOLINO, E. Y LORENZATTI, MARIA DEL CARMEN, "La inclusión educativa de los jóvenes justifica la inclusión social? Políticas destinadas a la incorporación de los jóvenes pobres en la escolaridad básica.
- Disponible en: <http://publicaciones.ifeh.unc.edu.ar/index.php/encuentro/articulo/view/else/100/86>.
- DAVILA LEON, OSCAR, "Políticas Sociales, Jóvenes y Estado: o el síndrome del Padre Ausente". *Revista Última Década*. Vía del Mar, Chile. N° 11, 1999. Disponible en: <http://radialyc.nae.mec.mx/pdf/195/19501112.pdf>
- ELIAS, NORBERT, *El Proceso de la Civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*. Ed. FCE. Buenos Aires, 1987.

— *La Civilización de los padres y otros ensayos*. Ed. Norma. Bogotá, 1998.

FOUCAULT, MICHEL, *El orden del discurso*. Ed. Tusquest. Buenos Aires, 1994.

— *Seguridad, Territorio y Población*. Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2006.

— "Los Espacios Otros". En: *Astrégalo*, n° 7, septiembre de 1997.

GARCÍA MÉNDEZ, ESTILO, "Infancia: Legalidad democrática, Derecho y Realidad". *Isosomía Revista de Filosofía y Teoría del Derecho* N° 4, abril de 1996. Disponible en: <http://bilh.ceyan-tecnical.com/serdat/SeresObras/01474063322838384254480/isonomia04/iso13.pdf>

JACINTO, CLAUDIA, "Los jóvenes, la educación y el trabajo en América Latina. Nuevos temas, debates y dilemas". Disponible en: <http://www.oit.org/public/anuario/region/ampro/clin-jacinto/publ/ibarrota/pdf/jacinto.pdf>

LEVI-STRAUSS, CLAUDE, *Mito y Significado*. Ed. Alianza, Buenos Aires, 1988.

ORTIZ, GUSTAVO, *El uso del niño. Textos filosóficos desde América Latina*. Ed. UNRC, CEA y Agencia Córdoba Cultura, 2003.

RABOSEI, EDUARDO, "Derechos humanos: el principio de igualdad y la discriminación". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 7, sep-dic, 1990.

TEDESCO, GRACIELA, *Entre Calles, Sectores y Casas*. Ediciones Al Margen. La Plata, 2009

VIANNA, ADRIANA DE RESENDE BARRETO, "Derechos, moralidades y desigualdades. Consideraciones acerca de procesos de guarda de niños". En VILLALTA, CARLA (comp.): *Infancia, justicia y derechos humanos*. Editorial Universidad Nacional de Quilmes, Bs. As., 2010

VIANNA, ADRIANA, *El mal que se oculta. Policía y Minoridad en Río de Janeiro, 1910-1920*. Ed. ADHOC. Buenos Aires, 2007.



**SECCIÓN IX**

**BECARIOS**



## LA AUTONOMÍA MUNICIPAL EN IBEROAMÉRICA

*Matías Ezequiel Chauf*

**Resumen:** El principio autonómico en materia de régimen municipal tiene amplia recepción normativa en el Derecho Público de los estados iberoamericanos, aunque se advierten ciertas diferencias en la regulación de los distintos aspectos que integran la noción de autonomía. Aun existen en la mayoría de los países importantes obstáculos para una plena consagración de aquel principio en la región.

**Palabras clave:** Derecho municipal iberoamericano - Municipio - Régimen municipal - Autonomía.

En los siguientes párrafos expondré brevemente los lineamientos y conclusiones generales de la valiosa experiencia en investigación que el programa de Becas de Pregrado del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales me permitió llevar adelante, bajo la dirección del Dr. Antonio María Hernández (h.).

El proyecto tuvo por objeto el estudio dogmático y comparativo de un problema que pertenece al campo del Derecho Público, y más específicamente, al Derecho municipal: tal es la trascendental cuestión de la autonomía de los municipios, que decidí abordar en el ámbito de la región Iberoamericana.

En tal sentido, se han examinado los textos fundamentales de dieciocho de los países que integran la región, a saber: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

Este primer nivel de análisis fue complementado, en la generalidad de los casos, con el abordaje de las normas de rango infraconstitucional con incidencia en la materia, en cuanto resultaron determinantes o valiosas para una mejor comprensión de nuestro objeto de estudio.

---

<sup>1</sup> Abogado. Egresado Sobresaliente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Diploma al Mérito (Cuadro de Honor) y Primer Beca de Bandera (período 2010-2011). Ex-becario de Pregrado del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la misma Facultad (Proyecto: "La autonomía municipal en Iberoamérica" dirigido por el Dr. Antonio María Hernández). Correo electrónico: <matichauf@hotmail.com>..

### Marco teórico: la autonomía municipal y sus vertientes

Por autonomía hemos entendido aquel atributo del municipio en virtud del cual éste puede elegir de manera democrática sus propias autoridades, por las que habrá de regirse, las cuales tendrán a su cargo la gestión y reglamentación de los asuntos locales en forma independiente de las demás esferas de gobierno y de conformidad a las competencias que le son propias, y que entraña especiales facultades para organizar y llevar adelante la prestación de servicios públicos locales, ejercer el poder de policía en la materia municipal, como así también la potestad para recaudar y disponer libremente de sus propios recursos, de acuerdo a la planificación y a las prioridades definidas por el mismo municipio. Adicionalmente, para poder hablar de una plena autonomía del ente local, éste debe contar con la facultad de darse su propia Carta Orgánica u ordenamiento fundamental equivalente (estatuto autonómico, Ley Orgánica, etcétera).

Quedan así comprendidos en nuestro concepto los cuatro aspectos que integran la noción de autonomía: institucional, político, administrativo y económico-financiero.

### La autonomía institucional y su incidencia sobre los demás aspectos

Tras el estudio comparativo de las diferentes vertientes de la autonomía y de la regulación de su alcance, contenido y garantías dentro del ordenamiento jurídico de los Estados iberoamericanos, una primera conclusión que se impone es la siguiente: la inmensa mayoría de las constituciones estudiadas califican al municipio o al gobierno municipal como "autónomo", en todos o en algunos de los aspectos que integran la noción de la autonomía. Excepción a este principio lo hacen las constituciones de Cuba, México (con su especial régimen de "Municipio libre"), y Uruguay, que omiten toda referencia al atributo de la autonomía.

Ahora bien, corresponde señalar que uno de los aspectos centrales de la autonomía es la posibilidad del dictado por el municipio de su propio ordenamiento fundamental, es decir, su norma institucional básica (Carta Orgánica, Ley Orgánica o estatuto autonómico). Y en este punto es donde se advierte una importante falencia en la región: la recepción de la autonomía municipal en el aspecto institucional aparece como una excepción, y no como la regla en el Derecho de los países iberoamericanos.

En efecto, tan sólo la Argentina, Bolivia (a partir de la nueva Constitución Política sancionada en 2009) y Brasil admiten en sus ordenamientos esta posibilidad del ejercicio del poder constituyente local por los municipios.

Esta circunstancia se erige en un importante obstáculo para el desarrollo de las autonomías locales, ya que entiendo que la autonomía institucional presenta una directa incidencia sobre todos los demás aspectos de la autonomía, y en buena medida los determina.

Ello así, por cuanto admitir que un municipio pueda darse su propia Carta Orgánica, sin otra limitación más que el deber de respetar la Constitución del Estado que integra, implica asumir que él mismo será quien determine con cierta libertad las normas fundamentales en relación a su organización interna, la conformación, funcionamiento, atribuciones de sus órganos políticos y demás aspectos vinculados a su régimen de gobierno, la integración de patrimonio, financiamiento y régimen de bienes; será él mismo quien defina los principios de la administración municipal, las normas aplicables a su personal, la gestión y prestación de servicios públicos, su régimen de contrataciones, características de su presupuesto de ingresos y egresos y procedimientos de fiscalización, entre muchas otras materias. Estos, y no otros, son los contenidos esenciales de un estatuto autonómico, y en ellos, puede advertirse, se articulan necesariamente los distintos aspectos que forman parte del concepto de autonomía.

El municipio que carece de autonomía institucional, se ve obligado a sujetarse en todas esas materias a la voluntad del legislador central, es decir, a una voluntad extraña. Su fisonomía es así decidida por otros, no por él mismo. Como bien señalaba ALBI, *"la verdadera, la única fórmula de la autonomía municipal consta... en que sea el propio Municipio quien establezca su ley orgánica y funcional sin intervención de ningún organismo extraño"*.<sup>1</sup> Todo lo que el municipio no decide por sí, le es impuesto por los órganos centrales del Estado que integra. Por más amplias que puedan ser las fórmulas de autonomía que se le acuerden, ello en ningún modo se equipara al ejercicio del poder constituyente por los propios representantes de la sociedad local.

### El valor fundamental de la autonomía financiera

Tal como lo ha sido siempre, el principal desafío que siguen enfrentando los municipios iberoamericanos es la necesidad de contar con recursos suficientes y con potestades jurídicas amplias en orden a la recaudación y administración de sus finanzas, como elementos necesarios de su autonomía económico-financiera. Sin ella, los demás aspectos de la autonomía pierden en gran medida su razón de ser, se vuelve estéril a la corporación municipal para el cumplimiento de sus funciones, para la rea-

<sup>1</sup> ALBI, FERNANDO, *Derecho municipal comparado del mundo hispánico*, Aguilar, Madrid, 1985, p. 86.

lización del fin que justifica su existencia misma: atender con eficiencia los problemas y las necesidades que la convivencia vecinal suscita.

Recordaremos en este punto las palabras de MOUCHER, quien ya nos decía que *"sin una esfera de autonomía financiera propia, los demás elementos que constituyen la autonomía municipal pierden una gran parte de su relevancia y el municipio queda anémico e impotente para cumplir sus fines propios"*.<sup>2</sup>

Los textos legales y constitucionales suelen ser por demás generosos en la atribución de facultades o deberes al municipio en relación a la prestación de numerosos servicios públicos locales, pero no lo son tanto en el momento de asignar los recursos necesarios para afrontar los gastos correlativos que aquellos implican.

A ello debemos agregar, como una adicional limitación de la autonomía económica del municipio, la frecuente sujeción del manejo de sus finanzas a controles ejercidos por órganos nacionales (Cortes de Cuentas, Contraloría General de la República), tanto en forma previa como posterior a la ejecución del presupuesto.

Asimismo, aun continúa vigente en la generalidad de los países de nuestra región una fuerte visión centralizadora que desconoce las facultades municipales en materia impositiva. En la mayoría de los casos, al municipio sólo se le reconoce la potestad de determinar las tasas, derechos y contribuciones que son debidas como contraprestación por servicios efectivamente prestados por la administración, en tanto que la determinación de los impuestos sigue siendo resorte exclusivo de los órganos nacionales.

De este modo, en numerosos países, la mayor parte de los recursos del ente comunal están dados por las transferencias que recibe del gobierno central, con lo que su autonomía financiera se torna muchas veces ilusoria, y viene a quedar una vez más a merced de una voluntad ajena.

### Democracia y autonomía política

Hemos señalado que el escaso reconocimiento de la autonomía institucional en la región se proyecta negativamente sobre el aspecto político, desde que en la mayoría de los países se advierte la existencia de un único régimen de gobierno que viene determinado por los órganos legislativos del poder central, los cuales reglamentan todo cuanto refiere a la vida política de los municipios: cuáles son sus órganos de gobierno, la elección o integración de los mismos, su estructura y funcionamiento, requisitos e incompatibilidades para el desempeño de cargos en la administración lo-

<sup>2</sup> MOUCHER, CARLOS, *La igualdad en el municipio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966.



cal, funciones y atribuciones de las autoridades municipales, responsabilidades, etcétera.

No obstante ello, debemos rescatar que en el aspecto político parece haberse consolidado definitivamente el necesario reconocimiento del principio democrático en la designación de las autoridades locales: actualmente, y tras la reciente reforma verificada en Costa Rica en el año 2002, la totalidad de los ordenamientos jurídicos en Iberoamérica consagran la base popular electiva de los funcionarios ejecutivos (alcalde, intendente o prefecto) y de los integrantes del órgano deliberativo (regidores o concejales).

Este proceso viene acompañado en la generalidad de los casos por normativas orientadas a garantizar la participación ciudadana en la gestión de los asuntos locales, como lo son mecanismos de audiencias públicas, presupuestos participativos, facultades de fiscalización o control sobre la gestión pública, mecanismos de democracia semidirecta y muchos otros institutos que no hemos incluido en nuestro estudio, pero que forman parte esencial de la idea de autonomía, y que parecen indicar una tendencia a reconocer el rol fundamental que cabe a la ciudadanía en la realización y en la consolidación del ideal democrático.

### **La importancia de las garantías para la autonomía**

Para concluir, haremos una última mención a la cuestión de las garantías de la autonomía municipal.

Al respecto, es de destacar que numerosos ordenamientos estructuran diversos tipos de garantías en el aspecto económico, ya sea como prohibiciones para los poderes centrales (v. gr., la prohibición de apropiarse de fondos municipales, o de establecer exenciones sobre impuestos locales), o mediante el establecimiento de garantías mínimas en la asignación de recursos (así por ejemplo, asegurar que un cierto porcentaje del presupuesto nacional deberá destinarse a los municipios, o que todo o parte de determinados tributos ingresarán a las arcas municipales).

En otros supuestos, se prohíbe genéricamente a los poderes del Estado inmiscuirse en asuntos propios del gobierno local, o invadir la esfera de competencias que la Constitución o la ley reservan a los municipios, muchas veces con carácter de exclusividad.

Pero ocurre que en la mayoría de los casos las supuestas garantías suelen agotarse en meras declaraciones, y se omite poner a disposición de los municipios mecanismos que permitan asegurar la efectiva vigencia de la tan mentada autonomía.

En este sentido, es nuestra intención destacar lo que consideramos uno de los más avanzados ordenamientos sobre esta materia, que es la Ley Orgánica de Régimen Municipal del Ecuador.

Pensamos que ella puede servir de ejemplo para los demás países de la región, por cuanto no solamente se ocupa de enunciar una larga serie de prohibiciones que pesan sobre los demás poderes para el resguardo de la autonomía municipal, sino que además regula los mecanismos procesales que, ante un concreto caso de violación de la autonomía, permitan al municipio demandar y obtener su tutela efectiva por ante los órganos judiciales.

La ausencia de esa clase de mecanismos es la gran falencia que deberá suplir la mayoría de los Estados iberoamericanos, si es que su compromiso con la autonomía municipal va más allá de las declaraciones formales en un texto normativo.

Anhelamos que el aporte realizado en nuestro estudio para el conocimiento de esta cuestión pueda servir de base al diseño de mecanismos jurídicos que permitan garantizar —o, al menos, favorecer— la vigencia del principio autonómico en la realidad empírica de la región.

Creemos que la realización de la ciudadanía en su ámbito más íntimo y natural, que sin dudas es el comunal, torna necesario, en definitiva, contar con un marco jurídico adecuado, que brinde las herramientas idóneas para la consecución de la alta misión que les cabe a los municipios en la satisfacción de las necesidades públicas locales, siendo de particular importancia a tal efecto el aseguramiento de la autonomía que le es propia.

Nos incentiva la profunda convicción de que la administración de los asuntos comunales es un puente directo entre el individuo y la cosa pública: la participación ciudadana se fomenta, en primer lugar, dentro de la comunidad política local, y es en la gestión de los intereses municipales donde reside el mayor incentivo a la conformación de un cultura de responsabilidad ciudadana y de solidaridad vecinal.



## **MENORES DE EDAD: LA INCAPACIDAD PUESTA EN CUESTIÓN**

### **"MINORS - THE INCAPACITY CALLED INTO QUESTION"**

#### **CONVOCATORIA - ANUARIO XIII**

#### **CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES - UNC**

*María Laura Favot*

*La situación de los menores refleja lo que la sociedad es,  
y representa lo que será en lo inmediato<sup>1</sup>.*

**Palabras Claves:** Capacidad Progresiva - Capacidad Civil - Derechos y Deberes - Menores de Edad.

**Key Words:** Evolving capacities - Legal capacity - Rights and duties - Minors

**Resumen:** El principio de capacidad progresiva, receptado por ley 26061, genera una contradicción con el régimen establecido por el Código Civil, por ello se pretende analizar la incidencia de la primera en el Régimen de capacidad del Código, no obstante lo cual el problema de investigación central se encuadra en el análisis de la completitud del concepto de *capacidad progresiva*, que al desarrollarse doctrinariamente en torno al ejercicio de derechos civiles, deja al margen las responsabilidades por las consecuencias de ese ejercicio. Se pretende analizar deberes o responsabilidades que también están en cabeza de los menores como miembros de cualquier sociedad.

**Abstract:** The principle of the evolving capacities, recepted at Law N° 26061, produces a contradiction with the regime established by the Civil Code. Therefore we propose to analyze the impact of that law, in the capacity scheme of the code, nevertheless the main research problem is framed in the analysis of the completeness of the concept of *evolving capacities*, that is developed by the authors on the exercise of civil rights, but leaves out the

<sup>1</sup> Estudiante de la Abogacía de la FDyCS - UNC. Ex becaria del CIJS en el marco del Programa de Becas de Pregrado, con el proyecto "LA CAPACIDAD PROGRESIVA. Convención de los Derechos del Niño: ley 26.061. El ejercicio de derechos y de deberes, Régimen de Capacidad en el Código Civil Argentino", bajo la dirección de la Dra. María del Carmen Carutti; Ayudante Alumno de la asignatura Derecho Privado I durante 2006 y 2009; Ayudante Alumna del programa de investigación "Estructuras y estrategias familiares de ayer y de hoy" radicado en CRA -UNC; alumna de Abogacía - UNC, sexto año en curso. E-mail: marialaura.favot@gmail.com

<sup>2</sup> A. Cecilia Fortezza, Carolina Cassou (1990). La protección al menor o el reino del revés. En UNICEF. Muchos, pocos o nada. Crisis y alternativas de política social en los '90 (págs. 75-109). Buenos Aires: Siglo XXI.

responsibilities for the consequences of that exercise. We propose to analyze duties or responsibilities that children also have as members of any society.

El principio de Capacidad Progresiva para el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNA, en adelante) antes de los dieciocho años emerge de la Convención de los derechos del Niño, que consolida una visión emancipadora de la infancia. El Paradigma de la Protección Integral de los derechos de los NNA, que se traduce en una nueva mirada respecto de la infancia, queda plasmado positivamente.

La concepción de la infancia como un período de desarrollo por el cual atraviesa todo ser humano, rescata la calidad de sujeto de derecho que tiene todo menor de edad<sup>2</sup>.

Sin embargo tal calidad, no tendría trascendencia sin el correspondiente ejercicio de los derechos reconocidos. El instituto de la capacidad progresiva es la herramienta jurídica que aporta la Convención para posibilitar tal ejercicio, superando los parámetros objetivos que imponen los Códigos de Fondo.

Los niños han sido reputados de incapaces de manera explícita mediante la normativa del Código Civil. Una incapacidad que ponía en evidencia la distribución del poder atribuido a los adultos mediante las leyes. El principio de Capacidad Progresiva exige el reconocimiento de que los niños y adolescentes pueden ejercer derechos a medida que crecen y según la madurez y el grado de desarrollo alcanzado. Pone de manifiesto el carácter relativo y transitorio de la mentada incapacidad.

Regulado a nivel interno en nuestro país por la ley 26.061, tales postulados se oponen de manera directa al régimen de capacidad/incapacidad estipulado por el Código Civil, ya que ambas disposiciones normativas tienen idéntico rango.

Nuestra legislación civil continúa con el modelo instaurado por Vélez Sarsfield al momento de la sanción del Código Civil (1871). Considera incapaces —en rasgos generales— a las personas por nacer, los dementes declarados judicialmente y los menores. Dentro de estos últimos encontramos una clasificación según un parámetro rígido y objetivo: la edad alcanzada. Ya sea relativa o absoluta, según las clasificaciones, la incapacidad continúa siendo la regla para todos los menores respecto del ejercicio de los derechos. Tal incapacidad es suplida mediante el instituto de la representación, prescribiendo que los progenitores y los tutores son representantes necesarios de los NNA en los actos que realicen, reemplazando la voluntad del incapaz por la del representante.

<sup>2</sup> El art. 1 de la Convención de los Derechos del Niño estipula que se considera niño a toda persona menor de 18 años. En igual sentido el Código Civil Argentino en su art. 126, reformado por ley 26.579 en 2010.

Existe consenso respecto de que la titularidad de los derechos no puede negarse a ningún ser humano, pues implicaría negar la calidad de persona.<sup>3</sup> Con ello se sostiene que todas las personas tienen capacidad de derecho, con lo cual portan la aptitud de adquirirlos a título propio. Sin embargo, la realidad normativa pone el acento en las incapacidades de diversas categorías de sujetos, para ejercerlos.

En evidente contradicción con los principios constitucionales se despiertan esencialmente tres preguntas: Es posible la compatibilización de los parámetros flexibles aportados por la Capacidad Progresiva, vía Ley 26.061 con los parámetros objetivos y rígidos que emplea nuestro Código Civil? De ser posible... ¿Qué derechos son susceptibles de ejercerse progresivamente conforme el desarrollo evolutivo? Y en última instancia ¿Cabría utilizar el mismo parámetro de capacidad gradual para atribuir deberes generales de carácter no penal?

Si se analiza detenidamente el régimen del Código Civil, no puede omitirse que en materia de responsabilidad por ilícitos civiles, la capacidad es adquirida por los menores a partir de los diez años, lo que permite que - sin eludir la responsabilidad de los padres - se pueda accionar también en contra de ellos.<sup>4</sup> Esto nos da la pauta de que Vélez Sarsfield no ignoraba que los menores - como sujetos en desarrollo - eran susceptibles de adquirir discernimiento antes de la edad establecida. Así mismo, la inclusión del sistema de emancipación de los menores de edad<sup>5</sup> y la previsión de capacidades especiales para ciertos actos - tales como contraer matrimonio, reconocer hijos, trabajar, celebrar ciertos contratos - dan cuenta de la percepción legal del desarrollo evolutivo de todo NNA.

De aquí puede advertirse que el reconocimiento de que los niños adquieren capacidad progresivamente no es una cuestión novedosa, y de algún modo se reflejaba inevitablemente en las disposiciones civiles.

Sin perjuicio de ello, la mirada hacia el niño como incapaz, evidencia claramente la concepción pseudo-tutelar del ideario del Código Civil, que determinaba transformarlo en incapaz para protegerlo, ubicándolo en diferentes esferas, en relaciones asimétricas de poder frente a los adultos.

Numerosas construcciones doctrinales se hayan desarrollado en procura de elaborar propuestas de índoles muy variadas, a los fines de

<sup>3</sup> TAGLE, MARÍA VICTORIA. *Derecho Privado I. Parte general Tomo I*. Alvear. Córdoba, 2006. p. 96.

<sup>4</sup> Conf. Art. 1076 y 1114 C.Civ.

<sup>5</sup> Institución por la cual los mayores de 18 años (incapaces por no haber alcanzado la mayoría de edad establecida en aquel entonces a los 21 años) adquieren capacidad de administrar y disponer de sus bienes recibidos a título oneroso, mediante este acto. Derogada por ley 26.579 de 2010, al quedar reducida la mayoría de edad a los 18 años, sobrevivió del instituto una aplicación residual en el excepcional caso de la celebración de un matrimonio con contrayentes menores de edad autorizados por dispensa judicial. Conf. Arts. 126, 131 a 135 y 167 del Código Civil vigente.

compatibilizar ambos postulados. Más allá de las diversas y enriquecedoras propuestas elaboradas por renombrados juristas<sup>6</sup>, respecto de las cuales no hay consenso, un postulado queda específicamente determinado: respetar los derechos de los niños conlleva necesariamente a reconocer su capacidad, que les corresponde por ser sujetos de derecho. La primera conclusión a la que permitió arribar la investigación llevada adelante consiste en la necesidad impostergable de reconocer la capacidad a todas las personas, menores y mayores de edad. Así se responde al primer cuestionamiento de manera afirmativa: la compatibilización es posible. Se propone que la capacidad sea una unidad sin divisiones dogmáticas (capacidad de hecho o de derecho), sino como un concepto transparente y emancipador en toda perspectiva.

Si —como se sostuvo— la incapacidad de los niños estaba ligada al concepto de protección de sus intereses, —que funcionó como legitimador de la exclusión del ejercicio de sus derechos—, es dable considerar la incorporación de una serie de excepciones puntuales de interpretación restrictiva, a los fines de proteger verdaderamente sus intereses, sin recortar sus capacidades. Excepciones que, debiendo estar codificadas expresamente, debieran hacer estricta alusión a situaciones jurídicas en las cuales el interés del niño se pueda ver comprometido en virtud de la relación de sujeción o asimetría del poder en que ha sido colocado. Si el interés superior del niño consiste en la máxima satisfacción, integral y simultánea de derechos<sup>7</sup>, la capacidad, para ejercerlos nunca podría negarse.

Ahora, ¿qué derechos son susceptibles de ejercerse progresivamente? Siguiendo a Liborio Hierro puede sostenerse que los derechos humanos son los estados de cosas que constituyen *condiciones necesarias* para que el ser humano pueda desenvolverse como agente moral en un contexto dado.<sup>8</sup> Desde el paradigma de la protección integral de derechos, es dable advertir que es esa la finalidad del reconocimiento de la capacidad progresiva que los corresponde como sujetos de derecho en desarrollo, cuyo interés es superior. Se entiende entonces que los derechos innegablemente ejercibles a partir de este instituto (la capacidad progresiva) son los derechos humanos y personalísimos, que se desprenden del texto madre que da nacimiento al transversal principio aquí analizado.

Sin embargo, ¿Qué sucede con los deberes de estas personas dotadas de subjetividad jurídicas y aptitud de acción?

Desde la ética, entendida como un conjunto de reglas con fines pragmáticos, se entiende que la fundamentación de las normas, se asienta

<sup>6</sup> En tal sentido pueden consultarse PAMA, MARÍA VICTORIA; HERRERA, MARISA; GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; SOLARI, NÉSTOR.; MIZRAHI, MAURICIO LUIS.

<sup>7</sup> Confr. Art. 3 ley 26.061 - de 2006.

<sup>8</sup> HIERRO, L. L. (2000). ¿Qué Derechos Tenemos? *Doxa* (23), 351-372.

en el reconocimiento de derechos que son considerados como bienes necesarios, no susceptibles de ser recortados de acuerdo a preferencias individuales. Por ello, los deberes que se imponen (en una ética normativa) son correlativos en tanto no constituyen un fin en sí mismos, sino que tienen un carácter eminentemente instrumental, el cual es asegurar la protección de bienes que se consideran valiosos.<sup>9</sup> En el marco de la teoría de la correlatividad de los derechos, los deberes negativos generales, con diversidad de criterios, son aceptados sin rechazos<sup>10</sup>. Sin embargo, desde la óptica de Garzón Valdés, no son suficientes para alcanzar la finalidad pragmática del sistema normativo de la DUDDDH<sup>11</sup>: posibilitar la vida en sociedad. Tal sistema es el que se enfatiza a través de los diversos tratados de Derechos Humanos, entre los que se ubica la Convención de los Derechos del Niño. Garzón Valdez plantea la complementariedad de los deberes negativos (omisiones) con deberes positivos generales. De este modo se estipula una herramienta de gran trascendencia para alcanzar los propósitos del sistema: la efectividad del derecho de todos los seres humanos a un nivel de vida adecuado, que le asegure salud, bienestar, alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica, entre otras cosas.

Como sujetos de derecho, es dable atribuir a los NNA deberes generales negativos, ya que son necesariamente correlativos a los derechos reconocidos de cualquier sujeto. Sin embargo, pensar en la imputación además de deberes morales de carácter general y positivo, los colocaría en una posición de sujetos activos, que deben ejecutar acciones, poniendo en movimiento la capacidad de la cual son poseedores, ampliando las potencialidades de su desarrollo personal.

De aquí que, la conclusión final y general del proceso llevado adelante consista en afirmar y sostener que el ejercicio de los derechos por parte de los NNA y el cumplimiento apreciable de deberes positivos generales por parte de los mismos, indudablemente puede revitalizar y re-significar las relaciones de los niños con los adultos reivindicando la familia como núcleo principal de desarrollo y de educación, y otorgando un rol activo a niños y jóvenes en sus comunidades de pertenencia. Con ello no resulta tan disparatado pensar en la construcción de un mundo mejor y más incluyente para todos.

<sup>9</sup> GARZÓN VALDÉS, E. (1986). Los Deberes Positivos Generales y su fundamentación. Doxa 3, 17-33.

<sup>10</sup> Sin embargo, apunta Laporta, que no hay consenso todavía respecto al el acento debe ponerse en el derecho o en el deber; sin perjuicio de lo cual la correlatividad no se discute. En LAPORTA, E. (1987). Sobre el concepto de derechos humanos. Doxa N° 4, 29-48.

<sup>11</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos.





## LA ASOCIACIÓN ILÍCITA TERRORISTA COMO LEGISLACIÓN PENAL SIMBÓLICA

Romina Frontalini Bekers\*

Frente a la incapacidad de cumplir con las funciones delegadas al poder político, la necesidad de conservación del poder y de legitimación genera respuestas simbólicas a demandas ficticias generadas e impulsadas por actores locales o globales llamadas "campañas contra la inseguridad"; "campañas contra el terrorismo", etc. En consecuencia los Estados usan las leyes penales como propaganda electoral. Sin embargo como ha señalado Hassemer *"quien pone en relación al ordenamiento penal con elementos simbólicos, puede crear la sospecha de que no toma en cuenta la dureza muy real y nada simbólica de las vivencias de quien se ve sometido a persecución penal, detenido, procesado, acusado, condenado, encerrado"*.

Para explicar este fenómeno es necesario tener presente que todos nuestros fenómenos estructurales de poder deben ser interpretados en el marco de la dependencia. En consecuencia es un gravísimo error considerarlos como originarios<sup>1</sup>. Para ello tomaremos como punto de partida el reconocimiento de la actual tendencia globalizante que aumenta la conflictividad y los peligros, en lo que se ha llamado la sociedad de riesgo. Las elaboraciones teóricas que legitiman el Derecho penal de riesgo habilitan la existencia de un Estado preventivista que ahoga el Estado de derecho, confundiendo prevención policial con represión penal, reemplazando la ofensividad por el peligro y reduciendo los riesgos permitidos<sup>2</sup>.

En definitiva el Derecho penal simbólico responde a la sobrevaloración que el legislador le brinda al reconocimiento cortoplacista de una medida. Estas políticas están enmarcadas en la mayoría de los supuestos en un objetivo más general, la conservación del poder político y la perpe-

\* Abogada, Facultad de Derecho y Cs. Sociales, UNC. Becaria del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales bajo la dirección del Dr. Fabián I. Balcarce. Maestranda en Derecho y Argumentación Jurídica, FD y CS. Exbecaria del INECIP.

<sup>1</sup> NSTZ, 1989, Págs. 553 y ss (P y E I, 1991, Págs. 23 y ss).

<sup>2</sup> Zaffaroni, Eugenio R. *Derechos humanos y sistemas penales en América Latina*, Roma, 1990, p.68.

<sup>3</sup> Zaffaroni, Eugenio R. - Alagia, Alejandro - Siskar, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 352.

tuación del status quo social. Las normas jurídicas y las sentencias judiciales-tanto como la supuesta "ciencia" jurídica construida para explicarlas y sistematizarlas- se cuentan entre los dispositivos simbólicos más importantes de la sociedad capitalista para naturalizar como institucionalidad inevitable lo que es una relación de poder contingente<sup>4</sup>. El Derecho penal simbólico describe la oposición que existe entre lo manifiesto y lo latente, tomando como característica central el engaño.

Cabe aclarar que con este concepto no se intenta remarcar los objetivos e intenciones reales del legislador, es decir no se intenta interpretar las finalidades que quedan reservadas para su subjetividad. El Derecho penal simbólico surge de cualidades objetivas de la norma. Las funciones latentes se sobrepone a las manifiestas, las últimas están constituidas por la regulación de casos particulares a los que resulta aplicable la norma protegiendo el bien jurídico tutelado por esta. Las funciones latentes son diferentes y van desde la complacencia de una exigencia popular hasta la exaltación de un Estado como fuerte y eficaz.

Estas políticas simbólicas son posibles gracias al desarrollo del discurso *völkisch*, palabra que se traduce como populista pero que ciertamente no significa ello. El término *völkisch* significa populachero, se trata de un discurso que subestima al pueblo y trata de obtener su aceptación no de modo demagógico sino brutalmente grosero, mediante la reafirmación, profundización y estímulos de los peores prejuicios<sup>5</sup>. Prejuicios dirigidos a quienes no comparten los valores sociales dominantes. Los estereotipos difundidos por los medios de comunicación ayudan a la configuración e identificación del enemigo del Derecho penal. Los medios masivos de comunicación trascienden la publicidad de los estereotipos del criminal, desvalorizando aún más la dignidad de los afectados por estas políticas.

En el marco de lo expuesto hasta aquí se desarrolla nuestro estudio sobre la incorporación de la figura de asociación ilícita terrorista incorporada al Código Penal a partir de la sanción de la ley antiterrorista en el año 2007. La ley antiterrorista fue sancionada como consecuencia de una importante presión del *Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)*. El incumplimiento de las recomendaciones del GAFI hubiera significado que Argentina fuera considerada un país no fiable económicamente para la realización de inversiones. Sin embargo, Argentina ya había adherido a la Convención Interamericana contra el Terrorismo celebrada por la OEA en Bridgetown, Barbados, en el año 2002 así como al Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo sancionada por

<sup>4</sup> Moro Guillermo, en *"Requiem y Derecho: ensayos de teoría jurídica crítica"* de Duncan Kennedy, Siglo XXI, 2010, Argentina, p. 13.

<sup>5</sup> Zaffaroni Raúl Bugnion, *El enemigo en el derecho penal*, Ediz, 2007, p.16.

la Asamblea General de la ONU en 1999. Este tipo de legislación recobró protagonismo, en el ámbito de la legislación internacional, desde que el concepto de seguridad pregonado por el Pentágono en la OEA se identificó con la "lucha contra el terrorismo". Esta definición fue expuesta en las Conferencias Especializadas de la OEA sobre Terrorismo realizadas en Lima en 1996 y Mar del Plata en 1998, cronograma que terminaría, en 2002 con la Conferencia de la OEA en Barbados donde se formuló la Convención Interamericana sobre Terrorismo. Es de destacar que la convención omite hacer referencia al terrorismo de Estado que constituye la más antigua y constante forma de terrorismo.

No existe hasta la fecha en los instrumentos internacionales que sirvieron de antecedente de la ley antiterrorista un concepto jurídico de terrorismo como delito autónomo. Ello demarca la vaguedad y la complejidad de los actos que puede abarcar. Así en la figura de asociación ilícita terrorista incorporada al Código Penal la vaguedad de los términos utilizados habilita la posibilidad de criminalización de grupos políticos y sociales que enfrentan o que buscan influir en las políticas Estatales. Una de las funciones latentes en esta clase de legislación se evidencia en la persecución de la Comunidad Mapuche por aplicación de la Ley Antiterrorista Chilena.

El hecho de que la sanción de la ley antiterrorista haya sido a instancia del Grupo de Acción Financiera Internacional, organismo dedicado a la lucha contra el lavado de dinero, demuestra la ineficacia de sus previsiones para ser aplicadas al combate contra el terrorismo. Fenoménicamente el terrorismo no se financia a través del lavado de dinero. El lavado de dinero supone la legalización de dinero proveniente de una actividad ilícita. En los hechos las organizaciones terroristas controlan inversiones económicas legales, llevando a cabo un proceso inverso al lavado de dinero para el financiamiento de su actividad.

Podemos decir que la función manifiesta en la incorporación de la figura de la asociación ilícita terrorista se condice con una política de seguridad, entendida como seguridad nacional globalizada, frente a la amenaza que significa la existencia de organizaciones terroristas en nuestro territorio, la que no quedó demostrada en los argumentos vertidos para la aprobación del proyecto de ley. El neopunitivismo exige estar obedeciendo los reclamos mayoritarios, expresados en la demanda por más castigo penal. Teniendo en cuenta la complejidad de conflictos como éste, no se puede fundamentar medidas de este tipo sobre la base de necesidades expresadas por una comunidad internacional difusa, en el sentido que no pueden tomarse como criterio aceptado en bloque los análisis de los medios de comunicación y organismos internacionales. Cabe preguntarse si las herramientas del Derecho penal son apropiadas o torpes para hacer

frente a crisis sociales de esta envergadura. Esta hartamente demostrado la incapacidad de tales herramientas para la generación de seguridad y tranquilidad colectiva, la que no puede entenderse de manera separada de la idea de igualdad, igualdad que hoy no es garantizada por el modelo de democracia deliberativa.

En conclusión la legislación simbólica contribuye a la inflación del Derecho penal, valiéndose el legislador de conceptos como crimen organizado que tiene un rendimiento más político antes que científico, y que supone una idea elaborada con criterios comunicativos y simbólicos que sirven para brindar los fundamentos de una política de "lucha" con caracteres excepcionales y de emergencia<sup>6</sup>.



<sup>6</sup> Yacoubucci J, Guillermo, *El crimen organizado: desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Buenos Aires 2008, p.88.

## **EL ACCESO A LA JUSTICIA ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL PROCESO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL EN CÓRDOBA**

### **ACCESS TO JUSTICE AND BREACH OF THE RULES OF THE ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT IN CÓRDOBA**

*Alejandro Orlando Vera\**

**Resumen:** La prevención constituye la única estrategia efectiva frente a los efectos irreversibles de un daño al ambiente. La Evaluación de Impacto Ambiental, herramienta de gestión concebida para este fin, ha sido receptada por el ordenamiento jurídico vigente en Córdoba. Sin embargo, su aplicación y efectivo cumplimiento transita desafíos relacionados a conflictos complejos entre el Estado, los emprendimientos obligados y las comunidades implicadas. Tratar de acceder a la justicia para asegurar la superación de estos conflictos pone al desnudo aspectos sensibles de diversos procesos judiciales en materia ambiental, como así también del estado de la normativa específica que regula la materia.

**Abstracts:** Prevention is the only effective strategy against the effects of irreparable environmental damage. Environmental Impact Assessment, a management tool designed for this purpose has been accepted by current environmental regulations in Córdoba. However, its implementation and enforcement transit challenges related to conflict between the State, enterprises and communities involved. Trying to access to justice to resolve these conflicts shows critical aspects of the environmental procedures, as well as the rules governing this area.

**Palabras claves:** Derecho Ambiental - Acceso a la Justicia - Evaluación de Impacto Ambiental - Tutela Jurisdiccional.

#### **El valor de la prevención ambiental**

En 1982, 105 Estados de todo el mundo firmaban en Kenia la siguiente declaración: "...Es preferible prevenir los daños al ambiente que acometer después la engorrosa y cara labor de repararlos. Entre las medidas preventivas debe figurar la planificación adecuada de todas las actitudes que influyen sobre el medio ambiente..."<sup>1</sup> La misma, forma parte de la

\*Estudiante de Abogacía en Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de la Fundación CEDHA y Meritorio por concurso en el Poder Judicial de Córdoba. [alejandrov.ora.cba@gmail.com](mailto:alejandrov.ora.cba@gmail.com) El presente texto es una síntesis del proyecto de investigación titulado "El acceso a la justicia ante el incumplimiento del proceso de Evaluación de Impacto Ambien-

Declaración de Nairobi, que continúa el camino iniciado en la Declaración de Estocolmo de 1972, y que prepararía el camino para la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992). Estos instrumentos de referencia, fueron la manifestación política e internacional de un largo proceso de concientización ambiental desde la sociedad civil, y sólo el comienzo de un apasionante desafío a las estructuras jurídicas existentes.

En materia ambiental, la prevención asume un rol más necesario que en otras áreas del derecho. Las mayores limitaciones físicas y jurídicas frente a la consumación de un daño ambiental, hacen de las medidas preventivas, los únicos medios verdaderamente eficientes frente a los diversos impactos negativos causados por el hombre, y frente a las eventuales catástrofes naturales.<sup>2</sup>

Una de las herramientas ideadas para este fin son las Evaluaciones de Impacto Ambiental (EIAs). Se trata de "un proceso por el cual una acción que debe ser aprobada por una autoridad pública y que puede dar lugar a efectos colaterales significativos para el medio, se somete a una evaluación sistemática cuyos resultados deben ser tenidos en cuenta por la autoridad competente para conceder o no su aprobación. Es un procedimiento previo para la toma de decisiones y sirve para registrar y valorar de manera sistemática y global todos los efectos potenciales de un proyecto con objeto de evitar desventajas para el medio ambiente"<sup>3</sup>

Esta herramienta de gestión ambiental, reconocida expresamente por el artículo 8° de la Ley General del Ambiente N° 25.875, ya no es vista sólo como un proceso de estudio interno de la Administración Pública. La sociedad civil, cada vez más consciente de su existencia y necesidad, ven en las EIAs una forma de ejercer su derecho al acceso a la información ambiental, a la participación en la toma de decisión, y en especial, a exigir mecanismos transparentes y responsables en el otorgamiento de autorizaciones ambientales. Pero para esto, es necesario contar, antes que nada, con la plena certeza de que aquellos emprendi-

tal en el actual sistema jurídico de la provincia de Córdoba", desarrollado en el marco del programa de becas de progreso del CIJS por Alejandro Oclando Vera y dirigido por la Dra. María Susana Juliá.

<sup>1</sup> "9. Prevention of damage to the environment is preferable to the burdensome and extensive repair of damage already done. Preventive action should include proper planning of all activities that have an impact on the environment..." Declaración de Nairobi (1982). Consultar en <http://www.unep.org/Law/PDF/NairobiDeclaration1982.pdf>

<sup>2</sup> ESAÍN, JOSÉ. *Derecho ambiental: el principio de prevención en la nueva Ley General del Ambiente* 25675, 19/12/2007, en Abelardo Perrot On Line, SJA 1/8/2004 IA 2004 III 1296

<sup>3</sup> BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, "Prevención del daño ambiental (La Auditoría del medio ambiente [A.M.A.]. La Evaluación del impacto ambiental [E.I.A.])", 1998, en Abelardo Perrot On Line, JA 1998-IV-922

nientos que la ley ordena someterse a un estudio previo, respetarán los procedimientos y exigencias que la ley establece. Sin EIA, la prevención se vuelve una tarea imposible.

### Las Evaluaciones de Impacto Ambiental en Córdoba

Córdoba fue una de las primeras provincias en el país que recibió normativamente esta herramienta. La ley N° 7343 sancionada el 29 de agosto de 1985, establece en el Título II, Cap. IX, la obligación que tienen determinados emprendimientos de someterse a este procedimiento. Esta disposición fue reglamentada en el año 1990 por el Decreto N° 3290, el cual fue reemplazado por el N° 2131, dictado el 3 de noviembre del año 2000 y que rige actualmente.

Si bien vanguardista, la normativa local, y el real estado de su aplicación, dan muestra de que aún hay un largo camino por recorrer para lograr un cumplimiento cabal de sus objetivos. En particular, se podría remarcar, entre otros problemas, la necesidad de una mejor determinación de la autoridad competente para entender en el procedimiento, en el marco de los eventuales conflictos de competencia entre la provincia y los municipios. Salvo excepciones<sup>4</sup>, la legislación vigente determina que es la autoridad ambiental provincial la única competente a la hora de dar cabal cumplimiento a la normativa mencionada. En los casos de conflicto, los pronunciamientos jurisprudenciales analizados no poseen una doctrina uniforme en la temática. Si bien se ratifica en algunos la competencia de la autoridad provincial, en otros se hace una fuerte defensa de la autonomía municipal.<sup>5</sup>

No respetar la exigencia de realizar EIAs, es de alguna manera, dar la espalda a la posibilidad de prevenir y evitar perjuicios. El incumplimiento, entonces, de la normativa específica mencionada, asume así una gravedad mayor. No obstante, el decreto 2131/2000 no contiene sanciones específicas dirigidas directamente a los titulares de los emprendimientos obligados. Las condenaciones sólo apuntan a las autoridades provinciales y municipales.

Se trata de un conflicto casi siempre triangular, en el cual intervienen: el emprendimiento privado o público obligado a someterse a una

<sup>4</sup> Nos referimos al decreto provincial N° 945, emitido el 25 de junio de 2008 y publicado en el boletín oficial el 13 de agosto del mismo año. El decreto, referido al "Plan de Optimización del Sistema Dominial Inmobiliario" dispone que "los Certificados de Impacto Ambiental de los emprendimientos inmobiliarios destinados a vivienda familiar emitidos por las respectivas municipalidades, resultarán suficientes para acreditar tales extremos ante los organismos provinciales pertinentes, salvo en los casos en que las mismas carezcan de oficinas específicas que traten la materia, en cuyo caso deberá intervenir la Secretaría de Ambiente.

<sup>5</sup> ACUÑA, GUILLERMO. *EIA: Algunos efectos jurídicos* en Seminario Internacional de Derecho Ambiental. Municipalidad de Cba y Fundación Friedrich Ebert. Córdoba. 1994

EIA, las comunidades afectadas por la ausencia de tal proceso, y la autoridad pública ambiental obligada a exigirlo. Las distintas situaciones de conflictividad en torno al incumplimiento de esta legislación, identificadas en una serie de planteos judiciales analizados, podrían agruparse en: a) Ausencia de EIA en certificaciones y resoluciones administrativas las cuales deben requerir, previo a su dictado, su realización; b) Ausencia de EIA en licitaciones y obras pública, las cuales la exigen como uno de sus requisitos en sus pliegos; c) Contaminación futura de distinto tipo, advertida por vecinos ante la instalación de un determinado emprendimiento sin previa realización de EIA; d) Ausencia o irregularidad de las EIA en emprendimientos urbanísticos e inmobiliarios, los cuales generan un gran impacto en la zona; e) Acceso a la información y participación ciudadana, generalmente denegada por la ausencia o irregularidad en el procedimiento de EIA.

### El rol de la justicia

Es necesario entonces dilucidar si la ausencia de EIA, por parte de las actividades que la ley determina, habilita el derecho a una tutela jurídica preventiva por parte de los posibles afectados, independientemente del daño causado, y en miras a prevenir posibles daños ambientales. Se trata de contar con medios de tutela preventiva que le permitan al posible afectado solicitarle al juez haga cumplir la normativa que regula las EIA.<sup>6</sup>

De la jurisprudencia analizada, relacionada a la temática bajo estudio, pudo advertirse la utilización de vías de tutela de fondo y de forma pertenecientes a distintas áreas del derecho. En especial, ante la heterogénea conflictividad originada en el incumplimiento del procedimiento de EIA, se han interpuesto en Córdoba acciones de amparo (*Ley Provincial 4915*), acciones civiles fundadas en "la normal tolerancia entre vecinos" (*Art 2618 CC*), acción de daño temido (*Art 2499 CC*), acciones administrativas de plena jurisdicción (*Ley Provincial 7182*), e imputaciones al delito de abuso de autoridad regulado en el Código Penal.

En cuanto a la principal doctrina surgida de los fallos relevados, podría destacarse: a) que el EIA no es un fin en sí mismo, sino que se debe probar siempre la afectación que dicha omisión provoca; b) en un caso de ruidos molestos, el amparo no es una acción idónea, en primer lugar por no tratarse de un tema estrictamente "medioambiental" sino más bien posesorio, y por la necesidad de mayor prueba; c) la procedencia de acciones

<sup>6</sup> MALM GREEN, GUILLERMO, "La exigencia del proceso de evaluación de impacto ambiental", 2006, en *La Ley On Line Litoral, LLLitoral 3006* (octubre), 1157



contra actos emanados de autoridad pública debe tener en cuenta la presunción de legalidad de la cual gozan los mismos y la división de poderes; d) la obligatoriedad de la realización de audiencias públicas u otras instancias de participación debe estar expresamente contemplada en la legislación vigente o haber sido solicitada expresamente por los afectados; e) la acción del artículo 2618 tiende a resguardar el derecho de propiedad, mediante restricciones y límites al dominio, y no es apropiada para casos de contaminación ambiental que requieren más que una indemnización; f) las irregularidades en el otorgamiento de una autorización ambiental constituyen materia ajena a un proceso en el cual se discute la existencia de un "daño temido"; g) No es posible de generar responsabilidad para el Estado, la paralización de una obra en ejecución, adjudicada a través de una licitación, si la misma había omitido el cumplimiento del procedimiento de EIA, exigencia contenida genéricamente en el pliego de condiciones.


### Conclusión

En definitiva, en los últimos diez años, tiempo de vida de la actual regulación reglamentaria de las EIAs en Córdoba, el instituto ha ido ganando terreno en el ámbito judicial. Los planteos y la exigencia de su cumplimiento han procedido desde distintos frentes<sup>7</sup> y se ha apostado a una interesante variedad de vías judiciales. En la mayoría de ellas, la justicia ha sido renuente a involucrarse en profundidad en la defensa del instituto, generalmente argumentando razones probatorias, o aduciendo un mal encuadramiento de la situación. Los desafíos de probar una situación de peligro futura acrecientan, de alguna manera, la distancia entre las comunidades afectadas y el acceso a la justicia. Frente a esto, y en función de las particularidades de los conflictos ambientales, la única forma de encontrar una verdadera solución es apostar al rol activo que deben desempeñar los jueces en este tipo de procesos. El juez es a veces, el que posee las mayores herramientas, máxime en los procesos que buscan la verdad material. No es recomendable, en definitiva, seguir abordando judicialmente los conflictos ambientales bajo las mismas reglas probatorias de otro tipo de procesos.

En segundo lugar, y considerando también que el Poder Judicial en sí a veces no tiene la capacidad de dar respuesta a todos los conflictos generados por este tipo de incumplimientos, resulta imprescindible contar con mecanismos administrativos ágiles que aseguran una actuación rápi-

<sup>7</sup> En algunos casos han sido las comunidades, en otros el mismo Estado.

da y preventiva del Estado, en miras a evitar no sólo un daño ambiental, sino una excesiva prolongación del conflicto. Resulta necesario entonces continuar profundizando en la arquitectura jurídico-institucional de las EIA, en miras a hacer de ella una herramienta firme pero adaptable a las diferentes realidades. De alguna manera, los distintos casos ventilados en los estrados judiciales, no son más que un reflejo de la incapacidad del Poder Ejecutivo de dar respuesta a tiempo, a las demandas y preocupaciones de la sociedad civil.



## LA DISCRIMINACIÓN EN LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA U.N.C.: COMPARACIÓN CON LA SOCIEDAD CONDOBESA\*

Noelia Elizabeth Torres\*\*

**Resumen:** La sociedad argentina presenta con gran frecuencia situaciones donde se evidencian actitudes discriminatorias en razón de la posición económica, caracteres físicos, orígenes étnicos, sexo, religión, ideología, nacionalidad o condición social, que han sido documentados a través de estudios empíricos del INADI. Es posible suponer que las prácticas y actitudes segregacionistas tendrán perfiles específicos en algunas áreas, como las instituciones jurídicas, comprometidas centralmente con los valores democráticos. En este sentido, cabe preguntarse si la educación jurídica fortalece valores igualitarios y constituye una barrera que desalienta las prácticas discriminatorias. El objetivo de esta investigación es tratar de contestar dicho interrogante mediante la comparación de datos obtenidos en una encuesta a estudiantes de la Facultad de Derecho, con los recogidos en el Mapa de la Discriminación, realizada por el INADI.

**Palabras clave:** Discriminación - Valores - Educación Jurídica - Estudiantes de Derecho.

Se trata de una pregunta de relevancia, dada la función social del abogado como constructor del Estado de Derecho. Importa establecer si la educación jurídica es eficaz en la transmisión del ideal de igualdad ante la ley, valor básico en la profesión. Interesa pues describir las actitudes y prácticas discriminatorias de un grupo específico: los estudiantes de Derecho. La comparación de las mismas con las que sostiene la población en general —en particular, los jóvenes— indicará el progreso que la educación logra en la remoción de las actitudes excluyentes en quienes se desempeñarán como constructores de un orden jurídico fundado en la igualdad ante la ley.

Para ello, se encuestó un total de 514 alumnos pertenecientes a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de

\* El presente trabajo es un resumen de la investigación realizada durante el año 2010 en el marco del programa de Becas de Pre-grado desarrollada anualmente por el CUS, dirigida por la Dra. María Inés Bergoglio, a quien, no sólo admiro enormemente, sino que también agradezco la posibilidad que me brindó de formarme junto a ella.

\*\* Becaria del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Período 2008-2010 y 2011-2012  
noelietorres@gmail.com

Córdoba, ubicados en diferentes cursos de la carrera. Los datos obtenidos fueron analizados por el sistema SPSS. Los resultados conseguidos fueron objeto de comparación con la encuesta realizada por el INADI en la Provincia de Córdoba en el año 2007.

Antes de informar los resultados, conviene describir las características generales de los encuestados. En la selección de los quinientos catorce alumnos a encuestar se buscó asegurar la presencia de entrevistados pertenecientes a los diferentes turnos de la carrera. Se buscó un equilibrio entre los tres turnos: mañana (31,5%), tarde (34,2%) y noche (34,2%). Quienes informaron cursar en dos turnos (por ejemplo: mañana y noche o tarde y noche) se los consideró pertenecientes al turno nocturno, ya que se trata de alumnos que trabajan, cuya actividad universitaria se ve afectada por esta circunstancia, y que tienen por ello horarios más complejos.

En cuanto a la edad, la mayor cantidad de alumnos encuestados va desde los 21 a los 24 años (40,7%), lo que demuestra una población joven. La cantidad de mujeres encuestadas superan en gran medida al porcentaje de hombres. (Mujeres: 62,1%. Hombres: 37,9%). Ambas características se registran de manera similar en el conjunto de los estudiantes de la Facultad.

Más de la mitad de los alumnos no trabaja (62,8%), dedicándose de manera exclusiva a la carrera.

Para facilitar el análisis de los efectos de la educación jurídica, se agruparon los alumnos en tres secciones, primero y segundo año (33,7%), tercero y cuarto (38,5%) y, por última, quinto y sexto (27,8%). El mayor porcentaje de alumnos encuestados corresponde al segundo grupo (tercero y cuarto).

A los fines de éste trabajo, abordaremos las preguntas que arrojaron los resultados más significativos. Comparando los resultados obtenidos en la Facultad de Derecho con la encuesta del INADI, podemos observar que en la Facultad la experiencia subjetiva de la discriminación llega al 62%, resultando más frecuente que en la población cordobesa en su conjunto (29%). Lo cual no necesariamente significa que la discriminación sea más frecuente, sino que se puede tratar de gente más sensible. En ese sentido, cabe observar que la formación jurídica estimula la sensibilidad frente a la injusticia.

Uno de los resultados más llamativos es el arrojado en la Facultad de Derecho ante la pregunta *¿Dónde sufrió dicha discriminación?*, un porcentaje cercano al 92% respondió que se sintió discriminado en el *ámbito educativo*; de ese porcentaje, el 64,5% lo fue en la *escuela secundaria*, mientras que el 60,7% se sintió discriminado dentro de la *misma Facultad*. En cuanto a los autores de dichas discriminaciones, fueron en un 86,8% *alumnos*, y un 64,4% *profesores*. Esta pregunta fue realizada únicamente en la Casa de Trejo, por lo que no se van a realizar comparaciones.

Es importante igualmente analizar la reacción del afectado frente al hecho discriminatorio. El 90,5% de estudiantes que experimentaron una de estas situaciones, hicieron algo frente a la discriminación; mientras que los ciudadanos cordobeses sólo en un 78%. Esta comparación remarca que los estudiantes de Derecho reaccionan más intensamente contra la discriminación, mostrando su compromiso con valores de igualdad, y su inclinación a luchar contra la injusticia.

El análisis de las experiencias de discriminación contempladas sugiere que la formación jurídica que los estudiantes reciben en la Facultad los hace más sensibles a situaciones de discriminación. Mientras que sólo la mitad de los ciudadanos cordobeses declaran haber sido testigos de situaciones en la que un tercero fue discriminado (46%), los estudiantes de abogacía lo hacen casi en su totalidad (96,8%).

Queda claro la sensibilidad de los estudiantes a la hora de presenciar y reconocer un acto o situación discriminatoria. Muchas de estas experiencias contempladas han ocurrido precisamente en el espacio donde transcurre su experiencia educativa (91,5%). Estos porcentajes superan ampliamente a los de la sociedad cordobesa, en la cual la proporción de experiencias de discriminación presenciadas en las aulas llega al 17,4%.

El ámbito donde más presenciaron actos discriminatorios, fue en la educación media (87,1%), seguido por el ámbito universitario en un 73,2%. Y fueron los *alumnos* (93,1%) y los *profesores* (65,9%), los autores de dichos actos lesivos.

Tanto los cordobeses, como los alumnos coinciden en su mayoría en que la discriminación constituye una *violación a los derechos humanos* (Facultad de Derecho: 69,8%; población general: 49%).

Los estudiantes reaccionan más ante situaciones segregacionistas, al tratarse de una población más educada que la encuestada para el Mapa de la Discriminación. Podemos afirmar que, a más cultura y educación, mayor es el conocimiento que poseen de sus derechos, a la vez que toman mayor conciencia de situaciones injustas. El 76% de los estudiantes hizo algo al presenciar un acto de discriminación, mientras que sólo el 38% de la población de Córdoba, tomó medidas al respecto.

La mayoría de los estudiantes se involucran con la víctima, tratando de ayudarla o hablar con ella (63,1%). En cuanto a la expresión de su desacuerdo (78%), se refleja una intervención por parte de los estudiantes que duplica el valor de la sociedad cordobesa (27,8%).

Sin embargo, estas reacciones son diferentes cuando el hecho negativo ocurre en la Facultad. Pese a la formación jurídica que reciben los estudiantes, éstos no toman partido ante situaciones donde otra persona es discriminada dentro del ámbito de la Facultad reaccionando de manera indiferente (78,7%), ya sea por vergüenza, por sentir que son asuntos de

otro, o por miedo si el autor de la ofensa es un profesor o una autoridad directiva de la Facultad.

En este punto, pareciera que la cultura jurídica no tuvo influencia en la respuesta de los estudiantes; ya que éstos, al igual que casi la totalidad de los cordobeses, no realizaron reclamos (ni conocen a alguien que los haya hecho) por violación del derecho de no ser discriminado. (Facultad de Derecho: 91% INADI: 96%).

Del 8% de estudiantes que sí realizaron reclamos en la Facultad frente a presencia de situaciones injustas, la mayoría realizaron sus reclamos en el Centro de Estudiantes (80%), seguido por la Secretaría de Asuntos Estudiantiles (50%).

Fuera del ámbito de la Facultad, lo común es que las denuncias se presenten ante los *medios de comunicación* (Facultad de Derecho: 15,4%. INADI 5,8%).



# ABSTRACTS

## SECCIÓN I

### DERECHO PÚBLICO Y ANÁLISIS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

**ALTAVILLA, CRISTIAN DANIEL**

**Coordination and negotiated agreements in the Nation-Provinces Relations. The case of "Compromiso Federal" from 1998.**

The institutional design of intergovernmental relations among the federal taxation revenue system demands the agreement between both governmental levels (national and subnational) to introduce modifications into the distributions of the shared funds. In the different negotiation processes occurred in the last decades it could be noticed that the institutional setting where those negotiations are developed is a deciding factor, since it delimits the capacities of actors involved, shapes their perceptions and preferences, provides scope and effectiveness to their action resources and constrains the available strategies.

**Keywords:** intergovernmental relations - neoinstitutionalism - negotiation processes - negotiated agreement

**BARBARÁ, JORGE EDMUNDO**

**The State & its sovereign in decline?**

The so-called Régulation School has addressed regulatory issues from a critical view of classical economics. Immersed in the perspective of the School, Jessop conceptualizes modes of regulation specific to a social order characterized by the signs of Fordism and Post-Fordism, respectively, and thus, the corresponding responses of the State as embedded in such a social order. State and Regulation are viewed from a structural perspective whose presence is crucial to the treatment of this relationship.

**Keywords:** régulation school - jessop - fordism - post-fordism - economy - state

**BORGARELLO, ESTHER SUSANA - JUÁREZ CENTENO, CARLOS ALFREDO - CIPOLA, FRANCISCO**

**Globalization, New Technologies And Law: The Spams As Computer Crime**

Globalization and technological change has important consequences that are projected in legal and illegal operations through the use of internet or are meant to destroy and / or damage to computers, electronic media and / or internet networks. However, illicit computer are complex in their categorization because they include traditional crimes such as fraud, theft or embezzlement of public funds to name a few. Among them, we deal in this article of SPAM, also known as junk mail and that is the sending of unsolicited, unwanted or unknown sender, usually containing advertising, sent massively and that damage to the receiver.

**Keywords:** spam - computer crime - new technologies - mail

**ETCHICHURY, HORACIO****Tuition-free graduate education at the National University of Córdoba**

This article starts by describing the extent of tuition-based graduate studies at the National University of Córdoba. It analyzes the consistency between the existing situation and applicable constitutional principles. Then, the article underscores the need to design alternatives to ensure the elimination of tuition in public graduate education. Finally, a proposal is made to use all existing courses as a base for tuition-free graduate studies.

**Keywords:** Higher education - Tuition-free systems - Equity - Progressiveness

**JULIÁ, MARTA SUSANA - FOA TORRES, JORGE****"The environmental institutionalization in Argentina and the formulation of environmental policies"**

In the last three decades Argentina has been developing a process of consolidation and prioritization of environmental institutions at both the national, provincial and municipal levels. At the same time says a high level of growth in the number of environmental regulations and the formulation and implementation of public environmental policies with public dissemination. This addresses both the status, development and design of environmental institutions in the provincial administrations over the past few years, as well as certain issues regarding the formulation and implementation of environmental policies from those institutions.

**Keywords:** Environmental institutions - Environmental policies - Environmental law.

**PARMIGIANI DE BARBARÁ, MYRIAM CONSUELO - DÍAZ DE LANDA MARTHA****Composition and diversity of territorial governance structures for management of urban solid waste (SWM) in the province of Córdoba.**

**Summary** - This article aims to analyze the process the SWM has had in the province of Córdoba during the last decade, considering the importance it has acquired as one of the translocal problems possibly of greater relevance. And this is both from a practical as well as analytic point of view, if one takes into account the environmental consequences and, because of them, the need to establish and maintain cooperative systems of collective action. While the article presents first a summary reference to such innovations in general in Córdoba, as well as a brief allusion to various local and regional Córdoba's experiences, the analysis pays special attention on progress, challenges and trends currently observed to innovate the situation of the final disposal of the garbage in Calamuchita and Punilla.

**Keywords:** Integral management of solid urban waste - regionalization - local government - governance structure

**PASTOR DE PEIROTTI, IRMA - ORTIZ DE GALLARDO, MARÍA INES DEL C. - ARABEL ANA CAROLINA ARABEL****Ins variabili in administrative contracts, current status and comparative perspectives between Argentina, Costa Rica y España.**

This article analyzes the administrative contracting regime in Argentina, the Republic of Costa Rica and Spain, based on a specific perspective; the authority of the Public Administration in order to modify unilaterally the administrative contract during its term. It also highlighted the characteristics of such legal regime in order to contrast it to different systems in other countries.

**Keywords:** Reflection about the usefulness of the tidy texts



ROSSETTI, ANDRÉS

*About the utility of the "TO"*

This article discusses the usefulness of "texts ordered" (i.e. a legal norm that systematize and organize different legal norms that are dispersed, in order to systematize them in a more coherent and finished unique norm) by different legal "actors" (Legislative Power, Executive power, but also others). It discusses the legal effect that these texts have considering the varied types, particularly in relation to the subject who performs them.

**Keywords:** Norms - enacting laws - legislation - ordered text - use

## SECCIÓN II

### DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO RELACIONES INTERNACIONALES E INTEGRACIÓN REGIONAL

ORNAS DE CLEMENT, ZLATA

*The Guaraní Aquifer System*

The Guaraní Aquifer System is the largest hydro geological complex in America. It is a natural transboundary resource shared between Argentina, Brazil, Paraguay and Uruguay. This work provides a syncretic vision of the main physical and legal aspects of the aquifer system. Our purpose is to provide a basic and general approach to the factual and normative situations in the four countries of the Guaraní system.

**Keywords:** Guaraní Aquifer System - physical aspects - legal aspects

MONTENEGRO, MARÍA CRISTINA

*The Globalization Versus Territorial Development: Regional And Local In Search An Effective Regional Planning*

This study examines the impact of globalization on the territory, ordering and management taking into account constraints and opportunities that the globalization process has on the regions, cities and localities everyday.

Then, and understanding the territory as a complex and evolving in an environment of uncertainty, we propose a prospective territorial planning and design of future models that incorporate those categories within the overall systemic change.

This planning approach aims at developing efficient regional and local territorial.

**Keywords:** globalization - territorial order - territorial development - prospective planning - future scenario

PINTORE, EDUARDO

*The *animus defendendi* in the international self-defense*

Several national legal systems recognize in their penal law the *animus defendendi* as ineludible requirement of the right of self-defense. This requirement implies a set of matters they are inbuilt. Since similar situations can be found in the international relations, the aim of this article is to analyze how the *animus defendendi* may be recognized as a requirement in the international self-defense.

**Key words:** Self-defense - Reasonable belief - *Animus defendendi* - Putative self-defense - Extraneous motives - Mixed motives

## SECCIÓN III

## DERECHO PROCESAL

ÁVILA PAZ DE ROBLEDO, ROSA ANGÉLICA

**New perspectives of injunctions at the judicial civil process in the XXI<sup>st</sup> century, focus on it's temporal limits**

It analyzes the new perspectives of the injunctions under the optic of the right to timely resolution claims and effective judicial protection. In first place, analyze the main theoretical aspects of the unconventional injunctions. In second place, focus at right to timely resolution claims in relation with procedural due process of law. Finally, analyzes the injunction's temporal limitation as well as the related Supreme Court decisions.

**Keywords:** Non conventional Injunctions - Right to timely resolution claims - Judicial effective protection - Injunction's temporal limits

GONZÁLEZ CASTRO, MANUEL

**The insufficiency of literal interpretation in Procedural Law**

Literal interpretation is a necessary way of interpretation in Procedural Law. The classical jurisprudence and judicial activity have made use of this method of interpretation.

Notwithstanding, in present days it is easy to encounter certain problems that impact on the literal interpretations of norms. These problems are different in nature, and go from problems of language, logic and systemic problems to problems that include theoretical and ideological differences between different legal modal that apply to the subject.

**Keywords:** Literal interpretation - Procedural law

## SECCIÓN IV

## DERECHO PRIVADO

AZAR, ALDO MARCELO

**The Words Of The Law In The Argentinian Civil Code And Their Contexts, Or The Limits Of Literal Interpretation**

The literal interpretation implies the evaluation of a plurality of contexts which establishes the different meanings of the "words of the law".

**Key words:** interpretation - literal interpretation - words of the law - contexts

BASANTA, ALICIA Y OTROS

**Act 28579 - Amendment of the Age of Majority - Emancipation**

According to Act 28579, the age of majority is attained at 18, harmonizing the national law with the comparative law, modifying the emancipation by marriage, and removing the emancipation by age.

Emancipation should be incorporated into the Civil Code, subject to new objective guidelines, age, and the circumstances -degree of development or maturity of children or adolescents- which require o permit it.

It is high time to actively participate in the discussion of the regulation of the emancipation matter, given that a comprehensive reformation project is under way to unify the Civil Code with the Commerce Code, and update them.

**Keywords:** majority, capacity, emancipation, removal, regulation

**BIANCIOTTI, RICARDO**

**Reforma act bankruptcy. Law 26,684. Changes to the prepayment of claims. Repeal of the convention of crisis.**

We analyze the themes of reform to the Bankruptcy Act No. 24,522, by Law No. 26,684 on modifications to Art. 16 of the prompt payment of wage claims, with the addition of different assumptions permanent or permanent reduction in earning capacity of the worker in cases of accidents or illnesses blameless. The acceptance of compensation in cases of Guardianship Association. The increase to 3% monthly gross income of the bankrupt for payment of wage claims, related to the flow of funds and the nature of the activity of the occupy insolvent. The intended change in proportionality to the credit of the workers, their breakup and involuntary creditors. The repeal of the collective crisis, the duration of the crisis prevention process, the conventional pick, and interest to all workers' claims.

**Keywords:** Reforma - law no - 26,684 - bankruptcy law - prompt payment claims - compensation for injury or illness blameless - guardianship association - 3% increase to monthly gross income of the bankrupt - flow of funds - proportionality - involuntary creditors - repeal convention crisis - effective preventive procedure crisis - conventional pick - interest

**CERUTTI, MARÍA DEL CARMEN**

**Moral hurt: reflections concerning his conceptualization**

In the present work it is thought over from some concepts proposed by the dogmatist Jus privatista, with the aim to characterize to the hurt and especially to the moral hurt. In context of the same ones, basic questions of the language are analyzed to the effects of determining if genuine agreements and disagreements exist and to determine if it is a question of descriptive concepts, estipulativos or persuasivos. Likewise, one penetrates into the scope of the moral hurt called of agreement to the current procedure of the Civil Argentine Code and if it would then be useful to incorporate new categories of hurts.

**Keywords:** Moral hurt - conceptualization

**FERRERO, MARÍA CECILIA - GARCÍA CEBALLOS, SOLEDAD**

**Information technology and communication sustainable. Application to commercial and drive circuit work. Analysis of factors for social welfare** They will reason about the impact caused by the incorporation of Information Technology (ICT) in everyday life and the functioning of the social fabric. Be advised on the need for this process to proceed in a sustainable way, in a manner that contributes to social welfare. To this end, reported some figures that point to this phenomenon and outline concepts of technologies applied to the Internet. Time and as a corollary of a completed research project will develop theoretical aspects related to ICT and its application to commercial distribution oriented e-commerce, especially funds transfer (EFT) and its probative value. In addition, we analyze how ICT collaborate with the inclusion in the labor market and in this regard, the contribution of teleworking to this process. We review the definition of telework, we list the advantages and disadvantages offered, noting the need to legislate tax incentives to encourage at National ICT investment and training as a form of labor inclusion. Finally we conclude on the importance of incorporating ICT in social management and economic development of countries and the duty to exercise these efficiently contributing role in creating a new regulatory framework as key to encouraging investment and work, market development and public access to new services.

**Key words:** Technologies of the Information and Communication - Company of the Information - Internet - Web site - E-mail - Social networks - Electronic Trade - Electronic transfer of Funds - I telecommute - Social labor incorporation - Need of Fiscal Incentives - Sustainable development

**GARCÍA CHIPLE, EDGARDO - ZAVATTI DE ROUGIER, ADRIANA**

The name and surname of physical persons. Their regulation in the field of the international commission of civil state (ciect). Compatibility of the argentinian legal system. The increasing of the international private relations as a consequence of the frequency of the population mobility, arise different difficulties to be solved by the Private International Law. The matters pertain to person identity, related to their name/s and surname/s, are some of the problems that emerge due to the special features of the names regulation in the national laws. The international cooperation deployment in these matters arise as a tool of important value related to the satisfaction of the individual, public and State interests in the regulation of this matter. Therefore, the study and analyses of the legal regulations about these matters in the argentinian legal system are needed to compare them to the conventions made by the International Commission of Civil status- CIBC.

**Key-words:** name and surname - regulation - international cooperation - law security

**JUÁREZ FERRER, MARTÍN****THE MODERN TORT LAW AND THE CONSTITUTIONAL RIGHTS. SUMMARY**

The paper tries to expose the process of de-codification, specialization, and constitutionalization in the legal system, and the influence of such process in the private law, and especially in the tort law. Following that line, it tends to show how certain constitutional rights and guarantees affects specifically to certain tort law's institutions, besides the impact of the equal opportunity in this field.

**Keywords:** Tort Law - Guarantees - Constitution - Equality

**LLOVERAS, NORA Y OTROS****National Constitution and the legitimate portion of the surviving spouse**

Firstly, we describe the legitimate portion of the surviving spouse and the different situations of hereditary concurrence that can occur. Secondly, we examine the Civil Code from a constitutional view, in order to determine if the legitimate portion of the surviving spouse, respects the "reasonable reclamation" of the constitutional rights, such as the property right, the equality right; and also if it respects the right to project, beyond the death, the patrimonial effects, according to the own plan of life. Finally, we propose the guidelines that a future regulation should observe in order to enlarge the right to test.

**Keywords:** National Constitution - legitimate portion

**ORLANDI, OLGA Y OTROS****A comparative research of successor rights currently in force in the country members of the MERCOSUR**

Trade bloc allow to establish similarities and differences that have an influence over market behavior. It is feasible and necessary to implement a process of harmonization in this matter taking into account the sociological, economic and legal development of the region, which could facilitate the integration process. This harmonization should include the legal aspects related to family heritage and its transmission as a result of death. The reformulation should be adapted to modern business and economic legislation and to new economic and social realities.

**Keywords:** Successions - Harmonization - MERCOSUR

**RICHARD, EFRAÍN HUGO**

**For an interdisciplinary investigation: the abuse of the concursal process.**

**Abstract:** When tendering commercial societies, advisors and administrators avoid the implementation of general principles of public and private law and specifically the company law regulation to face the economic crisis.

**Keywords:** Contest of companies - Association crises - abuse of the concursal process

**URIONDO DE MARTINOLLI, AMALIA - PEREYRA, LUIS CRUZ**

**Compatibility Of The Rules Of The International Civil Status -Cis- With The Argentine Legal System**

The transnational relations of individuals, driven largely by migration between countries, foregrounds the difficulties raise issues of personal identity, the individual and family status civil. In the global society of the XXI century, registration of legal certainty becomes an essential role. From there, to perform the analysis of regulations on these matters in the Argentine legal system, to contrast with the conventions produced by the International Commission on Civil Status, as it is the most appropriate intergovernmental organization to address and respond to this problem.

**Keywords:** transnational relations - civil status - international cooperation - registration of legal certainty

## SECCIÓN V

### DERECHO LABORAL

**PINA, MARÍA DEL CARMEN**

**Mobbing and the phases of a process**

Mobbing is not a new phenomenon. Between 80 and 70 the World Health Organization diagnostic manuals prepared, with the increasing of stress and violence in labor relations, assessing that this is a serious problem. In Argentina, there have been references to workplace mobbing, using the term after being stated harassment and lack of specific legislation to protect those who suffer from stress at work. There are effects in terms of the semantics of the word and reflections on its etymology in several languages. They note is genuine problems in terms of linguistic and semantic indeterminacy and entry to the scope of definitions, as well as to the origins of the term. There is clear relationship between bullying and other psychosocial phenomena, just as it is observable impact on the legal world. The reconstruction of this phenomenon is possible from an interdisciplinary approach.

**Keywords:** mobbing - harassment - bullying - stress - violence - definition - redefinition - ethologist - sociology - psychiatric - psychological phenomena - teasing - harassment - law - interdisciplinary

**PINA, MARÍA ESTELA**

**A current problem: "The situation of the migrant workers."**

The phenomenon of global migration has more complex characteristics in response to various economic, social, political, cultural and religious. Reference is made to the legislation on migration Argentina, looking into the employment contract, the protection the law gives labour migrant workers.

**Keywords:** migration- immigration policies Argentina-legality and illegality of the stay of foreigners in the country- the employment contract-its object according to LCT - Law 25871/08 special legislation

**SAAD DE BIANCIOTTI, CARLA Y OTROS****Point of view of the Current Legislation As For Telework In Relation Of Dependence**

The project provides an analysis of comparative law and national law regarding Telework for employees. It examines regulations provided by the International Labour Organization (ILO), the European continent, concluding with the description and analysis of the legal practices in Latin American countries.

**Keywords:** European legislation - legislation South America - Telework

**SECCIÓN VI****HISTORIA DEL DERECHO****ASPELL, MARCELA****The plot of the national organization**

The research studies the run-up of the immediate process that led to the creation of the National Constitution triggered after the Pronouncement of General Justo José de Urquiza, stopping at the study of the formation of the Great Army and the events that occurred on the eve of the Caseros' Battle on February 3, 1852.

**Keywords:** National Constitution - Big Army - Justo José de Urquiza - Caseros - 19th century - Argentine Confederation

**TORRES, FÉLIX****A complicated test: the one from J. B. Alberdi at the University of Córdoba**

In 1834 Juan Bautista Alberdi travelled to Córdoba to take the Preliminary Hearing test which would allow him to get the B. A. of Law, the only degree he achieved in Argentinian territory. Proud this examination there was many ins and outs of political nature that exerted the necessary influence to get the permission -under the tutelage of the governor's backing- from the university staff to finally let him take the test; later the student had to overcome administrative and academic obstacles that stopped him from having the test done.

**Keywords:** History- University of Córdoba- Faculty of Law- Alberdi- Education

**RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA****More than 20 years of work of the Institute of History of the law and policy ideas Roberto I. Peña of the National Academy of Law and Social Sciences of Córdoba.**

This research looks at the origin, development and the work of the Institute of History of the Law and the political ideas Roberto I. Peña of the National Academy of Law and Social Sciences of Córdoba, as well as the work of academic and scientific's first Director and Founder Emeritus Professor Roberto Ignacio Peña.

**Keywords:** A History of the right - Institute - Teaching - Faculty of Law - Academia - Universidad Nacional de Córdoba - Biography

**SECCIÓN VII****FILOSOFÍA****ABRIL, ERNESTO****Valuation of the moral hurt: An Analysis from the dogmatic exegesis and the theory of the juridical operative interpretation**

This article summarizes, at the earliest possible which allows me the regulation of the Yearbook of the Research Center, the progress made in research on the problem of valuation for

moral damage. In the same are exposed the severe disputes surrounding both the concept of moral damage, with regard to the scope that gives the preaching of the same moral character. This first issue will have as its objective to establish the scope that are awarded to the same, in order to exempt of the rules makes positive jurisprudence. I shall now proceed to develop the state of the situation, which is linked to the award or well, within the theory of the interpretation jurisdictional or operational through which seeks to establish the scope and limits of the dispute and achieve clarification in order to the validation of the so-called moral damage.

**Keywords:** moral damage - valuation of the moral damage - dispute exegetical problems of definition - problems of justification - theory of operational interpretation - inquiry metatheoretica - rationality of jurisdictional decisions

#### AVENDAÑO, MARÍA DEL CARMEN

##### *You Notice On Juridical Hermeneutics, Sensus Communis And Application*

In this work it aims to open a reflection on two of the dimensions that concern a justive one to the concept of validity, aspect that can be clarified from the doctrinal hermeneutics. On one hand the re of *sensus communis*. For other one, and in connection with the previous one, the touching dimension to the application of the norm, connected question to a notion of the right and of the task of the judge developed by Gadamer. Now then, cleared some ontological questions from the perspective gadameriana, it interests -already from a point of view epistemológico- a boarding of the institutional dimensions of the right and of the judicial pronouncements. In this plane, the approach fenomenológico of the Critical Legal Studies, in Duncan Kennedy's figure for example, understands that the right resides in the "interpretive event" resultant of the "interaction" between a placed impostor and certain juridical materials that can be applicable to a case.

**Keywords:** *sensus communis* - phronesis - aplicación

#### BERGALLO, SANTIAGO (H) - FERREYRA, MARÍA INÉS

*Meanings and formulations of the "words of the law" in the literal method of interpretation*  
 Literal or grammatical interpretation of the law is one of the hermeneutical methods widely applied by different traditions of interpretation that took place during the nineteenth and twentieth centuries. This procedure is expressly provided for in art. 16 of the Argentine Civil Code, and the Supreme Court of Justice said such a method standalone or joint implementation with other hermeneutical guidelines and even dispensable to establish the meaning of the statute. Such use divergent and even incoherent method reveals its axiological and historical load existing rights, and particularly in Argentina. In this framework, the work aims to establish what sense and assigned the main features schools of interpretation of the nineteenth and twentieth centuries to the "words of the law," stating also their foundational axioms and assumptions.

**Keywords:** Hermeneutic method - Literal interpretation - Words of the law - Traditions of interpretation.

#### FATAUROS, CRISTIAN AUGUSTO

##### *The Equality of Opportunities and taxation. A responsibilityarian approach about productive talents.*

This paper applies Roemer's model of equality of opportunities to the case of taxes on talents. Roemer's aim is to equalize people's circumstances and compare their effort. It follows that this model could justify taxing an individual that choose not to develop her potentially productive talent. It is argued that the theoretical model of Roemer's criterion for measuring use to justify public policies in democratic and liberal societies.

**Keywords:** distributive justice - responsibility - luck egalitarianism - talents - taxes

## SECCIÓN VIII

### SOCIOLOGÍA

**BERGOGLIO, MARÍA INÉS**

***Dissenting Opinions in Jury Trials/Notes on Lays' Autonomy in Decision Making***

**Abstract:**

In Córdoba, Law 9182 (2005) established lay participation in penal decisions. The new mixed courts, composed by eight common citizens and three technical judges, are not required to decide by unanimity. However, unanimity is quite frequent (85% of the cases), raising doubts about the autonomy of lay citizens during the deliberation.

Working with the sentences pronounced in the period 2005-2009, the analysis focuses on the cases decided by majority votes, in order to explore the conditions that favored the emergence of dissent. The type of cases, the characteristics of the dissenters and the reasons presented for the dissent are described. It is expected that this information will be useful to understand the conditions that stimulate autonomy in lay decision-making.

**Keywords:** Jury Trials - Dissenting opinions - Autonomy in decision making

**BISIG, ELINOR**

***APPROACH TO THE CHILDHOOD CATEGORY IN THE ACADEMIC PRODUCTION Córdoba XIX - XX CENTURIES***

This article presents the theoretical perspective, the conceptual and methodological guidelines from the semiotics (in particular the analysis of the enunciation and other contributions) to tackle the analysis of the childhood category in the academic production of the National University of Córdoba. Offers a critical view of the elements of continuity and discontinuity between the initial speech of the charity and the state assistencial discourse of the first decades of the XX century emphasizing its conservative dimension, and establishing the classical topics (filiation, abandonment, dangerousness, etc.) that would be in the base of the institutional culture of the minority system.

**Keywords:** childhood - filiation - abandonment - riskiness - Córdoba

**CIUFFOLINI, MARÍA ALEJANDRA - VILLEGAS GUZMÁN, SABRINA**

***A dispossession story. The struggle for land: the case of the Santiago del Estero's Peasant's Movement***

The purpose of the present article is to make a contribution in the understanding of the struggles for land, taking as a reference the experience of the Santiago del Estero's peasant's movement. We start from the situation of the global capitalism, its impact over Latin America, the characteristics of the extractive-exporting model in Argentina since the agribusiness expansion, and the situation in the Santiago del Estero's province. Then, we make an approach to the land issue, and to finalize, we emphasize in the strategies of struggle and resistance that the peasant's movement develops to confront the problem.

**Keywords:** dispossession- agribusiness- struggle for land- peasant's movement

**RODRÍGUEZ, JOSÉ EUGENIO - RUSCA, BRUNO**

***Corruption and judicial reforms in Córdoba***

The lack of judicial response to acts of corruption undermines the image of justice and legitimacy of the democratic system. In the province of Córdoba implemented several judicial reforms to reduce impunity in cases of corruption.

The reforms respond to different strategies of criminal policy. In a model response to corruption is provided by the intervention of specialists, the other is given by popular participation in the process.



In this paper we propose to study the results of these strategies, based on the analysis of statements, statistical data and interviews with protagonists of the processes.

**Keywords:** corruption - white collar crime - judicial reforms - jury trial

#### SÁNCHEZ BUSSO, MARIANA

##### **The Juridification of The Violence in Córdoba - Argentina**

In spite of is Argentina signed and approved the majority of the agreements and international conventions resounded to the problematics of the violence against the woman for almost 20 years (as the Inter-American Convention To anticipate, To sanction and To eradicate the Violence against the Woman of 1994), the delay in the juridical recognition of the violence intrafamiliar of kind as a social serious problem that must stop of invisibilizarse in the private life, he becomes aware so much to provincial as national level.

In the year 2006 the province of Córdoba sanctions the Law N° 9283 (Law of Familiar Violence); and very recently - in March of 2009- at national level, the Law N° 26485 of Integral Protection to anticipate, to sanction and to eradicate the violence against the women in the areas in which his interpersonal relations develop.

This work checks the form in which in our country there is juridificado the problematics of the violence of kind from the mentioned regulations, and the adequacy of the same ones to international procedure ratified on the topic. It is possible to estimate that the legislative advances not only do not stop adapting cabalmente to the directives of the Convention Belem do Pará, but in addition they do not turn out to be the suitable tools to achieve a raising awareness in the company that generates the cultural locked change. With the confusions, fallings and lack of conception that the regulations present, is possible that still not the internalice like the tools adapted to fight against the scourge of the violence against the women

**Keywords:** Women - violence of kind - Law - familiar violence - Law of Familiar Violence N° 9283 - Law of Integral Protection to anticipate - sanction and eradicate the violence against the women in the areas that develop his interpersonal relations Law N° 26.485

#### SCHAPIRA, LEOPOLDO - SHAPIRA, JOSEFINA

##### **Undergraduates Students Their Vision Of The Way From Academy To Labor World**

This research is a part of a series focusing on the labor of young people aged 18 to 25 years, its labor culture, expectations, expectations of employers, young people - employers relationship, and in this case their perceptions, beliefs, attitudes that tie their university education with their careers.

The results described university students as an optimistic group and less fearful to enter the labor world than all of his generation, supported in their training, but understanding that they should continue studying once graduated.

**Keywords:** university students - academic training - labor world

#### VACA NARVAJA, TANIA Y OTROS

##### **The 'Nifitas' and these 'Nifitas': Institutional construction of subjectivities of nifitas and teenagers in the new context.**

This paper corresponds to the research project "Childhood and Rights: Identity construction in new institutional context" as part of the advances of it. With the analysis of the collected data, we ask if and how the structure of institutions have incidence in kids and teen's identity constructions. One of our issues is to think about how institutional rationalities operate in the elaboration and execution of public policies, state's programmes and actions, which identify kids and teens as an action space for the principle of universality with a particularization in its implementation.

**Keywords:** Universalization - Identity - children and teenagers - rationality.



# INDICE GENERAL

## SECCIÓN I DERECHO PÚBLICO Y ANÁLISIS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

<b>EL CASO DEL "COMPROMISO FEDERAL" DE 1999</b> <i>Altavilla, Cristian</i> .....	3
<b>EL ESTADO ¿ES SOBERANO PARA REGULAR?</b> <i>Barbard, Jorge Edmundo</i> .....	25
<b>GLOBALIZACIÓN, NUEVAS TECNOLOGÍAS Y DERECHO: EL SPAM COMO DELITO INFORMÁTICO</b> <i>Borgarella, Esther Susana - Juárez Centeno, Carlos Alfredo - Cipolla, Francisco</i> .....	39
<b>LA GRATUIDAD DE LOS ESTUDIOS DE POSGRADO EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA</b> <i>Eckdchury, Horacio Javier</i> .....	65
<b>LA INSTITUCIONALIZACIÓN AMBIENTAL EN ARGENTINA Y LA FORMULACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTALES</b> <i>Julká, Marta Susana - Foa Torres, Jorge</i> .....	73
<b>CONFORMACION Y DIVERSIDAD DE LAS ESTRUCTURAS DE GOBERNANZA INTERLOCAL PARA LA GESTION DE RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS (GSMU) EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA</b> <i>Díaz de Landa, Martha - Parmigiani de Barbara, Myriam Consuelo</i> .....	87
<b>IUS VARIANDI EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ESTADO ACTUAL Y PERSPECTIVAS COMPARATIVAS ENTRE ARGENTINA, COSTA RICA Y ESPAÑA</b> <i>Pastor de Peirotti, Irma - Ortiz de Gallardo, María Ines - Arabel de Gorilla, Ana Carolina</i> .....	119
<b>REFLEXIONES SOBRE LA UTILIDAD DE LOS "TEXTOS ORDENADOS"</b> <i>Rossetti, Andrés</i> .....	139

**SECCIÓN II**  
**DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO**  
**RELACIONES INTERNACIONALES E INTEGRACIÓN REGIONAL**

<b>SISTEMA ACUÍFERO GUARANÍ. CONSIDERACIONES PÁCTICO-JURÍDICAS</b>	<b>147</b>
<i>Ornas de Clément, Zlata</i> .....	
<b>GLOBALIZACIÓN VERSUS DESARROLLO TERRITORIAL. LO REGIONAL Y LO LOCAL EN LA BÚSQUEDA DE UN PLANEAMIENTO TERRITORIAL EFICAZ.</b>	<b>161</b>
<i>Montenegro, María Cristina</i> .....	
<b>EL ANIMUS DEFENDENDI EN LA LEGÍTIMA DEFENSA INTERNACIONAL.</b>	<b>179</b>
<i>Pintore, Eduardo</i> .....	

**SECCIÓN III**  
**DERECHO PROCESAL**

<b>NUEVOS HORIZONTES DE LAS CAUTELARES EN EL SIGLO XXI EN EL PROCESO JUDICIAL CIVIL. CON PARTICULAR REFERENCIA A SU LÍMITE TEMPORAL DE VIGENCIA</b>	<b>201</b>
<i>Ávila Paz de Robledo, Rosa Angélica</i> .....	
<b>LA INSUFICIENCIA DE LA INTERPRETACIÓN LITERAL EN EL DERECHO PROCESAL</b>	<b>223</b>
<i>González Castro, Manuel Antonio</i> .....	

**SECCIÓN IV**  
**DERECHO PRIVADO**

<b>LAS PALABRAS DE LA LEY EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO Y SUS CONTEXTOS, O LOS LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN LITERAL</b>	<b>241</b>
<i>Azar, Aldo Marcelo</i> .....	
<b>LEY 26.579 MODIFICACIÓN DE LA MAYORÍA DE EDADE. EMANCIPACIÓN</b>	<b>259</b>
<i>Basanta, Alicia Dolores y otros</i> .....	
<b>REFORMA A LA LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS. LEY 26.584. MODIFICACIONES AL PRONTO PAGO DE CRÉDITOS LABORALES. DEROGACIÓN DEL CONVENIO DE CRISIS.</b>	<b>271</b>
<i>Bianciotti, Ricardo S.</i> .....	

<b>DAÑO MORAL: REFLEXIONES EN TORNO A SU CONCEPTUALIZACIÓN</b> <i>Cerutti, María del Carmen</i> .....	291
<b>TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN. ANÁLISIS SUSTENTABLE. APLICACIONES EN EL CIRCUITO COMERCIAL Y EN EL MERCADO LABORAL</b> <i>Ferrero, María Cecilia - García Caballos, Soledad</i> .....	307
<b>EL NOMBRE Y APELLIDO DE LAS PERSONAS FÍSICAS, SU REGULACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA COMISIÓN INTERNACIONAL DEL ESTADO CIVIL (CIEC). COMPATIBILIDAD CON EL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO</b> <i>García Chipie, Edgardo - Zanetti de Rougier, Adriana M.</i> .....	329
<b>EL MODERNO DERECHO DE DAÑOS Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES</b> <i>Juárez Ferrer, Martín</i> .....	351
<b>LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DE LA LEGÍTIMA HEREDITARIA DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE</b> <i>Lloveras, Nora y otros</i> .....	371
<b>ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE SUCESIONES EN EL MERCOSUR</b> <i>Oriandi, Olga y otros</i> .....	393
<b>PARA UNA INVESTIGACIÓN INTERDISCIPLINARIA: EL ABUSO DEL PROCESO CONCURSAL</b> <i>Richard, Efraín Hugo</i> .....	415
<b>COMPATIBILIDAD DE LA NORMATIVA DE LA COMISIÓN INTERNACIONAL DEL ESTADO CIVIL -CIEC- CON EL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO</b> <i>Uriondo de Martinelli, Amalia - Pereyra, Luis Cruz</i> .....	439
<b>SECCIÓN V</b>	
<b>DERECHO LABORAL</b>	
<b>EL MOBBING Y LAS PIEZAS DE UN ROMPECABEZAS</b> <i>Piña, María del Carmen</i> .....	485
<b>UNA PROBLEMÁTICA ACTUAL: LA SITUACIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES</b> <i>Piña, María Estela</i> .....	491
<b>PANORAMA DE LA LEGISLACIÓN ACTUAL EN MATERIA DE TELETRABAJO EN RELACIÓN DE DEPENDENCIA</b> <i>Saad de Bianciotti, Carla y otros</i> .....	495

## SECCIÓN VI HISTORIA DEL DERECHO

<b>LA TRAMA DE LA ORGANIZACIÓN NACIONAL</b> <i>Aspell, Marcela</i> .....	523
<b>UN EXAMEN COMPLICADO: EL DE J.B. ALBERDI EN LA UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA</b> <i>Torres, Félix A.</i> .....	549
<b>MÁS DE VEINTE AÑOS DE TRABAJO DEL INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO Y DE LAS IDIAS POLÍTICAS ROBERTO I. PEÑA DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA</b> <i>Yanzi Ferretra, Ramón Pedro</i> .....	557

## SECCIÓN VII FILOSOFÍA

<b>VALORACIÓN DEL DAÑO MORAL: UN ANÁLISIS DESDE LA EXÉGESIS DOGMÁTICA Y LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA OPERATIVA</b> <i>Abril, Ernesto</i> .....	577
<b>NOTAS SOBRE HERMENÉUTICA JURÍDICA, SENSUS COMMUNIS Y APLICACIÓN</b> <i>Avendaño, María del Carmen</i> .....	597
<b>SIGNIFICADOS Y FUNDAMENTOS DE LAS "PALABRAS DE LA LEY" EN EL MÉTODO DE LA INTERPRETACIÓN LITERAL</b> <i>Bergallo, Santiago (h.) - Ferreyra, María Inés</i> .....	607
<b>IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y TRIBUTOS. UN ENFOQUE SOBRE LOS TALENTOS PRODUCTIVOS DESDE LA ÓPTICA DE LA RESPONSABILIDAD</b> <i>Fattoruso, Cristian</i> .....	621

## SECCIÓN VIII SOCIOLOGÍA

<b>LA DISIDENCIA EN LOS JUICIOS POR JURADO: COMENTARIOS SOBRE LA AUTONOMÍA DE DECISIÓN LEGA</b> <i>Bergoglio, María Inés</i> .....	639
<b>ABORDAJE DE LA CATEGORÍA INFANCIA EN LA PRODUCCIÓN ACADÉMICA CÓRDOBA SIGLOS XIX - XX</b> <i>Bisig, Nidia Elíonor</i> .....	657

<b>CRÓNICA DE UN DESPOJO. LA LUCHA POR LA TIERRA: EL CASO DEL MOVIMIENTO CAMPESINO DE SANTIAGO DEL ESTERO</b> <i>Cluffolini, María Alejandra - Villegas Guzmán, Sabrina M.</i> .....	677
<b>CORRUPCIÓN Y REFORMAS JUDICIALES EN CÓRDOBA</b> <i>Rodríguez, José Eugenio - Rusca, Bruno</i> .....	693
<b>LA JURIDIFICACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN CÓRDOBA Y ARGENTINA</b> <i>Sánchez Busso, Mariana N.</i> .....	715
<b>LOS JÓVENES UNIVERSITARIOS. SU VISIÓN DEL PASO DEL ESTUDIO AL TRABAJO</b> <i>Schapiro, Leopoldo - Schapiro, Josefina</i> .....	739
<b>LXS NIÑXS Y ESTXS NIÑXS. UNA APROXIMACIÓN A LA CONSTRUCCIÓN INSTITUCIONAL DE SUBJETIVIDADES DE NIÑXS Y ADOLESCENTES EN EL NUEVO CONTEXTO</b> <i>Vaca Narvaña, Tania y otros</i> .....	753
<b>SECCIÓN IX BECARIOS</b>	
<b>LA AUTONOMÍA MUNICIPAL EN IBEROAMÉRICA</b> <i>Chaut, Matías Ezequiel</i> .....	775
<b>MENORES DE EDAD. LA INCAPACIDAD PUESTA EN CUESTIÓN</b> <i>Favot, María Laura</i> .....	781
<b>LA ASOCIACIÓN ILÍCITA TERRORISTA COMO LEGISLACIÓN PENAL SIMBÓLICA</b> <i>Frontalini Reckers, Romina</i> .....	787
<b>EL ACCESO A LA JUSTICIA ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL PROCESO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL EN CÓRDOBA</b> <i>Vera, Alejandro Orlando</i> .....	791
<b>LA DISCRIMINACIÓN EN LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA ULN.C.: COMPARACIÓN CON LA SOCIEDAD CORDOBESA</b> <i>Torras, Noelia Elizabeth</i> .....	797

**SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 1ra. QUINCENA DE OCTUBRE DE 2012  
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY" S.A.E. c/ L. BERNARDINO RIVADAVIA 130  
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA**